

# THÈSE

Pour l'obtention du grade de

## DOCTEUR

Spécialité : **Droit international**

Préparée dans le cadre d'une cotutelle entre  
l'Université Grenoble Alpes et l'Université Libre de Bruxelles

Présentée par

**Julien TROPINI**

Codirigée par

**Karine BANNELIER-CHRISTAKIS**, Maître de conférences HDR (UGA)

**Vaios KOUTROULIS**, Professeur (ULB)

Préparée au sein du **Centre d'Études sur la Sécurité Internationale et les Coopérations Européennes** (UGA) et au sein du **Centre de Droit International** (ULB)

À l'École Doctorale de Sciences Juridiques (UGA) et à l'École doctorale des sciences juridiques de la communauté française (ULB)

# Le statut juridique des « combattants étrangers » en droit international

Thèse soutenue publiquement le **11 juin 2020**,  
devant le jury composé de :

**Mme Karine BANNELIER-CHRISTAKIS**

Maître de conférences HDR, Université Grenoble Alpes, co-Directrice de thèse

**M. Vaios KOUTROULIS**

Professeur, Université Libre de Bruxelles, co-Directeur de thèse

**Mme Anne WEYEMBERGH**

Professeur, Université Libre de Bruxelles, Présidente

**M. Pierre KLEIN**

Professeur, Université Libre de Bruxelles, Rapporteur

**M. Philippe LAGRANGE**

Professeur, Université de Poitiers, Rapporteur

**Mme Sandra KRÄHENMANN**

Docteur, Geneva Call et Académie de Droit international humanitaire et Droits humains





*« Je suis persuadé que l'avenir du monde réside dans le respect du droit. »*

Jean PICTET, 12 août 1999.



## REMERCIEMENTS

J'ai un jour promis, pour l'exercice des remerciements, d'être original, d'éviter le systématique discours sur la difficulté de n'oublier personne, et pourtant ... Et pourtant cet exercice, aujourd'hui, paraît aussi difficile que toutes ces années de travail. La kyrielle de personnes qui méritent bien plus que ces quelques lignes, semble infinie, et le poids sur ma conscience d'un oubli serait terrible. Je ne peux donc que commencer par remercier toutes celles et ceux qui se sont trouvés sur le sentier et qui, parfois inconsciemment ou lors d'un instant éphémère, m'ont apporté leur soutien, leur expertise, leur patience, leur écoute, leurs conseils ou un simple mais puissant sourire réconfortant. À vous tous, Merci !

Je remercie spécialement ceux qui, il y a dix ans, au printemps 2010, dans leur sagesse infinie, m'ont conseillé de ne pas entrer en faculté de droit, car je n'en aurai jamais le niveau.

Je remercie évidemment mes directeurs de thèse qui m'ont permis de vivre cette aventure si particulière et si formatrice. Merci pour votre disponibilité, vos lectures et vos conseils avisés qui ont assuré la bonne conduite de mes travaux.

En cette heure précise de fin de thèse, j'envoie mon plus énergique des « *Pictet time !* » à ceux grâce à qui mon aventure du Droit international humanitaire a pris son envol et n'a cessé de prendre de la hauteur. Merci à vous membres du CCJP, membres du jury, petits bras, tuteurs, cuisiniers évidemment, tous mes collègues et amis du Concours International Jean-Pictet. Vous m'avez accueilli, inspiré, motivé et réconforté aux moments où j'en avais le plus besoin, pendant les deux dernières mais les plus difficiles années de mon Doctorat. À ma grande tristesse je ne peux tous vous nommer ici, il me faudrait pour cela des dizaines de pages supplémentaires. Soyez pourtant assurés, vous pictéistes qui lirez ces quelques lignes, que chacun d'entre vous est dans l'une des pages de ce travail, quelque part.

Je ne peux toutefois me retenir d'écrire quelques mots supplémentaires pour deux personnes spéciales. Mes remerciements profonds et chaleureux à toi, Christophe Lanord, pour ta confiance, ton soutien et ton temps précieux, ainsi qu'à toi, Michel Deyra, pour tes multiples conseils confinés « *demain à 10h Pictet time* » et nos échanges réconfortants. Une infinie reconnaissance à vous deux qui, en plus de m'avoir donné une chance inestimable de servir le Concours, m'avez accordé un temps précieux en relecture, écoute et conseil ; je vous en serai à jamais redevable.

Je tiens également à remercier et à exprimer ma gratitude à Caroline Brandao. Pour ton accueil chaleureux à la Croix-Rouge française, au sein du Pôle Droit International Humanitaire, qui a donné un nouvel élan à ma Thèse et qui m'a permis de rejoindre les volontaires du concours Pictet. J'espère sincèrement que nos chemins se recroiseront. Je remercie également Mme Ghislaine Doucet, du Comité International de la Croix-Rouge, pour notre échange sur mes recherches et vos conseils éclairés qui m'ont permis de prendre la bonne direction.

C'est évidemment aussi à ma famille que ces remerciements doivent aller. Spécialement à mes parents, pour votre soutien sans faille et pour avoir jonglé avec mes humeurs, dans les bons comme dans tous les mauvais moments. À ma mère, pour tout ; et non pas parce que tu as relu les quatre cents pages qui vont suivre, mais parce que tu as également relu le millier de pages des versions précédentes, sans cligner des yeux. À mon père, pour m'avoir transmis ta ténacité et ton ardeur au travail, qui m'ont permis d'arriver au bout de cette épreuve. Pour les millions d'autres choses que vous avez faites : merci ! À mes Grands-parents, car vous ne m'avez jamais quitté et que vous m'avez tout appris, et en particulier que le secret de la réussite et du bonheur était simplement de ne pas se raconter d'histoire. À mon frère et à ma sœur que je rassure, je ne cesserai pas d'être insupportable pour autant. À mes Beaux-parents, pour votre soutien. À Alain, à Françoise, à Claude, à Geneviève, à Manuel, à Hélène, à mes Grands-parents et à Michèle : merci, et toutes mes excuses de vous avoir volé votre confinement.

Parce que vous étiez aussi là dans les moments difficiles, c'est également grâce à vous que j'en suis arrivé là, alors à vous ! À Camille, pour ton soutien et notre amitié, car tu m'as « compris ». À Alex, pour ta réconfortante présence au plat pays. À Julien, pour ta précieuse relecture. À Sandro, pour nos neuf mois de Laponie comme nos deux mois de BNF. À Loïc, pour nos partages à *La Gaîté*. À Katia et Mickaël, pour nos écoles doctorales improvisées. À Jo, Rod et Thib. À Mathilde, Anaïs, Victorine, Thomas, Loïc, Bastien, Jimmy et Axelle. À Rhizlane, Viviane, Agathe et Nina. À Cornelia.

C'est à mes dépens que je l'ai appris, mais je ne crains pas de l'affirmer aujourd'hui sans détour, une thèse est probablement le travail solitaire qui nécessite le plus de ne pas l'être, alors merci à vous ! Tous vos soutiens et toute l'énergie inestimable que vous m'avez procuré, tout ceci était indispensable pour que je termine aujourd'hui cette épreuve.

Malgré tous vos soutiens, ceux-ci ne sont rien à côté de Celle grâce à qui j'ai pu, non pas seulement terminer, mais réussir cette épreuve. Parce que tu es ma force et mon inspiration. Parce que tu as plus que moi enduré ces longues années de Doctorat. Parce que tu les as subis sans jamais me les reprocher. Parce que tu as été là dans les pires moments. Parce que tu n'as jamais douté de moi. Parce que, plus que quiconque, tu as porté ce travail. Parce que tu m'as soutenu, réconforté et encouragé. Parce que tu m'as porté lorsque je m'écroulais. Parce que tu m'as relevé lorsque je trébuchais. Ma Lili, pour toutes ces raisons, ceci est ta réussite, ceci est ta victoire ! Merci !



*À ma Lili,*

*À mes Grands-parents,*

*Auprès de moi où qu'ils soient.*





## SIGLES ET ABRÉVIATIONS

|      |   |
|------|---|
| ABiH | Armija Bosne i Hercegovine (Armée de Bosnie-Herzégovine)  |
| CAI  | Conflit armé international                                |
| CANI | Conflit armé non international                            |
| CE   | Conseil de l'Europe                                       |
| CG   | Convention de Genève                                      |
| CICR | Comité International de la Croix-Rouge                    |
| CPI  | Cour pénale internationale                                |
| CSNU | Conseil de Sécurité des Nations unies                     |
| DCA  | Droit des conflits armés                                  |
| DIH  | Droit international humanitaire                           |
| EI   | État islamique  |
| NU   | Nations unies   |
| ONU  | Organisation des Nations unies                            |
| OSCE | Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe |
| OTAN | Organisation du Traité de l'Atlantique nord               |
| PA   | Protocole additionnel                                     |
| PKK  | Partiya Karkerên Kurdistan                                |
| RDC  | République démocratique du Congo                          |
| TPI  | Tribunal pénal international                              |
| TPIR | Tribunal pénal international pour le Rwanda               |
| TPIY | Tribunal pénal internationale pour l'ex-Yougoslavie       |
| TSL  | Tribunal spécial pour le Liban                            |
| TSSL | Tribunal spécial pour la Sierra Leone                     |
| UE   | Union européenne  |

# SOMMAIRE

## INTRODUCTION

**PREMIÈRE PARTIE** – LES IDENTIFICATIONS JURIDIQUES CONCURRENTES DU « COMBATTANT ÉTRANGER » PAR LES STATUTS DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET DU DROIT ANTITERRORISTE

**CHAPITRE I** – La progressive identification des volontaires internationaux par le droit antiterroriste et le statut de « combattant terroriste étranger »

**CHAPITRE II** – L'identification déjà opérationnelle des « combattants étrangers » par les statuts du *Ius in bello*

**SECONDE PARTIE** – L'IDENTIFICATION JURIDIQUE DU « COMBATTANT ÉTRANGER » SELON L'ENCADREMENT DE SES ACTIVITÉS PAR LE *IUS IN BELLO* ET LE DROIT ANTITERRORISTE

**CHAPITRE I** – Les enjeux de l'encadrement des activités des « combattants étrangers » par le droit international humanitaire et le droit antiterroriste

**CHAPITRE II** – « Combattant étranger » ou « combattant terroriste étranger » ? Méthodologie de qualification juridique de leurs actes imputables durant les conflits armés

## CONCLUSION



# **INTRODUCTION**

« Les combattants étrangers constituent une catégorie d'acteurs intermédiaires perdue entre les rebelles locaux, d'une part, et les terroristes internationaux, d'autre part. »<sup>1</sup> En effet, ils sembleraient ne faire pleinement partie d'aucune des catégories juridiques d'individus généralement rattachées aux deux contextes correspondants : ni totalement acteurs des conflits armés, ni totalement acteurs du terrorisme international. Leur implication à la fois dans des conflits armés à l'étranger et dans des mouvements terroristes internationaux rend difficile leur appréhension en droit.<sup>2</sup> En ce sens, il faut d'ailleurs relever que l'appellation elle-même de « combattant étranger », communément utilisée pour désigner ces individus qui se rendent à l'étranger pour participer à des violences armées,<sup>3</sup> est une dénomination floue, aux contours incertains, qui ne bénéficie d'aucune définition officielle contraignante.<sup>4</sup> Il serait alors difficile de déterminer avec certitude le statut juridique effectivement applicable à ces individus, dont l'appellation courante n'a pas de

---

<sup>1</sup> HEGGHAMMER (T.), « The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad », *International Security*, Vol. 35, No. 3 (Winter 2010/11), p. 55 :

« foreign fighters constitute an intermediate actor category lost between local rebels, on the one hand, and international terrorists, on the other. »

<sup>2</sup> *Ibid.*, pp. 53-57.

<sup>3</sup> KRÄHENMANN (S.), « Foreign Fighters under International Law », Academy Briefing N° 7, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Octobre 2014, p. 3.

<sup>4</sup> HEGGHAMMER (T.), « The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad », *op. cit.*, p. 54 ; MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, Oxford University Press, 2013, pp. 8-9 ; De ROY Van ZUIJDEWIJN (J.), « The foreign fighters' threat: what history can (not) tell us », *Perspectives on Terrorism*, Vol. 8, Issue 5, October 2014, p. 61 ; MALET (D.), « Foreign Fighter Mobilization and Persistence in a Global Context », *Terrorism and Political Violence*, Vol. 27, N°3, may 2015, pp. 457-458 ; BURNISKE (J.), LEWIS (D. A.) and MODIRZADEH (N. K.), « Suppressing Foreign Terrorist Fighters and Supporting Principled Humanitarian Action – A Provisional Framework For Analyzing State Practice », Harvard Law School Program on International Law and Armed Conflict, October 2015, p. 4 ; De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.), « Introduction », in De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.) (éds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 2.

signification précise et qui, en pratique, naviguent entre les qualités d'acteurs de deux contextes juridiques différents. Or, cette incertitude sur la catégorie juridique appropriée pour les identifier a d'importantes conséquences en droit international car les deux catégories en jeu n'entraînent pas la mise en œuvre des mêmes *corpus* juridiques.

Si les « combattants étrangers » devaient être perçus comme des acteurs des conflits armés, c'est le droit international humanitaire (DIH) qui devrait être mis en œuvre pour les identifier et encadrer leurs activités. Aussi appelé droit des conflits armés (DCA) ou *Ius in bello*, il s'agit du *corpus* juridique effectivement applicable aux acteurs des conflits armés et constitué par l'ensemble des règles relatives à la conduite des hostilités et à la protection des victimes.<sup>5</sup> En revanche, si les « combattants étrangers » devaient être appréhendés comme des acteurs du terrorisme international, ce serait vers le droit antiterroriste<sup>6</sup> qu'il faudrait se tourner pour les identifier et encadrer leurs activités.

Or, ces deux *corpus* juridiques entraînent pour leurs destinataires la mise en œuvre de droits et d'obligations différents, parfois contradictoires.<sup>7</sup> Dès lors, si ces personnes n'entrent ni pleinement dans une catégorie, ni sûrement dans l'autre, comment faut-il, en pratique, les identifier en droit ? Quels sont les statuts juridiques des deux *corpus* effectivement applicables à la situation de ces individus ? Peuvent-ils être pris en compte par les deux *corpus* en même temps ? Lequel des deux faut-il appliquer à leurs activités ? Comment et par quoi ces dernières doivent-elles être encadrées ?

En l'absence de signification officielle, les études doctrinales sur le phénomène des « combattants étrangers » proposent des définitions utiles à la recherche de leur(s) statut(s)

---

<sup>5</sup> BOUVIER (A.), SASSOLI (M.) et QUINTIN (A.), *Un droit dans la guerre ? Cas, documents et supports d'enseignement relatifs à la pratique contemporaine du droit international humanitaire – Volume 1*, 2<sup>nd</sup> éd., CICR, 2012, 610 p. ; DAVID (E.), TULKENS (F.) et VANDERMEERSCH (D.), *Code de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>ème</sup> éd., 2007, 922 p. ; De MULINEN (F.), *Manuel sur le droit de la guerre pour les forces armées*, CICR, 1989, 242 p. ; DEYRA (M.), *Le Droit dans la guerre*, Master Pro, Gualino, 2009, 283 p. ; HAROUEL-BURRELOUP (V.), *Traité de droit humanitaire*, PUF, 2005, 556 p. ; MELZER (N.), *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction*, ICRC, 2016, 355 p. ; DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 5<sup>ème</sup> éd., 2012, 1151 p.

<sup>6</sup> Par souci de clarté dans la rédaction, l'expression « droit antiterroriste » sera utilisée pour désigner l'ensemble des dispositions juridiques qui, bien qu'elles ne constituent pas toujours un ensemble cohérent, ont en commun d'être adoptées aux fins de la lutte contre le terrorisme.

<sup>7</sup> Voir par exemple : SASSOLI (M.), « Terrorism and War », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, N°5, 2006, pp. 975-979 ; voir *infra*, pp. 231-293.

juridique(s).<sup>8</sup> Sur la base des critères communs à ces propositions, le « combattant étranger » devrait être défini en pratique comme un individu quittant l'État où il a sa résidence habituelle ou dont il a la nationalité, pour se rendre dans un État où il n'a ni l'une ni l'autre, afin de prendre part à un conflit armé au sein d'une partie dont il approuve la cause à défendre. Autrement dit, les études doctrinales, se fondant sur des éléments pragmatiques et historiques du phénomène des individus qui se rendent à l'étranger pour participer à des violences armées, proposent une définition axée sur leur qualité d'acteurs des conflits armés.<sup>9</sup> Ces individus seraient dits « combattants étrangers » parce qu'ils participent à un conflit armé, c'est donc le droit international humanitaire qu'il faudrait mobiliser pour déterminer leur statut juridique et la réglementation applicable à leurs activités.

Néanmoins, le 24 septembre 2014, le Conseil de Sécurité des Nations unies (ci-après CSNU ou Conseil de Sécurité) a adopté un nouveau statut juridique permettant de défendre la position d'une appréhension principale des « combattants étrangers » comme acteurs du terrorisme international.<sup>10</sup> Par l'adoption de la résolution 2178, les Nations unies (NU) ont en effet adopté le statut de combattant terroriste étranger pour désigner les :

« individus qui se rendent dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité, dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme, notamment à l'occasion d'un conflit armé ».<sup>11</sup>

Par ce nouveau statut, l'objectif est notamment de faire face à « *la menace terrible et grandissante* » que font peser les individus qui se rendent à l'étranger pour s'engager dans des conflits armés qu'ils « *contribuent à intensifier [...], à [...] prolonger et à en compliquer*

---

<sup>8</sup> Voir notamment : MENDELSON (B.), « Foreign Fighters – Recent Trends », *Orbis*, Vol. 55, No 2, Spring 2011, p. 189 ; MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, p. 220 ; De ROY Van ZUIJDEWIJN (J.) and BAKKER (E.), « Returning Western Foreign Fighters: The case of Afghanistan, Bosnia and Somalia », *International Centre for Counter-Terrorism - The Hague Background Note*, June 2014, p. 1 ; CONTE (A.), « An old question in a new context : do States have to comply with human rights when countering the phenomenon of foreign fighters ? », *EJILTalk!*, 19.03.2015 ; ZAMMIT (A.), « Australian foreign fighters : risks and responses », *Lowy Institute for International Policy, Analysis*, April 2015, p. 3 ; De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.), « Introduction », *op. cit.*, p. 2.

<sup>9</sup> Sur les études historiques du phénomène et le développement ainsi que l'analyse des critères pragmatiques associés aux phénomènes, voir *infra*, pp. 6-15.

<sup>10</sup> Résolution S/RES/2178, Conseil de Sécurité des Nations Unies, 24.09.2014.

<sup>11</sup> *Ibid.*, préambule p. 2.



*singulièrement le règlement* ». <sup>12</sup> Ainsi, les « combattants étrangers » représentent aujourd'hui « *un problème mondial majeur pour la communauté internationale* ». <sup>13</sup> Dès lors, il apparaît que l'ensemble des dispositifs antiterroristes internationaux, régionaux et nationaux devraient être mis en œuvre pour contrer l'explosion du phénomène des « combattants étrangers ». Car ils seraient, en effet, entre 25.000 et 40.000 à avoir rejoint des « *rangs jihadistes* », en particulier au sein de l'organisation État islamique (EI), ce qui représenterait une hausse de 71% du phénomène dans le monde sur la seule période allant de l'été 2014 à mars 2015. <sup>14</sup> En ce sens, ce nouveau statut pourrait alors constituer une solution à la problématique des individus perdus entre la catégorie d'acteurs des conflits armés et la catégorie d'acteurs du terrorisme international. <sup>15</sup> Il faut par exemple remarquer que, après l'adoption de ce statut, ces individus ont alors régulièrement été appelés indistinctement « combattants terroristes étrangers » et « combattants étrangers » ; ces deux appellations apparaissant comme des synonymes qui permettraient de désigner un seul et même phénomène. <sup>16</sup> Le nouveau statut serait alors une solution qui ferait pencher du côté de la

---

<sup>12</sup> « Mise en œuvre de la résolution 2178 (2014) du Conseil de Sécurité par les États affectés par le phénomène des combattants terroristes étrangers », Conseil de Sécurité, Nations unies, Direction exécutive du Comité contre le terrorisme, Compilation de trois rapports (S/2015/338 ; S/2015/683 ; S/2015/975), p. 19.

<sup>13</sup> « Combattants étrangers en Syrie et en Irak », Rapport de la Commission des questions politiques et de la démocratie, Assemblée Parlementaire, Conseil de l'Europe, Doc. 13937, 08.01.2016, p. 2.

<sup>14</sup> Lettre datée du 19 mai 2015, adressée au Président du Conseil de Sécurité par le Président du Comité du Conseil de Sécurité faisant suite aux résolutions 1267 (1999) et 1989 (2011) concernant Al-Qaïda et les personnes et entités qui lui sont associées, Nations unies, Doc. S/2015/358, Annexe : « Menace mondiale liée aux combattants terroristes étrangers : analyse et recommandations » 19.05.2015, par. 16 :

« la tendance reste inquiétante. L'analyse de sources ouvertes [...] fait apparaître une hausse de 71 % des combattants terroristes étrangers signalés dans le monde entier entre la mi-2014 et mars 2015, due en partie à un recensement national plus complet de la part des États Membres et à une plus grande quantité de données accessibles en sources ouvertes. Une forte augmentation (entre 70 % et 733 %) des combattants terroristes étrangers venus de plusieurs États Membres européens ou asiatiques a également été constatée. »

Voir également : LISTER (C.), « Returning foreign fighters : criminalization or reintegration ? », *Booking Doha Center*, Policy Briefing, August 2015, p. 1 ; SCHMID (A. P.), « Foreign (Terrorist) Fighter Estimates: Conceptual and Data Issues », *ICCT*, Policy Brief, October 2015, pp. 1 et 3, « Table<sup>o</sup>1: Number of Foreign Fighters in Various Conflicts in the Recent Past » ; BAKKER (E.) and SINGLETON (M.), « Foreign Fighters in the Syria and Iraq Conflict : Statistics and Characteristics of a Rapidly Growing Phenomenon » in De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.) (éds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 23 ; « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, Office for Democratic Institutions and Human Rights, Warsaw, 20.09.2018, p. 11 ; MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, p. 224.

<sup>15</sup> Voir *supra*, note n<sup>o</sup>1.

<sup>16</sup> Voir par exemple : « Foreign Terrorist Fighters – Manual for Judicial Training Institutes South-Eastern Europe », Office on Drugs and Crime, *op. cit.*, p. 3 ; « Combattants étrangers en Syrie et en Irak », Conseil de

catégorie des acteurs du terrorisme international pour les identifier et donc du *corpus* antiterroriste pour encadrer leurs activités.

Toutefois, ce dernier statut ne permet pas d'appréhender clairement et entièrement le phénomène des individus qui se rendent à l'étranger pour participer à des violences armées et pose des problèmes quant à la mise en œuvre de mesures antiterroristes en contexte de conflit armé,<sup>17</sup> de sorte que les doutes sur leur statut juridique et la réglementation applicable à leurs activités persistent (I). Dès lors, c'est en suivant une méthodologie adaptée au sujet des « combattants étrangers » (II) qu'il sera possible de proposer une hypothèse de travail (III) permettant d'identifier le(s) statut(s) juridique(s) pertinent(s) des « combattants étrangers » en droit international pour assurer un encadrement opportun de leurs activités.

## **I. Les « combattants étrangers » et leurs identifications juridiques**

S'il est un consensus sur le phénomène des « combattants étrangers », c'est celui de son caractère historique ; le phénomène est sans aucun doute ancien et n'est pas apparu avec le terrorisme international du fondamentalisme islamiste (A). D'ailleurs, c'est précisément en s'intéressant à l'entière étendue de ce phénomène particulièrement ancien que des critères convergents ont pu être dégagés, par la doctrine, pour proposer des définitions pragmatiques

---

l'Europe, *op. cit.*, para. 8-22 : rapport destiné à « *comprendre le phénomène des "combattants étrangers"* » ; Rapport d'activités 2015, Comité permanent de contrôle des services de renseignements et de sécurité, Royaume de Belgique, 16.09.2016, pp. 21 et 23 ; REICHARDT (A.) et BIGOT (J.), « Rapport fait au nom de la commission des affaires européennes sur la proposition de résolution européenne de Mme Nathalie GOULET, présentée en application de l'article 73 *quinquies* du Règlement, tendant à la création d'un Tribunal pénal international chargé de juger les djihadistes européens ayant servi avec Daesh », République Française, Sénat, Session ordinaire de 2017-2018, Rapport N°96, 17.11.2017, 40 p. ; REED (A) et POHL (J.), « Que faire face au retour massif des combattants étrangers ? », *NATO review*, Organisation du traité de l'Atlantique Nord, site internet, 14.07.2017 ; « Syrie : l'Envoyé de l'ONU appelle une nouvelle fois à trouver une solution au conflit », *News.un.org*, Nations Unies, 15.01.2015 [Consulté le 01 avril 2020] ; « Tunisie : des experts de l'ONU s'inquiètent du flux de combattants étrangers quittant le pays », *News.un.org*, Nations Unies, 10.07.2015 [Consulté le 01 avril 2020] ; « Un rapport de l'ONU appelle à plus de souplesse dans la lutte contre les combattants étrangers », *News.un.org*, Nations Unies, 06.10.2015 [Consulté le 01 avril 2020] ; Site internet de Europol, onglet « About Europol », rubrique « European Counter Terrorism Centre – ECTC », [Consulté le 17 janvier 2019] ; BOUTIN (B.), CHAUZAL (G.) DORSEY (J.) and others, « The Foreign Fighters Phenomenon in the European Union – Profiles, Threats & Policies », *ICCT Research Paper*, The Hague, April 2016, p. 13.

<sup>17</sup> « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, *op. cit.*, p. 22 ; AMBOS (K.), « Our terrorists, your terrorists? The United Nations Security Council urges states to combat "foreign terrorist fighters", but does not define "terrorism" », *Ejil Talk*, 02.10.2014. [Consulté le 7 mai 2019]

et tenter de clarifier le sujet (B). Mais c'est également au regard de cette étendue du phénomène qu'il semble possible de limiter l'apport du statut de « combattant terroriste étranger » adopté par le Conseil de Sécurité (C).

### A. Les « combattants étrangers » dans l'histoire de la guerre

Les « combattants étrangers » ont été impliqués dans de très nombreux conflits armés, il serait ainsi vain de chercher par le présent travail à établir une liste exhaustive de ces conflits.<sup>18</sup> Pour autant, saisir l'ampleur et la réalité historique du phénomène est important afin de comprendre les limites des apports de la résolution 2178 du Conseil de Sécurité, celle-ci se limitant à percevoir le phénomène à travers le prisme de la lutte contre le terrorisme. Les hommes et les femmes n'ont en effet pas attendu le 11 septembre 2001, les appels d'Al Qaida ou d'autres organisations comme l'État islamique, pour aller se battre à des milliers de kilomètres de chez eux, dans un pays étranger. De tout temps, des individus se sont engagés dans des luttes armées au sein d'un État qui n'était pas le leur. Entre 1815 et 2015, leur présence aurait été suffisante pour qu'elle soit recensée dans 93 conflits internes.<sup>19</sup> À cela, il faudrait ajouter les cas plus anciens, les cas non documentés et les cas de participation à des conflits armés internationaux<sup>20</sup>. Finalement, de nombreux conflits ont impliqué des

---

<sup>18</sup> Pour une vision plus étendue du phénomène, voir notamment : DAVID (E.), « La condition juridique des volontaires belges pendant la guerre d'Espagne », *Revue Belge d'histoire contemporaine*, 1987, pp. 39-80 ; FISHMAN (B.) and FELTER (J.), « Al-Qa'ida's Foreign Fighters in Iraq: A First Look at the Sinjar Records », Report, Harmony Project, Combating Terrorism Center at West Point, 02.01.2007, 31 p. ; « Combatants on Foreign Soil », Issue Paper, Second International Conference on DDR and Stability in Africa, United Nations Office of the Special Adviser on Africa and Government of the Democratic Republic of Congo, Kinshasa, 12-14.06.2007, 36 p. ; MOORE (C.) and TUMELTY (P.), « Foreign Fighters and the Case of Chechnya: A Critical Assessment », *Studies in Conflict & Terrorism*, Vol. 31, Issue 5, 15.04.2008, pp. 412-433 ; MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, op. cit., 264 p. ; ARIELLI (N.), « When are foreign volunteers useful? Israel's transnational soldiers in the war of 1948 re-examined », *Journal of Military History*, Vol. 78, Issue 2, 2014, pp. 703-724 ; De ROY Van ZUIJDEWIJN (J.) and BAKKER (E.), « Returning Western Foreign Fighters: The case of Afghanistan, Bosnia and Somalia », op. cit., 12 p. ; MALET (D.), « Foreign Fighter Mobilization and Persistence in a Global Context », op. cit., pp. 454-473 ; LI (D.), « Jihad in a World of Sovereigns: Law, Violence, and Islam in the Bosnia Crisis », *Law & Social Inquiry – Journal of the American Bar Foundation*, Vol. 00, Issue 00, Summer 2015, p. 2 ; De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.) (éds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2016, 533 p.

<sup>19</sup> MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, op. cit., p. 224 : chiffres mis à jour par l'auteur dans une réédition de son ouvrage *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict* en 2017.

<sup>20</sup> Sur la différence entre conflit armé international et conflit armé non international, voir *infra*, p. 17.

« combattants étrangers » (1) et, comme en témoigne le cas emblématique de la Guerre d'Espagne (1936-1939), dans des proportions parfois importantes (2).

### **1. Retour sur quelques cas de conflits armés comptant des « combattants étrangers »**

Des étrangers se sont depuis longtemps impliqués dans des guerres d'États qui n'étaient pas les leurs.<sup>21</sup> Il faut alors par exemple penser au cas des Vikings qui recrutaient déjà des étrangers ; aux deux groupes transnationaux « *Knight Templar [and] Knights Hospitaller, later Knights of Malta* » dans le contexte des Croisades ; à la Grande Compagnie qui aurait rassemblé quelques milliers de Français, Anglais et Espagnols dans les années 1360 ; ou encore aux guerres de libération nationale d'Amérique du Sud au cours desquelles Simón Bolívar aurait commandé « *5,000 otherwise unoccupied British soldiers* ». <sup>22</sup> De même, les « combattants étrangers » sont présents, notamment à travers « *l'épopée de Garibaldi et de ses Chemises rouges* », au cours de la guerre qui mena à la réunification de l'Italie.<sup>23</sup>

Il faut aussi noter le cas d'étrangers participant aux différentes luttes armées suivantes : la Révolution américaine, qui aurait notamment impliqué 750 Haïtiens et d'autres volontaires européens<sup>24</sup> ; le conflit opposant la Grèce à l'Empire ottoman et qui aurait réuni

---

<sup>21</sup> Doc. S/2015/358, Annexe : « Menace mondiale liée aux combattants terroristes étrangers : analyse et recommandations » 19.05.2015, *op. cit.*, par. 12 ; MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, pp. 34-35.

<sup>22</sup> MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, pp. 34-35 ; il faut néanmoins relever que malgré l'intérêt de ces cas historiques, la pratique du mercenariat était courante à ces périodes et qu'ainsi, sans informations précises, il est difficile d'assurer avec certitude que ces individus n'opéraient pas sous une forme qui leur vaudrait aujourd'hui la qualification de mercenaire. Ces cas démontrent toutefois que la participation à un conflit à l'étranger était déjà très répandue, quelles que soient les modalités de cette participation ; sur la situation du mercenariat vis-à-vis du phénomène des « combattants étrangers », voir *infra*, pp. 206-210.

<sup>23</sup> PECOUT (G.), « Pour une lecture méditerranéenne et transnationale du Risorgimento », *Revue d'histoire du XIX<sup>e</sup> siècle*, n°44, 2012, pp. 40-41 ; FLORES (M.), « Foreign Fighters Involvement in National and International Wars: A Historical Survey », in De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.) (éds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2016, pp. 35-36.

<sup>24</sup> Quelle que soit la forme de participation qu'ils ont ensuite pris, ils sont initialement venus en tant que volontaires internationaux, voir *Ibid.*, pp. 32-33.

des centaines d'européens dans les années 1820<sup>25</sup> ; la Révolution du Texas (1835-1836)<sup>26</sup> ; la Seconde Guerre mondiale avec notamment l'exemple de l'invasion de la Finlande par les soviétiques au cours de laquelle 10.000 volontaires suédois ont combattu auprès des forces finlandaises<sup>27</sup> ; le conflit israélo-palestinien de 1948 où plusieurs milliers d'étrangers ont rejoint les rangs des forces armées de l'une ou l'autre des parties<sup>28</sup> ; le conflit opposant la Tchétchénie à la Russie où 200 à 300 « combattants étrangers » auraient été comptabilisés<sup>29</sup> ; le conflit en Bosnie-Herzégovine (1992) durant lequel 1.000 à 5.000 étrangers auraient intégré des forces armées<sup>30</sup> ; le conflit opposant la Somalie au groupe armé Al Shabaab qui a également accueilli des volontaires étrangers, souvent des vétérans du conflit de Bosnie-Herzégovine<sup>31</sup>. Plus largement, de nombreux « combattants étrangers » ont été impliqués de manière significative dans un grand nombre de conflits du continent africain.<sup>32</sup>

Deux cas sont particulièrement intéressants.

---

<sup>25</sup> FLORES (M.), « Foreign Fighters Involvement in National and International Wars: A Historical Survey », *op. cit.*, pp. 29-30

<sup>26</sup> MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, pp. 58-91.

<sup>27</sup> FLORES (M.), « Foreign Fighters Involvement in National and International Wars: A Historical Survey », *op. cit.*, p. 41.

<sup>28</sup> ARIELLI (N.), « When are foreign volunteers useful? Israel's transnational soldiers in the war of 1948 re-examined », *op. cit.* ; HEGGHAMMER (T.), « The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad », *op. cit.*, p. 58 ; MENDELSON (B.), « Foreign Fighters – Recent Trends », *op. cit.*, p. 190 ; MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, pp. 127-157.

<sup>29</sup> HEGGHAMMER (T.), « The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad », *op. cit.*, p. 61 ; voir également : LARZILLIÈRE (P.), « Tchétchénie : le jihad reterritorialisé », *Critique internationale*, Vol. 3, N°20, 2003, pp. 151-164 ; MOORE (C.) and TUMELTY (P.), « Foreign Fighters and the Case of Chechnya: A Critical Assessment », *op. cit.* ; MENDELSON (B.), « Foreign Fighters – Recent Trends », *op. cit.*, p. 191 ;

<sup>30</sup> De ROY Van ZUIJDEWIJN (J.) and BAKKER (E.), « Returning Western Foreign Fighters: The case of Afghanistan, Bosnia and Somalia », *op. cit.*, pp. 4-5 ; voir également MENDELSON (B.), « Foreign Fighters – Recent Trends », *op. cit.*, p. 191 ; MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, pp. 185-189 ; OTASEVIĆ (A.), « Les organisations combattantes irrégulières en Bosnie-Herzégovine », *Stratégique*, Institut de Stratégie Comparée, Vol. 2, N°103, 2013, pp. 219-230 ; ZAMMIT (A.), « Australian foreign fighters : risks and responses », *op. cit.*, p. 3 ; LI (D.), « Jihad in a World of Sovereigns: Law, Violence, and Islam in the Bosnia Crisis », *op. cit.*, p. 2.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 7-9 ; « Combatants on Foreign Soil », *op. cit.*, pp. 17 et 23-24.

<sup>32</sup> Comme au Burundi, en Côte d'Ivoire, en Guinée, au Liberia, en République Centre Afrique, en République démocratique du Congo, au Rwanda, en Sierra Leone, en Somalie, au Sud Soudan et au Soudan, au Tchad et en Uganda ; voir sur ce point : « Combatants on Foreign Soil », *op. cit.*, pp. 14-17.

En premier lieu, il faut évoquer l’Afghanistan, qui a connu trois vagues successives de « combattants étrangers ». <sup>33</sup> La première prend place durant l’invasion et l’occupation par l’Union soviétique en 1979 et est parfois présentée comme étant à l’origine du phénomène des « combattants étrangers » tel qu’il est aujourd’hui connu <sup>34</sup> ; cette vague aurait attiré 5.000 à 20.000 étrangers entre 1980 et 1992 <sup>35</sup>. La deuxième vague concerne les dix années qui ont suivi la chute de l’Union soviétique et aurait attiré environ 6.000 nouveaux volontaires. <sup>36</sup> La troisième a accompagné l’intervention par les États-Unis, puis la coalition internationale, après 2001. <sup>37</sup> Le cas afghan est également important car il voit naître Al-Qaida, une entité créée le 20 août 1988 dans le but de constituer une unité militaire de volontaires étrangers ; elle en aurait entraîné plus de 11.000. <sup>38</sup>

En second lieu, il faut parler du cas historique de l’Irak. Depuis l’invasion par les États-Unis, environ 5.000 « combattants étrangers » auraient afflué entre 2003 et 2010. <sup>39</sup> Et c’est d’ailleurs précisément dans ce contexte que sont nées les fondations de l’organisation État islamique, à travers la création en 2006 de la formation *Dawlat al-Iraq al-Islamiyya* (l’État islamique d’Irak) issue de l’association de plusieurs entités locales. <sup>40</sup> Autrement dit, non seulement le phénomène des « combattants étrangers » est ancien, mais son expression actuelle autour de l’EI est elle-même la simple continuation d’un cas

---

<sup>33</sup> De ROY Van ZUIJDEWIJN (J.) and BAKKER (E.), « Returning Western Foreign Fighters: The case of Afghanistan, Bosnia and Somalia », *op. cit.*, pp. 2-4 ; voir également : HEGGHAMMER (T.), « The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad », *op. cit.*, p. 60 ; MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, pp. 158-184 ; De ROY Van ZUIJDEWIJN (J.), « The Foreign Fighters’ Threat: What History Can (not) Tell Us », *op. cit.*, p. 61.

<sup>34</sup> MENDELSON (B.), « Foreign Fighters – Recent Trends », *op. cit.*, p. 190 : « *the Afghan resistance to the Soviets during the 1980s, which gave rise to the foreign fighters’ phenomenon of our time* » ; ZAMMIT (A.), « Australian foreign fighters : risks and responses », *op. cit.*, p. 3.

<sup>35</sup> HEGGHAMMER (T.), « The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad », *op. cit.*, p. 61.

<sup>36</sup> De ROY Van ZUIJDEWIJN (J.) and BAKKER (E.), « Returning Western Foreign Fighters: The case of Afghanistan, Bosnia and Somalia », *op. cit.*, p. 2.

<sup>37</sup> MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, p. 192.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 184 et 190.

<sup>39</sup> HEGGHAMMER (T.), « The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad », *op. cit.*, p. 61 ; ZAMMIT (A.), « Australian foreign fighters : risks and responses », *op. cit.*, p. 3.

<sup>40</sup> FISHMAN (B.) and FELTER (J.), « Al-Qa’ida’s Foreign Fighters in Iraq: A First Look at the Sinjar Records », *op. cit.*, pp. 4-6.

historique et connu pour avoir commencé en 2003, bien avant donc que le terme de « combattant terroriste étranger » ne soit créé.

Pour terminer, à titre anecdotique, des figures illustres connues du grand public ont été des « combattants étrangers ». Il faut penser à Eric Blair, engagé au côté des républicains durant la Guerre d'Espagne et plus connu sous le nom de George Orwell<sup>41</sup>, à André Malraux, auteur de *La Condition Humaine*, résistant durant la Seconde Guerre mondiale, ancien ministre français de la Culture et qui était engagé au sein des forces républicaines en Espagne<sup>42</sup>, à un célèbre élu au Congrès des États-Unis, volontaire étranger et leader du camp séparatiste durant la guerre d'indépendance du Texas, ayant perdu la vie durant la bataille d'Alamo : Davy Crockett<sup>43</sup>, ou encore à Oussama Ben Laden, saoudien venu en Afghanistan afin de prendre les armes, aux côtés des États-Unis, dans le conflit armé contre les forces soviétiques<sup>44</sup>.

Ces quelques exemples témoignent de l'existence historique du phénomène. Ils permettent de constater que le mouvement initial de départ de plusieurs centaines ou milliers de volontaires pour intégrer une entité armée étrangère partie à un conflit armé est loin d'être nouveau ou anecdotique. D'ailleurs, sur ce dernier point, le cas de la Guerre d'Espagne est particulièrement pertinent car, en plus d'être la preuve d'une existence historique du phénomène, il démontre que ce dernier a parfois constitué un mouvement majeur.

## **2. L'importance historique du phénomène et la Guerre d'Espagne (1936-1939)**

En terme quantitatif, les données sur le phénomène des « combattants étrangers » durant la guerre civile espagnole sont particulièrement frappantes. L'histoire des Brigades internationales constituées d'étrangers aux côtés des républicains a été souvent racontée. Mais l'ampleur de cette histoire prend encore d'avantage d'envergure lorsqu'y est ajouté l'examen du phénomène des étrangers qui ont participé au conflit au sein du camp des

---

<sup>41</sup> FABER (S.), « Spain's Foreign Fighters: The Lincoln Brigade and the Legacy of the Spanish Civil War », *Foreign Aff.*, 95, 155, Sept-October 2016, p. 158.

<sup>42</sup> MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, op. cit., pp. 1-2.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 158.

nationalistes, des forces armées de Francisco Franco. Ces dernières étaient constituées d'un conglomérat qui incluait, auprès des forces dissidentes de l'armée régulière espagnole, par décret du 19 avril 1937, « *les milices de la Phalange [,] les combattants carlistes, les requetés, [...] des milices des divers parties de droite comme les monarchistes alphonsons de Renovación Española, les militants de Juventud de Acción Popular ou encore les légionnaires d'Albiñana* ». <sup>45</sup> Des milliers d'étrangers se sont alors engagés directement dans les rangs de l'une de ces unités ou au sein d'unités étrangères associées aux forces nationalistes. <sup>46</sup>

L'unité étrangère la plus connue est probablement la Légion Condor constituée des volontaires étrangers allemands. Composée en permanence d'environ 6.500 combattants issus de l'armée régulière ou des milices allemandes, elle a accueilli environ 15.000 combattants et spécialistes volontaires <sup>47</sup> « *de façon à donner l'expérience des matériels et des combats au plus grand nombre possible de militaires allemands.* » <sup>48</sup> Elle disposait d'un commandement allemand, mais était toutefois placée sous l'autorité espagnole « *du chef de l'armée de l'air nationaliste, le général Kindelan.* » <sup>49</sup>. De plus, certains volontaires germanophones s'engagèrent au sein d'autres unités, comme la Légion étrangère espagnole

---

<sup>45</sup> SÉGALAS (D.), « Le volontariat armé au sein des milices nationalistes pendant la guerre civile espagnole, 1936-1939 », *Bulletin de l'Institut Pierre Renouvin*, 2009/1 (N° 29), p. 54.

<sup>46</sup> Voir notamment : SILL (E.), « La croisade des gosses. Fugues, disparitions et enrôlements volontaires de mineurs français en Espagne durant la guerre civile », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire* 2011/2 (n° 110), p. 19-32 ; FABER (S.), « Spain's Foreign Fighters: The Lincoln Brigade and the Legacy of the Spanish Civil War », *op. cit.*, p. 155 ; VALAIK (J. D.), « In the Days Before Ecumenism: American Catholics, Anti-Semitism, and the Spanish Civil War », *J. Church & St.*, 13, 465, 1971, p. 466 ; Van WYNEN THOMAS (A.) and THOMAS (A. J. Jr.), « Non-Intervention and the Spanish Civil War », *American Society of International Law Proceedings*, 61, 2, 1967, p. 2.

<sup>47</sup> ROUSSILLON (S.), *Les « Brigades Internationales » de Franco – Les volontaires étrangers du côté national*, Via Romana, Versailles, 2012, p. 69 ; BENNASSAR (B.), *La guerre d'Espagne et ses lendemains*, (éd.) Perrin, (col.) Tempus, 2004, pp. 144-145 ; DAVID (E.), « La condition juridique des volontaires belges pendant la guerre d'Espagne », *op. cit.*, p. 39 : les estimations varient parfois entre 16.000 et 35.000 hommes.

<sup>48</sup> BENNASSAR (B.), *La guerre d'Espagne et ses lendemains*, *op. cit.*, pp. 144-145 :

« La plus importante des "légions étrangères de l'air" fut la Légion Condor allemande. [...] Elle était forte de 6500 hommes et composée de huit sections différentes : commandement, groupe de chasse, groupe de bombardement, groupe de reconnaissance, groupe de reconnaissance maritime, transmissions, matériel, défense anti-aérienne, plus un groupe de blindés de 41 chars qui contribua à la formation des tankistes espagnols. La force aérienne de la Condor comportait quatre escadrilles de douze avions chacune pour les groupes de chasse et de bombardement, de trois escadrilles de six avions pour le groupe de reconnaissance et d'une escadrille de six hydravions pour le groupe de reconnaissance maritime. La Légion Condor était dirigée par le général von Speerle, plus connu sous le nom de "général Sander" [...]. En fait, elle jouissait d'une large autonomie [...] ».

Voir également ROUSSILLON (S.), *Les « Brigades Internationales » de Franco*, *op. cit.*, pp. 70-71.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 144.



(de 90 à 100 Allemands et environ 30 Autrichiens<sup>50</sup>) ou des milices locales – Phalange et carlistes – et des « *unités irrégulières et des milices civiques* ». <sup>51</sup> En nombre moins important, certains volontaires intègrent directement l'armée dissidente. <sup>52</sup> Ces volontaires étaient alors vraisemblablement motivés par les différents idéaux que chaque unité défendait au sein du camp franquiste : monarchisme, catholicisme, nationalisme ou encore anticommunisme. <sup>53</sup>

Aux côtés de cette unité allemande, ce sont de loin les Italiens qui auraient assuré le plus gros soutien quantitatif en terme humain. Il y aurait eu environ 75.000 volontaires issus de l'armée italienne et de groupes paramilitaires italiens. <sup>54</sup> À mesure que leur nombre augmentera, la forme sous laquelle ils seront intégrés aux forces nationalistes va très souvent évoluer. À la fin de l'année 1936 et au début de l'année 1937, deux contingents de 3.000 « Chemises noires » vont d'abord constituer des unités italiennes au sein de la *Tercio*, et ces 6.000 volontaires seront ensuite répartis dans des brigades mixtes italo-espagnoles. <sup>55</sup> Par la suite, les quatre divisions de combattants italiens – une composée des volontaires issus de l'armée italienne régulière, trois constituées par les volontaires des milices – seront regroupées au sein du *Corpo di Truppe Volontarie* <sup>56</sup> et quelques centaines d'Italiens resteront

---

<sup>50</sup> ROUSSILLON (S.), *Les « Brigades Internationales » de Franco*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>51</sup> *Ibid.*, pp. 81 et 84.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pp. 81-82.

<sup>53</sup> *Ibid.*, pp. 85-86 :

« les combattants austro-allemands [...] furent donc des volontaires, au sens littéral du terme. Idéologiquement, leurs motivations semblent avoir été plus complexes et hétérogènes que l'on ne l'imagine bien souvent. Certes, la majorité des volontaires de la Légion Condor [...] sont militants ou sympathisants du parti nazi. Mais beaucoup sont aussi plus simplement des conservateurs, parfois aux sympathies monarchistes, dont la motivation principale est l'anti-communisme. »

<sup>54</sup> *Ibid.*, pp. 93-96 ; BENNASSAR (B.), *La guerre d'Espagne et ses lendemains*, *op. cit.*, pp. 151-153 ; DAVID (E.), « La condition juridique des volontaires belges pendant la guerre d'Espagne », *op. cit.*, p. 39.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp. 97-104 ; désormais ils opèrent exclusivement sous commandement italien et il est difficile de dire s'ils opèrent comme une force auxiliaire à l'armée régulière italienne – sous la direction du pouvoir italien – ou s'ils sont intégrés à la force armée franquiste – auquel cas il faudrait remarquer que le commandement espagnol n'était pas toujours effectif et que le pouvoir italien prenait certaines décisions.

disséminés au sein d'unités nationalistes sous commandement espagnol.<sup>57</sup> Tous les Italiens engagés auraient été des volontaires.<sup>58</sup>

Le concours massif des Italiens et des Allemands aux forces nationalistes doit enfin être complété par les milliers d'autres volontaires de diverses origines. Par exemple, il faudrait comptabiliser environ 75.000 Marocains intégrés directement au sein d'unités de l'armée dissidente espagnole – de la Légion Étrangère<sup>59</sup>, de la Phalange<sup>60</sup> ou des *Fuerzas Regulares Indígenas*<sup>61</sup> (Forces Régulières Indigènes créées en 1913 pour regrouper les différentes milices indigènes) – ou au sein de troupes sous une autorité marocaine, elle-même placée sous protectorat espagnol – notamment la *Mehal-la Jalifiana*, l'Armée khalifienne.<sup>62</sup> Il faut également évoquer plus de 6.000 volontaires originaires de colonies africaines<sup>63</sup>, 680 volontaires Irlandais venus défendre la foi catholique et issus des différents mouvements nationalistes engagés dans la lutte pour l'indépendance irlandaise<sup>64</sup>, des dizaines de pilotes britanniques<sup>65</sup>, quelques milliers de volontaires portugais, les *Viriatos*, en plus des militaires officiellement dépêchés par les autorités portugaises, principalement au sein du *Tercio* et en

---

<sup>57</sup> ROUSSILLON (S.), *Les « Brigades Internationales » de Franco*, op. cit., pp. 111-115.

<sup>58</sup> BENNASSAR (B.), *La guerre d'Espagne et ses lendemains*, op. cit., pp. 151-153 ; ROUSSILLON (S.), *Les « Brigades Internationales » de Franco*, op. cit., p. 96 :

« ces combattants, aviateurs, tankistes, fantassins ou artilleurs sont des volontaires, contrairement à ce qui a parfois été écrit. Une bonne partie du contingent italien était composée d'authentiques militants fascistes, simples membres du parti ou miliciens au sein de la *Milizia Volontaria per la Sicurezza Nazionale*, les autres sont essentiellement des soldats issus des troupes ayant combattu en Éthiopie et en Abyssinie, décidés à remplir en tant que volontaires ».

<sup>59</sup> ROUSSILLON (S.), *Les « Brigades Internationales » de Franco*, op. cit., p. 137.

<sup>60</sup> « une Bandera Falangista de Marruecos, forte de près de [...] 1.236 volontaires marocains » sera créée au sein de la Phalange, voir *ibid.*, pp. 135-136.

<sup>61</sup> Environ 13.300 volontaires, voir *ibid.*, p. 139.

<sup>62</sup> *Ibid.*, pp. 121-139 : souvent présentés comme des mercenaires, les volontaires marocains auraient probablement choisi le camp républicain si leur engagement avait été purement vénal – la solde y étant alors de 10 pesetas par jour contre 5 pesetas et 25 centimes chez les nationalistes. Qui plus est, trois principales causes non pécuniaires semblent avoir motivé ces volontaires : premièrement les marocains musulmans auraient perçu un intérêt commun avec les chrétiens espagnols dans le combat contre les communistes athées des Brigades Internationales républicaines ; deuxièmement, depuis l'arrivée au pouvoir de l'administration républicaine, les fonctionnaires espagnols envoyés au Maroc (sous protectorat) s'opposaient frontalement aux pratiques, croyances et particularités que les militaires du camp nationaliste avaient jusqu'à présent respecté ; troisièmement, nombre d'entre eux avaient espoir qu'aider la cause nationaliste en Espagne serait dans le futur bénéfique à leur propre combat nationaliste au Maroc.

<sup>63</sup> *Ibid.*, pp. 143-149.

<sup>64</sup> *Ibid.*, pp. 176-177 ; BENNASSAR (B.), *La guerre d'Espagne et ses lendemains*, *ibid.*, p. 151.

<sup>65</sup> Voir notamment *ibid.*, pp. 190-195.

faible nombre au sein des milices nationalistes<sup>66</sup>, et entre 900 et 1.000 Français qui auraient servi notamment dans la *Compañia Jeanne d'Arc*.<sup>67</sup>

Le camp nationaliste aurait ainsi réuni un total de 150.000 à 179.000 étrangers<sup>68</sup>, 89.000 si devaient en être soustraits les Allemands et les Italiens comme il est parfois soutenu.<sup>69</sup> Dès lors, ajoutés à ceux-là les 30.000 à 40.000 volontaires des Brigades Internationales du côté des républicains<sup>70</sup>, le nombre total de « combattants étrangers » durant la Guerre d'Espagne aurait été de 124.000 à 214.000.<sup>71</sup> De fait, il faut alors remarquer que même avec une estimation basse, qui ne tiendrait pas compte des contingents italiens et allemands, le nombre total est bien supérieur aux 25.000 à 40.000 « combattants étrangers » qui auraient rejoint la Syrie et l'Irak<sup>72</sup> et à l'origine de l'adoption du statut de « combattant terroriste étranger ».

Plus largement, au regard de cet exemple et des autres conflits armés évoqués, il faut conclure que le phénomène des « combattants étrangers » est effectivement loin d'être

---

<sup>66</sup> ROUSSILLON (S.), *Les « Brigades Internationales » de Franco*, *op. cit.*, pp. 213 et 216-218 ; BENNASSAR (B.), *La guerre d'Espagne et ses lendemains*, *op. cit.*, p. 151 ; DAVID (E.), « La condition juridique des volontaires belges pendant la guerre d'Espagne », *op. cit.*, p. 40 ; GONÇALVES (C.), « Salazar et la Guerre civile espagnole », *Diacronie* [En ligne], N° 7, 3 | 2011, document 8, mis en ligne le 29.07.2011, pp. 6 et 14-15.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 251 ; DAVID (E.), « La condition juridique des volontaires belges pendant la guerre d'Espagne », *op. cit.*, p. 40.

<sup>68</sup> Van WYNEN THOMAS (A.) and THOMAS (A. J. Jr.), « Non-Intervention and the Spanish Civil War », *op. cit.*, p. 2 ; ROUSSILLON (S.), *Les « Brigades Internationales » de Franco*, *op. cit.*, 2012, p. 342.

<sup>69</sup> Voir par exemple : FLORES (M.), « Foreign Fighters Involvement in National and International Wars : A Historical Survey », *op. cit.*, p. 39 ; ROUSSILLON (S.), *Les « Brigades Internationales » de Franco*, *op. cit.*, p. 342 : il est parfois soutenu que les combattants allemands et italiens n'agissaient pas comme « combattants étrangers » mais comme membres à part entière de leur force armée étatique d'origine.

<sup>70</sup> DAVID (E.), « La condition juridique des volontaires belges pendant la guerre d'Espagne », *op. cit.*, p. 40.

<sup>71</sup> ROUSSILLON (S.), *Les « Brigades Internationales » de Franco*, *op. cit.*, p. 342 ; FLORES (M.), « Foreign Fighters Involvement in National and International Wars : A Historical Survey », *op. cit.*, p. 40.

<sup>72</sup> Doc. S/2015/358, Annexe : « Menace mondiale liée aux combattants terroristes étrangers : analyse et recommandations », *op. cit.*, par. 16 :

Voir également : LISTER (C.), « Returning foreign fighters : criminalization or reintegration ? », *op. cit.*, p. 1 ; SCHMID (A. P.), « Foreign (Terrorist) Fighter Estimates: Conceptual and Data Issues », *op. cit.*, pp. 1 et 3, « Table°1: Number of Foreign Fighters in Various Conflicts in the Recent Past » ; BAKKER (E.) and SINGLETON (M.), « Foreign Fighters in the Syria and Iraq Conflict : Statistics and Characteristics of a Rapidly Growing Phenomenon » *op. cit.*, p. 23 ; « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, *op. cit.*, p. 11 ; MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, p. 224.

nouveau et qu'il n'a, *a priori*, pas toujours été directement et inévitablement lié au terrorisme international. D'ailleurs, en ce sens, il est intéressant de constater que les propositions doctrinales de définition du « combattant étranger » n'ont pas directement présenté le terrorisme comme un critère caractéristique de ces individus.

## **B. La définition doctrinale du « combattant étranger »**

Bien que l'appellation « combattant étranger » ne dispose d'aucune définition officielle, il faut remarquer qu'elle bénéficie, en pratique, d'une reconnaissance et d'une compréhension de ce qu'elle décrit bien plus importante que n'importe quel autre jargon spécialisé.<sup>73</sup> Autrement dit, malgré l'absence de définition juridique, l'appellation semble décrire une réalité sociale et un phénomène bien réel. Ainsi, des études ont pu être menées de sorte que trois critères pratiques récurrents se dégagent<sup>74</sup> : l'appellation désignerait un individu qui se rend dans un État où il est étranger, car il n'en a pas la nationalité et n'y a pas établi sa résidence habituelle (1), pour participer à un conflit armé au sein d'une partie (2) dont il approuve la cause à défendre (3). Or, cette participation à un conflit armé, qui semble caractériser en pratique tous les individus désignés par l'appellation non contraignante de « combattant étranger », entraîne la mise en œuvre d'un *corpus* contraignant : le droit international humanitaire.<sup>75</sup>

### **1. Premier critère : la nationalité et la résidence habituelle**

L'individu concerné est dit « étranger » en ce qu'il opère sur le territoire d'un État dont il ne possède pas la nationalité et où il n'a pas établi sa résidence habituelle.<sup>76</sup> Cet élément n'engendre pas d'enjeux de compréhension majeurs et se trouve mis en avant dans

---

<sup>73</sup> MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, p. 215, appendix A :

« The term *foreign fighter* is used here because it is widely employed in popular media reports [...] and appears to generate greater recognition of the concept it describes than does any more jargon-laden term attempted in its stead. »

<sup>74</sup> Voir *supra*, note n°8.

<sup>75</sup> Voir *supra*, note n°5.

<sup>76</sup> Voir notamment les définitions proposées dans les écrits suivants : De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.), « Introduction », *op. cit.*, p. 2 ; KRÄHENMANN (S.), « Foreign Fighters under International Law », *op. cit.*, p. 6 ; HEGGHAMMER (T.), « The Rise of Muslim Foreign Fighters : Islam and the Globalization of Jihad », *op. cit.*, pp. 57-58 ; MALET (D.), « Foreign Fighter Mobilization and Persistence in a Global Context », *op. cit.*, pp. 455-458.

toutes les propositions de définition, avec la nuance que certaines préféreront la notion de pays d'origine,<sup>77</sup> ou de citoyenneté,<sup>78</sup> à celle de nationalité.<sup>79</sup> Le but est alors toujours de mettre en avant que l'individu a quitté l'État dans lequel il a des attaches légales ou personnelles – naissance, citoyenneté, nationalité, résidence habituelle – pour se rendre dans un État avec lequel il n'en possède *a priori* aucune.<sup>80</sup> Finalement, ce qui importe, c'est que l'individu ait traversé une ou plusieurs frontières, et qu'il soit « étranger » à l'État dans lequel il se rend. Dès lors, la plus grande récurrence dans l'utilisation du duo « nationalité et/ou résidence habituelle » illustre bien l'objectif, c'est pourquoi il sera repris ici. En pratique, ce critère signifie qu'il faudra inclure dans l'appellation, par exemple, l'individu résidant habituellement en France – et/ou avec la nationalité française – et qui part en Syrie, en Irak, en Italie, en Chine ou dans n'importe quel autre pays, sans en avoir la nationalité ou y avoir établi sa résidence habituelle. À l'inverse, ne sera pas concernée la personne de nationalité syrienne, résidant habituellement en France ou en Belgique, et retournant en Syrie pour se battre ; *a contrario* elle sera de nouveau concernée si elle décide de se rendre en Irak.

Il faudra voir que ce critère, quel que soit le choix entre les notions de nationalité, de citoyenneté ou de lien de parenté, n'est alors pas un obstacle à ce que ces individus se voient appliquer les statuts juridiques prévus par le droit international humanitaire.<sup>81</sup> Ce constat implique donc la possibilité de considérer juridiquement les « combattants étrangers » comme des acteurs identifiés par ces statuts du *Ius in bello* puisqu'ils semblent

---

<sup>77</sup> Par exemple : De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.), « Introduction », *op. cit.*, p. 2 ; CONTE (A.), « An old question in a new context : do States have to comply with human rights when countering the phenomenon of foreign fighters? », *op. cit.*

<sup>78</sup> Par exemple : MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, p. 220.

<sup>79</sup> Cette nuance n'a pas d'incidence pratique sur le présent travail en ce que l'objectif de ce critère reste le même, quelle que soit la précision choisie ; certains auteurs soutiennent d'ailleurs que trop insister sur le critère de la nationalité légale ne permettrait pas d'appréhender la totalité du phénomène vis-à-vis d'États constitués de groupes ethniques plus étrangers entre eux qu'avec les mêmes groupes ethniques qui se trouvent sur le territoire d'un État voisin ; voir MENDELSON (B.), « Foreign Fighters – Recent Trends », *op. cit.*, p. 192.

<sup>80</sup> Ainsi par exemple Thomas Hegghammer parle parfois de liens de parentés [« *kinship links* »], voir HEGGHAMMER (T.), « The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad », *op. cit.*, pp. 57-58.

<sup>81</sup> Un chapitre entier est consacré à cette question ; voir *infra*, pp. 122-220.

systématiquement devoir être présentés comme des individus qui participent à un conflit armé.

## 2. Deuxième critère : la participation à un conflit armé

Le second élément est très certainement le plus central et important au processus d'identification des « combattants étrangers ». Non seulement sa récurrence signifie qu'il ne fait en pratique pas débat, mais sa constatation est qui plus est hautement significative en droit. De fait, si ces individus sont nécessairement des acteurs des conflits armés (**a**) auxquels ils participent (**b**), alors ils doivent inévitablement être soumis aux statuts juridiques prévus par le *Ius in bello* et celui-ci doit assurer la réglementation de leurs activités.

### a. La notion de conflit armé

La notion de conflit armé est un concept juridique spécifique au droit international humanitaire. Plus large que la notion de guerre, elle comprend toute situation caractérisée par un « *recours à la force armée entre États ou [...] entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État.* »<sup>82</sup> Elle n'englobe donc pas seulement les affrontements entre États mais comprend également ce que le langage courant nomme « guerre civile ». Juridiquement, il faudra alors parler de conflits armés internationaux (CAI)<sup>83</sup> pour les premiers, et de conflits armés non internationaux (CANI)<sup>84</sup> pour les seconds. Cette précision sur la définition du conflit armé, notamment non international, est essentielle eu égard aux débats qui ont suivi les attentats du 13 novembre 2015 en France.<sup>85</sup> En effet, les déclarations du Chef de l'État sur l'état de guerre entre la

---

<sup>82</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Arrêt Relatif à l'Appel de la Défense concernant l'Exception Préjudicielle d'Incompétence, Affaire n°IT-94-1-AR, 02.10.1995, par. 70 ; TPIY, *Le Procureur c. Z. Aleksovski*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°IT-95-14/1-T, 25.06.1999, par. 43 ; TPIY, *Le Procureur c. G. Jelusic*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°IT-95-10-T, 14.12.1999, par. 29.

<sup>83</sup> Art. 2 al. 1<sup>er</sup> commun aux quatre Conventions de Genève, 12.08.1949 ; PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire I - La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, CICR, Genève, 1952, p. 34.

<sup>84</sup> Art. 3 commun aux quatre Conventions de Genève, 12.08.1949 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-AR, *op. cit.*, par. 70.

<sup>85</sup> « Attentats de Paris : la France en guerre », *Gouvernement.fr*, République Française, 17.11.2015. [Consulté le 20.10.2019]

France et l'État islamique – importante organisation quant au phénomène des « combattants étrangers » – ont été juridiquement mal commentées en ce qu'il était régulièrement avancé qu'une guerre ne pouvait exister qu'entre États.<sup>86</sup> Ces affirmations avaient alors pour effet d'écartier la piste du droit international humanitaire pour identifier juridiquement les « combattants étrangers », ce qui est une erreur de droit.<sup>87</sup>

Ensuite, il faut relever que, contrairement à la notion de guerre, celle de conflit armé ne nécessite pas la reconnaissance de l'état de guerre par les parties belligérantes.<sup>88</sup> Il s'agit d'une situation de fait caractérisée par des affrontements armés prolongés et d'une intensité suffisante entre des parties suffisamment organisées pour conduire des opérations militaires concertées.<sup>89</sup>

Enfin, il est important de noter que la qualification juridique d'une situation en conflit armé engendre nécessairement<sup>90</sup> l'applicabilité du *Ius in bello* duquel il faudra dégager des statuts pour chacun des acteurs. Ainsi, le *Ius in bello* prévoit un statut juridique pour chaque personne concernée par un conflit armé<sup>91</sup>, en particulier celles qui y participent activement.

---

<sup>86</sup> Voir par exemple : DUPIN (E.), « La rhétorique martiale du président Hollande bouleverse le jeu politique », *Slate.fr*, 16.11.2015 ; LORRIAUX (A.), « Peut-on vraiment parler de "guerre" après la série d'attentats en France ? », *Slate.fr*, 18.11.2015 ; DUPIEREUX (T.), « Attentats à Paris : cette guerre qui ne dit que trop son nom », *Lavenir.net*, 14.11.2015 ; BADIE (B.), « Interview : [EXTRAIT] Daesh est un entrepreneur qui trouve sa clientèle dans la misère », *FranceInter*, 15.11.2015 ; « Pour Villepin, se dire en guerre "c'est faire le jeu de l'ennemi" », *Lexpress.fr*, AFP, 15.11.2019 ; « Villepin : parler de "guerre", "c'est faire le jeu de l'ennemi" », *Lavenir.net*, 16.11.2015 ; « Qu'est-ce qu'une guerre ? (4/4) : Que peut le droit contre le terrorisme ? », *Franceculture.fr*, 26.11.2015 ; ce débat était déjà en vigueur en 2014, voir par exemple : BONAL (C.), « La France est-elle vraiment en "guerre" ? », *Liberation.fr*, 26.09.2014.

<sup>87</sup> Voir *infra*, pp. 155 et suivantes.

<sup>88</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, p. 512, para. 1660 et 4459.

<sup>89</sup> *Idem*.

<sup>90</sup> Notamment : DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, pp. 116 et 144 ; CICR, « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », 32<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, Décembre 2015, p. 9.

<sup>91</sup> PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire IV - La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, CICR, Genève, 1956, p. 58.

**b. La participation à un conflit armé comme critère**

Les propositions de définitions doctrinales sont, sur cette question de la participation à un conflit armé, très incomplètes. Si celle-ci est systématiquement présentée comme un élément caractéristique du « combattant étranger », elle n'est pour autant jamais spécifiquement et précisément introduite. Pourtant, cette question est primordiale, car si le fait qu'il intègre un conflit armé implique la mise en œuvre du droit international humanitaire, les dispositions applicables dépendront des modalités par lesquelles l'individu visé participe effectivement au conflit. Ainsi, le statut<sup>92</sup> et les règles<sup>93</sup> diffèrent selon que la participation se fera en qualité de membre d'une force armée étatique, de membre d'un groupe armé organisé, de civil, de mercenaire, ou encore de personnel sanitaire, religieux ou humanitaire.

À ce stade, le critère de participation ne sera pas développé plus en détail. D'une part, il ne s'agit ici que de traiter des propositions de définition, or celles-ci ne vont pas plus loin sur ce concept ou, lorsqu'elles le font, ne sont pas toujours d'accord. Ainsi, certaines précisent par exemple que la participation doit se faire au sein d'une insurrection ou d'un groupe non étatique<sup>94</sup>, tandis que d'autres incluent la participation au sein de forces armées étatiques<sup>95</sup>. D'autre part, c'est précisément la nature de cette participation à un conflit armé, notamment sur son hypothétique nature terroriste, qui constituera l'un des enjeux majeurs du processus d'identification des « combattants étrangers ».

Finalement, si les formes que prend la participation au conflit ne sont pas précisées dans ces définitions, ces dernières s'accordent toutefois sur la raison qui conduit ces individus à participer à un conflit armé.

---

<sup>92</sup> Un chapitre entier est consacré à cette question, voir *infra*, pp. 122-220.

<sup>93</sup> *Idem*, voir *infra*, pp. 231-293.

<sup>94</sup> Par exemple : HEGGHAMMER (T.), « The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad », *op. cit.*, pp. 57-58 ; MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, p. 220 ; CONTE (A.), « An old question in a new context : do States have to comply with human rights when countering the phenomenon of foreign fighters ? », *op. cit.*

<sup>95</sup> Voir par exemple : MENDELSON (B.), « Foreign Fighters – Recent Trends », *op. cit.*, p. 190 ; BAKKER (E.), PAULUSSEN (C.) and ENTENMANN (E.), « Dealing with European Foreign Fighters in Syria: Governance Challenges & Legal Implications », *ICCT Research Paper*, December 2013, p. 2 ; BARRETT (R.), « Foreign Fighters in Syria », *The Soufan Center*, June 2014, pp. 10-11.



### 3. Troisième critère : l'idéologie ou la cause à défendre

L'idéologie est le dernier critère récurrent qui semble caractériser le « combattants étrangers ». Elle serait la raison conduisant un individu à quitter son État d'origine ou de résidence habituelle, pour se battre, souvent à plusieurs milliers de kilomètres, et mettre en jeu sa vie lors d'un conflit dans un État avec lequel il n'a, *a priori*, aucune autre attache particulière.

Pour comprendre ce critère, il faut appréhender le terme d'idéologie, présent dans toutes les propositions de définition, en son sens le plus large. Elle ne doit pas être restreinte à la seule question des idées politiques ou religieuses, mais comprendre également des aspects culturels et sociétaux.<sup>96</sup> Elle peut ainsi renvoyer à une appartenance ethnique séculaire ou bien à un mode de vie tout à fait novateur. Finalement, il s'agirait de tout lien qui peut unir un ensemble d'individus de telle sorte qu'ils soient prêts à prendre les armes pour le défendre. C'est pourquoi, d'ailleurs, il faudrait préférer l'expression plus générale et neutre de cause à défendre à celle d'idéologie. En effet, il a été noté que parmi les

« facteurs qui influent le plus sur le choix de se rendre dans une zone de conflit pour prendre part au combat sont : "1) l'indignation face à ce qui se passe supposément dans le pays où les conflits ont lieu et l'empathie pour les personnes concernées ; 2) l'adhésion à l'idéologie du groupe que la personne souhaite rejoindre ; [...]". »<sup>97</sup>

L'idéologie apparaît donc bien comme un facteur déterminant, toutefois elle n'est pas exclusive et il serait donc opportun d'élargir ce troisième critère pour englober d'autres formes de motivation.<sup>98</sup> En effet, au-delà de partager les mêmes idées, l'individu se sent lié à un groupe impliqué dans un conflit armé et ressent le besoin de lui apporter son aide. Autrement dit, soit le groupe en lui-même constitue une entité qui « mérite » d'être secourue, soit ce sont les idées et modes de vie du groupe – auxquels l'individu adhère – qui doivent être défendus, il faut donc aller au-delà de simples considérations idéologiques.

---

<sup>96</sup> MENDELSON (B.), « Foreign Fighters – Recent Trends », *op. cit.*, pp. 189-190.

<sup>97</sup> « Combattants étrangers en Syrie et en Irak », Conseil de l'Europe, *op. cit.*, p. 10.

<sup>98</sup> HEGGHAMMER (T.), « The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad », *op. cit.*, p. 64.

De nombreuses causes à défendre ont été identifiées comme ayant motivé la mobilisation de « combattants étrangers ». En voici quelques principales pour éclairer sur la vaste palette qu'elles constituent : la défense du libéralisme politique contre l'absolutisme, le despotisme militaire, l'aristocratie et les privilèges<sup>99</sup> ; la défense du libéralisme et du nationalisme contre l'impérialisme<sup>100</sup> ; la défense du socialisme pour les uns et de la chrétienté pour les autres<sup>101</sup> ; la défense de l'*oumma* depuis les années 80 jusqu'à aujourd'hui pour les moudjahidin contre les gouvernements apostats et leurs alliés occidentaux<sup>102</sup> ; la défense de la pureté et de l'honneur des femmes d'une communauté contre « *the specter of interracial rape* » pour les texans face aux mexicains, mais aussi les irakiens face aux américains<sup>103</sup>.

Cette énumération non exhaustive permet de constater que le phénomène est loin de ne concerner que les individus guidés par un fondamentalisme religieux islamiste. Le djihadisme et le terrorisme islamiste n'ont pas l'exclusivité du phénomène des « combattants étrangers ». Ce dernier ne concerne pas uniquement les partisans de la charia, le spectre des idéologies et causes à défendre du phénomène est probablement sans limite.<sup>104</sup> D'ailleurs, les « combattants étrangers djihadistes » ne représentent pas plus du tiers du phénomène global des « combattants étrangers ».<sup>105</sup>

Quelle que soit la cause en jeu, c'est toujours pour la défendre que les « combattants étrangers » se mobilisent.<sup>106</sup> Les analyses des campagnes de recrutement, ainsi que les témoignages recueillis, soulignent que c'est pour défendre leur communauté ou une communauté qu'ils estiment opprimée, pour défendre leur mode de vie ou leurs croyances,

---

<sup>99</sup> MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, pp. 59 et 67-68.

<sup>100</sup> Voir notamment l'article suivant : PECOUT (G.), « Pour une lecture méditerranéenne et transnationale du Risorgimento », *op. cit.*, pp. 29-47.

<sup>101</sup> VALAIK (D. J.), « In the Days Before Ecumenism: American Catholics, Anti-Semitism, and the Spanish Civil War », *op. cit.*, p. 466 ; MENDELSON (B.), « Foreign Fighters – Recent Trends », *op. cit.*, p. 190.

<sup>102</sup> MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, pp. 166-173 et 193.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>104</sup> BRIGGS OBE (R.) and SILVERMAN (T.), « Western Foreign Fighters – Innovations in Responding to the Threat », *Institute for Strategic Dialogue*, 2014, p. 13.

<sup>105</sup> MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 193.

qu'ils sont recrutés et sont prêts à se sacrifier.<sup>107</sup> Ainsi, il ressort des discours des recruteurs et des candidats qu'aller combattre « là-bas », à l'étranger, est nécessaire pour que la menace ne se propage pas jusqu'à « chez eux ».

De plus, la cause à défendre serait si centrale dans l'engagement du « combattant étranger » qu'il se révèle bien souvent plus extrême et destructeur que les combattants locaux.<sup>108</sup> Cette cause ferait qu'ils sont plus enclins que ces derniers à s'engager dans des solutions et comportements extrêmes pour la défendre, quitte à réaliser des attaques suicides.<sup>109</sup> Ainsi, durant la Guerre civile espagnole par exemple, les recruteurs soutenaient que mourir au nom du Christ était spirituellement bénéfique dans l'après-vie.<sup>110</sup>

Si la cause à défendre est ce qui pousse les individus à devenir des « combattants étrangers », il ne faut toutefois pas caricaturer le propos. Il serait faux et absurde d'en déduire qu'il n'y a jamais d'intérêts pécuniaires en jeu. Des récompenses matérielles ou des salaires peuvent être également promis.<sup>111</sup> Néanmoins, contrairement aux mercenaires, l'avantage pécuniaire n'aurait qu'une importance secondaire. La possibilité d'assimiler certains « combattants étrangers » aux mercenaires ne devrait pas être évacuée trop rapidement.<sup>112</sup> Il faut pourtant constater à ce stade que la doctrine tend à considérer que le critère de la cause

---

<sup>107</sup> Voir notamment MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, pp. 103-109, 115-119, 123, 135-145, 145-151 et 199 ; PECOUT (G.), « Pour une lecture méditerranéenne et transnationale du Risorgimento », *op. cit.*, pp. 41-43 :

« lors de la guerre gréco-turque de 1897, lorsque des volontaires partent d'Italie, de Provence et de Catalogne pour se battre contre les Ottomans, ils le font au nom d'une communauté de civilisation méditerranéenne pour défendre la latinité ».

<sup>108</sup> MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, p. 197 :

« in his examination of more than 500 suicide bombings during the occupation of Iraq between March 2003 and August 2006, Mohammed Hafez observes that "many, if not most" of the perpetrators were foreigners [...]. He thus argues that suicide bombers in the Iraqi insurgency were not fighting for a nationalist cause, but rather that extreme religiosity "appears to hold" as the explanation for why foreigners would incur high costs to sacrifice their lives in a foreign civil conflict and why Shiite civilians and Iraqi state employees were targets. »

<sup>109</sup> STRAZZARI (F.), « Foreign Fighters as a Challenge for International Relations Theory », in De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.) (éds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2016, pp. 50-51.

<sup>110</sup> MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, pp. 197-198.

<sup>111</sup> *Ibid.*, pp. 73-75.

<sup>112</sup> Sur l'applicabilité du statut de mercenaire aux « combattants étrangers », voir *infra*, pp. 206-210 ; FLORES (M.), « Foreign Fighters Involvement in National and International Wars : A Historical Survey », *op. cit.*, p. 29.

à défendre exclut le statut de mercenaire pour identifier les « combattants étrangers ».<sup>113</sup> Cette position semble d'ailleurs être tenue par les Nations unies.<sup>114</sup>

Pour finir, il faut déjà préciser que l'idéologie ou la cause à défendre motivant la participation n'a pas d'influence sur l'application des statuts juridiques du droit international humanitaire et sur la réglementation des activités de participation à un conflit armé.<sup>115</sup> Ce troisième élément, qui caractérise systématiquement les « combattants étrangers », n'est donc pas un obstacle à ce qu'ils soient juridiquement considérés comme des acteurs des conflits armés, identifiés et régis par le *Ius in bello*. L'importance de ce critère ne doit cependant pas être amoindrie par la simple affirmation que l'idéologie n'a pas d'impact sur l'application du DIH. En effet, c'est probablement par lui que le nouveau statut de « combattant terroriste étranger », malgré ses limites, peut être effectivement présenté comme une piste pertinente au processus d'identification des « combattants étrangers ».

### C. Les enjeux de l'identification des « combattants étrangers » dans le contexte de la résolution 2178

L'enjeu central du traitement juridique des « combattants étrangers » est la difficulté à déterminer si ceux-ci doivent être appréhendés comme des acteurs des conflits armés ou comme des acteurs du terrorisme international.<sup>116</sup> Les études pragmatiques du phénomène, qui ne semblent pas s'attarder sur son caractère terroriste, insistent au contraire sur le constat que ces individus participent systématiquement à un conflit armé, ce qui impliquerait la mise

---

<sup>113</sup> HEGGHAMMER (T.), « The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad », *op. cit.*, p. 58 ; LISTER (C.), « Returning foreign fighters: criminalization or reintegration ? », *Booking Doha Center, Policy Briefing*, August 2015, p. 1 ; LISTER (C.), « Returning foreign fighters: criminalization or reintegration ? », *op. cit.*, p. 1.

<sup>114</sup> À ce titre, le Groupe de travail des Nations unies sur les mercenaires a relevé la position de l'Union européenne et de la Belgique pour lesquelles « *il exist[e] une différence fondamentale entre le mercenariat et les combattants étrangers. "Brouiller cette différence n'aidera pas à lutter contre ces phénomènes distincts"* », voir « Le Groupe de travail sur les mercenaires recommande devant la Troisième Commission une clarification de la définition du terrorisme et des combattants étrangers », Assemblée Générale des Nations unies, Troisième Commission, Doc. AG/SHC/4148, 02.11.2015, disponible sur le site internet *Couverture des Réunions & Communiqués de presse* des Nations unies. [Consulté le 22.10.2019] ; « Foreign Terrorist Fighters – Manual for Judicial Training Institutes South-Eastern Europe », Office on Drugs and Crime, United Nations, Vienna, 2017, p. 3.

<sup>115</sup> Par exemple : DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, par. 3.1, pp. 631 et 634-635.

<sup>116</sup> Voir *supra*, note n°1.

en œuvre du droit international humanitaire. Néanmoins, les définitions issues de ces études du phénomène n'ont pas de valeur contraignante et pourraient donc être écartées au profit de son appréhension antiterroriste. C'est d'ailleurs en ce dernier sens que semble aller le nouveau statut, contraignant cette fois-ci, proposé par les Nations unies.

Le Conseil de Sécurité, en adoptant la résolution 2178, a choisi de définir le « combattant terroriste étranger » comme un individu qui se rend à l'étranger pour participer à des violences armées dans un dessein terroriste, « *notamment à l'occasion d'un conflit armé* ». <sup>117</sup> À cet égard, ce nouveau statut semblerait alors compatible avec les individus dits « combattants étrangers » tels que décrits par les définitions doctrinales. En effet, la qualité d'étranger et la participation à un conflit armé apparaissent de nouveau comme éléments caractéristiques. Et le dessein terroriste pourrait être associé au critère de l'idéologie. C'est alors ainsi qu'ont été identifiés, à partir de 2014, les « combattants étrangers » qui se rendaient en Syrie et en Irak pour intégrer l'État islamique et participer aux violences des conflits armés qui s'y déroulaient. <sup>118</sup>

Cependant, la mise en œuvre effective de ce statut est en réalité problématique et, en outre, ne règle pas la question initiale de l'identification des « combattants étrangers » comme acteurs des conflits armés ou comme terroristes internationaux. Au contraire, en affirmant l'application des *corpus* antiterroristes à des individus de nouveau présentés expressément comme des acteurs des conflits armés, la résolution 2178 renforce le problème d'une situation où deux ensembles juridiques contradictoires apparaîtraient comme compétents pour identifier les « combattants étrangers » et encadrer leurs activités.

En effet, en l'absence de définition du terrorisme au sein de la résolution pour éclairer l'étendue du nouveau statut, cette dernière ne fait aujourd'hui pas consensus. <sup>119</sup> Les enjeux internationaux de la définition du terrorisme, du terroriste et de l'acte terroriste rendent en

---

<sup>117</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule p. 2.

<sup>118</sup> Voir par exemple : *Ibid.*, para. 10, 21 et 23 ; « Combattants terroristes étrangers : l'ONU réclame un renforcement de la coopération entre les États », *News.un.org*, Nations unies, 28.11.2017.

<sup>119</sup> BURNISKE (J.), LEWIS (D. A.) and MODIRZADEH (N. K.), « Suppressing Foreign Terrorist Fighters and Supporting Principled Humanitarian Action – A Provisional Framework For Analyzing State Practice », *op. cit.*, p. 4 ; BOUTIN (B.), CHAUZAL (G.) DORSEY (J.) and *others*, « The Foreign Fighters Phenomenon in the European Union – Profiles, Threats & Policies », *op. cit.*, p. 13.

effet problématique la mise en œuvre du nouveau statut. Puisqu'applicable en conflit armé, il pourrait alors être utilisé pour identifier tous les membres étrangers de groupes armés non étatiques, mais également tous les membres étrangers de forces armées étatiques ou d'organisations humanitaires.<sup>120</sup> Or, ces acteurs des conflits armés ont déjà des statuts juridiques prévus par le droit international humanitaire qui réglementent leurs activités en un tel contexte. Dès lors, il sera nécessaire d'articuler l'application en vertu de ces statuts du *Ius in bello* avec le droit antiterroriste applicable en vertu du nouveau statut. D'ailleurs, la tendance, qui a suivi l'adoption du nouveau statut, à ne voir les « combattants étrangers » que comme des acteurs du terrorisme international avait poussé le Comité International de la Croix-Rouge (CICR) à regretter que « *peu d'attention [n'ait] été accordée à la façon dont le DIH traite le phénomène* ». <sup>121</sup>

De plus, il faudra relever que la mise en œuvre effective du nouveau statut est largement entravée par le droit antiterroriste lui-même.<sup>122</sup> En effet, de nombreuses dispositions prévoient expressément l'inapplicabilité du droit antiterroriste aux acteurs des conflits armés membres d'une force armée partie à un conflit armé.<sup>123</sup> Or, puisque les individus visés, quelle que soit l'appellation, semblent être concernés parce qu'ils participent à une lutte armée au sein d'une partie dont ils soutiennent la cause, le droit antiterroriste dont est issu le nouveau statut ne devrait pas leur être applicable. Par conséquent, ce constat remettra particulièrement en cause la pertinence du statut de « combattant terroriste étranger » pour identifier tous ces étrangers participant à des conflits.

---

<sup>120</sup> Voir *infra*, pp. 85-109.

<sup>121</sup> CICR, 32<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *op. cit.*, p. 25.

<sup>122</sup> Voir *infra*, pp. 110-121.

<sup>123</sup> Art. 19, par. 2 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, New York, 15.12.1997 [Entrée en vigueur 23.05.2001 ; Ratifications : 170 ; Signatures : 58] ; Art. 12 de la Convention internationale contre la prise d'otage, Nations Unies, 17.12.1979 [Entrée en vigueur 03.06.1983 ; Ratifications : 176 ; Signatures : 39] ; Art. 4, par. 2 de la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, Nations Unies, 13.04.2005 [Entrée en vigueur 07.07.2007 ; Ratifications : 116 ; Signatures : 115] ; Art. 26, par. 5 de la Convention européenne pour la prévention du terrorisme, Conseil de l'Europe, Varsovie, 16.05.2005 [Entrée en vigueur : 01.06.2007 ; Ratifications : 6] ; Art. 2, par. 1<sup>er</sup>, a) de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, 09.12.1999 [Entrée en vigueur : 10.04.2002 ; Ratifications : 189 ; Signatures : 132] ; Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la Décision 2005/671/JAI du Conseil, Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 15.03.2017, par. 37, préambule ; Art. 141bis Titre *I*ter « Des infractions terroristes », Code pénal belge.

Finalement, si ce nouveau statut constitue une piste à l'identification juridique des « combattants étrangers », il ne semble pas permettre de trancher clairement entre ceux qui devraient être appréhendés comme des acteurs des conflits armés et ceux qui devraient être traités comme des terroristes internationaux. Créant une catégorie floue de terroristes soumis au droit antiterroriste durant un conflit armé, donc déjà soumis au droit international humanitaire, le nouveau statut ne fait que renforcer l'incertitude dans l'identification juridique des « combattants étrangers » ; la problématique étant que les effets et conséquences juridiques des deux *corpus* sur ces individus ne sont pas les mêmes. Malgré l'adoption du statut de « combattant terroriste étranger », il reste nécessaire de s'interroger sur la situation juridique de ces étrangers dans les conflits armés, pour déterminer le statut qui leur est effectivement applicable en droit international ainsi que les règles applicables à l'encadrement de leurs activités. La résolution 2178 n'a pas apporté de solution claire à la question : qui sont les « combattants étrangers » ? Quels sont leurs statuts juridiques et à quelles règles leurs activités sont-elles soumises ?

Pour trouver une réponse face à ces enjeux d'applications concomitantes de *corpus* juridiques contradictoires, il est alors nécessaire d'adopter et de suivre une méthodologie de travail précise.

## **II. Méthodologie de travail et limites du sujet**

L'objectif de ce travail est de déterminer quels statuts juridiques du droit international sont applicables aux individus qui participent à des violences armées à l'étranger, pour en dégager la réglementation de leurs activités. La méthode adoptée sera donc celle de la technique juridique, ou dogmatique juridique. Il s'agira en effet d'« *exposer l'état du droit [international] tel qu'il existe et [d'en] déterminer le contenu* » applicable aux « combattants étrangers ». <sup>124</sup> Puisque ces derniers semblent naviguer entre la qualité d'acteurs des conflits armés et la qualité d'acteurs du terrorisme international, il faudra saisir et interpréter les deux *corpus* en jeu – le droit international humanitaire et le droit antiterroriste – pour trouver le statut juridique, et ses règles, effectivement opposables à ces individus. Il faudra analyser en

---

<sup>124</sup> CORTEN (O.), *Méthodologie du droit international public*, (éd.) Éditions de l'Université de Bruxelles, (col.) UBLire, Références, 2017, p. 23.

profondeur le statut de « combattant terroriste étranger » et les statuts issus du *Ius in bello* pour savoir lequel ou lesquels peuvent, en pratique, correspondre à la situation desdits « combattants étrangers ». De même, il s'agira d'étudier comment les deux *corpus* qualifient et règlementent les actes *a priori* attribuables à ces individus pour finalement être capable d'affirmer s'ils doivent être perçus, en droit international, comme des acteurs des conflits armés ou comme des terroristes internationaux.

Dans ce contexte et au regard de cet objectif, il conviendra de mobiliser l'ensemble du droit international relatif à la lutte contre le terrorisme. Par commodité de langage et pour alléger le propos, l'ensemble de ces mesures sera désigné sous l'expression « droit antiterroriste ». L'analyse de celui-ci sera alors complétée, lorsque nécessaire, par l'étude de dispositifs antiterroristes européens et parfois nationaux. Plus particulièrement, les réponses antiterroristes française et belge aux phénomènes des « combattants étrangers » seront analysées. En plus de permettre des illustrations pratiques de la mise en œuvre des prescriptions issues des Nations unies, ces exemples permettront de constater que la France et la Belgique ont des réponses juridiques quelque peu différentes bien que convergentes, alors qu'elles font toutes deux parties de l'Union européenne (UE) ; elles sont par ailleurs souvent parties aux mêmes traités internationaux (notamment en matière de DIH), sont toutes les deux parties aux conflits armés en Syrie et en Irak (y compris contre les « combattants étrangers » de l'État islamique) et sont visées par la même menace terroriste. Néanmoins, lorsque cela sera utile et possible, il faudra compléter l'analyse de ces deux situations nationales avec des éléments d'autres réponses nationales au phénomène. L'analyse de cet ensemble de dispositions antiterroristes internationales, européennes et nationales permettra de confirmer les conclusions sur l'étude du droit antiterroriste vis-à-vis de sa solution au processus d'identification et d'encadrement des « combattants (terroristes) étrangers ».

Dans un même temps, il faudra également se saisir de l'ensemble des dispositions internationales relatives à l'encadrement des conflits armés. Tout le droit international humanitaire sera mobilisé, plus particulièrement mais sans s'y limiter : les quatre Conventions de Genève (CG) du 12 août 1949 et leurs deux Protocoles additionnels (PA) du 8 juin 1977. L'analyse du *Ius in bello* devra être complétée par celle du droit international pénal, essentiel à l'interprétation et à la mise en œuvre effective des prescriptions du premier. Seront ainsi étudiées les jurisprudences de la Cour pénale internationale (CPI) et des



différents Tribunaux pénaux internationaux (TPI). Finalement, pour le droit des conflits armés comme pour le droit antiterroriste, les textes primaires, les travaux préparatoires, les commentaires, les jurisprudences et les travaux doctrinaux seront mobilisés.

Pour finir, il convient de délimiter convenablement le sujet et de faire des précisions d'ordre terminologique.

Dans un premier temps, il faut noter que la question du *Ius ad bellum* et du principe de l'interdiction du recours à la force armée ne sera pas traitée. De même, la question de la responsabilité internationale des États, pour les actes de leurs ressortissants sur le territoire d'un autre État, ne sera pas adressée. Par ailleurs, il ne s'agira pas non plus de traiter du bien-fondé ou non de la lutte politique, militaire et juridique contre le terrorisme d'une part, et des causes à défendre que pourraient avoir certains « combattants étrangers » d'autre part. Lorsque des questions de légitimité, de justice ou de justesse d'une lutte armée seront évoquées, les propos qui suivront ne devront jamais être interprétés comme un jugement de valeur personnel de la part de l'auteur. L'objectif est précisément de produire une analyse juridique valable pour tous, en tout temps, quelles que soient les considérations morales, politiques, éthiques ou religieuses du « combattant étranger » analysé. Enfin, il ne sera question ni de sciences politiques, ni de sociologie, ni de philosophie ; il s'agira de s'emparer de la situation factuelle de la participation d'étrangers à des violences armées afin d'y opposer les conséquences et les règles juridiques objectivement applicables.

Dans un second temps, il faut préciser des éléments terminologiques. Les appellations « combattant étranger » et « combattant terroriste étranger » seront placées entre guillemets parce que l'identification de ce qu'elles désignent réellement est précisément ce qui pose problème et ce qui sera l'objet de cette étude. Pour autant, aux fins du présent travail, elles devront être comprises selon les définitions qui en ont été préalablement données, en ce que celles-ci en sont les descriptions les plus abouties et pertinentes à ce jour. Par ailleurs, le terme « terroriste » sera également souvent employé. Si sa définition fera l'objet de nombreux développements, il faut toutefois d'ores et déjà noter qu'il désignera celui qui serait vraisemblablement visé par les mesures de la lutte contre le terrorisme.

De plus, les termes, expressions et appellations suivants seront utilisés comme des synonymes de « combattant étranger » : étranger des forces armées, volontaire étranger et

volontaire international. En ce qui concerne plus particulièrement l'appellation volontaire international, elle désignera celui qui participe à un conflit armé et non pas celui qui remplit une mission de volontariat international en entreprise (VIE)<sup>125</sup>. De même, cette appellation ne fera pas référence aux volontaires d'Organisations internationales ou d'Organisations non gouvernementales. Lorsque les questions des activités humanitaires seront évoquées, il faudra parler d'acteurs ou de personnels humanitaires. De surcroît, pour alléger visuellement la rédaction, l'expression « étrangers des conflits armés » sera parfois utilisée et devra être comprise comme désignant les individus communément visés par les appellations « combattant étranger » et « combattant terroriste étranger ».

Ensuite, il faut préciser que toutes les appellations préalablement présentées et qui seront utilisées par la suite le seront indistinctement pour les hommes et les femmes. En effet, aucun statut juridique qui sera étudié ne prévoit de distinction fondée sur le sexe du sujet. Une femme qui se rend à l'étranger pour participer à un conflit armé serait une « combattante étrangère », exactement au même titre que l'homme serait un « combattant étranger ». En ce sens, sera ici partagée l'affirmation qu'il est erroné, dans la lutte contre le phénomène des « combattants étrangers », de ne considérer comme auteurs de violences et acteurs des conflits armés que les hommes, et de ne percevoir les personnels féminins que comme des victimes du phénomène.<sup>126</sup> Par ailleurs, sont également concernés par ces appellations les enfants mineurs, garçons et filles, inscrits dans ce phénomène.

Enfin, sauf à ce que cela soit expressément précisé pour servir un exposé ou un propos, les termes « adversaire » et « ennemi » ne seront jamais chargés négativement – ni positivement d'ailleurs. Ils ne seront employés, ainsi que leurs éventuels synonymes, que pour désigner celui qui est en face, de l'autre côté, opposé à la partie dont il faudra ponctuellement prendre le point de vue lors de l'exposé d'un argument ou d'une notion.

---

<sup>125</sup> Voir : Fiche pratique sur le Site officiel de l'administration française, Service-public.fr, Rubrique « Accueil particuliers », « Papiers – Citoyenneté », « Voluntariats », « Volontariat international en entreprise (VIE) ». [Consulté le 18.09.2019]

<sup>126</sup> Voir par exemple : KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », in De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.) (éds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 241.

C'est en suivant cette méthodologie qu'il sera alors possible de proposer un travail tendant vers l'objectivité, en ce que ses conclusions seront valables pour tout individu qui participe à un conflit armé à l'étranger, quelle que soit sa cause à défendre, son idéologie, sa position politique. C'est à cette condition que l'hypothèse de ce travail pourra être confirmée ou infirmée.

### **III. Hypothèse de travail et annonce de plan**

Pour dépasser l'affirmation selon laquelle « *les combattants étrangers constituent une catégorie d'acteurs intermédiaires perdue entre les rebelles locaux, d'une part, et les terroristes internationaux, d'autre part* »<sup>127</sup>, il faudra suivre l'hypothèse de travail selon laquelle ils doivent être identifiés par les statuts juridiques issus du droit international humanitaire ou du droit antiterroriste, en fonction de la qualification, par ces deux *corpus*, de leurs activités durant leur participation à un conflit armé à l'étranger.

En tant qu'acteurs des conflits armés, les « combattants étrangers » peuvent être identifiés par les statuts juridiques déjà prévus par le DIH. Toutefois, comme potentiels acteurs du terrorisme international, ils peuvent également être visés par le statut de « combattant terroriste étranger », donc par le droit antiterroriste. Or, il faudra voir que ce dernier n'est parfois pas applicable aux volontaires internationaux déjà soumis à un statut du droit des conflits armés ; inversement, sa mise en œuvre sera parfois invoquée pour écarter celle des statuts du *Ius in bello*. Dès lors, en s'attardant sur les définitions de ces différents statuts et à leur applicabilité aux étrangers des conflits armés, il faudra constater que le droit international humanitaire et le droit antiterroriste sont effectivement les *corpus* pertinents pour identifier les « combattants étrangers », mais que leurs statuts respectifs proposent des identifications concurrentes (**Première Partie**).

Autrement dit, il ne sera pas possible de déduire directement des statuts de ces deux *corpus* lequel des « combattants étrangers » doit être traité comme un acteur des conflits armés et lequel doit l'être comme un terroriste international. Pour procéder à cette différenciation, il faudra s'attarder sur la qualification juridique appropriée des actes qui leur

---

<sup>127</sup> Voir *supra*, note n°1.

seront effectivement imputables durant leur participation à des conflits armés. En pratique, le « combattant étranger » soumis aux statuts du DIH sera celui dont ce droit régit les actes. *A contrario*, le « combattant terroriste étranger » sera celui dont les activités doivent être qualifiées d'actes terroristes. Ainsi, l'identification juridique précise d'un « combattant étranger » ne pourra être finalisée qu'après avoir déterminé lequel, du *Ius in bello* ou du droit antiterroriste, est effectivement compétent pour encadrer l'activité qui lui est reprochée et quelle qualification juridique il faudrait effectivement en déduire (**Seconde Partie**).

# **PREMIÈRE PARTIE**

**Les identifications juridiques concurrentes  
du « combattant étranger » par les statuts du  
droit international humanitaire et du droit  
antiterroriste**

Les conflits armés en République arabe syrienne et en République d'Irak, s'ils ne diffèrent fondamentalement pas d'autres conflits armés que l'Histoire a connus, présentent malgré tout un intérêt juridique majeur : ils ont placé au centre des débats politico-juridiques la question des « combattants étrangers ». L'explosion au cours de la dernière décennie de ce phénomène en lien avec ces conflits, impose une réflexion réelle et profonde sur leur situation juridique. En effet, médiatiquement et politiquement utile, le terme de « combattant étranger » n'implique aucune conséquence juridique directe, quand bien même il représente une réalité pragmatique. Or, précisément, c'est de cette réalité factuelle d'un phénomène migratoire vers des terres étrangères de violences armées qu'il est possible de dégager des *corpus* juridiques tout à fait pertinents à l'identification, par le droit, de ces volontaires internationaux. Autrement dit, les individus désignés par la pratique comme des « combattants étrangers » présentent des caractéristiques personnelles qui enclenchent la mise en œuvre d'ensembles juridiques proposant des statuts légaux contraignants et utiles à leur identification. Ainsi, le terme de « combattant étranger » ne fait, en réalité, que regrouper sous une même désignation pratique des individus qui n'agissent certainement pas dans un vide juridique absolu mais, bien au contraire, sont individuellement visés par des statuts juridiques internationaux bien spécifiques.

Au regard de l'actualité, le premier statut sur lequel il faut s'attarder est évidemment celui du « combattant terroriste étranger ». Nouveau statut juridique international adopté en 2014, il apparaît comme le seul statut spécifiquement élaboré pour répondre, au moins en partie, à ce phénomène des « combattants étrangers ». En effet, bien que limité, notamment du fait d'une détermination incomplète de sa réelle étendue pratique, il apparaît aujourd'hui que le statut de « combattant terroriste étranger », développé sous l'égide du Conseil de Sécurité des Nations unies, est bien le résultat d'un processus progressif d'identification par

le droit antiterroriste des étrangers des conflits armés, tendant à les assimiler à des terroristes internationaux (**Chapitre I**).

Pourtant, alors même que ce statut est le seul régime juridique spécifiquement développé pour prendre en charge les individus qui participent à des conflits armés à l'étranger, il existe bien d'autres statuts pertinents à cette même fin. Le constat selon lequel l'appellation « combattant étranger » semble devoir systématiquement désigner un individu impliqué dans un conflit armé, associé aux limites inhérentes au nouveau statut du droit antiterroriste, poussent en effet à s'interroger sur la place du droit international humanitaire pour proposer des statuts juridiques à ces individus. Ainsi, le *Ius in bello*, dont les fondements précèdent de bien loin l'explosion contemporaine du phénomène des « combattants étrangers », propose en réalité des statuts contraignants et préexistants à celui du droit antiterroriste assurant déjà une complète identification des étrangers des conflits armés. Dès lors, le développement du statut de « combattant terroriste étranger » devra être mis en perspective des statuts déjà opérationnels et prévus par le droit international humanitaire pour qualifier ces acteurs des conflits armés (**Chapitre II**).

## CHAPITRE I – La progressive identification des volontaires internationaux par le droit antiterroriste et le statut de « combattant terroriste étranger »

Avec l'avènement du Califat de l'État islamique le 29 juin 2014<sup>128</sup>, la menace terroriste internationale a semble-t-il pris un nouveau tournant. Avant Abu Bakr al-Baghdadi – chef de l'EI, « commandeur des croyants », Calife autoproclamé –, Oussama Ben Laden avait d'une certaine manière déjà institutionnalisé le terrorisme transnational. Avec Al Qaida, qu'il faut traduire littéralement par *la Base*, il créa une entité dont l'œuvre terroriste incluait notamment l'accueil, le recrutement et l'entraînement des étrangers désirant participer au djihad.<sup>129</sup> Ce dernier se matérialisait essentiellement par des attentats terroristes visant à déstabiliser des États<sup>130</sup> et parfois à envoyer des volontaires pour participer à des conflits armés.<sup>131</sup> De son côté, l'EI a principalement cherché à territorialiser son action dans le but de créer un État et a, en parallèle, organisé des attentats à l'étranger.<sup>132</sup> Il a ainsi été entièrement impliqué dans les conflits armés syrien et irakien afin de s'installer en État souverain sur ces territoires. À cette fin, il a massivement attiré des candidats djihadistes originaires du monde entier.<sup>133</sup> En quelques années, il a recruté des étrangers dans des proportions bien supérieures

---

<sup>128</sup> « Les islamistes de l'EIIL proclament un « califat islamique » entre l'Irak et la Syrie », *LeMonde.fr*, 29.06.2014.

<sup>129</sup> FILIU (J.-P.), « Définir Al-Qaida », *Critique internationale*, Presses de Sciences Po, 2010/2, N°47, pp. 115 et 133 ; « Comprendre ce qu'est Al-Qaida en 4 points », *Stop-djihadisme.gouv.fr*, Rubrique « Le terrorisme djihadiste », « Al-Qaida » [Consulté le 14.10.2019].

<sup>130</sup> CHALIAND (G.), *Le Jihadisme à l'heure de Daech*, dans CHALIAND (G.) et BLIN (A.) (dir.), *Histoire du terrorisme – De l'Antiquité à Daech*, (éd.) Fayard/Pluriel, (col.) Pluriel, 2016, p. 653.

<sup>131</sup> Commission de l'intérieur et des affaires administratives, « *Analyse de la lutte contre le terrorisme : aspects légaux et pratiques policières* », Sénat de Belgique, Session de 2000-2001, Document 2-774/1, 03.07.2001, p. 3.

<sup>132</sup> CHALIAND (G.), *Le Jihadisme à l'heure de Daech*, *op. cit.*, p. 653.

<sup>133</sup> Voir *supra*, p. 4.



à ce qu'Al Qaida avait pu faire en plusieurs décennies. Ces flux de milliers de terroristes potentiels, notamment vers des zones de guerre, ont fait muter la menace terroriste. Dès lors, pour adapter les dispositifs antiterroristes aux évolutions du terrorisme international, et notamment en vue d'entraver les candidats au terrorisme transnational, de nouvelles dispositions juridiques ont été adoptées. Cette mise à jour d'abord internationale s'est ensuite répercutée sur les *corpus* juridiques régionaux et nationaux. Ces changements ne se sont certainement pas faits brutalement et résultent sans aucun doute d'une évolution progressive de la lutte antiterroriste et de ses dispositions, notamment depuis le 11 septembre 2001. Néanmoins, des nouveautés majeures sont apparues depuis 2014.

En effet, pour faire face aux départs vers la Syrie et l'Irak d'étrangers souhaitant intégrer des groupements qualifiés de terroristes, tels que l'État islamique et Jabhat Al-Nusra, de nouvelles mesures ont été prises. Parmi celles-ci, disposition centrale dans le cadre de cette étude, la résolution 2178 du Conseil de Sécurité des Nations unies donna naissance au statut de « combattant terroriste étranger » pour identifier les

« individus qui se rendent dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité, dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme, notamment à l'occasion d'un conflit armé ».<sup>134</sup>

Que ce terme soit directement repris dans les différents *corpus* juridiques, ou que seules soient adoptées des dispositions ciblant les situations et personnes qu'il désigne, s'attarder sur ce statut est inévitable. Effectivement, dans le cadre d'une première section à ce chapitre, il faudra évaluer l'hypothèse selon laquelle ce nouveau statut de « combattant terroriste étranger » permet bien, en théorie, l'identification juridique des « combattants étrangers » (**Section 1**).

Cependant, il faudra également constater que la mise en œuvre de ces nouvelles dispositions antiterroristes est problématique. Alors que le nouveau statut ne devait viser que les étrangers des conflits armés ayant un dessein spécifiquement terroriste, il faudra en pratique observer que la définition et les dispositions du statut de « combattant terroriste

---

<sup>134</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, p. 2, préambule.

étranger » assure l'identification de tous les « combattants étrangers », sans qu'il soit possible de déterminer avec précision et certitude lesquels des acteurs étrangers des conflits armés sont effectivement concernés. Ainsi, cette nouvelle source d'identification des volontaires internationaux est problématique de par ses lacunes terminologiques et sa théorique applicabilité « *notamment à l'occasion d'un conflit armé* » (**Section 2**).

## **Section 1 – Le développement du statut de « combattant terroriste étranger » pour identifier les acteurs étrangers des conflits armés en droit antiterroriste**

« *Le phénomène des combattants terroristes étrangers est un problème mondial qui appelle une action mondiale.* »<sup>135</sup>

Pour le Comité du Conseil de Sécurité concernant la lutte antiterroriste, ce phénomène est présenté comme une menace à la paix et à la sécurité internationales à laquelle des réponses juridiques internationales, régionales et nationales, doivent être apportées. Ces réponses se sont matérialisées autour de l'adoption d'un nouveau statut juridique en droit antiterroriste se voulant plus adapté à cette nouvelle forme de menace transnationale : le statut de « combattant terroriste étranger ». Créée au niveau international en 2014, cette appellation a rapidement été reprise par différentes organisations régionales et autorités nationales. Lorsqu'elle n'a pas été expressément reprise, ce sont *a minima* les caractéristiques de cette nouvelle dénomination et les critères d'identification des individus visés qui ont fait l'objet de nouvelles dispositions. Quel que soit le choix des autorités nationales, régionales ou internationales, le point commun réside dans l'adaptation des *corpus* juridiques antiterroristes pour réagir au phénomène. Ce sont d'ailleurs les quelques 30.000 recrues étrangères des différentes organisations terroristes présentes en Syrie et/ou en Irak, impliquées dans les conflits armés y faisant rage, qui ont provoqué l'adoption de ce nouveau statut de « combattant terroriste étranger ».<sup>136</sup>

C'est le Conseil de Sécurité des Nations unies qui en est directement à l'origine ; immédiatement après la proclamation du Califat par l'État islamique, le Conseil de Sécurité adoptait officiellement la nouvelle appellation, rapidement érigée en véritable statut juridique contraignant. Institué pour interdire et sanctionner le voyage d'individus vers l'étranger à des fins terroristes, ce statut dispose d'un champ d'application personnel pouvant recouvrir ceux

---

<sup>135</sup> Lettre datée du 18 février 2015, adressée au Président du Conseil de Sécurité par la Présidente du Comité du Conseil de Sécurité créé par la résolution 1373 (2001) concernant la lutte antiterroriste, Nations unies, Doc. S/2015/123, Annexe : « Traduire les terroristes en justice : "problèmes posés par les poursuites contre des combattants terroristes étrangers" », 18.02.2015, p. 4.

<sup>136</sup> Voir *supra*, p. 4.

que la pratique appelait alors « combattants étrangers ». Autrement dit, c'est d'abord de la volonté du Conseil de Sécurité de lutter contre le terrorisme transnational, y compris lorsque ce dernier est lié à un contexte de conflit armé, qu'est tirée l'hypothèse selon laquelle les « combattants étrangers » peuvent être identifiés juridiquement par le statut de « combattant terroriste étranger » (I).

L'adoption de ce statut pour lutter contre ces candidats au terrorisme transnational sera rapidement soutenue et suivie au niveau régional, notamment européen. Mettant directement en œuvre les prescriptions issues des Nations unies, les organisations régionales compétentes sur les questions de sécurité vont largement entériner la création de ce nouveau statut juridique par son adoption directe et/ou par le développement ou l'adaptation des dispositions de leurs *corpus* antiterroristes respectifs (II).

Enfin, les États eux-mêmes ont suivi cette voie, que leur *corpus* national soit déjà adapté ou qu'il exige une mise à niveau particulière. Il s'agira alors ici d'illustrer le propos à travers l'analyse des situations juridiques française et belge, dont l'intérêt réside notamment dans la proposition de deux réponses pratiques différentes pour mettre en œuvre le même statut juridique à l'encontre d'expressions nationales similaires – si ce n'est identiques – du phénomène des « combattants terroristes étrangers » (III).

## **I. La naissance du statut de « combattant terroriste étranger » sous l'égide du Conseil de Sécurité des Nations unies**

Le terrorisme est loin d'être un phénomène nouveau. Ses origines semblent le faire remonter particulièrement loin dans l'Histoire<sup>137</sup> et il aurait été, pendant longtemps, « *mainly perceived as an internal problem affecting a limited number of States.* »<sup>138</sup> Mais il ne fait aujourd'hui aucun doute que le terrorisme est un problème mondial. Il n'est pas surprenant alors que les Nations unies, dont le rôle est notamment d'assurer la paix et la sécurité internationales, se soient saisies de la question lorsque ces dernières se sont vues menacées par la montée en puissance du terrorisme transnational. Il existe d'ailleurs plusieurs Conventions internationales sectorielles dont le but est de lutter contre des formes spécifiques de terrorisme.<sup>139</sup> Ainsi, la lutte contre le terrorisme au niveau international n'a évidemment pas attendu le phénomène des volontaires internationaux pour s'organiser et développer une réponse juridique au terrorisme vis-à-vis d'autres enjeux que celui du phénomène des « combattants (terroristes) étrangers ».

Néanmoins, le phénomène des individus se rendant à l'étranger dans un dessein terroriste constitue aujourd'hui une menace à la paix et la sécurité internationales en lui-même. L'importance de ces individus est telle que le potentiel destructeur qu'ils représentent, en conflit armé ou non, exige une réponse autonome et spécifique.<sup>140</sup> Ainsi, il faut constater

---

<sup>137</sup> Voir notamment CHALIAND (G.) et BLIN (A.) (dir.), *Histoire du terrorisme – De l'Antiquité à Daech*, (éd.) Fayard/Pluriel, (col.) Pluriel, 2016, 864 p.

<sup>138</sup> De GUTTRY (A.), « The Role Played by the UN in Countering the Phenomenon of Foreign Terrorist Fighters », in De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.) (éds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 260.

<sup>139</sup> Sur ces textes, voir *infra*, pp. 110 et suivantes.

<sup>140</sup> BATRAWI (S.), « The Dutch Foreign Fighter Contingent in Syria », *CTC Sentinel*, Vol. 6, no. 10, Octobre 2013, pp. 6-10 ; JOFFE (G.), « Global Jihad and Foreign Fighters », *Small Wars & Insurgencies*, Vol. 27, n° 5, September 2016, pp. 801-802 ; TONDEUR (K.), « Le retour des djihadistes en Belgique, prétexte pour une dérive sécuritaire ? », *Journal du Droit des Jeunes*, n° 341, janvier 2015, pp. 7-9 ; BAKKER (E.), PAULUSSEN (C.), and ENTENMANN (E.), « Dealing with European Foreign Fighters in Syria: Governance, Challenges and Legal Implications », *International Centre for Counter-Terrorism*, Décembre 2013, 30 p. ; BORREIL (C.), « Lutte contre les « combattants étrangers » : L'adoption du Protocole additionnel à la Convention européenne pour la prévention du terrorisme », 21.11.2015 ; BOUTIN (B.) and PAULUSSEN (C.), « From the Bataclan to Nice: A critique of France's State of Emergency Regime », *Asser Policy Brief 01*, Asser Institute – Centre for International & European Law, July 2016, 5 p. ; BYMAN (D.) and SHAPIRO (J.), « Be Afraid, Be a little afraid : the threat of terrorism from western foreign fighters in Syria and Iraq », *Foreign Policy at Brookings*, Policy Paper, n°34, November 2014, 30 p.

que depuis le début du XXI<sup>ème</sup> siècle, les individus se rendant à l'étranger pour s'inscrire dans une entreprise violente, y compris à l'occasion d'un conflit armé, constituent pour les Nations unies un enjeu majeur de sécurité que le droit antiterroriste doit traiter (A). Et les volontaires étrangers des organisations terroristes comme l'État islamique ont élevé cette menace à un niveau tel qu'un statut juridique spécifique finira par être adopté (B).

### A. Les « combattants étrangers » comme acteurs du terrorisme menaçant la paix et la sécurité internationales

Avant les années 2000, le lien entre terrorisme et phénomène des « combattants étrangers » était loin d'être une préoccupation centrale. Le rapport entre les individus inscrits dans chacun des deux phénomènes n'était *a priori* pas apparent ; plus particulièrement, le phénomène des « combattants étrangers » n'était pas traité comme une menace terroriste à part entière. Durant les années 1970, la question du terrorisme des volontaires internationaux ne semble être qu'un sujet mineur parmi d'autres. Il ne s'agit d'ailleurs pas vraiment de s'attarder sur la qualification terroriste de l'acte ou du volontaire international, mais plus spécifiquement de s'interroger sur la « *nature et l'étendue des obligations de l'État* » lorsque celui-ci est « *tiers aux entreprises hostiles* » préparées ou commises « *à l'extérieur* [de son] *territoire* » par un volontaire international responsable d'un acte terroriste.<sup>141</sup> Alors qu'il s'agissait de s'interroger sur la responsabilité des États pour les actes de ces individus, il s'agit désormais de s'interroger sur les « combattants étrangers » eux-mêmes. Ainsi aujourd'hui l'étranger impliqué dans un conflit armé n'est précisément pris en compte qu'au regard de son potentiel terroriste. Il ne s'agit pas tant de dégager des obligations et la responsabilité des États sur cette question – quand bien même celles-ci existent toujours et se sont même vues grandement complétées – mais d'identifier juridiquement ces volontaires

---

<sup>141</sup> Voir plan et propos relatifs à la question du terrorisme dans la Sous-section I, de la Section II, Chapitre II, Titre II de la Deuxième Partie de la thèse suivante : DAVID (E.), *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, (éd.) Université Libre de Bruxelles, Centre de droit international, 1978, 459 p.

internationaux comme des terroristes transnationaux, soumis à la pleine applicabilité du droit antiterroriste international et national.

De fait, la communauté internationale a commencé à considérer certains volontaires internationaux comme des terroristes auxquels les instruments de la lutte internationale contre le terrorisme devaient être appliqués. Autrement dit, les Nations unies ont, notamment depuis 1999 et avec les résolutions 1267 et 1373 du Conseil de Sécurité, indéniablement raccroché l'identification juridique des « combattants étrangers » à celle des terroristes internationaux (1). Puis, en 2014, la résolution 2170 du CSNU a expressément identifié le phénomène des étrangers en conflit armé comme une menace terroriste à part entière, faisant de leurs activités armées l'un des défis majeurs de la lutte contre le terrorisme du XXI<sup>ème</sup> siècle (2).

### **1. Les prémices d'un rapprochement entre les appellations « terroristes » et « combattants étrangers » : les résolutions 1267 et 1373 du Conseil de Sécurité**

Avant l'État islamique et la médiatisation du phénomène des « combattants étrangers », certaines résolutions du CSNU permettaient déjà d'identifier, progressivement et en partie, le phénomène des étrangers impliqués dans des conflits armés comme un élément de menace terroriste à la paix et la sécurité internationales.

D'une part, dès 1999, avant même que les attentats du 11 septembre 2001 fassent entrer la lutte contre le terrorisme dans l'ère de la « guerre contre le terrorisme », s'opère le rapprochement entre « combattants étrangers » et menace terroriste. Traitant de la situation afghane et notamment des violations du droit international humanitaire qu'il y constate, le Conseil de Sécurité exige dans sa résolution 1267 « *que la faction afghane dénommée Taliban [...] se conforme sans attendre aux résolutions antérieures du Conseil et cesse, en particulier, d'offrir refuge et entraînement aux terroristes internationaux* »<sup>142</sup>. Le terme de « combattants étrangers » n'est pas expressément employé dans cette résolution. Cependant, il ressort de la lecture de ce texte que le CSNU entend par « *terroristes internationaux* » des étrangers venus en Afghanistan pour prendre part aux activités de la « *faction afghane* »

---

<sup>142</sup> Résolution S/RES/1267, Conseil de Sécurité des Nations Unies, 15.10.1999, par. 1<sup>er</sup>.

dénommée *Taliban* » qui est précisément identifiée, par les Nations unies, comme une partie belligérante du conflit armé qui sévit alors dans ce pays.<sup>143</sup> Par surcroît, cette association entre les « *terroristes internationaux* » de la résolution 1267 et les « combattants étrangers » est soutenue à travers une Déclaration du Président du Conseil de Sécurité sur ce texte.<sup>144</sup> En effet, le 22 octobre 1999, dix jours après l'adoption de la résolution, le Président déclare à propos de cette dernière que « *Le Conseil [de sécurité] réaffirme que [...] la participation [...] des combattants étrangers [au conflit armé afghan et aux activités terroristes des Talibans] doit cesser immédiatement* ». <sup>145</sup> Ainsi,

« Le Conseil prend connaissance avec une profonde consternation d'informations faisant état de la participation aux combats en Afghanistan, du côté des forces des Taliban, de milliers de non-Afghans, [...] dont certains ont moins de 14 ans. »<sup>146</sup>

Dès lors, il faut comprendre que cette résolution 1267, qui vise à lutter contre la menace à la paix et la sécurité internationales que constituent les « *terroristes internationaux* »<sup>147</sup>, s'adresse aux individus alors expressément appelés « *combattants étrangers* »<sup>148</sup> dans la déclaration associée à la résolution. Il apparaît donc que les volontaires internationaux commencent effectivement à être appréhendés sous le prisme antiterroriste ; en particulier lorsque, à l'occasion d'un conflit armé, ils intègrent une entité déjà qualifiée de terroriste, ou responsable d'actes terroristes.

D'autre part, la résolution 1373<sup>149</sup>, consécutive aux attentats du 11 septembre 2001, complète la réflexion précédente sur la résolution 1267 et les « combattants étrangers »

---

<sup>143</sup> Voir par exemple sur ce point les multiples Déclarations du Président du Conseil de Sécurité faisant état de la situation en Afghanistan et identifiant les Talibans – accueillant des non-afghans – comme une partie au conflit armé afghan : Déclaration du Président du Conseil de Sécurité, S/PRST/1998/9, 06.04.1998 ; Déclaration du Président du Conseil de Sécurité, S/PRST/1998/22, 14.07.1998 ; Déclaration du Président du Conseil de Sécurité, S/PRST/1998/24, 06.08.1998 ; Déclaration du Président du Conseil de Sécurité, S/PRST/1998/27, 15.09.1998.

<sup>144</sup> Déclaration du Président du Conseil de Sécurité, S/PRST/1999/29, 22.10.1999.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>146</sup> *Idem.*

<sup>147</sup> Résolution S/RES/1267, *op. cit.*, par. 1<sup>er</sup>.

<sup>148</sup> S/PRST/1999/29, *op. cit.*, p. 2.

<sup>149</sup> Résolution S/RES/1373, Conseil de Sécurité des Nations Unies, 28.11.2001.



comme menace terroriste.<sup>150</sup> Pour commencer, le Conseil de Sécurité réaffirme que « *tout acte de terrorisme international, constitu[e] une menace à la paix et à la sécurité internationales.* »<sup>151</sup> À cette fin, le CSNU exige notamment des États qu'ils empêchent « *les mouvements de terroristes ou de groupes de terroristes en instituant des contrôles efficaces aux frontières, ainsi que des contrôles* » plus importants sur toutes les questions relatives aux documents d'identité et de voyage.<sup>152</sup> L'idée est alors ici de sanctionner les individus souhaitant se rendre à l'étranger dans un but terroriste. Dans cette résolution il n'est pas question de « combattant étranger » ni de conflit armé. Néanmoins, rien ne contrevient à ce que ces dispositions soient appliquées aux étrangers souhaitant rejoindre un groupe armé partie à un conflit armé qui serait qualifié de terroriste : donc les « combattants étrangers » qui rejoindraient un groupe terroriste devraient ainsi être identifiés comme terroristes transnationaux. En effet, les exigences des résolutions 1267 et 1373, lues parallèlement, sont applicables aux groupes « simplement » terroristes, mais aussi aux groupes armés parties à des conflits qui seraient également identifiables comme terroristes ; de fait, ces résolutions antiterroristes auraient pour but d'empêcher que des combattants d'origine étrangère rejoignent ces groupes.<sup>153</sup>

Finalement, à la lecture de ces deux résolutions, il faut constater que depuis 1999 au moins, les Nations unies ont pleinement pris en considération la montée en puissance du terrorisme transnational et de la menace sur la paix et la sécurité internationales qui en découle. Ce faisant, il a notamment été relevé que cette menace était aggravée par la participation d'étrangers aux violences déstabilisant des États durant des conflits armés, notamment au sein d'entités qualifiées de terroristes. Ainsi, par les résolutions 1267 et 1373, les Nations unies ont souhaité interdire les mouvements d'étrangers ayant des objectifs terroristes, y compris à l'occasion de conflits armés. Or, cette assimilation entre terroristes

---

<sup>150</sup> KRÄHENMANN (S.), « Foreign Fighters under International Law », *op. cit.*, p. 3.

<sup>151</sup> Résolution S/RES/1373, *op. cit.*, préambule, p. 1.

<sup>152</sup> *Ibid.*, par. 2, g), p. 3.

<sup>153</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, p. 233 : « *Security Council resolutions inform to a significant extent States' obligations to prevent foreign fighters from joining armed groups abroad* ».

transnationaux et combattants d'origine étrangère, encore indirecte à ce stade, sera cette fois-ci le point cardinal de la résolution 2170 du Conseil de Sécurité.

## **2. Les étrangers combattants des conflits armés comme défi majeur de la lutte contre le terrorisme : la résolution 2170 du Conseil de Sécurité**

La résolution 2170<sup>154</sup>, adoptée le 15 août 2014, un mois et demi après la proclamation du Califat par l'État islamique, est sans aucun doute le texte pivot du traitement antiterroriste du phénomène des « combattants étrangers ». L'aspect central de l'assimilation, d'une partie au moins, de ces derniers aux terroristes internationaux tient avant toute chose du changement de sémantique. Jusqu'alors, dans leurs différents travaux, les Nations unies se limitaient à parler, à propos du même contexte conflictuel, des mêmes parties belligérantes et des mêmes actes, tantôt des « *terroristes internationaux* », tantôt des « *combattants étrangers* » ; pour évoquer par exemple le problème de ces « *milliers de non-Afghans* » impliqués dans les violences, conflictuelles et/ou terroristes, secouant l'Afghanistan.<sup>155</sup> Or, depuis 2014, il n'est plus question d'un côté de terroristes internationaux et de l'autre de « combattants étrangers », avec des individus passant de l'une à l'autre des catégories, mais tout simplement de « combattants terroristes étrangers ».<sup>156</sup> Cette création sémantique acte alors le processus d'assimilation progressive, mais encore limitée, depuis 1999.

Si à première vue le terme « combattant étranger » ne laisse rien transparaître des enjeux de terrorisme, il en est autrement du nouveau terme de « combattant terroriste étranger ». Le résultat des recherches effectuées sur les travaux préparatoires, brouillons de projets et procès-verbaux, précédant l'adoption des textes employant ce nouveau terme, ne permet pas d'identifier les raisons ou des objectifs particuliers dans l'ajout de l'adjectif

---

<sup>154</sup> Résolution S/RES/2170, Conseil de Sécurité des Nations Unies, 15.08.2014.

<sup>155</sup> Déclaration du Président du Conseil de Sécurité, S/PRST/1999/29, *op. cit.*, p. 2.

<sup>156</sup> Résolution S/RES/2170, *op. cit.*, p. 2.

« terroriste ».<sup>157</sup> Toutefois c'est dans la résolution 2170 du CSNU que le terme apparaît pour la première fois.<sup>158</sup> Les travaux précédents n'en portent effectivement aucune trace.

Pourtant ce changement n'est pas anodin. En choisissant d'adjoindre ce qualificatif au phénomène, celui-ci sera inévitablement rattaché à la lutte contre le terrorisme. Ainsi, le représentant australien, lors de l'adoption de la résolution 2170, a pu affirmer que

« all Member States must take action to prevent the movement of terrorists and terror groups, including foreign fighters ».<sup>159</sup>

Ces propos peuvent être complétés par ceux du Président du Nigeria, lorsqu'un mois plus tard, il relevait au Conseil de Sécurité que

« there is no doubt that foreign fighters have added a troubling dimension to this emerging phase of terrorism. »<sup>160</sup>

Autrement dit, les « combattants étrangers » constituent désormais une nouvelle catégorie de terroristes, et leur phénomène une nouvelle forme d'expression et de matérialisation du terrorisme international.<sup>161</sup> Ceci explique la nouvelle appellation de « combattant terroriste étranger ». Ainsi, « *the relevant UN Security Council (UNSC) Resolutions are devoted to foreign terrorist fighters (FTFs) and not merely to foreign fighters.* »<sup>162</sup> C'est-à-dire que le phénomène des volontaires internationaux est désormais perçu comme une composante du terrorisme international. Ils ne sont plus une affaire autonome d'acteurs étrangers des conflits armés, mais une question de menace terroriste à la paix et la sécurité internationales.

---

<sup>157</sup> Voir notamment les discussions au Conseil de Sécurité lors de l'adoption de la Résolution 2170 : « *Threats to international peace and security caused by terrorist acts* », 7242<sup>nd</sup> meeting, Security Council, United Nations, New York, Document S/PV.7242, 15.08.2014.

<sup>158</sup> *Idem.*

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>160</sup> Voir à ce titre, « *Threats to international peace and security caused by terrorist acts* », Security Council, Document S/PV.7272, *op. cit.*, p. 5 : cette position n'est pas contredite par les autres représentants des États présents, le procès-verbal en question témoignant au contraire d'un accord unanime sur l'inscription totale des « combattants étrangers » dans le mouvement international du terrorisme.

<sup>161</sup> De GUTTRY (A.), « The Role Played by the UN in Countering the Phenomenon of Foreign Terrorist Fighters », *op. cit.*, p. 260

<sup>162</sup> *Idem.*

À ce titre, la résolution 2170 « rappelle que les États Membres ont l'obligation d'empêcher les mouvements de terroristes [comprendre « combattants étrangers »] ou de groupes terroristes, conformément au droit international applicable ». <sup>163</sup> Cela signifie en particulier que les flux de « combattants (terroristes) étrangers » doivent être endigués conformément et en appliquant toutes les dispositions précédentes du Conseil de Sécurité concernant la lutte internationale contre le terrorisme. De fait, la résolution 2170 avait en réalité scellé le lien entre lutte contre le phénomène des « combattants étrangers » et lutte contre le terrorisme dès son préambule. En effet, souhaitant exiger des États qu'ils prennent les mesures nécessaires contre ces derniers, les auteurs de la résolution prennent le soin de réaffirmer les « résolutions 1267 (1999), 1373 (2001), 1618 (2005), 1624 (2005), 2083 (2012), 2129 (2013), 2133 (2014), 2161 (2014) » <sup>164</sup>, soit toutes les résolutions du Conseil de Sécurité relatives à la lutte contre le terrorisme. Si le terrorisme transnational représente sans conteste une menace à la paix et la sécurité internationales <sup>165</sup>, le phénomène des « combattants étrangers », désormais perçu comme une composante du terrorisme international, est lui-même une menace à la paix et la sécurité internationales. <sup>166</sup>

Si l'assimilation du « combattant étranger » au terroriste semble actée par cette résolution 2170, un élément reste manquant pour lui permettre de produire des effets concrets : le terme de « combattant terroriste étranger », comme celui de « combattant étranger », ne dispose alors à ce moment d'aucune définition. Et la résolution ne donne aucun critère permettant d'identifier un individu comme étant un « combattant terroriste étranger ». C'est finalement la résolution 2178 du Conseil de Sécurité des Nations unies, adoptée le mois suivant, qui proposera la première définition de cette nouvelle appellation. Or, cette définition permet d'affirmer définitivement l'assimilation du phénomène des « combattants étrangers »

---

<sup>163</sup> Résolution S/RES/2170, *op. cit.*, par. 8.

<sup>164</sup> *Ibid.*, préambule.

<sup>165</sup> Toutes les Résolutions relatives à la lutte contre le terrorisme rappellent dans leur préambule que celui-ci constitue une menace à la paix et la sécurité internationales ; c'est d'ailleurs pour cette raison que le Conseil de Sécurité décide d'agir.

<sup>166</sup> Le Conseil de Sécurité fonde ses résolutions quant au phénomène des « combattants (terroristes) étrangers » sur le Chapitre VII de la Charte des Nations unies, voir : Résolution S/RES/2170, *op. cit.*, p. 3 ; Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, p. 4 ; voir notamment De GUTTRY (A.), « The Role Played by the UN in Countering the Phenomenon of Foreign Terrorist Fighters », *op. cit.*, pp. 260 et 265.

au terrorisme international. Ainsi, l'identification juridique des étrangers en conflit armé devra effectivement résulter de leur soumission au statut du droit antiterroriste, comme le supposait l'hypothèse de recherche de cette section.

## **B. L'adoption du statut juridique de « combattant terroriste étranger » pour identifier les volontaires internationaux**

La résolution 2178, adoptée par le CSNU le 24 septembre 2014, définit l'expression « combattant terroriste étranger » comme désignant,

« des individus qui se rendent dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité, dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme, notamment à l'occasion d'un conflit armé ».<sup>167</sup>

Cette définition est juridiquement importante à deux égards. D'une part, elle inclut directement dans son champ d'application une partie des individus du phénomène des « combattants étrangers ». De ce fait, elle permet alors expressément que ces individus soient juridiquement identifiés par ce nouveau statut et que des conséquences juridiques en découlent ; ce que ne permettait pas la seule appellation « combattant étranger » (1). D'autre part, parce que la nature juridique du texte qui la formule revêt un caractère universel et contraignant, faisant de cette appellation un statut international utile à l'identification juridique des étrangers des conflits armés, et à l'encadrement du phénomène (2).

### **1. L'inclusion des « combattants étrangers » dans le champ d'application *ratione personae* du nouveau statut de « combattant terroriste étranger »**

Dans la définition du « combattant terroriste étranger » par la résolution 2178, l'accent mis sur l'activité et le dessein terroriste de l'individu, alors que l'expression

---

<sup>167</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, p. 2, préambule.

« combattant étranger », à l'inverse, ne semblait pas s'intéresser à ces questions, ne semblait pas, au premier abord, conduire à l'association des deux phénomènes.

Néanmoins, une lecture attentive de la résolution dévoile que le CSNU associe expressément les « combattants terroristes étrangers » aux volontaires internationaux puisque sont notamment visés, et de façon expresse, les « *combattants étrangers* ». <sup>168</sup> Par ailleurs, la définition de la résolution 2178, reportée aux études relatives au phénomène des « combattants étrangers », et le simple fait d'écrire ce dernier terme aux côtés de la nouvelle appellation, invite inévitablement à une interrogation sur le rapprochement des individus visés par ces deux notions. Ainsi, l'emploi dans les deux cas des mêmes termes de *combattant* et d'*étranger* implique-t-il qu'il s'agit des mêmes individus ? Ou l'utilisation du qualificatif *terroriste* assurerait-elle une différenciation fondamentale entre des individus bien particuliers et différents, en ce qu'ils seraient impliqués, contrairement aux autres, dans des activités terroristes ? Au regard de la compréhension qui doit être faite du nouveau terme de « combattant terroriste étranger », il ne fait aucun doute que celui-ci doit inclure une partie au moins de ceux que la doctrine désignait sous l'appellation « combattants étrangers ». De fait, le rapprochement est flagrant entre les critères dégagés par la définition du « combattant terroriste étranger » et les trois critères proposés pour le « combattant étranger » <sup>169</sup>. Les deux critères cumulatifs (la qualité d'étranger et le dessein terroriste) et le critère facultatif (la participation à un conflit armé) du nouveau statut incluent sans aucun doute ceux des « combattants étrangers » qui ont en plus des autres la particularité d'être impliqués dans le terrorisme transnational.

(1) Un premier critère de définition du « combattant terroriste étranger » requiert un élément d'extranéité. L'emploi du terme *étranger* dans le nouveau statut permet au Conseil de Sécurité de faire entrer sous cette appellation tous les « *individus qui se rendent dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité* » <sup>170</sup>. Il s'agit donc exactement de la même caractéristique relevée par les tentatives de définition des « combattants étrangers ». Les deux éléments de résidence et de nationalité sont employés dans les deux cas pour

---

<sup>168</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, p. 4, préambule

<sup>169</sup> Pour une analyse détaillée de ces trois critères, revoir *supra*, pp. 15-23.

<sup>170</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, p. 2, préambule.

expliquer, de la même manière, le qualificatif *étranger*. En désignant ainsi les individus visés par ce nouveau statut, le CSNU vise donc, à dessein ou non, exactement les individus qui semblaient s'inscrire, en pratique, dans le phénomène des « combattants étrangers » par leur choix de quitter leur État de résidence ou de nationalité pour se rendre dans un État où ils n'ont ni l'un ni l'autre. Ce premier critère offre donc un début de réflexion en faveur de l'argument selon lequel les deux appellations peuvent désigner les mêmes individus ; ce que confirme le second critère.

(2) Le second critère concerne le « *dessein* »<sup>171</sup> terroriste de l'individu visé par le nouveau statut. Il s'agit de l'intention terroriste matérialisée par l'implication dans au moins l'une des étapes de réalisation d'une activité terroriste : la commission, l'organisation, la préparation, la participation et/ou l'entraînement.<sup>172</sup> Ainsi, rien n'empêche, *a priori*, qu'un individu appelé en pratique « combattant étranger » se voit appliquer le statut de « combattant terroriste étranger » s'il est impliqué dans l'une de ces étapes. Le volontaire international se caractérisant par sa participation à des violences armées, et un acte terroriste pouvant en constituer un élément matériel, cela est probable. C'est d'autant plus probable que tout acte de participation à un conflit peut toujours, en pratique, être qualifié d'infraction terroriste au regard de l'état actuel des *corpus* antiterroristes<sup>173</sup> ; donc si un « combattant étranger » est un individu qui participe aux violences d'un conflit armé, tout porte à croire qu'il sera visé par ce statut.

Le dessein terroriste renvoie à l'intention derrière l'acte qui sera qualifié de terroriste. C'est la raison pour laquelle un individu – ici le « combattant terroriste étranger » – commet cet acte particulièrement violent et/ou répréhensible. À cette fin, les résolutions du Conseil de Sécurité réaffirment très justement que « *le terrorisme ne peut et ne saurait être associé à aucune religion, nationalité ou civilisation* ». <sup>174</sup> Néanmoins, il ressort des résolutions 2170 et 2178 que l'acte terroriste doit être compris comme l'acte de violence motivé par des

---

<sup>171</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, p. 2, préambule.

<sup>172</sup> *Idem*.

<sup>173</sup> Voir *infra*, pp. 231 et suivantes.

<sup>174</sup> Voir notamment Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, p. 1 préambule; Résolution S/RES/2170, *op. cit.*, p. 1 préambule.

idéologies intolérantes<sup>175</sup>, radicales<sup>176</sup>, fanatiques<sup>177</sup>, confessionnelles<sup>178</sup> et attentatoires aux droits et libertés fondamentales d'une partie de la population<sup>179</sup>. Plus largement, lutter contre le terrorisme nécessite de prendre en compte et de lutter contre toutes les formes d'idéologies violentes extrémistes.<sup>180</sup> Or, cette notion de l'idéologie à travers le critère du dessein terroriste renvoie inévitablement au critère de la cause à défendre dans la définition doctrinale du « combattant étranger ».<sup>181</sup> Il s'agirait alors de ceux dont la cause motivant leur prise des armes est qualifiée d'extrémiste. Ce qui soulève un premier point problématique puisque dans un conflit armé, la partie adverse n'est-elle pas toujours présentée comme extrémiste et illégitime ? Quoiqu'il en soit, le dessein terroriste de la définition du « combattant terroriste étranger » peut donc vraisemblablement correspondre en pratique à l'idéologie de la définition doctrinale du « combattant étranger ». Ainsi, par exemple, dans le cas des étrangers rejoignant des groupes tels que l'État islamique et Jabhat Al-Nusra, visés par les résolutions sur les « combattants terroristes étrangers », leur dessein terroriste condamné dans ces textes est la cause à défendre qu'ils invoquent ; c'est-à-dire la prise des armes au nom de la protection de la communauté musulmane en instaurant par la force un État régi par la charia.

Finalement, au regard de ces deux critères, il apparaît que les individus répondant à la définition pragmatique du « combattant étranger » peuvent être identifiés par le statut de « combattant terroriste étranger » lorsque l'idéologie en jeu est jugée extrémiste, intolérante ou fanatique. Cette hypothèse apparaît d'autant plus correcte que le troisième critère du nouveau statut, bien que facultatif, intègre dans son champ d'application les étrangers qui participent à un conflit armé.

---

<sup>175</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, pp. 1-2 préambule ; Résolution S/RES/2170, *op. cit.*, par. 6, p. 4.

<sup>176</sup> *Ibid.*, par. 4, p. 4 ; Résolution S/RES/2170, *op. cit.*, para. 7 et 9, p. 4.

<sup>177</sup> Résolution S/RES/2170, *op. cit.*, p. 1 préambule.

<sup>178</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, par. 1, p. 4 ; Résolution S/RES/2170, *op. cit.*, para. 2-3, p. 3.

<sup>179</sup> Résolution S/RES/2170, *op. cit.*, par. 1, p. 3.

<sup>180</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, pp. 1-2 préambule et para 1 et 15 ; Résolution S/RES/2170, *op. cit.*, p. 1 préambule et para 1 et 6 ; Letter dated 4 November 2014 from the Permanent Representative of Australia to the United Nations addressed to the Secretary-General, United Nations, Doc. S/2014/787, Annex: « Threats to international peace and security caused by terrorist acts: international cooperation on combating terrorism and violent extremism », Concept note for the open debate of the Security Council, 04.11.2014, p. 4.

<sup>181</sup> Voir *supra*, pp. 20-23.



(3) Le troisième critère, s'il n'est pas systématique, est très intéressant dans le cadre d'une étude visant à identifier juridiquement les « combattants étrangers ». Les deux précédents critères suffisent à qualifier le « combattant terroriste étranger » ; ce critère permet d'affirmer que ce nouveau statut ne se limite pas qu'aux « simples » terroristes transnationaux, mais également à ceux dont le dessein terroriste se matérialise « à l'occasion d'un conflit armé »<sup>182</sup>. Plus précisément, ce critère établit qu'au regard du nouveau statut, la particularité juridique d'un contexte de conflit armé régi par le DIH n'est pas un obstacle à son application.<sup>183</sup> Ainsi, tout étranger participant à un conflit armé et qui serait impliqué dans une activité terroriste, ou plus largement dans le dessein terroriste de la partie au conflit qu'il intègre, sera qualifié de « combattant terroriste étranger ». Ce critère fait donc entrer non plus une partie mais tous lesdits « combattants étrangers » dans le champ d'application de ce nouveau statut. En effet, puisque tout acte de participation à un conflit armé peut être qualifié d'infraction terroriste en l'état des *corpus* antiterroristes,<sup>184</sup> et puisque ce statut s'applique également aux volontaires internationaux des conflits armés, alors tous les « combattants étrangers » sont susceptibles d'être identifiés par le statut de « combattant terroriste étranger ».

Au regard de ces trois éléments de la définition du « combattant terroriste étranger », ce statut apparaît particulièrement important dans le cadre d'une identification juridique des « combattants étrangers ». En effet, cela signifie que le volontaire international, qui doit être identifié par les statuts du droit international humanitaire lorsqu'impliqué dans un conflit armé, devra également être identifié par le droit antiterroriste, et plus particulièrement selon les prescriptions rattachées au nouveau statut de « combattant terroriste étranger ». De fait, ce statut ne semble pas devoir se substituer à ceux du DIH. En effet, les deux résolutions à l'origine de ce nouveau statut précisent bien que son application ne remet pas en question les

---

<sup>182</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, p. 2, préambule.

<sup>183</sup> De GUTTRY (A.), « The Role Played by the UN in Countering the Phenomenon of Foreign Terrorist Fighters », *op. cit.*, pp. 270-271.

<sup>184</sup> Voir *infra*, pp. 231 et suivantes.

obligations des États découlant du *Ius in bello*. Ainsi, c'est bien « *dans le respect [...] du droit international humanitaire* » que les États doivent

« prévenir et éliminer les activités de recrutement, d'organisation, de transport ou d'équipement bénéficiant à des personnes qui se rendent dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme, ainsi que le financement des voyages et activités de ces [« combattants terroristes étrangers »] ». <sup>185</sup>

Or, le statut de « combattant terroriste étranger » issu des résolutions du Conseil de Sécurité des Nations unies bénéficie sans aucun doute d'une valeur contraignante et universelle, comme ceux du *Ius in bello*, ce qui conduira inévitablement à s'interroger sur leur compatibilité.

## **2. La valeur contraignante et universelle de la nouvelle catégorie juridique de « combattant terroriste étranger »**

En vertu de l'article 25 de la Charte des Nations unies, les résolutions adoptées par le Conseil de Sécurité créent des obligations pour les États membres.<sup>186</sup> Les résolutions adoptées dans le cadre de « *l'exercice de sa fonction de maintien et de rétablissement de la paix [sont donc lourdes] de conséquences* »<sup>187</sup> car elles sont universellement contraignantes. Dans la mesure où elles respectent le domaine de compétence du CSNU et qu'elles lui sont

---

<sup>185</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, par. 5, voir également p. 1 préambule ; voir aussi Résolution S/RES/2170, *op. cit.*, pp. 2-3 préambule.

<sup>186</sup> Art. 25, Chapitre V – Conseil de Sécurité, Charte des Nations Unies, San Francisco, 26.06.1945 ; CIJ, *Certaines dépenses des Nations Unies*, Avis consultatif, 20.07.1962 ; CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, Avis consultatif, 21.06.1971 ; BOLLECKER (B.), « L'avis consultatif en date du 21 juin 1971 de la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative aux conséquences juridiques pour les États membres de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) », *Annuaire français de droit international*, Vol. 17, 1971, pp. 281-333 ; DAILLIER (P.), FORTEAU (M.) et PELLET (A.), *Droit International Public*, LGDJ – Lextenso éditions, 8<sup>ème</sup> éd., 11/2009, pp. 408-413, par. 244.

<sup>187</sup> DAILLIER (P.), FORTEAU (M.) et PELLET (A.), *Droit International Public, op. cit.*, p. 409.

nécessaires pour accomplir la tâche que lui confie la Charte des Nations unies, les dispositions de ses résolutions obligent les États.

La résolution 2178 est adoptée « *en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies* » et a pour but de combattre « *les menaces que font peser sur la paix et la sécurité internationales les actes de terrorisme, notamment ceux perpétrés par des combattants étrangers* ». <sup>188</sup> De fait, il n'est donc pas contestable que cette résolution, et ses dispositions, sont contraignantes et s'imposent à tous les États. <sup>189</sup> L'invocation du Chapitre VII de la Charte comme fondement d'une résolution est en effet généralement un indice sur sa valeur coercitive. <sup>190</sup>

La valeur juridique intrinsèque d'une résolution du CSNU donne donc au nouveau statut un caractère contraignant. Cet objectif de créer un statut obligatoire est confirmé par la formulation de cette résolution 2178. Par celle-ci, le Conseil de Sécurité ne se contente pas de proposer d'éventuelles pistes de solutions, mais impose aux États sa compréhension du phénomène et les réponses à y apporter en déclarant qu'ils « *doivent* » appliquer ces prescriptions – et non pas qu'ils en ont la possibilité s'ils le souhaitent. <sup>191</sup> Cette interprétation apparaît conforme à l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de justice affirmant que la valeur d'une résolution du Conseil de Sécurité doit être évaluée « *compte tenu des termes de la résolution à interpréter [...], des dispositions de la Charte invoquées [ici l'article 25 et le Chapitre VII] et en général de tous les éléments qui pourraient aider à préciser les conséquences juridiques de la résolution* » <sup>192</sup>. Or, le caractère contraignant de la résolution 2178 semble être mis en exergue par deux points essentiels.

En premier lieu, la définition du « combattant terroriste étranger » n'est pas présentée au conditionnel comme une définition dont pourraient éventuellement se servir les États.

---

<sup>188</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule, p. 4.

<sup>189</sup> TUBIC (B.), « Position of the UN Security Council Resolutions in the Legal Order of the European Union », *Law Series Annals W. U. Timisoara*, Issue 33, 2017, p. 34

<sup>190</sup> ASCENSIO (H.), « Effets juridiques et efficacité des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies portant sur le Liban », Centre d'études et de recherches sur le Proche-Orient, *Les Cahiers de l'Orient*, Vol. 2, N°94, 2009, pp. 47-48.

<sup>191</sup> Voir notamment : Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, para. 2 et 5.

<sup>192</sup> CIJ, Avis consultatif, 21.06.1971, *op. cit.*, par. 114.

C'est comme cela que le phénomène doit être défini, et pas autrement. Finalement, il n'est que demandé aux États qu'ils partent de cette base de définition pour ensuite adopter des mesures spécifiques et concrètes pour sa mise en œuvre.<sup>193</sup>

Ainsi, en second lieu, certains points de mise en œuvre au niveau national sont laissés à la discrétion des États. C'est à eux de choisir la voie juridique à emprunter en conformité de leurs autres obligations internationales et de leur système juridique national.<sup>194</sup> Néanmoins, par cette résolution, le Conseil de Sécurité « décide », et non pas propose ou invite comme il le fait parfois, que « tous les États doivent veiller à ce que la qualification des infractions pénales dans leur législation et leur réglementation internes permette » d'incriminer directement le phénomène des « combattants terroristes étrangers » et les actes qu'ils peuvent commettre, tels que définis par la résolution.<sup>195</sup> De fait, le CSNU « souligne » que les États doivent « appliquer intégralement et immédiatement la présente résolution ».<sup>196</sup>

Il ne fait donc aucun doute qu'il s'agit d'une obligation universelle, contraignant tous les États sans exception à suivre les prescriptions de cette résolution.<sup>197</sup> Ainsi, « *the scope of the Resolution is therefore universal and its application is not restricted to a given area or to a given armed conflict* ».<sup>198</sup>

La nature contraignante des résolutions du Conseil de Sécurité est un sujet largement débattu et complexe qui ne sera pas spécifiquement traité ici.<sup>199</sup> Il faut toutefois relever que

---

<sup>193</sup> De GUTTRY (A.), « The Role Played by the UN in Countering the Phenomenon of Foreign Terrorist Fighters », *op. cit.*, p. 272 ; voir également à ce propos : PETERS (A.), « Security Council Resolution 2178 (2014): The "Foreign Terrorist Fighter" as an International Legal Person, Part I », EJIL Talk !, 20.11.2014 ; et : PETERS (A.), « Security Council Resolution 2178 (2014): The "Foreign Terrorist Fighter" as an International Legal Person, Part II », EJIL Talk !, 21.11.2014 ; il faudra néanmoins faire le constat d'une limite importante sur l'étendue réelle de cette définition, voir *infra*, pp. 85-121.

<sup>194</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule, p. 1.

<sup>195</sup> *Ibid.*, par. 6 ; sur l'importance de l'usage du verbe « décider » sur la valeur contraignante d'une résolution, voir par exemple ASCENSIO (H.), « Effets juridiques et efficacité des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies portant sur le Liban », *op. cit.*, p. 48.

<sup>196</sup> *Ibid.*, par. 10.

<sup>197</sup> PETERS (A.), « Security Council Resolution 2178 (2014): The "Foreign Terrorist Fighter" as an International Legal Person, Part I », *op. cit.*

<sup>198</sup> De GUTTRY (A.), « The Role Played by the UN in Countering the Phenomenon of Foreign Terrorist Fighters », *op. cit.*, p. 273.

<sup>199</sup> Voir notamment : HAPPOLD (M.), « Security Council Resolution 1373 and the Constitution of the United Nations », *Leiden Journal of International Law*, Vol. 16 (2003), p. 593 ; DENIS (C.), *Le pouvoir normatif du*

la résolution 2178 est également touchée par ce débat.<sup>200</sup> En ce sens, les dispositions imposées aux individus et aux États souffrent d'un tel manque de précision<sup>201</sup> qu'il est possible de s'interroger sur l'étendue réelle des obligations qui découlent du texte de cette résolution. Néanmoins cette difficulté semble en pratique surmontée par le fait que les organisations régionales et les États ont adopté leurs propres dispositions afin de mettre effectivement en œuvre les objectifs du Conseil de Sécurité. Ainsi, la notion de « combattant terroriste étranger » a été pleinement intégrée dans les différents systèmes juridiques, que le statut soit repris expressément, ou que seuls les actes visés dans la résolution aient fait l'objet de transcriptions et de développements.<sup>202</sup>

En conclusion, la résolution 2178, lue à la lumière des travaux antérieurs des Nations unies sur le terrorisme transnational, est absolument centrale pour l'étude des « combattants étrangers ». Elle fait sans aucun doute entrer le phénomène des volontaires internationaux dans le giron du droit antiterroriste. Ce phénomène doit ainsi, en théorie, être identifié juridiquement par le statut relatif aux « combattants terroristes étrangers », ceci apparaissant confirmé au regard de l'analyse des réactions juridiques régionales à ces résolutions 2170 et 2178.

---

*Conseil de sécurité des Nations Unies : portée et limites*, Bruylant, 2005, 408 p. ; TALMON (S.), « The Security Council as World Legislator », *The American Journal of International Law*, Vol. 99 (2005), pp. 175-193 ; KLEIN (P.), « Le Conseil de sécurité et la lutte contre le terrorisme : dans l'exercice de pouvoirs toujours plus grands ? », *Revue Québécoise de droit international*, Hors-série, Hommage à Katia Boustany, Avril 2007, pp. 133-147 ; Van GINKEL (B.), « The New Security Council Resolution 2178 on Foreign Terrorist Fighters: A Missed Opportunity for a Holistic Approach », *ICCT*, The Hague, 04.11.2014. [Consulté le 05.02.2019].

<sup>200</sup> Voir par exemple : Van GINKEL (B.), « The New Security Council Resolution 2178 on Foreign Terrorist Fighters: A Missed Opportunity for a Holistic Approach », *op. cit.* ; De GUTTRY (A.), « The Role Played by the UN in Countering the Phenomenon of Foreign Terrorist Fighters », *op. cit.*, pp. 273-275.

<sup>201</sup> Voir *infra*, pp. 85-121.

<sup>202</sup> Voir immédiatement *infra*, développements « II. » et « III. » à suivre.

## **II. Les développements européens concordant avec la position du Conseil de Sécurité**

Le processus d'identification juridique du « combattant étranger » a également pris ces dernières années la voie du droit antiterroriste en Europe et plus particulièrement au sein des trois organisations régionales majeures en matière de sécurité et de lutte antiterroriste : l'Union européenne (A), le Conseil de l'Europe (B) et l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (C). En effet, immédiatement après l'adoption de la résolution 2178, les différentes organisations régionales compétentes en matière de sécurité ont adopté des mesures antiterroristes applicables à certains « combattants étrangers ». Ce mouvement *a priori* consensuel renforce l'hypothèse selon laquelle les volontaires internationaux sont juridiquement identifiables par le nouveau statut de « combattant terroriste étranger ».

En ce sens, il faut relever que les conclusions sur la situation juridique européenne sont également les mêmes en ce qui concerne l'Afrique. En effet, la pleine prise en compte des prescriptions issues des résolutions 2170 et 2178 des Nations unies, ainsi que la mise en œuvre des dispositions déjà en vigueur vis-à-vis de la lutte contre le terrorisme au sein de la région africaine, attestent d'un mouvement global de traitement du phénomène des « combattants étrangers » à travers le statut de « combattant terroriste étranger » et plus largement du *corpus* antiterroriste.<sup>203</sup> Ainsi, alors qu'avant l'adoption de la résolution 2178 du CSNU le seul terme de « combattant étranger » était employé par l'Union africaine pour parler des membres étrangers de groupes terroristes<sup>204</sup>, après cette résolution le terme de

---

<sup>203</sup> En ce sens, voir notamment, DARKWA (L.), « The African Union and the Phenomenon of Foreign Fighters in Africa » in De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.) (éds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2016, pp. 377-383.

<sup>204</sup> Voir par exemple : « African Journal for the Prevention and Combating of Terrorism », African Union, African Centre for the Study and Reserch on Terrorism, Vol. 4, N°1, June 2013, pp. 133-134.

« combattant terroriste étranger » est pleinement repris pour décrire le même phénomène<sup>205</sup>, tout « *particulièrement dans les zone touchées par des conflits armés.* »<sup>206</sup>

### A. L'Union européenne contre les « combattants terroristes » européens

Dans ses conclusions du 30 août 2014, quinze jours après l'adoption de la résolution 2170, le Conseil européen déclare :

« la création d'un califat islamique en Iraq et en Syrie et l'exportation du terrorisme par des extrémistes islamistes [...] représentent une menace directe pour la sécurité des pays européens. L'Union européenne est déterminée à contribuer à contrer la menace que représentent l'EIIL et les autres groupes terroristes en Iraq et en Syrie, comme le demande la résolution 2170 du Conseil de Sécurité des Nations unies. »<sup>207</sup>

Et de poursuivre :

« le Conseil européen est fermement convaincu qu'une action résolue est nécessaire pour endiguer l'afflux de combattants étrangers. »<sup>208</sup>

Cette déclaration est explicite : « *l'afflux de combattants étrangers* » est une menace terroriste. L'Union européenne s'inscrit manifestement dans la continuité des Nations unies. Son *corpus* juridique spécifique à la lutte antiterroriste va être mis à jour pour correspondre aux nouvelles exigences du CSNU en matière de « combattant étranger », à l'image de l'adoption de la Directive (UE) 2017/541 le 15 mars 2017. Celle-ci affirme alors nécessaire, conformément aux « *obligations juridiques incombant à l'Union et aux États membres en vertu du droit international* » de faire converger les définitions nationales au sein de l'Union

---

<sup>205</sup> Voir par exemple : « ACSRT Newsletter », African Union, African Centre for the Study and Research on Terrorism, Issue 8, July-December 2014, p. 11 ; Annexe 1 : « Rapport de la présidente de la commission sur la menace du terrorisme et de l'extrémisme violent en Afrique et sur la mise en œuvre du communiqué PSC/AHG/COMM.(CDLV) », dans Rapport du Conseil de paix et de sécurité sur ses activités et l'état de la paix et de la sécurité en Afrique, Union Africaine, Assemblée Générale, Doc. Assembly/AU/7(XXV), 14-15 juin 2015, par. 13.

<sup>206</sup> Rapport de Son Excellence Abdelaziz Bouteflika, Président de la République algérienne démocratique et populaire, et leader sur l'épineuse question de la lutte contre le terrorisme et l'extrémisme violent en Afrique, Union Africaine, Assemblée Générale, Doc. Assembly/AU/17(XXXII), 10-11 février 2019, par. 6.

<sup>207</sup> Conclusion de la réunion extraordinaire du Conseil européen, Document EUCO 136/14, 30.08.2014, p. 6, par. 17.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 6, par. 18.

européenne de l'infraction terroriste, en vue notamment d'intégrer le nouveau concept de « combattant terroriste étranger » instauré par le Conseil de Sécurité des Nations unies.<sup>209</sup>

Dans la lutte contre les « combattants étrangers », le principe est alors de nouveau celui de la mise en œuvre du droit antiterroriste par leur identification via la nouvelle appellation de « combattant terroriste étranger ». Il est à ce titre expressément affirmé, sur le site internet du Conseil européen et du Conseil de l'Union européenne, que les « *Européens qui se radicalisent et qui [...] se rendent également à l'étranger pour combattre* » doivent être poursuivis en vertu du droit antiterroriste de leur État.<sup>210</sup> Le 12 février 2015, suite aux attentats de *Charlie Hebdo*<sup>211</sup>, le Conseil européen a d'ailleurs soutenu l'objectif pour l'Union et les États membres de lutter contre la menace terroriste que représentent les « combattants étrangers ».<sup>212</sup>

Ce point semble confirmer le processus d'assimilation de certains au moins des volontaires internationaux aux « combattants terroristes étrangers » engagés par les résolutions 2170 et 2178. D'ailleurs, sur le site internet du Conseil européen et du Conseil de l'Union européenne, l'analyse chronologique de la réponse au phénomène emploie l'appellation de « combattant étranger » avant octobre 2014 et celle de « combattant terroriste étranger » après cette date.<sup>213</sup> Autrement dit, après l'adoption du nouveau statut par les Nations unies, cette terminologie vient remplacer celle de « combattant étranger » pour traiter du même phénomène. Lorsque « combattant étranger » est réutilisé après cette date, c'est alors pour rappeler que la lutte contre le flux de ces individus est du ressort du droit antiterroriste, tel qu'il les définit comme des « combattants terroristes étrangers ». Ainsi, dans

---

<sup>209</sup> Directive (UE) 2017/541, *op. cit.*, voir notamment préambule par. 6.

<sup>210</sup> Voir site internet « [consilium.europa.eu](http://consilium.europa.eu) », rubrique Politique, Lutte contre le terrorisme. [Consulté le 08.02.2017]

<sup>211</sup> « Attentat contre Charlie Hebdo », *Gouvernement.fr*, Actualité du Premier Ministre, République Française, 07.01.2017. [Consulté le 14.03.2017]

<sup>212</sup> Déclaration des membres du Conseil européen, Réunion informelle des Chefs d'État ou de Gouvernement, Déclaration et observation, Doc. 56/25, Justice et Affaires intérieures, Bruxelles, 12.02.2015.

<sup>213</sup> Voir le Site internet du Conseil européen et du Conseil de l'Union européenne « [consilium.europa.eu](http://consilium.europa.eu) », Onglet « Politiques », « Affaires étrangères et relations internationales », « Lutte de l'UE contre le terrorisme », Rubrique « Action menée face à la menace terroriste et aux attentats perpétrés récemment en Europe », article « Chronologie : phénomène des combattants terroristes étrangers et attentats perpétrés récemment en Europe ». [Consulté le 14.10.2019]



son document de réflexion intitulé *Combattants étrangers et combattants de retour au pays*, en date du 2 décembre 2014, le Coordinateur de l'UE pour la lutte contre le terrorisme fait apparaître clairement que le phénomène des « combattants étrangers » doit être traité par le droit antiterroriste, ceux-ci étant des « combattants terroristes étrangers ». <sup>214</sup> De même, selon Europol, « *the main concern of Member States is jihadist terrorism and the closely related phenomenon of foreign terrorist fighters who travel to and from conflict zones.* » <sup>215</sup> Ainsi, en son sein, le *European Counter Terrorism Centre* est chargé de la stratégie européenne de lutte contre le terrorisme et se concentre pour cela à « *tackling foreign fighters* », ce terme étant employé comme synonyme de « *foreign terrorist fighters* » <sup>216</sup> qui est utilisé quelques lignes plus tôt pour présenter le contexte. <sup>217</sup> Il semble donc que les « combattants étrangers » et les « combattants terroristes étrangers » soient perçus comme un tout indissociable au sein de la littérature de l'Union européenne.

En conclusion, au sein de l'UE, le statut de « combattant terroriste étranger » a pleinement été repris. Bien qu'elle ne le définisse pas expressément et qu'il reste de nombreuses lacunes terminologiques, de sorte qu'il soit difficile de savoir qui est visé et qui ne l'est pas (qui est un combattant ? Sa famille et ses proches le sont-ils par association ? Le recruteur ? Le prêcheur ? Le cuisinier ? etc.), <sup>218</sup> l'UE précise qu'elle intègre à son *corpus* antiterroriste ses obligations relatives au respect de la résolution 2178, dont elle en tire le terme. En toute cohérence, elle en accepte donc la définition du « combattant terroriste étranger » puisqu'elle s'y réfère. Au regard de la construction des textes de l'UE qui viennent d'être présentés <sup>219</sup>, tout porte à conclure que, dans le droit fil des résolutions des Nations

---

<sup>214</sup> « Combattants étrangers et combattants de retour au pays : document de réflexion », Coordinateur de l'UE pour la lutte contre le terrorisme, Conseil de l'Union européenne, Doc. 15715/2/14, Bruxelles, 02.12.2014.

<sup>215</sup> Site internet de Europol, onglet « Crime areas & trends », rubrique « Crime areas », article « Terrorism », [Consulté le 17 janvier 2019]

<sup>216</sup> Il s'agit là des versions anglophones de « combattant étranger » et « combattant terroriste étranger ».

<sup>217</sup> Site internet de Europol, onglet « About Europol », rubrique « European Counter Terrorism Centre – ECTC », [Consulté le 17 janvier 2019] ; sur l'utilisation comme synonyme des expressions « combattant terroriste étranger » et « combattant étranger », voir notamment BOUTIN (B.), CHAUZAL (G.) DORSEY (J.) and others, « The Foreign Fighters Phenomenon in the European Union – Profiles, Threats & Policies », *op. cit.*, p. 13.

<sup>218</sup> Sur les lacunes du nouveau statut, voir *infra*, pp. 85-121.

<sup>219</sup> Tous les textes de l'Union européenne n'ont pas été analysés ici. Leur quantité rend difficile et fastidieuse une analyse individuelle pour chacun d'eux. Toutefois, la lecture d'un échantillon important, d'une vingtaine

unies, le choix juridique est encore d'identifier les volontaires internationaux par le statut de « combattant terroriste étranger ». Ce qui est également le cas au sein du Conseil de l'Europe.

### **B. Le Conseil de l'Europe et l'inclusion des « combattants étrangers » dans son *corpus* antiterroriste**

Comme l'Union européenne, le Conseil de l'Europe (CE) appuie sa position vis-à-vis du phénomène des « combattants étrangers » sur les prescriptions des Nations unies. Son choix est en effet clair :

« L'ONU estime à 25 000 le nombre de combattants étrangers[.] Face à ce phénomène, et dans le cadre de la mise en œuvre, en Europe, de la Résolution 2178 (2014) du Conseil de sécurité de l'ONU, le Conseil de l'Europe a renforcé son arsenal juridique par le biais d'un Protocole additionnel à sa Convention pour la prévention du terrorisme (2005). »<sup>220</sup>

Les termes sont sans ambiguïté ; pour le Conseil de l'Europe les « combattants étrangers » sont, en conformité avec la résolution 2178 créant le statut de « combattant terroriste étranger », soumis au droit antiterroriste et sont donc identifiés comme terroristes.

Le texte essentiel ici est donc le Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, adopté le 22 octobre 2015, auquel il faut noter qu'aucune réserve ou objection n'a été formulée vis-à-vis du traitement antiterroriste du phénomène.<sup>221</sup> Car précisément, ce Protocole a été spécifiquement adopté en réponse à l'explosion du phénomène des « combattants étrangers ».<sup>222</sup> Ce nouveau dispositif a été salué

---

de documents pertinents et publiés sur plusieurs années, permet d'arriver à la conclusion que l'axe choisi, notamment de l'intégration desdits « combattants étrangers » dans le statut de « combattant terroriste étranger », est une solution continue au sein de l'Union européenne.

<sup>220</sup> Site internet du Conseil de l'Europe, onglet « Explorer », rubrique « Dossiers thématiques », article « Terrorisme et droits de l'homme ». [consulté le 17.01.2019]

<sup>221</sup> Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, Conseil de l'Europe, STCE n°217, Riga, 20.10.2015 : à cette date, le Protocole a été signé par 40 États parties et est en vigueur dans 18 États ayant procédé à sa ratification. À ce propos, la Belgique a signé ce Protocole le 22 octobre 2015, mais qu'elle ne l'a pas ratifié à ce jour, en revanche il est en vigueur en France depuis le 1<sup>er</sup> février 2018. [Consulté le 23.01.2020]

<sup>222</sup> *Idem.* ; également sur ce point : Déclaration conjointe sur la lutte contre le terrorisme entre le ministre Didier Reynders, Président sortant du Comité des Ministres, le ministre Igor Crnadak, Président entrant du Comité des Ministres et M. Thorbjørn Jagland, Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, Conseil de l'Europe, Doc. Decl-19.05.2015F, 19.05.2015 ; « *Combattants terroristes étrangers : le Conseil de l'Europe déploie son nouvel arsenal juridique* », Conseil de l'Europe, Strasbourg, 12.10.2015.

par le Comité contre le terrorisme du CSNU. En effet, ce dernier, chargé par le Conseil de Sécurité d'établir un « *outil pratique que peuvent utiliser les États membres [...] pour endiguer le flot de combattants terroristes étrangers en conformité avec la résolution 2178* »<sup>223</sup>, note que ce Protocole permet « *une approche régionale [...] susceptible de favoriser la mise en œuvre et l'harmonisation des mesures visées, ainsi que la coordination internationale à cet effet.* »<sup>224</sup> Il sanctionne ainsi, conformément aux prescriptions de la résolution 2178, la participation aux activités d'un groupe terroriste (Article 2), l'entraînement dans le but de réaliser des actes terroristes (Article 3), le financement des voyages à l'étranger (Article 5) et l'organisation des voyages à l'étranger (Article 6) à des fins de terrorisme ; des activités pouvant concerner les « combattants étrangers ». Mais surtout, l'article 4 se concentre spécifiquement sur le fait de se « *rendre à l'étranger à des fins de terrorisme* »<sup>225</sup>. Il faut donc observer ici que les activités des « combattants étrangers » permettraient ainsi effectivement de les identifier via le droit antiterroriste.

Cependant, ce Protocole ne fait aucune référence à un contexte de conflit armé. De même, le terme de « combattant étranger » n'est jamais utilisé, même dans sa version complétée par l'adjectif « terroriste ». Il ne fait pourtant aucun doute qu'il a bien pour sujet ce phénomène, comme l'a attesté le communiqué de presse en date du 4 juillet 2018 dans lequel ce texte était présenté comme « *an Additionnal Protocol on foreign terrorist fighters* ».<sup>226</sup> Ce communiqué annonce d'ailleurs que le renforcement de la lutte antiterroriste contre ce phénomène fera partie de la stratégie du Conseil de l'Europe jusqu'en 2022 au moins. Le terme de « combattant terroriste étranger » n'est donc pas expressément repris dans le Protocole ou pour désigner les « combattants étrangers », mais dans l'interprétation qu'il en est donné et vis-à-vis des dispositions effectivement adoptées, le résultat obtenu semble le même : les volontaires internationaux sont identifiés par le *corpus* antiterroriste du

---

<sup>223</sup> « Principes directeurs de Madrid », Comité contre le terrorisme, Conseil de sécurité, Nations unies, Document S/2015/939, 23.12.2015, préface, p. 3.

<sup>224</sup> *Ibid.*, Principe directeur n°24, p. 21.

<sup>225</sup> Art. 4, Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, *op. cit.*

<sup>226</sup> « The Council of Europe adopts a new counter-terrorism strategy for 2018-2022 », Conseil de l'Europe, Communiqué de presse, Réf. DC 103(2018), 04.07.2018.

CE, lui-même chargé de mettre en œuvre les dispositions des résolutions 2170 et 2178 du CSNU sur les « combattants terroristes étrangers ».

De plus, le Protocole définit comme « *"se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme"* le fait de se rendre vers un État, qui n'est pas celui de nationalité ou de résidence du voyageur, afin de commettre, de contribuer ou de participer à une infraction terroriste, ou afin de dispenser ou de recevoir un entraînement pour le terrorisme ». <sup>227</sup> Il s'agit de la même définition que celle donnée au « combattant terroriste étranger » dans la résolution 2178 du CSNU, sans la référence au contexte de conflit armé. Ce manquement ne peut en lui-même pas être interprété comme une volonté de ne pas couvrir ce type de contexte ; aucun document ne permet d'affirmer que les rédacteurs ont sciemment supprimé cette référence en ce sens. En outre, il faudra constater par la suite que, telles que définies, les activités terroristes sanctionnées par ce Protocole peuvent parfaitement correspondre à des activités de participation à un conflit armé. <sup>228</sup> Ce contexte n'étant pas expressément prévu comme une cause d'exclusion du Protocole, tout semble indiquer qu'il concerne effectivement, *a minima*, la partie terroriste des « combattants étrangers ». D'ailleurs, il est pertinent de relever les propos tenus dans le Rapport de la Commission des questions politiques et de la démocratie de l'Assemblée parlementaire du CE du 8 janvier 2016, justement intitulé *Combattants étrangers en Syrie et en Irak* et traitant pourtant des « combattants terroristes étrangers ». <sup>229</sup> Dans ce rapport, lorsqu'il s'agit de définir ce terme, la Commission soulève en effet que

« même si l'on peut trouver l'expression "combattant étranger" dans les textes de l'ONU, cette organisation se réfère principalement aux combattants *terroristes* étrangers, ce qui signifie que le phénomène est davantage considéré dans une perspective de lutte contre le terrorisme. » <sup>230</sup>

En d'autres termes, les « combattants étrangers » ne seraient à prendre en considération juridiquement qu'en ce qu'ils sont une menace terroriste. Ainsi, tout le rapport

---

<sup>227</sup> Art. 4, Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, *op. cit.*

<sup>228</sup> Sur la possible qualification systématique des activités d'un « combattant étranger » en activités terroristes, voir *infra*, pp. 231 et suivantes.

<sup>229</sup> « Combattants étrangers en Syrie et en Irak », Conseil de l'Europe, *op. cit.*, 22 p.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 8, par. 16.

est rédigé de sorte que les termes « combattant étranger » et « combattant terroriste étranger » apparaissent comme des synonymes pour parler des mêmes individus impliqués notamment dans des conflits armés à l'étranger.<sup>231</sup> Cette pratique est un indice supplémentaire d'une identification systématique des volontaires internationaux par le statut juridique de « combattant terroriste étranger ». Ces individus ne semblent effectivement traités par le Conseil de l'Europe, inscrit dans la ligne des Nations unies, qu'en ce qu'ils sont identifiés comme des terroristes, donc des « combattants terroristes étrangers ». À ce propos, le Projet de résolution adopté à l'unanimité par la Commission le 7 décembre 2015, utilise la définition doctrinale présentée en introduction de ce travail pour définir ce qu'il faut entendre par « combattant étranger », et utilise ensuite de manière indistincte les termes de « *groupes extrémistes violents* »<sup>232</sup>, « *terroristes radicaux* »<sup>233</sup>, « *combattants terroristes* »<sup>234</sup> pour parler de ces individus. Il y est ainsi noté que

« la transformation d'un individu en combattant étranger est le résultat [...] du processus de radicalisation, un phénomène complexe caractérisé par des personnes qui embrassent une idéologie radicale et adoptent des opinions et idées intolérantes qui peuvent conduire à l'extrémisme violent et à la perpétration d'actes terroristes. »<sup>235</sup>

Autrement dit, un « combattant étranger » est nécessairement un extrémiste, donc un « combattant terroriste étranger ». Le « combattant étranger » et le « combattant terroriste étranger » ne seraient pas deux catégories d'individus distinctes ; une personne qui prend les armes à l'étranger pour défendre une cause est nécessairement perçue comme motivée par une idéologie extrémiste terroriste.

Au regard de ce qui vient d'être présenté, il semble que, comme l'Union européenne, le Conseil de l'Europe ait, en conformité avec les prescriptions de la résolution 2178 du CSNU, développé son *corpus* antiterroriste assurant l'identification des « combattants

---

<sup>231</sup> En ce sens, se référer à la lecture des paragraphes à 8 à 22 du Rapport destinés justement à « *Comprendre le phénomène des "combattants étrangers"* », voir « Combattants étrangers en Syrie et en Irak », Conseil de l'Europe, *op. cit.*, para. 8-22.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>233</sup> *Idem.*

<sup>234</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>235</sup> *Ibid.*, p. 3.

étrangers » comme terroristes, comme « combattants terroristes étrangers ». Pour finir ce tour d’horizon de l’identification européenne des volontaires internationaux comme terroristes, il convient maintenant de s’attarder sur le travail de l’Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE).

### C. L’OSCE dans la lutte contre le phénomène des « combattants (terroristes) étrangers »

La position de l’OSCE est également assez claire. Tout comme l’Union européenne et le Conseil de l’Europe, elle intègre pleinement et officiellement la notion de

« combattants terroristes étrangers (CTE) tels que décrits dans la résolution 2178 du [CSNU], à savoir des individus qui se rendent dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité, dans le dessein de commettre, d’organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d’y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme, notamment à l’occasion d’un conflit armé ».<sup>236</sup>

Ainsi, elle a déclaré son « *intention de prendre des mesures énergiques pour lutter contre les combattants terroristes étrangers en pleine application des résolutions 2170 et 2178* » dans les mois qui ont suivi leur adoption.<sup>237</sup>

La solution d’un statut en droit antiterroriste pour encadrer le phénomène des « combattants étrangers » est une évidence pour l’OSCE. En effet, dès le début de l’année 2014 – et donc avant la création du statut par le CSNU – ce phénomène était en réalité déjà perçu comme un ensemble de « *terrorism-related activities* » par l’Organisation.<sup>238</sup> Cette dernière considère comme terroristes ces « combattants étrangers » qu’elle définit comme des individus rejoignant des groupes armés et participant à des affrontements violents.<sup>239</sup>

---

<sup>236</sup> « Déclaration sur le rôle de l’OSCE dans la lutte contre le phénomène des combattants terroristes étrangers dans le contexte de la mise en œuvre des Résolutions 2179 (2014) et 2178 (2014) du Conseil de Sécurité des Nations Unies », Conseil ministériel, Réf. MC.DOC/5/14, in « *Vingt et unième Réunion du Conseil ministériel – 4 et 5 décembre 2014* », OSCE, 05.12.2014, Bâle 2014, p. 9.

<sup>237</sup> *Idem.*

<sup>238</sup> « 2014 Chairmanship OSCE-wide Counter-Terrorism Conference – The Role of the OSCE in Addressing Current Terrorist Challenges », Opening remarks by Ambassador Janez Lenarčič, Interlaken, Switzerland, 28-29.04.2014, p. 5.

<sup>239</sup> « The Chairmanship Interlaken Recommendations », Counter-Terrorism Conference Interlaken, OSCE, Réf. CIO.GAL/66/14, Switzerland, 29.04.2014, p. 4 ; Creta (A.), « Towards Effective Regional Responses to the

C'est à l'occasion d'un travail sur la lutte contre le terrorisme précisément que le phénomène des « combattants étrangers » est évoqué pour la première fois au sein de l'organisation.<sup>240</sup> Le nouveau statut de « combattant terroriste étranger » entre donc en parfait accord avec cette vision. D'ailleurs, après la création de ce statut, l'OSCE n'utilisera plus que ce terme pour parler du phénomène qu'elle nommait antérieurement « combattant étranger » ; cela reflète la perception selon laquelle les États membres voient les « combattants étrangers » comme une menace terroriste majeure.<sup>241</sup> Ces constats appuient la vision actuelle dominante qui consiste à assimiler tous les individus inscrits dans le phénomène global des « combattants étrangers » à des « combattants terroristes étrangers », et pas seulement ceux qui auraient commis un acte terroriste précis durant leur participation à un conflit armé.

Néanmoins, en septembre 2018, l'OSCE a publié un important travail concernant les enjeux de protection des Droits de l'Homme dans le contexte de la lutte contre les « combattants terroristes étrangers ».<sup>242</sup> Ce rapport est essentiel car de nombreuses limites à ce nouveau statut y sont identifiées. Ainsi par exemple, il y est à certains égards conseillé en réalité de différencier les volontaires internationaux réellement terroristes des simples « combattants étrangers ». Toutefois, si le document soulève le problème des études assimilant systématiquement les deux catégories,<sup>243</sup> il sera pourtant procédé à la même assimilation dans son contenu. À cet égard, un exemple évocateur est matérialisé par l'affirmation selon laquelle le phénomène des « combattants terroristes étrangers » est un phénomène ancien or, pour justifier cette affirmation, c'est à des cas historiques de

---

Phenomenon of Foreign Fighters: The OSCE Toolbox », in De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.) (éds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, *op. cit.*, p. 357.

<sup>240</sup> CRETA (A.), « Towards Effective Regional Responses to the Phenomenon of Foreign Fighters: The OSCE Toolbox », *op. cit.*, p. 360.

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 358.

<sup>242</sup> « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, *op. cit.*, 76 p.

<sup>243</sup> Selon l'auteur, « a broad range of research on the topic continues to refer to "foreign fighters" only rather than "foreign terrorist fighters" ». Or, il évoque l'hypothèse selon laquelle les « combattants étrangers » ne sont pas tous systématiquement des terroristes, et ne sont donc pas tous identifiables comme « combattants terroristes étrangers », voir « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, *op. cit.*, p. 8, note de bas de page n°7.

« combattants étrangers » que le rapport renvoie.<sup>244</sup> Finalement les deux phénomènes semblent n'en former qu'un, l'un servant dans ce rapport à expliquer l'autre au lecteur.

Pour terminer sur l'analyse de la sphère européenne, il semble possible de reprendre pleinement les conclusions selon lesquelles :

« at the European level, the three existing regional organisations, namely the EU, the Council of Europe (CoE) and OSCE, have specific programmes or have started specific initiatives on [foreign terrorist fighters] and, more generally, on counter-terrorism measures also encompassing the phenomenon [of foreign fighters] ». <sup>245</sup>

Influence directe des positions sur le sujet des organisations dont ils sont membres, ou initiative individuelle directement liée aux prescriptions des résolutions 2170 et 2178, l'identification juridique des « combattants étrangers » a également pris la voie du traitement antiterroriste sur le plan national.

---

<sup>244</sup> « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, *op. cit.*, p. 11.

<sup>245</sup> CRETA (A.), « Towards Effective Regional Responses to the Phenomenon of Foreign Fighters: The OSCE Toolbox », *op. cit.*, p. 365.



### **III. L'identification des « combattants étrangers » comme terroristes à travers les réactions nationales : illustration par les cas belges et français**

« Security Council Resolution 2178 requires states to criminalize [traveling] abroad for 'terrorist' purposes. [...] while in most countries fighting with an armed group abroad is not an offence per se, persons may face criminal charges under national counter-terrorism laws when [joining] armed groups that are considered as 'terrorist'. »<sup>246</sup>

Si la résolution 2178 est à l'origine du statut de « combattant terroriste étranger », c'est bien aux États de mettre en œuvre sur le plan national les dispositions nécessaires à son effectivité.<sup>247</sup> De fait, le mouvement d'assimilation généralisée des « combattants étrangers » aux « combattants terroristes étrangers » est effectivement d'actualité au sein des États, même si les modalités sont parfois différentes.<sup>248</sup> Pour le comprendre, il est intéressant de s'arrêter sur le cas des transpositions des prescriptions de la résolution au sein des *corpus* juridiques belge (A) et français (B).<sup>249</sup>

---

<sup>246</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, pp. 241-242.

<sup>247</sup> *Idem.*

<sup>248</sup> Dans le cadre de cette étude en droit international, il n'est ni possible ni pertinent de procéder à une analyse approfondie de la réponse de chaque État au phénomène. Néanmoins, l'assimilation effective des deux phénomènes et la cohérence entre les réactions nationales peuvent être constatées avec les lectures suivantes par exemple : « Mise en œuvre de la résolution 2178 (2014) du Conseil de sécurité par les États affectés par le phénomène des combattants terroristes étrangers », Conseil de Sécurité, *op. cit.* ; « Addressing the Foreign terrorist fighters phenomenon from a European Union Perspective », *Global Centre on Cooperative Security, Human Security Collective and International Centre for Counter-terrorism – The Hague*, December 2014, pp. 11-14 ; KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, pp. 242-247 ; PAULUSSEN (C.) and ENTENMANN (E.), « National Responses in Select Western European Countries to the Foreign Fighter Phenomenon », in De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.) (éds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, *op. cit.*, pp. 391-422 ; ZELIN (A. Y.) and PROHOV (J.), « How Western Non-EU States Are Responding to Foreign Fighters: A Glance at the USA, Canada, Australia and New Zealand's Laws and Policies », in De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.) (éds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, *op. cit.*, pp. 423-444 ; Van WAAS (L.), « Foreign Fighters and the Deprivation of Nationality: National Practices and International Law Implications », in De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.) (éds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, *op. cit.*, pp. 471-473 ; GARTENSTEIN-ROSS (D.) and MORENG (B.), « MENA Countries' Responses to the Foreign Fighter Phenomenon », in De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.) (éds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, *op. cit.*, pp. 445-468.

<sup>249</sup> Concernant le choix de l'étude des droits français et belge, voir *supra*, p. 27.

## **A. Les « combattants étrangers » en droit antiterroriste belge**

En décembre 2015, les autorités belges informaient que 273 ressortissants belges étaient présumés être en Syrie ou en Irak, qu'une quinzaine s'y rendraient, que 134 seraient de retour en Belgique, qu'environ 65 tentatives auraient échoué et qu'il faudrait estimer à 352 le nombre de candidats potentiels.<sup>250</sup> Afin de réagir à ce flux d'individus partant combattre à l'étranger au sein, *a priori*, de groupes armés dits terroristes, et conformément aux obligations émanant des Nations unies et des Organisations européennes dont la Belgique fait partie, les autorités belges se sont saisies de leur *corpus* antiterroriste. En effet, au niveau national, la réaction politique et sécuritaire opposée au phénomène atteste du choix de considérer juridiquement les « combattants étrangers » comme des terroristes ; cette prise de position s'est alors matérialisée à travers les différentes mises à jour du droit antiterroriste belge à cette fin (1). Or, parce que ce dernier a été développé pour s'assurer de faire entrer le phénomène des « combattants étrangers » dans son champ d'application, il faut constater que les mesures antiterroristes belges qui étaient déjà en vigueur deviennent alors effectivement pertinentes pour traiter le phénomène à travers le prisme du droit antiterroriste (2).

### **1. Les développements antiterroristes belges favorables à l'identification des « combattants étrangers » comme terroristes**

Les nouveautés pertinentes sur la situation juridique des « combattants étrangers » en Belgique sont doubles. D'une part, ce sont les évolutions relatives à la politique belge de prévention du terrorisme qui entraînent un processus d'identification des « combattants étrangers » comme terroristes (a). D'autre part, c'est le développement du droit antiterroriste, en particulier à travers l'adoption de la *Loi visant à renforcer la lutte contre le terrorisme* du 20 juillet 2015, qui a acté ce processus (b).

---

<sup>250</sup> « Foreign Fighters – Police », Commissions réunies de la Justice et de l'Intérieur, des Affaires Générales et de la Fonction Publique, 02.12.2015, p. 17 ; voir également « Près de 500 combattants belges en Syrie et en Irak », *LeSoir.be*, 16.10.2015.

a. Les évolutions dans la prévention belge contre le terrorisme incitant à identifier les volontaires internationaux comme terroristes

En Belgique, sur le plan politique, les discours, les déclarations et les explications relatives aux phénomènes des « combattants étrangers » qui ont été formulés après l'adoption des résolutions 2170 et 2178 du CSNU attestent d'une pleine appropriation de la terminologie de « combattant terroriste étranger » pour traiter des individus se rendant à l'étranger pour combattre.<sup>251</sup> À titre d'exemple, le *Rapport d'activités 2015* du *Comité permanent de contrôle des services de renseignements et de sécurité* rattaché au Parlement Fédéral de Belgique note : « depuis 2013, la zone de combat syrienne exerce un fort pouvoir d'attraction sur ce que l'on appelle les *foreign terrorist fighters* (FTF) des quatre coins du monde. »<sup>252</sup> Or, dans ce rapport, l'explication donnée sur cette appellation de « *foreign terrorist fighters* » interpelle puisqu'il est relevé que

« au départ, on ne parlait pas de FTF. Il était plutôt question de *Belgian freedom fighters* (qui partaient pour l'Irak, la Syrie... dans un contexte humanitaire) ou, par la suite, de *Belgian foreign fighters* (avec des objectifs militaires). »<sup>253</sup>

Autrement dit, la nouvelle terminologie adoptée par la résolution 2178 est pleinement réutilisée pour désigner ceux qui, auparavant, étaient appelés « combattants étrangers ». Cette utilisation comme synonyme des appellations « combattants étrangers » et d'autres expressions relevant de la sémantique antiterroriste devient systématique après l'adoption de celle de « combattant terroriste étranger ». Ainsi, les services de renseignement belges, chargés des enjeux relatifs aux thématiques « *du djihadisme transnational et de l'islam radical* » en vue de la « *contextualisation du phénomène du terrorisme* » se voient adjoindre

---

<sup>251</sup> Sur l'utilisation de la terminologie antiterroriste à propos du phénomène des « combattants étrangers », voir par exemple : « *12 mesures : nouvelle circulaire relative à l'approche des combattants terroristes étrangers* », Communiqué de Presse, Jan Jambon, Vice-Premier Ministre et ministre de la sécurité et de l'intérieur, 27.08.2015 ; « *Foreign Fighters – Police* », *op. cit.* ; *Proposition de Loi modifiant la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police en vue de permettre une transmission efficace des données relatives aux combattants terroristes étrangers*, Chambre des Représentants de Belgique, 3<sup>e</sup> Session de la 54<sup>e</sup> Législature, DOC54 1711/001, 12.03.2016 ; *Rapport d'activités 2015*, Comité permanent de contrôle des services de renseignements et de sécurité, Royaume de Belgique, 16.09.2016, p. 44.

<sup>252</sup> *Rapport d'activités 2015*, Comité permanent de contrôle des services de renseignements et de sécurité, *op. cit.*, p. 21.

<sup>253</sup> *Rapport d'activités 2015*, Comité permanent de contrôle des services de renseignements et de sécurité, *op. cit.*, note de bas de page n°55, p. 21.

une division pour suivre « *particulièrement la problématique des foreign fighters et des returnees* ». <sup>254</sup>

De même, l'évolution du rôle de l'*Organe de coordination pour l'analyse de la menace*, organe relevant conjointement de la tutelle du ministre de l'Intérieur et du ministre de la Justice, est intéressante. Celui-ci est aux commandes de la lutte contre les « combattants étrangers » et est, à cette fin, nationalement chargé de recueillir et de compiler les informations sur ces individus, afin de coordonner les actions des autorités. <sup>255</sup> Succédant au *Groupe interforces antiterroristes*, il « *a pour mission d'effectuer des évaluations stratégiques et ponctuelles sur les menaces terroristes et extrémistes à l'encontre de la Belgique* » <sup>256</sup>. Autrement dit, cet organe de la lutte antiterroriste est chargé de la lutte contre le phénomène des « combattants étrangers », permettant pleinement d'appréhender ces derniers comme des terroristes. À cette fin il est d'ailleurs responsable de la désignation des individus qui peuvent effectivement être qualifiés de « combattants étrangers ». <sup>257</sup>

Si dans les discours et discussions politiques, l'appellation de « combattant terroriste étranger » semble avoir été pleinement adoptée pour identifier les « combattants étrangers », cette tendance a finalement été actée par l'adaptation du *corpus* antiterroriste belge à ce phénomène nouvellement perçu, nationalement, comme une forme de terrorisme.

**b. Les « combattants étrangers » comme terroristes directement ciblés par la *Loi visant à renforcer la lutte contre le terrorisme* du 20 juillet 2015**

Tout d'abord, l'exposé des motifs du projet de cette Loi révèle que l'objectif est de « *compléter [l']arsenal législatif pour répondre notamment aux obligations qui résultent de*

---

<sup>254</sup> Rapport d'activités 2015, Comité permanent de contrôle des services de renseignements et de sécurité, *op. cit.*, p. 23.

<sup>255</sup> « Foreign Fighters – Police », *op. cit.*, p. 18.

<sup>256</sup> Site internet du Comité permanent de Contrôle des services de renseignement et de sécurité, voir rubrique *Home*, onglet *Qu'est-ce que l'Organe de coordination pour l'analyse de la menace ?*

<sup>257</sup> Il a notamment pour rôle de confirmer – ou infirmer – les « *informations provenant de la famille ou du cercle d'amis [et] des informations sur le terrain récoltées par les services de sécurité* », voir « Foreign Fighters – Police », *op. cit.*, p. 15.

*la Résolution 2178(2014) et lutter plus efficacement contre le terrorisme.* »<sup>258</sup> Le but est donc de suivre les directives du Conseil de Sécurité des Nations unies en matière de lutte contre les « combattants étrangers » en les soumettant au *corpus* antiterroriste belge. La formulation de la Loi est d'ailleurs spécifiquement choisie afin d'assurer que celle-ci soit « conforme à la Résolution 2178(2014) ». <sup>259</sup>

De même, comme le nom de la Loi, les articles et leurs discussions l'indiquent, ce texte va exclusivement porter sur le caractère terroriste des « combattants étrangers ». Ainsi, l'exposé des motifs est clair sur l'identification de ces individus comme terroristes :

« la menace terroriste en Europe et dans notre pays [...] provient des personnes qui ont séjourné à l'étranger dans le cadre des activités de groupes terroristes, que ce soit dans des camps d'entraînement ou dans des combats<sup>[260]</sup>. Ce phénomène n'est pas neuf mais a pris une ampleur spécifique avec le conflit en Syrie. La Belgique compte parmi les principaux pays de provenance des combattants européens<sup>[261]</sup> engagés dans la guerre en Syrie. [...] Face à ce phénomène d'une ampleur sans précédent, il convient de réagir rapidement et fermement. Au niveau international, le [CSNU] a adopté [...] la Résolution 2178 (2014) pour contrer les personnes qui partent combattre à l'étranger à des fins terroristes. Le présent projet de loi vise à compléter notre arsenal législatif pour répondre notamment aux obligations qui résultent de la Résolution 2178 (2014) et lutter plus efficacement contre le terrorisme. »<sup>262</sup>

Dans ces motifs, les « combattants étrangers », et plus particulièrement ceux qui se rendent en Syrie, sont expressément appréhendés comme des terroristes ; ceci justifiant la mise à jour du droit antiterroriste pour qu'il puisse pleinement les prendre en compte. À titre de remarque, il faut observer que malgré l'évocation d'un rapport entre ces individus et des conflits armés – le conflit syrien en l'occurrence – le potentiel rôle que devrait jouer le droit international humanitaire pour encadrer ces individus en tant que *corpus* spécialement dédié à de tels contextes n'est jamais évoqué.

---

<sup>258</sup> *Projet de loi visant à renforcer la lutte contre le terrorisme*, Chambre des Représentants de Belgique, 2<sup>e</sup> Session de la 54<sup>e</sup> Législature, DOC54 1198/001, 22.06.2015, p. 4.

<sup>259</sup> *Projet de loi visant à renforcer la lutte contre le terrorisme*, DOC54 1198/001, 22.06.2015, *op. cit.*, p. 5.

<sup>260</sup> Donc dans des actes hostiles d'un conflit armé.

<sup>261</sup> C'est-à-dire des « combattants étrangers » d'origine européenne.

<sup>262</sup> *Projet de loi visant à renforcer la lutte contre le terrorisme*, DOC54 1198/001, 22.06.2015, *op. cit.*, p. 4.

Ainsi, le Projet est finalement adopté le 20 juillet 2015 et a pour conséquence l'ajout de l'article 140*sexies* au Code pénal. Il est ainsi prévu que

« [...] sera punie [...] : 1° toute personne qui quitte le territoire national en vue de la commission, en Belgique ou à l'étranger, d'une infraction [terroriste]<sup>[263]</sup> ; 2° toute personne qui entre sur le territoire national en vue de la commission, en Belgique ou à l'étranger, d'une infraction [terroriste]<sup>[264]</sup>. »<sup>265</sup>

Cet article 140*sexies* est inséré au Titre *Iter* du Code pénal, spécialement réservé aux infractions terroristes. La lutte contre les « combattants étrangers », et donc leur identification juridique, s'inscrit exclusivement ici dans le domaine du contre-terrorisme. En effet, l'article incrimine le voyage caractérisant le « combattant étranger » en créant une nouvelle infraction terroriste spécifique ; mettre fin aux flux de ces individus étant précisément le but de cette Loi.

Finalement, l'objectif étant l'encadrement des « combattants étrangers » par le droit antiterroriste, il est intéressant de constater que par l'effet de cette Loi, les dispositions pénales antiterroristes qui étaient déjà en vigueur sont rendues applicables aux individus inscrits dans ce phénomène. Or, il apparaît que ces dispositions antérieures semblent effectivement pertinentes pour les identifier.

## **2. L'identification alors possible comme terroristes des « combattants étrangers » au regard du droit belge antérieur**

Parce que la Loi du 20 juillet 2015 fait entrer les « combattants étrangers » dans la sphère du droit antiterroriste belge, l'ensemble de ce *corpus*, y compris les mesures antérieures à cette loi, sont susceptibles de s'appliquer à ces individus. Or, justement, le droit antiterroriste belge en vigueur, avant les changements engagés suite aux résolutions 2170 et

---

<sup>263</sup> « à l'exception de l'infraction visée à l'article 137, § 3, 6° », Art. 2 de la Loi visant à renforcer la lutte contre le terrorisme, Royaume de Belgique, 20.07.2015.

<sup>264</sup> « à l'exception de l'infraction visée à l'article 137, § 3, 6° », Art. 2 de la Loi visant à renforcer la lutte contre le terrorisme, Royaume de Belgique, 20.07.2015.

<sup>265</sup> *Ibid.*, Art. 2.

2178, semble être effectivement pertinent dans le processus d'identification des « combattants étrangers » comme terroristes.

Il faut en effet relever que l'« *arsenal répressif belge comporte des incriminations pénales en suffisance pour* » sanctionner les « combattants étrangers ».<sup>266</sup> Ainsi, le paragraphe premier de l'article 137 du code pénal dispose que

« constitue une infraction terroriste, l'infraction prévue aux §§ 2 et 3 qui, de par sa nature ou son contexte, peut porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale et est commise intentionnellement dans le but d'intimider gravement une population ou de contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte, ou de gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale. »<sup>267</sup>

Autrement dit, le droit pénal belge distingue trois intentions indépendantes<sup>268</sup> les unes des autres et qui, lorsqu'elles sont accompagnées de certains actes violents (art. 137 par. 2 et 3)<sup>269</sup>, permettent d'identifier l'auteur de ces derniers comme terroristes. Dès lors, si ces objectifs peuvent être reprochés auxdits « combattants étrangers » et caractérisent des actes de violence, alors ces individus doivent vraisemblablement pouvoir être identifiés comme des terroristes – et donc éventuellement des « combattants terroristes étrangers » – en vertu du droit antiterroriste belge.

De fait, en pratique – et puisque c'est précisément ceux-ci qui ont provoqué les débats qui ont mené à l'apparition de la notion de « combattant terroriste étranger » – ces objectifs sont caractéristiques des étrangers impliqués dans des groupes armés présents en Syrie et en Irak. En effet, comme la justice belge l'a par exemple soulevé, ces groupes et leurs membres,

---

<sup>266</sup> MASSET (A.), « L'arsenal de droit pénal belge applicable aux combattants européens en Syrie », dans JACOBS (A.) et FLORE (D.) (dir.), *Les combattants européens en Syrie*, (éd.) L'Harmattan, Comité International des Pénalistes Francophones, Liège, 2015, p. 178.

<sup>267</sup> Art. 137 par. premier, Titre I<sup>ter</sup> « Des infractions terroristes », Code pénal belge ; voir également la *Loi relative aux infractions terroristes*, Royaume de Belgique, 19.12.2003.

<sup>268</sup> (1) Intimider gravement une population ou (2) contraindre des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte ou (3) déstabiliser gravement ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale.

<sup>269</sup> La définition complète des actes terroristes sera traitée ultérieurement ; voir *infra*, pp. 231 et suivantes.

étrangers ou non, ont notamment pour objectif de renverser les gouvernements syrien et irakien pour instaurer un régime salafiste sous la forme d'un califat.<sup>270</sup> Ainsi, il « *n'est pas contesté que le groupement de l'État islamique [...] revendique l'établissement par les armes d'un régime politique islamiste en Syrie et dans les pays environnants* ». <sup>271</sup> De fait, il s'agit là précisément de l'un des trois objectifs prévus à l'article 137 du code pénal, à savoir de « *gravement [...] détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays* ». <sup>272</sup> Plus largement, ces objectifs sont systématiquement les objectifs poursuivis par tout combattant dans tout conflit armé, particulièrement les conflits armés non internationaux. <sup>273</sup>

Par ailleurs, les « combattants étrangers » seraient systématiquement des individus qui participent à un conflit armé. Or, les actes constitutifs d'infractions terroristes, selon les paragraphes 2 et 3 de l'article 137 du code pénal belge, sont notamment les atteintes à la vie et à l'intégrité physique, les destructions et dégradations massives, la fabrication, la possession, le déplacement et l'utilisation de produits explosifs et d'armes. <sup>274</sup> Ces actes constituent alors sans nul doute des actes que réalisent des individus participant aux hostilités d'un conflit armé et pourraient donc vraisemblablement être reprochés à des « combattants étrangers ».

Enfin, les « combattants étrangers » seraient également toujours caractérisés par une prise des armes motivée par une cause à défendre qu'ils estiment menacée ou meilleure, une idéologie à laquelle il croit fermement. Or, parmi les idéologies qui ont pu et qui peuvent caractériser le combat desdits « combattants étrangers », la lutte contre un système politique ou religieux, ou contre un système institutionnel a pu être relevée. Et justement, vouloir remettre en cause un système politique ou sociétal, par les armes, est considéré comme une

---

<sup>270</sup> Voir par exemple : Tribunal Correctionnel d'Anvers, Affaire *Sharia4Belgium*, Jugement, 11.02.2015, feuillets 41-40 ; Tribunal de Première Instance de Bruxelles, Affaire *Filière syrienne*, Jugement, 06.11.2015, feuillets 9 et 13 ; Tribunal Correctionnel d'Anvers, Jugement, 18.05.2015, p. 7 ; MANNA (H.), *Daech – L'État de la barbarie*, (éd.) Les points sur les i, (coll.) Point de repère, 2014, 151 p.

<sup>271</sup> Tribunal de Première Instance de Liège, Jugement, 19.06.2015, p. 3.

<sup>272</sup> Art. 137, par. 1<sup>er</sup>, Code pénal belge, *op. cit.*

<sup>273</sup> Voir *infra*, pp. 231 et suivantes.

<sup>274</sup> Art. 137, para. 2 et 3, Code pénal belge, *op. cit.*



intention terroriste en vertu de l'article 137 du Code pénal belge ; il pourrait s'agir de chercher à « *gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays* ». <sup>275</sup>

En conclusion, tout porte à soutenir que ce qui permet d'identifier un « combattant étranger » peut être également utilisé pour caractériser une infraction terroriste en droit belge, et donc entraîner sa qualification comme terroriste. Cette conclusion est renforcée par les évolutions du droit antiterroriste belge qui ont été présentées dans le développement précédent.

Cependant, cette proposition doit être nuancée. En effet, il existe en droit antiterroriste belge une disposition particulière, pouvant être comprise comme une clause d'exclusion de ce droit dans certaines circonstances particulières. Il s'agit de l'article 141*bis* du Code pénal, rendant inapplicable le droit antiterroriste lorsque l'acte en cause est celui

« des forces armées en période de conflit armé, tels que définis et régis par le [DIH], ni aux activités menées par les forces armées d'un État dans l'exercice de leurs fonctions officielles, pour autant qu'elles soient régies par d'autres règles de droit international. » <sup>276</sup>

Or, certains « combattants étrangers » peuvent effectivement être identifiés comme des membres de forces armées parties à un conflit armé en vertu du *Ius in bello*. <sup>277</sup> Autrement dit, cet article 141*bis* du code pénal belge remet en question la possibilité d'identifier comme terroristes certains « combattants étrangers » au moins.

## **B. Les « combattants étrangers » en droit antiterroriste français**

Le phénomène des individus se rendant à l'étranger afin de participer à des violences armées a sans nul doute donné un nouvel élan au « *rythme effréné* » des réformes françaises

---

<sup>275</sup> Art. 137 par. 1<sup>er</sup>, Code pénal belge, *op. cit.* ; voir également la *Loi relative aux infractions terroristes*, *op. cit.*

<sup>276</sup> Art. 141*bis*, Titre I<sup>er</sup> « Des infractions terroristes », Code pénal belge.

<sup>277</sup> Voir *infra*, pp. 122-220.

sur la question antiterroriste.<sup>278</sup> Comme la Belgique, et en réponse aux évolutions de la lutte internationale contre le terrorisme, la France s'est saisie de son propre droit antiterroriste pour répondre à l'explosion du terrorisme transnational et endiguer les mouvements de candidats au terrorisme à l'étranger. De façon similaire à leurs voisins belges, les autorités françaises ont adopté des mesures antiterroristes assurant l'identification comme terroristes des individus se rendant à l'étranger pour prendre part à des luttes armées (1). Or, parce que ces évolutions ont eu lieu, le droit antiterroriste français déjà en vigueur est alors lui aussi apparu parfaitement applicable aux désormais dénommés « combattants terroristes étrangers » (2).

### **1. Les développements du droit antiterroriste français concernant les volontaires à des luttes armées à l'étranger**

Le développement majeur en droit antiterroriste français sur la question des « combattants terroristes étrangers » est l'adoption de la *Loi n°2014-1353 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme* [ci-après *Loi n°2014-1353*].<sup>279</sup> Adoptée le 13 novembre 2014, cette loi apporte, entre autres, deux nouveautés pertinentes ici.

D'une part, est ajouté au code de la sécurité intérieure l'article L. 224-1 qui dispose que

« tout Français peut faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il projette : 1° Des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes ; 2° Ou des déplacements à l'étranger sur

---

<sup>278</sup> BRIGANT (J.-M.), « L'entreprise individuelle terroriste, nouvelle arme contre le terrorisme », dans JACOBS (A) et FLORE (D.) (dir.), *Les combattants européens en Syrie*, (éd.) L'Harmattan, Comité International des Pénalistes Francophones, Liège, 2015, pp. 107-108 :

« En matière de lutte contre le terrorisme, les réformes françaises se succèdent et s'empilent à un rythme effréné depuis plus de trente ans, trente années à légiférer [...] pour contrer une menace terroriste en perpétuelle mutation. »

<sup>279</sup> Loi n°2014-1353 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 13.11.2014, dans *Journal Officiel de la République Française*, JORF n°0263, Texte n°5, 14.11.2014.

un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour ».<sup>280</sup>

D'autre part, est inséré dans le Code pénal l'article 421-2-6 qui dispose que

« constitue un acte de terrorisme le fait de préparer la commission d'une des infractions [terroristes], dès lors que la préparation de ladite infraction est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et qu'elle est caractérisée par : 1° Le fait de détenir, de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui ; 2° Et l'un des autres faits matériels suivants : [...] ; b) S'entraîner ou se former au maniement des armes ou à toute forme de combat [...] ; d) Avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes. »<sup>281</sup>

Les termes de ces nouvelles dispositions, adoptées quelques semaines après la résolution 2178 du CSNU, sont sans équivoque. Est désormais incriminé comme terroriste en droit français le fait de voyager à l'étranger pour « *participer à des activités terroristes* »<sup>282</sup> ; ces dernières étant, entre autre, définies comme le fait de « *s'entraîner ou se former au maniement des armes ou à toute forme de combat* » et/ou d'« *avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes.* »<sup>283</sup> Ces actes peuvent sans problème se rattacher aux comportements reprochés par la définition même de ce qu'est un « combattant terroriste étranger » selon le Conseil de Sécurité. Ainsi, pour rappel, sont considérés comme des « combattants terroristes étrangers » les

« individus qui se rendent dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité, dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme, notamment à l'occasion d'un conflit armé »<sup>284</sup>.

Si les termes de la Loi et des nouveaux articles qu'elle instaure sont eux-mêmes clairs sur leur lien avec les exigences de cette définition du « combattant terroriste étranger » du

---

<sup>280</sup> Art. 1<sup>er</sup>, Loi n°2014-1353, « Chapitre I<sup>er</sup> : Création d'un dispositif d'interdiction de sortie du territoire », *op. cit.*

<sup>281</sup> *Ibid.*, Art. 6, « Chapitre IV : Renforcement des dispositions de nature répressive ».

<sup>282</sup> *Ibid.*, Art. 1<sup>er</sup>, « Chapitre I<sup>er</sup> : Création d'un dispositif d'interdiction de sortie du territoire ».

<sup>283</sup> *Ibid.*, Art. 6, « Chapitre IV : Renforcement des dispositions de nature répressive ».

<sup>284</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, p. 2, préambule.

Conseil de Sécurité, la lecture des travaux préparatoires ayant mené à cette adoption permet de le confirmer. En effet, dans les motifs exposant le Projet initial de loi, ses instigateurs précisent expressément que celui-ci vise les « *Français dont les déplacements hors du territoire national seraient mis à profit pour acquérir une compétence de lutte armée ou pour se radicaliser davantage* ». <sup>285</sup> Les autorités ont ainsi estimé « *cette mesure [...] nécessaire pour faire face à la recrudescence de départ [...] vers des zones où l'apprentissage de la lutte armée peut se doubler d'un embrigadement idéologique.* » <sup>286</sup>

La référence à la participation à des luttes armées comme occasion pour se radicaliser fait clairement écho à la volonté du CSNU de mettre fin aux activités terroristes d'individus se rendant à l'étranger « *notamment à l'occasion d'un conflit armé* ». <sup>287</sup> D'ailleurs, dans la première version du Projet de loi, l'un des buts était expressément de prévenir la réalisation, par ces individus, de « *crimes de guerre* » <sup>288</sup>, c'est-à-dire des crimes ne pouvant être réalisés que dans le contexte juridique d'un conflit armé. Cette précision sera toutefois supprimée lors des débats car elle introduirait « *de la confusion* » et que les notions de crime de guerre et de crime contre l'humanité, dont il était aussi question initialement,

« constituent des infractions qui ne sont parfois avérées que longtemps après leur commission, et ne seront probablement pas un élément utile à l'administration lorsqu'elle cherchera à déterminer si une personne qui a l'intention de quitter le territoire est dangereuse ou non ». <sup>289</sup>

Cette raison ne permet pas d'exclure l'applicabilité de la Loi finalement adoptée aux individus impliqués dans des conflits armés à l'étranger. Il faut seulement remarquer qu'il semble étonnant d'en comprendre que la participation à la réalisation de crimes de guerre et

---

<sup>285</sup> *Projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, Assemblée Nationale, République Française, 14<sup>ème</sup> Législature, Document n°2110, 09.07.2014, p. 3.

<sup>286</sup> *Idem*.

<sup>287</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, p. 2, préambule.

<sup>288</sup> *Projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, Assemblée Nationale, République Française, *op. cit.*, p. 4.

<sup>289</sup> HYEST (J.-J.) et RICHARD (A.), « Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale après engagement de la procédure accélérée, renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », Fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale de la République, Sénat, République Française, Session Ordinaire 2014-2015, N°9, 09.10.2014, pp. 23, 36, 54 et 115.

de crimes contre l'humanité ne serait alors pas un indice sur la dangerosité d'une personne. Or, l'objectif derrière la création de l'infraction, alors nommée « entreprise terroriste individuelle », était de faire entrer dans la liste des actes constitutifs d'une infraction terroriste le simple « *séjour dans une zone de conflit armé* », <sup>290</sup> car cela attesterait d'une « *dangerosité potentielle* » et que ce type de comportement témoignerait inévitablement de la qualité terroriste d'une personne, puisque ces actes sont « *nécessaires à la préparation d'un acte de terrorisme* ». <sup>291</sup> Ainsi,

« sur notre territoire, la menace [terroriste] croît en proportion de la progression constante des départs de djihadistes vers la Syrie – et dorénavant l'Irak – et des potentiels retours offensifs et criminels de ces individus. » <sup>292</sup>

Comme la Belgique et conformément à ses obligations internationales, la France a donc mis à niveau son droit antiterroriste pour qu'il prenne effectivement en charge la nouvelle catégorie des « combattants terroristes étrangers ». Bien que le terme lui-même ne soit que marginalement repris, il est toutefois présent dans les discussions législatives et politiques utilisant systématiquement les appellations « combattant étranger » et « combattant terroriste étranger » comme des synonymes. <sup>293</sup> De plus, l'hypothèse d'une assimilation totale entre les deux phénomènes est renforcée par le constat que les dispositions antiterroristes déjà en vigueur en droit français sont alors effectivement applicables aux « combattants étrangers » du fait de ces évolutions.

---

<sup>290</sup> *Projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme – Étude d'impact*, ministre de l'intérieur, Assemblée Nationale, République Française, 14<sup>ème</sup> Législature, Document n°2110, 08.07.2014, p. 49.

<sup>291</sup> *Idem*.

<sup>292</sup> PIETRASANTA (S.), « Rapport sur le Projet de Loi n°2110 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », Fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée Nationale, République Française, 14<sup>ème</sup> Législature, Document n°2173, 22.07.2014, p. 10.

<sup>293</sup> Voir par exemple REICHARDT (A.) et BIGOT (J.), *op. cit.*, 40 p.

## **2. L'entière applicabilité du droit antiterroriste français déjà en vigueur aux nouveaux enjeux relatifs aux « combattants terroristes étrangers »**

Au sein même de l'étude d'impact du projet législatif initial, établi avant l'adoption de la Loi n°2014-1373 précitée, il est soutenu que

« la législation permet [...] la poursuite de toute personne, française ou résidant habituellement en France, qui se serait rendue à l'étranger pour y commettre des actes de terrorisme ou pour y suivre des travaux d'endoctrinement à des idéologies conduisant au terrorisme, en participant notamment à des camps d'entraînement ».<sup>294</sup>

Cette affirmation invite donc à s'attarder sur le droit antiterroriste français en vigueur avant l'adoption de cette nouvelle loi pour constater qu'il permet effectivement d'apporter une réponse à une partie des actes reprochés aux « combattants terroristes étrangers ».<sup>295</sup>

Ainsi, dès les années 80 ces actes sont effectivement criminalisés par le droit antiterroriste français. La Loi n°86-1020, du 9 septembre 1986, relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, crée déjà expressément un dispositif intitulé « *des infractions en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* ».<sup>296</sup> Lorsqu'ils seront réalisés avec cette intention, certains actes, comme l'utilisation induite « *des poudres et substances explosives* » ainsi que « *des matériels de guerre, armes et munitions* », seront alors susceptibles de constituer une infraction terroriste en droit antiterroriste français.<sup>297</sup> Leurs auteurs devront alors être juridiquement identifiés comme des terroristes.

---

<sup>294</sup> *Projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme – Étude d'impact*, Assemblée Nationale, République Française, *op. cit.*, p. 8.

<sup>295</sup> Remarquons à titre subsidiaire que si le projet de loi établissait clairement que le droit français pouvait déjà réglementer les activités des « combattants étrangers », cette nouvelle loi était-elle nécessaire ?

<sup>296</sup> Loi n°86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, Journal Officiel de la République Française, 10.09.1986, p. 10956.

<sup>297</sup> *Idem.*

L'infraction terroriste est aujourd'hui définie par l'article 421-1 du Code pénal.<sup>298</sup> Un acte terroriste est constitué par deux éléments<sup>299</sup> : (i) la réalisation de « *crimes et délits de droit commun limitativement énumérés par cet article* » associée à (ii) une intention particulière « *qui caractérise la circonstance de terrorisme, entre cette infraction et une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur.* » Or, en vertu de l'article 113-13 du Code pénal en vigueur depuis l'adoption de la Loi du 21 décembre 2012, la justice française était déjà compétente pour juger les auteurs d'infractions terroristes, telles que définies par l'article 421-1 précité, y compris lorsque ces actes étaient réalisés à l'étranger, par un français ou une personne résidant légalement sur le territoire français.<sup>300</sup> Dès lors, les individus visés par la nouvelle appellation de « combattant terroriste étranger » peuvent pleinement être pris en compte par le droit antiterroriste français en vigueur depuis 2012 ; celui-ci visant les individus qui quittent la France pour réaliser des actes terroristes.

La formulation « *troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* » a été clarifiée par la Cour de cassation. Dans une décision du 10 janvier 2017, la Chambre criminelle de la Cour a précisé que « *l'intimidation consiste à inspirer une crainte en usant de la force ou de la menace, et que la terreur est une peur violente qui paralyse* ». <sup>301</sup> Ainsi,

---

<sup>298</sup> Art. 421-1, Code pénal, République Française :

« Constituent des actes de terrorisme, lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, les infractions suivantes : 1° Les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, l'enlèvement et la séquestration ainsi que le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport [...] ; 2° Les vols, les extorsions, les destructions, dégradations et détériorations, ainsi que les infractions en matière informatique [...] ; 3° Les infractions en matière de groupes de combat et de mouvements dissous [...] ; 4° Les infractions en matière d'armes, de produits explosifs ou de matières nucléaires [...] ; 5° Le recel du produit de l'une des infractions prévues aux 1° à 4° ci-dessus ; 6° Les infractions de blanchiment [...] ; 7° Les délits d'initié [...] »

<sup>299</sup> *Projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme – Étude d'impact*, Assemblée Nationale, *op. cit.*, p. 37.

<sup>300</sup> Voir notamment BRACH-THIEL (D.), « Le "loup solitaire" et le défi de l'application de la loi pénale française dans l'espace en matière de terrorisme », dans JACOBS (A) et FLORE (D.) (dir.), *Les combattants européens en Syrie*, *op. cit.*, p. 141.

<sup>301</sup> Cour de cassation, Chambre criminelle, Numéro de pourvoi n°16-84.596, Rejet, Publié au bulletin, 10.01.2017.

la Cour de cassation retient l'interprétation par la chambre de l'instruction de l'infraction terroriste en notant que

« l'intimidation ou la terreur sont caractérisées si l'auteur de l'infraction a l'intention : de menacer gravement une population en l'exposant à un danger ou à un état d'alarme, ou de contraindre une autorité publique à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte, la vie, la liberté ou la sécurité des personnes étant en grave danger, ou de détruire ou de déstabiliser profondément et durablement les structures politiques, économiques ou sociales d'une société alors plongée dans l'insécurité ».<sup>302</sup>

Il est ainsi intéressant de constater une cohérence entre le droit français et le droit belge puisqu'ils prévoient des définitions similaires de l'infraction terroriste.

Pour terminer, le droit antiterroriste français contient une particularité intéressante lorsqu'il est question d'individus impliqués dans des activités de violences armées, en lien ou non avec un conflit armé. En effet, il existe à l'article 431-13 du Code pénal une infraction relative aux groupes de combat<sup>303</sup>, celle-ci constituant une infraction terroriste<sup>304</sup>. Ainsi, il faut entendre par groupe de combat, « *en dehors des cas prévus par la loi, tout groupement de personnes détenant ou ayant accès à des armes, doté d'une organisation hiérarchisée et susceptible de troubler l'ordre public* »<sup>305</sup>. Dès lors, cette infraction relative aux groupes de combat permettait déjà de poursuivre les individus qui s'entraînaient et se formaient « *au maniement des armes ou à toute forme de combat* »<sup>306</sup> au sein de groupes dits terroristes.<sup>307</sup>

---

<sup>302</sup> Cour de cassation, Numéro de pourvoi n°16-84.596, 10.01.2017 *op. cit.* ; la même définition est également donnée par l'ordre administratif, ce qui permet de conclure à une cohérence nationale, voir Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, n°1801344, 20.12.2018, par. 13, p. 7 :

« le trouble grave à l'ordre public, s'entend, de celui ayant un retentissement important, de type déstabilisation des institutions, désorganisation de l'économie, instauration d'un climat de peur ou d'insécurité »

<sup>303</sup> Art. 431-13, Code pénal, République Française.

<sup>304</sup> Art. 421-1, par. 3, Code pénal, République Française ; pour plus d'informations, voir par exemple « Fasc. 20 : Groupes de combat et Mouvements dissous », *JCI Pénal Code*, 01.09.2009.

<sup>305</sup> Art. 431-13, Code pénal, République Française.

<sup>306</sup> Art. 6, Loi n°2014-1353, « Chapitre IV : Renforcement des dispositions de nature répressive », *op. cit.*

<sup>307</sup> Sur l'utilisation de cette infraction concernant des groupes qualifiés de terroristes, et plus largement sur l'étendue et la mise en œuvre de cette infraction, voir par exemple RAMBAUD (R.), « La Loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées (article l. 212-1 du code de la sécurité intérieure) : l'arme de dissolution massive », *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, Chronique n°20, 2015. [Consulté en ligne le 17.10.2019]



En résumé, il apparaît que les « combattants étrangers » peuvent aujourd’hui être identifiés comme des « combattants terroristes étrangers » au regard des développements récents des dispositifs antiterroristes internationaux, régionaux et nationaux. Cela résulte du rapprochement dans le travail des Nations unies entre le phénomène des individus impliqués dans des conflits armés à l’étranger et le terrorisme transnational.

Les « combattants étrangers » peuvent donc être juridiquement identifiés comme terroristes, notamment à travers le statut de « combattant terroriste étranger ». Néanmoins, cette solution d’identification, simple en théorie, soulève en pratique d’importants enjeux juridiques susceptibles de remettre en cause son effectivité pratique. En effet, l’identification concrète d’individus par ce nouveau statut est rendue problématique par ses lacunes terminologiques et, à certains égards, par sa concurrence avec les statuts du droit international humanitaire. Dès lors, la possibilité que les étrangers des conflits armés soient effectivement identifiés par le nouveau statut de « combattant terroriste étranger » doit être remise en cause.

## **Section 2 – Les limites du statut de « combattant terroriste étranger » pour effectivement identifier les acteurs étrangers des conflits armés**

Le nouveau statut juridique de « combattant terroriste étranger » semble avoir été largement accepté. Les Organisations internationales et les États ne s’y sont pas opposés et ont par ailleurs retranscrit à leur niveau son but et son esprit, si ce n’est directement ses dispositions. Ainsi les acteurs étrangers des conflits armés devraient pouvoir être identifiés comme des « combattants terroristes étrangers ».

Néanmoins, malgré le consensus théorique qui semble ressortir de l’assimilation du volontaire international au « combattant terroriste étranger », la mise en pratique de ce statut soulève d’importants problèmes quant à son opérabilité.

En premier lieu, la nouvelle appellation pose elle-même problème. Telle qu’à ce jour définie, celle-ci souffre de nombreuses lacunes terminologiques qui empêchent d’affirmer, avec certitude, qui entre effectivement dans le champ d’application *ratione personae* du nouveau statut. De fait, en l’absence de précisions suffisantes sur les trois termes « combattant », « terroriste » et « étranger » dans le texte originel, il est difficile de savoir quelles sont réellement l’étendue et la signification pratiques du statut de « combattant terroriste étranger » en droit international, de sorte qu’il permettrait d’identifier juridiquement les étrangers des conflits armés (I).

En second lieu, le champ d’application contextuel de ce statut est problématique. Selon la résolution 2178, il doit s’appliquer y compris « à l’occasion d’un conflit armé ». Or, cette affirmation doit être remise en cause car le droit antiterroriste lui-même exclut son applicabilité à certains acteurs des conflits armés. Dès lors, l’applicabilité effective de ce statut, issu du droit antiterroriste, à des individus présentés comme participant à des conflits armés, serait compromise ; l’identification comme « combattant terroriste étranger » d’une grande partie des volontaires internationaux ne serait donc plus possible (II).

## **I. Les lacunes terminologiques du statut de « combattant terroriste étranger » empêchant de définir son étendue réelle**

Dans le préambule de la résolution 2178, le Conseil de Sécurité note « *qu'il importe de respecter l'état de droit* » dans l'adoption et la mise en œuvre de mesures de lutte contre le terrorisme.<sup>308</sup> Or, « *how is all of this to work under the rule of law if the phenomenon to be combatted is not defined?* »<sup>309</sup> Car en effet, il faut mettre en exergue le manque de clarté sur la portée et le contour de la nouvelle appellation de « combattant terroriste étranger » du fait de l'absence de définition suffisante de celle-ci, et plus spécifiquement des trois termes qui la composent.<sup>310</sup> Ainsi, la mise en pratique du statut dépendra de compréhensions subjectives différentes de l'étendue donnée aux termes « combattant » (A), « terroriste » (B) et « étranger » (C), rendant sa formulation et donc sa connaissance trop incertaine pour savoir qui sont les « combattants terroristes étrangers », qui sont les étrangers des conflits armés réellement visés par les récents développements du droit antiterroriste.<sup>311</sup>

### **A. La problématique de la qualité de *combattant* attachée aux individus visés par le nouveau statut**

Le premier enjeu terminologique concerne la notion, non définie par la résolution mais incluse dans le statut, de *combattant*. Qui est un *combattant* au sens de « combattant terroriste étranger » ? Cette question n'est pas anodine car en droit international, cadre juridique dans lequel s'inscrit cette résolution, ce terme peut être lourd de conséquences ; pourtant la résolution n'apporte aucune précision sur la signification à y attacher. Ainsi, les États peuvent choisir des interprétations identiques, mais aussi totalement différentes les unes

---

<sup>308</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule pp. 1-2.

<sup>309</sup> AMBOS (K.), « Our terrorists, your terrorists? The United Nations Security Council urges states to combat “foreign terrorist fighters”, but does not define “terrorism” », *op. cit.*

<sup>310</sup> Voir par exemple : KOPITZKE (C.) « Security Council Resolution 2178 (2014): An Ineffective Response to the Foreign Terrorist Fighter Phenomenon », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 24, n°1, 2017, pp. 309-342.

<sup>311</sup> La présente structure reprise et complétée ici est issue de la contribution du Dr. Sandra Krähenmann disponible dans De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.) (éds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, *op. cit.*, pp. 234-241.

des autres, remettant en cause la réelle existence et opérabilité d'un statut juridique international de « combattant terroriste étranger ».

Il est possible d'identifier deux pistes principales que pourraient emprunter les États pour appréhender ce terme de *combattant*, bien qu'aucune des deux ne soient pleinement satisfaisantes. La première piste serait qu'il n'y a pas eu de volonté spécifique que ce terme soit interprété au sens juridique que lui donne généralement le droit international (1) tandis que la deuxième piste, *a contrario*, inviterait les États à se référer à ce sens (2).

### **1. Les enjeux liés au terme *combattant* entendu dans son sens courant**

Cette piste est la moins satisfaisante des deux, en ce qu'elle implique que ce terme ne doit pas être interprété à l'aune de concepts juridiques déjà existants. Pourtant, celle-ci n'est pas impossible puisque rien dans les travaux préparatoires à l'adoption des résolutions 2170 et 2178 ne permet d'affirmer qu'elle doit être exclue.<sup>312</sup>

L'idée serait alors qu'en employant le terme *combattant*, le but n'était pas d'enclencher des mécanismes juridiques associés à ce qualificatif, mais de faire généralement référence à la définition courante du terme comme désignant une personne qui se bat, qui réalise des actes violents.<sup>313</sup>

Mais cette solution est peu satisfaisante en droit. D'une part, elle offre une compréhension et une étendue particulièrement larges, ne faisant que confirmer le problème des divergences possibles dans les interprétations choisies par les États. D'autre part, parce que le *terroriste* étant déjà un individu responsable d'actes violents, préciser que l'individu est un « combattant terroriste (étranger) » ne présente alors que peu de valeur ajoutée face, à l'inverse, aux problématiques que le terme *combattant* soulève dans le cas où la deuxième piste d'interprétation serait choisie par des États : celle de son sens juridique.

---

<sup>312</sup> Voir par exemple : « *Threats to international peace and security caused by terrorist acts* », 7272<sup>nd</sup> meeting, Security Council, United Nations, New York, Document S/PV.7272, 24.09.2014.

<sup>313</sup> Voir par exemple la définition de *combattant* dans le dictionnaire Larousse disponible en ligne sur le site internet *Larousse.fr* [Consulté le 17.10.2019] ; de la même manière la version anglophone du statut utilise le terme *fighter*, couramment défini comme désignant largement une personne qui se bat, dans le dictionnaire de Cambridge accessible en ligne sur *dictionary.cambridge.org*. [Consulté le 17.10.2019]

## **2. Les enjeux liés au terme *combattant* entendu dans son sens juridique**

Cette deuxième piste d'interprétation possible consisterait à mettre en œuvre le terme de *combattant* au sens de personne participant à un conflit armé. Cette solution semble la plus probable, notamment parce que le statut de « combattant terroriste étranger » semble être le résultat d'une assimilation progressive, par les Nations unies, entre le terroriste transnational d'une part et le « combattant étranger » participant à des conflits armés d'autre part.<sup>314</sup> De plus, dans la résolution 2178 est rappelée la nécessité de respecter les dispositions du DIH lors de la mise en œuvre du nouveau statut.<sup>315</sup> Or, ce *corpus* propose précisément en droit international une signification juridique au terme de *combattant*. Cette solution apparaît être pertinente pour qui veut comprendre le statut de « combattant terroriste étranger » et être capable de le mettre en œuvre en respectant effectivement le *Ius in bello*. Néanmoins, en choisissant cette voie d'interprétation du qualificatif *combattant* en se référant au seul *corpus* juridique qui s'y intéresse, surviennent alors de nouveaux enjeux et problèmes juridiques.

(1) En premier lieu, en droit des conflits armés, le terme de *combattant* peut désigner le membre d'une force armée étatique. Dès lors, il est permis de s'interroger sur la possibilité d'utiliser cette définition, proposée par une branche du droit international à laquelle se réfère spécifiquement la résolution 2178, pour déterminer à qui fait référence le terme *combattant* dans le nouveau statut ; puisque la résolution n'impose ni n'exclut aucune interprétation, sont-ce les membres des forces armées étatiques qui constituent les combattants qu'elle cible ? Peut-être les membres des forces armées étatiques responsables d'actes terroristes ? S'il est hautement improbable que cette solution soit celle imaginée par le Conseil de Sécurité des Nations unies, il faut insister sur le constat qu'en l'absence de consignes plus précises, rien n'empêche un État d'adopter cette solution puisqu'il est libre d'interpréter le terme de *combattant*. En ce sens, si le terme *terroriste* devrait théoriquement exclure une telle situation, en pratique rien n'empêche un État de qualifier de terroristes les membres d'une force armée étatique ennemie<sup>316</sup> et donc de leur appliquer, légalement puisqu'en vertu d'une résolution du Conseil de Sécurité, le statut de « combattant terroriste étranger ». Dès lors, si

---

<sup>314</sup> Voir *supra*, pp. 40-56.

<sup>315</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, p. 1 préambule et par. 5.

<sup>316</sup> Voir *infra*, pp. 93-106.

cette interprétation n'est vraisemblablement pas celle à laquelle pensait le Conseil de Sécurité, elle n'est toutefois pas impossible et serait juridiquement viable en l'état actuel de la définition du statut de « combattant terroriste étranger ».<sup>317</sup> De fait, la résolution 2178 ne restreint pas l'application du statut aux membres de certaines entités terroristes nommément désignées<sup>318</sup> ; il suffit pour un État de qualifier une force armée étatique de terroriste en vertu de son droit national pour que le statut de « combattant terroriste étranger » soit applicable à ses membres. Or, cette situation est loin d'être hypothétique, comme en témoignent les relations entre les États-Unis et l'Iran : ces deux États ayant qualifié de terroristes les forces armées de l'autre en vertu de leur droit national respectif.<sup>319</sup>

(2) En second lieu, une autre solution d'interprétation probable serait que l'emploi du qualificatif *combattant* renvoie encore une fois au *Ius in bello*, mais cette fois-ci au concept de combattant au sens large<sup>320</sup>. Cette piste devrait être privilégiée à la précédente. D'une part, la version anglophone du statut n'utilise pas le terme de *combatant*<sup>321</sup> employé en DIH pour désigner le combattant au sens strict, mais celui de *fighter* utilisé pour désigner tout individu participant aux hostilités aux fins du principe de distinction. Pour autant, il faut remarquer que le membre d'une force armée étatique est inclus dans la notion de *fighter*, les enjeux précédemment évoqués sont donc encore d'actualité. D'autre part, il est probable que les auteurs de la résolution visaient effectivement les individus qui participent à une insurrection.<sup>322</sup> Cette réflexion serait d'ailleurs conforme à l'obligation des États de tout mettre en œuvre pour que leurs ressortissants n'interviennent pas et ne déstabilisent pas des États tiers.<sup>323</sup>

---

<sup>317</sup> À l'exception des cas où le droit antiterroriste est expressément écarté lorsqu'il est question de membres d'une force armée partie à un conflit armé au sens du DIH : voir *infra*, pp. 110-121.

<sup>318</sup> « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, *op. cit.*, p. 22.

<sup>319</sup> Voir *infra*, p. 103.

<sup>320</sup> Voir *infra*, pp. 155 et suivantes.

<sup>321</sup> Le terme de combattant au sens strict, tel que défini par le DIH, est orthographié « *combatant* » dans sa version anglophone.

<sup>322</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, p. 240.

<sup>323</sup> Sur le lien entre la résolution 2178, le statut de « combattant terroriste étranger » et les obligations étatiques « *under general international law, namely the principle of non-intervention, and the 'no-harm principle,' i.e.*

Toutefois, ces deux solutions ne sont pas juridiquement satisfaisantes. En effet, appréhender le terme *combattant* du nouveau statut vis-à-vis de la définition qui lui est donnée en droit international humanitaire rend problématique la mise en œuvre effective de ce statut au regard des objectifs qui lui sont attachés. De fait, en DIH le terme *combattant* est employé pour désigner, aux fins du principe de distinction, les individus qui peuvent faire l'objet d'attaque. Sont alors exclus les personnels sanitaires et religieux, les propagandistes, les simples supports idéologiques et politiques, ou encore les proches des membres d'une force armée. Plus largement, en droit des conflits armés, la qualité de combattant au sens large ne peut pas être conférée aux individus qui ne réalisent pas, personnellement, des actes de participation directe aux hostilités. Or, la résolution 2178, à travers le statut de « combattant terroriste étranger », vise également à s'appliquer aux individus qui soutiennent financièrement, politiquement et intellectuellement un groupe dit « terroriste » ; ou qui y portent assistance ou qui l'aident de quelque manière que ce soit ; ainsi, le CSNU considère par cette résolution que

« la menace que représentent les combattants terroristes étrangers englobe, entre autres, les personnes qui appuient les actes ou activités d'Al-Qaïda et de ses cellules, filiales, émanations ou groupes dissidents, notamment en recrutant pour leur compte ou en soutenant de toute autre manière les actes et activités de ces entités ».<sup>324</sup>

Or, si c'est la signification du terme combattant au sens large en DIH qui doit permettre d'interpréter et d'appliquer la résolution, alors cette signification ne permet pas d'inclure dans le champ d'application du nouveau statut tout ceux « *soutenant de toute autre manière les actes et activités de ces entités* » si ces « *autres manières* » ne constituent pas des actes de participation directe aux hostilités au sens du droit des conflits armés.<sup>325</sup> La résolution ne peut donc plus réaliser ses objectifs si le qualificatif *combattant* du nouveau statut est interprété selon la définition qu'en donne le *Ius in bello*.

---

*the principle that States shall not allow their terrorism to be used in a way that is harmful to another State* », voir KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, pp. 230-233.

<sup>324</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule p. 2 et par. 6, b).

<sup>325</sup> Sur la notion de participation directe aux hostilités, voir *infra*, pp. 211-215.

De plus, deux problématiques juridiques découlent des effets que pourrait engendrer le qualificatif *combattant* du nouveau statut.

D'une part, par ce nouveau statut applicable y compris « à l'occasion d'un conflit armé »<sup>326</sup>, certains États pourraient soutenir que le qualificatif *combattant* permet d'élargir la catégorie des combattants aux fins du principe de distinction à des individus qui étaient initialement protégés contre les attaques.<sup>327</sup> Finalement, le qualificatif ne permettrait plus de restreindre l'application du nouveau statut à ceux que le DIH considère déjà comme des combattants, mais d'élargir la catégorie de ceux que le DIH devrait définir comme combattant et contre qui des attaques directes deviendraient licites. Puisqu'ils seraient appelés « combattants (terroristes étrangers) » par le nouveau statut, les personnels sanitaires ou religieux ainsi qualifiés par des États, car soutenant des entités dites terroristes « à l'occasion d'un conflit armé », pourraient désormais être pris pour cibles en vertu d'une nouvelle branche du droit antiterroriste applicable en conflit armé ; un réel risque de confusion né du fait d'appeler « combattants », en vertu du droit antiterroriste et durant un conflit armé, des individus qui ne sont pas des combattants en vertu du *Ius in bello* durant ce même conflit.<sup>328</sup>

D'autre part, puisque ce nouveau statut s'applique « notamment à l'occasion d'un conflit armé », cela signifie qu'il est également applicable en dehors de tout conflit armé.<sup>329</sup> Dès lors, invoquer le DIH pour définir le qualificatif *combattant* de ce nouveau statut, un droit spécifiquement et exclusivement mis en place pour encadrer les situations de conflit armé, pourrait être utilisé pour rendre applicable le DIH à des contextes qui ne sont pas des

---

<sup>326</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule p. 2.

<sup>327</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, pp. 240-241.

<sup>328</sup> « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, *op. cit.*, p. 24.

<sup>329</sup> « Addressing the Foreign terrorist fighters phenomenon from a European Union Perspective », *op. cit.*, p. 10 ; KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, p. 240.



conflits armés.<sup>330</sup> En vertu du *Ius in bello*, un individu désigné comme *combattant* peut être pris pour cible or, si c'est ce droit qui définit le terme *combattant* du statut de « combattant terroriste étranger » y compris en dehors des conflits armés, cela implique-t-il qu'un individu ainsi désigné peut être librement pris pour cible en dehors de tout conflit armé ? Comment alors mettre en œuvre la définition du combattant issu du DIH qui n'est applicable qu'en contexte de conflit armé ? Soit c'est impossible car sans conflit armé une personne ne peut fondamentalement pas être présentée comme participant à un conflit armé, soit cela implique que la notion de combattant et les conséquences juridiques attachées à une telle qualification sont désormais applicables en dehors de tout conflit armé. Si cette dernière interprétation était envisagée, cela risquerait alors de permettre à des États de justifier l'utilisation de violences (comme des exécutions) permises par le DIH dans le contexte bien précis et restreint d'un conflit armé, contrairement aux droits de l'homme et à l'état de droit.

Finalement, l'emploi du terme *combattant* dans le statut de « combattant terroriste étranger » sans le définir est problématique à plusieurs égards. Soit le terme ne renvoie à aucun concept juridique préexistant et dans ce cas il n'a que peu de valeur ajoutée au regard des problématiques qu'il engendre vis-à-vis de la liberté laissée aux États de l'interpréter comme ils le souhaitent. Soit le terme renvoie au concept de combattant en DIH mais alors, en plus de laisser aux États le choix de l'interpréter ainsi ou non, la résolution ouvre la voie à des risques majeurs que la notion de combattant aux fins du principe de distinction soit elle-même réinterprétée pour être élargie et ainsi y faire entrer des non combattants en période de conflit, ou pour autoriser des violences autrement interdites à leur encontre en dehors d'un conflit armé. De fait, la mise en œuvre du statut de « combattant terroriste étranger » est trop problématique et incertaine pour en dégager un statut efficace et pertinent pour identifier en droit les « combattants étrangers ». Le qualificatif *combattant* du nouveau statut n'a pas permis de savoir qui sont les combattants effectivement visés par la résolution 2178. Or, les lacunes concernant les termes *terroriste* et *étranger* du nouveau statut ne permettent pas de

---

<sup>330</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, p. 240:

« the reference to 'fighter' may serve to extend the application of international humanitarian law, in particular the rules on detention and targeting, to non-conflict zones, a phenomenon that has been a marked feature of the so-called 'war on terror' ».

pallier les lacunes et incertitudes du qualificatif *combattant*, bien au contraire, elles les amplifient.

## **B. La problématique de l'instabilité d'un statut fondé sur la subjectivité du qualificatif *terroriste***

Le « combattant terroriste étranger » est avant tout un terroriste selon la résolution 2178 ; un terroriste dont la particularité est de se rendre à l'étranger pour accomplir son « *dessin* ». <sup>331</sup> Ce nouveau statut vise alors à ce que les États sanctionnent les terroristes voyageant à l'étranger pour accomplir des « *actes de terrorisme* » ou suivre « *un entraînement au terrorisme* ». <sup>332</sup> L'objectif est clair : lutter contre les terroristes internationaux. Les neuf pages de la résolution 2178 contiennent 68 fois le terme *terroriste* et 62 fois le terme *terrorisme*. Et pourtant, ces deux termes absolument indispensables à la bonne compréhension du statut ne sont pas une seule fois expliqués ou définis dans la résolution. Pas plus que ce qu'il faut entendre par l'expression <sup>333</sup> *acte terroriste*, employée une vingtaine de fois, alors que cela aurait pu permettre d'en déduire que le *terroriste* est l'auteur d'un acte terroriste tel que défini par la résolution. De fait, la résolution 2178 elle-même, alors qu'elle est à l'origine du nouveau statut, ne permet pas de savoir ce qu'il faut entendre par *terroriste*, *terrorisme* ou *acte terroriste*. Autrement dit, par le statut de « combattant terroriste étranger », la résolution 2178 exige des États qu'ils luttent contre un type d'individu terroriste, sans que cet individu ou ses actes ne soient suffisamment définis, ce qui est déjà problématique au regard des exigences de l'état de droit. <sup>334</sup>

Selon la formulation de la résolution, celle-ci s'inscrit pleinement dans la continuité du *corpus* antiterroriste disponible en droit international, notamment issu du Conseil de Sécurité. C'est-à-dire qu'elle ne remet pas en cause ce qui a été ultérieurement énoncé dans

---

<sup>331</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule p. 2.

<sup>332</sup> Voir notamment Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, para. 5 et 6, a).

<sup>333</sup> À savoir l'expression elle-même « d'acte terroriste » mais également celle « d'acte de terrorisme » ou tout simplement « d'actes » ou « de ces actes » lorsque ceci renvoie expressément à la première expression « acte terroriste ».

<sup>334</sup> AMBOS (K.), « Our terrorists, your terrorists? The United Nations Security Council urges states to combat “foreign terrorist fighters”, but does not define “terrorism” », *op. cit.*

ce domaine et que sa mise en œuvre doit pouvoir s’y référer si nécessaire. Plus largement, l’application et la transcription des exigences de cette résolution doivent être « *conformes à toutes les obligations [des États] que leur fait le droit international* ». <sup>335</sup> Ainsi, la résolution 2178 renvoie finalement à la définition donnée du *terroriste* en droit international. Néanmoins, il faut constater qu’il n’existe pas de définition internationale et universelle du *terroriste* et qu’en ne procurant aucune définition contraignante dans sa description du « combattant terroriste étranger », la résolution ne lui assure encore une fois pas de stabilité suffisante pour qu’il constitue un statut international (1). Cette affirmation sera d’ailleurs renforcée par l’analyse du caractère particulièrement subjectif du qualificatif *terroriste*, ne permettant alors pas, en pratique, une identification stable comme terroristes desdits « combattants étrangers » (2). Finalement, l’idée est qu’un volontaire international peut être identifié comme « combattant terroriste étranger » lorsqu’il est qualifiable de terroriste, et c’est précisément là que réside le fond du problème : qu’est-ce qu’un terroriste ?

### **1. L’absence de définition internationale du *terroriste* comme obstacle à l’emploi de la nouvelle appellation comme statut international**

La résolution 2178 du Conseil de Sécurité a créé le statut de « combattant terroriste étranger » pour répondre à une catégorie très particulière de terroristes. Ainsi,

« adopted against the background of the on-going foreign fighter mobilization for Syria and Iraq, the intended effect of the Resolution is to criminalize traveling or attempting to travel abroad to join armed groups that are considered ‘terrorist’. » <sup>336</sup>

Cependant, l’absence de définition de ce qu’il faut entendre par individu ou groupe *terroriste* est un obstacle majeur à l’applicabilité effective du statut. <sup>337</sup> En effet, si se référer au droit international pertinent en la matière était une solution envisageable pour pallier cette

---

<sup>335</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, p. 1, préambule.

<sup>336</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter’s State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, p. 238.

<sup>337</sup> « Addressing the Foreign terrorist fighters phenomenon from a European Union Perspective », *op. cit.*, p. 10.

lacune, il faut savoir qu'il n'existe pas non plus de définition universelle du terroriste en droit international.<sup>338</sup> De fait,

« en droit international, il n'existe [...] pas moins de trente instruments [internationaux] et sept régionaux pour la prévention et la sanction du terrorisme. Ces nombreuses définitions conventionnelles, tout comme la pratique internationale et nationale qui n'a toujours pas pu mener à une définition coutumière, montrent bien l'absence d'un consensus en la matière. »<sup>339</sup>

Le *corpus* antiterroriste déjà en vigueur et au sein duquel s'inscrit cette résolution aurait pu procurer cette définition. Néanmoins, il n'y a pas de consensus au niveau international sur ce qu'est un *terroriste*. Les États ne parviennent pas à trouver un accord sur des critères universels systématiques qui permettraient d'identifier juridiquement, en tout temps et en tout lieu, un individu comme *terroriste*. Deux mois avant l'adoption de la résolution 2178, les autorités françaises notaient d'ailleurs que

« les conventions sectorielles relatives à la lutte contre le terrorisme ne comprennent pas de définition globale du terrorisme mais l'énumération d'une série d'actes pouvant faire l'objet d'une qualification de "terrorisme". Les négociations portant sur une convention internationale définissant de manière générale ce crime sont à ce stade dans l'impasse en raison des divergences sur le champ d'application de la définition (les États de l'Organisation de la coopération islamique souhaitent exclure les actes commis contre des forces armées sous un régime d'occupation, et inclure des actes commis par des forces armées). »<sup>340</sup>

En d'autres termes, si les avancées à travers les dispositifs internationaux, mais également régionaux et nationaux, tendent de plus en plus vers une uniformisation des définitions, cela ne constitue pour autant pas un consensus et ne permet pas d'offrir à ce jour

---

<sup>338</sup> SASSÒLI (M.), « La définition du terrorisme et le droit international humanitaire », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, 2007, p. 39 ; « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, *op. cit.*, p. 22 ; MERARI (A.), « Du terrorisme comme stratégie d'insurrection », dans CHALIAND (G.) et BLIN (A.) (dir.), *Histoire du terrorisme – De l'Antiquité à Daech*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>339</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>340</sup> *Projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme – Étude d'impact*, *op. cit.*, p. 18.

une solution internationale<sup>341</sup> sur laquelle fonder un hypothétique statut international de « combattant terroriste étranger ». Ces différentes sources n’offrent en réalité qu’une réponse très limitée dans la quête d’une définition internationale du terrorisme puisque « *seuls certains types d’activités (potentiellement) terroristes sont définis dans ces textes.* »<sup>342</sup> Autrement dit, la définition donnée dans ces sources n’est jamais celle du *terrorisme* ni du *terroriste* de manière générale, mais seulement d’un acte bien précis qui, selon les circonstances, pourra être qualifié de terroriste, donnant donc à son auteur la qualité de terroriste.<sup>343</sup>

Enfin, la résolution 2178 ne renvoie pas expressément à l’ébauche de définition qu’avait proposé le Conseil de Sécurité en 2004 dans la résolution 1566<sup>344</sup>, à savoir que le terrorisme consisterait dans la réalisation d’actes criminels :

« notamment ceux dirigés contre des civils dans l’intention de causer la mort ou des blessures graves ou la prise d’otages dans le but de semer la terreur parmi la population, un groupe de personnes ou chez des particuliers, d’intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir un acte ou à s’abstenir de le faire, qui sont visés et érigés en infractions dans les conventions et protocoles internationaux relatifs au terrorisme ».<sup>345</sup>

De même, la résolution ne renvoie pas à l’hypothétique définition internationale coutumière du terrorisme invoquée par la jurisprudence du Tribunal spécial des Nations unies pour le Liban (TSL).<sup>346</sup> La résolution 2178 indique que ce sera en pratique aux États de mettre en œuvre leur propre *corpus* antiterroriste, en fonction donc de leur propre définition du

---

<sup>341</sup> SOREL (J.-M.), « Existe-t-il une définition universelle du terrorisme ? », dans BANNELIER (K), CHRISTAKIS (T.), CORTEN (O.), DELCOURT (B.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, p. 49.

<sup>342</sup> KLEIN (P.), *Le droit international à l’épreuve du terrorisme*, Vol. 321, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Académie de Droit International de La Haye, 2007, p. 233.

<sup>343</sup> Sur l’opportunité de la possibilité d’utiliser la définition de ces actes spécifiquement qualifiés de terroristes pour en déduire la qualité de terroriste de leurs auteurs, voir *infra*, pp. 226-395.

<sup>344</sup> AMBOS (K.), « Our terrorists, your terrorists? The United Nations Security Council urges states to combat “foreign terrorist fighters”, but does not define “terrorism” », *op. cit.*

<sup>345</sup> Résolution S/RES/1566, Conseil de sécurité, Nations unies, 08.10.2004, par. 3.

<sup>346</sup> TSL, *Décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualification*, Affaire n°STL-11-01/I, 16.02.2011, para. 107-108.

*terrorisme*.<sup>347</sup> Or, là résident les problématiques juridiques liées à la compréhension de ce nouveau statut de « combattant terroriste étranger » tel qu’aujourd’hui présenté. La résolution renvoie à des définitions tierces, aussi bien internationales que nationales. Dès lors, en la mettant en œuvre pour appliquer le statut, les États seront libres de choisir la définition qui sert le mieux leurs intérêts parmi les différentes définitions existantes du *terroriste* et du *terrorisme*. Finalement, si le statut de « combattant terroriste étranger » dépend de ce qu’est un *terroriste*, il y aura autant de types de « combattant terroriste étranger » que de définitions nationales et internationales du *terroriste*. Ainsi, par exemple, certains États comme la France, la Belgique ou le Pakistan « *do not make attacks against civilians central to their crimes* » quand d’autres, comme le Kenya, le font.<sup>348</sup> Le champ d’application personnel de ce statut est donc particulièrement incertain.

En conséquence, la définition exacte de ce qu’est le statut de « combattant terroriste étranger » est très incertaine. Cette incertitude est en plus renforcée par l’instabilité de la qualification de *terroriste* du fait de son inévitable subjectivité. Non seulement il existe des définitions différentes, mais leur mise en œuvre est en pratique soumise à d’importantes et inévitables considérations idéologiques et politiques propres à chaque État, ne permettant pas une application stable, prévisible et certaine.

## **2. La subjectivité de la qualification *terroriste* comme frein à la mise en œuvre pratique stable de l’appellation « combattant terroriste étranger »**

S’il n’existe aujourd’hui toujours pas de définition universelle du *terrorisme* et du *terroriste*, c’est très certainement parce que cette appellation souffre d’une compréhension et d’une utilisation éminemment subjectives.<sup>349</sup> Si des actes tendent à être indépendamment

---

<sup>347</sup> AMBOS (K.), « Our terrorists, your terrorists? The United Nations Security Council urges states to combat “foreign terrorist fighters”, but does not define “terrorism” », *op. cit.* ; KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter’s State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, p. 237.

<sup>348</sup> DAVIS (R. A.), « The Search for status: charting the contours of combatant status in the age of ISIS », *Military Law Review*, Vol. 223, 2015, pp. 570-572.

<sup>349</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter’s State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, pp. 37-39 ; De GUTTRY (A.), « The Role Played by the UN in Countering the Phenomenon of Foreign Terrorist Fighters », *op. cit.*, p. 66 ; PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire IV*, *op. cit.*, p. 60.

définis comme constituants du *terrorisme*, le qualificatif lui-même a avant tout une fonction politique et idéologique car il est toujours employé pour désigner l’adversaire qu’il faut décrédibiliser<sup>350</sup>, l’autre dont la cause est illégitime<sup>351</sup>. L’inscription des individus et groupes sur les listes internationales du terrorisme est d’ailleurs le résultat de processus administratifs lourdement influencés par des considérations politiques.<sup>352</sup> La notion de *terroriste* est bien souvent utilisée pour qualifier de terroriste celui qu’un autre appellera résistant ou combattant de la liberté.<sup>353</sup> Ainsi, ce qualificatif dépend d’idéaux et de prises de positions politiques, il dépend du camp auquel la cible appartient. En effet, tout État va toujours chercher à discréditer son adversaire pour justifier la plus grande sévérité à son égard ; l’appellation *terroriste* est alors un outil particulièrement puissant dans les mains des autorités afin de stigmatiser toute opposition – pas seulement les actes d’extrémistes djihadistes – et justifier une lutte contre ses opposants par des mesures méprisant les obligations auxquelles l’État est en principe soumis – notamment en matière de DIH et de droits de l’Homme – et qui autrement ne seraient bien souvent pas acceptées par l’opinion publique.<sup>354</sup> À l’inverse, celui

---

<sup>350</sup> MERARI (A.), « Du terrorisme comme stratégie d’insurrection », *op. cit.*, pp. 27 et 29 ; CHALIAND (G.) et BLIN (A.), « Zélotes et Assassins », dans CHALIAND (G.) et BLIN (A.) (dir.), *Histoire du terrorisme – De l’Antiquité à Daech*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>351</sup> CHALIAND (G.) et BLIN (A.), « Introduction », dans CHALIAND (G.) et BLIN (A.) (dir.), *Histoire du terrorisme – De l’Antiquité à Daech*, (éd.) Fayard/Pluriel, (col.) Pluriel, 2016, p. 22.

<sup>352</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter’s State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, p. 239.

<sup>353</sup> CHALIAND (G.) et BLIN (A.), « Le terrorisme dans la guerre, de la Seconde Guerre mondiale aux guerres de libération nationale », dans CHALIAND (G.) et BLIN (A.) (dir.), *Histoire du terrorisme – De l’Antiquité à Daech*, *op. cit.*, pp. 275-288.

<sup>354</sup> Voir notamment KLEIN (P.), *Le droit international à l’épreuve du terrorisme*, *op. cit.*, p. 246 ; SCHEININ (M.), « Back to post-9/11 panic? Security Council resolution on foreign terrorist fighters », *Just Security*, 13.09.2014 ; CHALIAND (G.) et BLIN (A.), « De 1968 à l’islamisme radical », dans CHALIAND (G.) et BLIN (A.) (dir.), *Histoire du terrorisme – De l’Antiquité à Daech*, *op. cit.*, p. 330.

qualifié de terroriste estimera toujours son combat juste et légitimant l'emploi de la violence.<sup>355</sup>

En conséquence, il en résulte une grande instabilité pour les concepts dépendant de la qualité de *terroriste* que sont censés porter ceux qu'ils visent<sup>356</sup>, le statut de « combattant terroriste étranger » ne faisant pas exception. Ainsi, parmi ceux qui partent à l'étranger pour participer à un conflit armé, ceux identifiables comme des « combattants terroristes étrangers » seront toujours ceux qui prennent les armes dans le « mauvais camp » au regard des intérêts de l'État qui les qualifie. Dès lors, puisque dans un conflit armé il y a inévitablement au moins deux parties qui s'opposent, cela implique que celle bénéficiant de l'appui de ces étrangers s'opposera à ce qu'ils soient qualifiés juridiquement de « combattants terroristes étrangers ». D'ailleurs, elle estimera certainement que les terroristes soumis à la résolution 2178 sont en réalité les étrangers intégrant les forces de l'autre partie belligérante. De plus, les évolutions politiques touchant un État peuvent elles-mêmes accentuer l'instabilité du qualificatif ; c'est-à-dire que, dans le temps, un État pourra avoir estimé légitime le combat d'une entité avant de faire évoluer sa position pour désormais la considérer comme terroriste. Ainsi,

« Le terme "terrorisme" est un label mais plus encore il est un label dont l'apposition se révèle lourdement chargée aux plans moral et politique. Le sens commun fait en effet du terrorisme une forme de violence extrême impliquant des victimes innocentes et reflétant une volonté délibérée de susciter un climat d'angoisse dans la population. Il renvoie à la figure du fanatique, du barbare, de l'inhumain voire du malade mental. [...] Tous tentent de justifier leurs actes par l'évocation d'une violence première – la violence fondatrice – qui aurait été exercée par l'adversaire. Dès lors, imposer publiquement à un adversaire l'appellation de "terroriste" c'est déjà définir le cadre du conflit dans un sens peu favorable

---

<sup>355</sup> JOFFE (G.), « Global Jihad and Foreign Fighters », *op. cit.*, pp. 801-802 ; HAARSCHER (G.), « Le terrorisme et les valeurs de la démocratie libérale », dans HENNEBEL (L.) et VANDERMEERSCH (D.), *Juger le terrorisme dans l'État de droit*, (éd.) Bruylant, (coll.) Magna Carta, Vol. 1, Bruxelles 2009, p. 479 ; BENJAMIN (D.), FRANCO (S) et HECKER (M.), « Le terrorisme en perspective », *Politique étrangère*, Institut français des relations internationales, 2006/4, p. 888.

<sup>356</sup> CORTEN (O.), *La rébellion et le droit international : le principe de neutralité en tension*, Académie du Droit International de La Haye, Recueil des cours tome 374, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2015, p. 70 ; STERN (B.), « Le contexte juridique de "l'après" 11 septembre 2001 », dans BANNELIER (K), CHRISTAKIS (T.), CORTEN (O.), DELCOURT (B.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, p. 7.



à l’opposant. C’est postuler d’emblée l’illégitimité fondamentale du combat de l’autre. »<sup>357</sup>

Ce constat, sur le qualificatif *terroriste* et les conséquences de sa subjectivité sur l’instabilité de sa mise en œuvre, n’est pas que théorique sous prétexte que, de toutes les manières, seraient simplement et évidemment *terroristes* tous les actes prenant pour cible la population pour la terroriser.

Premièrement, certaines définitions – celles de la France, de la Belgique et de l’Union européenne par exemple – qualifient de « terroristes » les actes de violence visant à contraindre des autorités ou à détruire ou déstabiliser des institutions publiques sans qu’il soit nécessaire que la population civile ait été victime, qu’elle ait été visée ou encore que le but fût effectivement de la terroriser.<sup>358</sup> Dès lors, de nombreux actes peuvent être qualifiés de terroristes sans que la terreur n’ait été en jeu, notamment des actes couramment réalisés par les forces armées belligérantes dans un conflit armé et autorisés par le DIH dans ce contexte.

Deuxièmement, avant même l’adoption de la résolution 2178, des échanges au sein du Sénat de Belgique attestaient de la crainte de créer une obligation de poursuivre pénalement, qui plus est pour terrorisme, des belges partis en Syrie combattre contre l’État islamique.<sup>359</sup> Ainsi, s’il ne semblait pas y avoir de problème pour condamner les « combattants étrangers » de l’EI, il en était autrement des volontaires internationaux « anti-EI », que les travaux pour mettre en place une interdiction de réaliser des violences à l’étranger allaient inquiéter. L’importance de la subjectivité des considérations terroristes est flagrante ici ; il ressort très clairement que les autorités souhaitent logiquement adopter une

---

<sup>357</sup> DUEZ (D.), « De la définition à la labellisation : le terrorisme comme construction sociale », dans BANNELIER (K), CHRISTAKIS (T.), CORTEN (O.), DELCOURT (B.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, p. 115.

<sup>358</sup> Voir *infra*, pp. 231 et suivantes.

<sup>359</sup> Sénat de Belgique, Commission de l’Intérieur et des Affaires administratives, Session Ordinaire 2012-2013, Document 5-216COM, Annales, 16.04.2013, pp. 27-28 : était posée la question

« Voulons-nous par exemple interdire tout départ à l’étranger ou en Syrie afin de s’y battre ? Se pose aussi la délicate question liée à nos positions diplomatiques. »

À laquelle la réponse suivante était donnée :

« J’ai un peu peur lorsqu’on parle de sanctions pénales pour les jeunes qui partent se battre en Syrie. Au moment où se posent des questions sur la livraison d’armes à l’opposition et alors que le Royaume-Uni appelle à livrer des armes, il n’est pas si étonnant que des jeunes gens qui se sentent concernés prennent un certain engagement. Dans ce contexte, nous devons faire attention aux sanctions pénales car elles s’appliquent en tout temps. Un départ volontaire pour la guerre civile espagnole deviendrait ainsi impossible. » [Nous soulignons]

réponse contre le phénomène des « combattants étrangers », mais qui ne soit pas applicable à leurs alliés.

Troisièmement, il y a effectivement de nombreux exemples illustrant en pratique la réalité de cette subjectivité et de l'instabilité qu'elle implique. À commencer par la possible qualification comme entité terroriste de l'Armée syrienne libre dont le « *caractère modéré* [...] *fait débat* ». <sup>360</sup> Lors d'une interview en janvier 2017, le Président syrien Bachar al-Assad déclarait : « *nous avons la légitimité pour libérer n'importe quelle zone contrôlée par les terroristes, quel que soit le nom qu'ils se donnent* ». <sup>361</sup> Il soutenait ainsi que toutes les forces d'opposition au gouvernement syrien étaient terroristes, sans qu'une distinction ne soit nécessaire entre les « rebelles modérés » et les « extrémistes terroristes » de l'État islamique et de Jabhat al-Nusra. Pourtant, l'Armée syrienne libre n'est pas inscrite sur les listes de groupes terroristes des Nations unies et certains États la considèrent seulement comme un groupe armé d'opposition, auquel ils apportent parfois leur soutien. <sup>362</sup> En ce sens d'ailleurs, la justice belge ne présente pas cette insurrection comme un « groupe terroriste » mais comme un « *groupe de libération nationale* ». <sup>363</sup> En d'autres termes, certains États ne qualifient pas les membres de l'Armée syrienne libre de terroristes alors que d'autres le font. Dès lors, comment déterminer si les étrangers qui rejoignent ce groupe sont qualifiables de

---

<sup>360</sup> ARIF (K.), « Rapport d'information sur les moyens de Daech », N°3964, Assemblée Nationale, République Française, 13.07.2016, p. 27.

<sup>361</sup> PROUTEAU (T.) et DUHART (M.-B.), « Bachar al-Assad : "Nous sommes sur le chemin de la victoire" », *Rtl.fr*, Interview, 08.01.2017, voir notamment à 2 minutes 36 secondes. [Consulté le 18.10.2019]

<sup>362</sup> Ceci peut se traduire par un soutien politique, militaire, financier et/ou matériel. Voir par exemple : RAIM (L.), « La CIA aiderait l'opposition syrienne depuis la Turquie », *LeFigaro.fr*, Actualité, International, 21.06.2012 [Consulté le 18.10.2019] ; GOUËSET (C.), « Syrie : 6 questions sur l'attitude de la communauté internationale », *LExpress.fr*, 28.02.2013 [Consulté le 18.10.2019] ; « Londres fournira des véhicules blindés aux insurgés syriens », *24Heures.ch*, 06.03.2013 [Consulté le 18.10.2019] ; « Washington participerait à l'entraînement des rebelles syriens », *LeMonde.fr*, AFP, Reuters, 15.03.2013 [Consulté le 18.10.2019] ; « Syrie : Obama débloque dix millions de dollars d'aide non létale aux rebelles », *LeMonde.fr*, AFP, 12.04.2013 [Consulté le 18.10.2019] ; « Les rebelles de Syrie affirment avoir reçu des "armes modernes" », *LePoint.fr*, AFP, 21.06.2013 [Consulté le 18.10.2019] ; LASSERRE (I.), « Syrie : l'opération anti-Assad a commencé », *LeFigaro.fr*, Actualité, International, 22.08.2013 [Consulté le 18.10.2019] ; HOSENBALL (M.), « Congress secretly approves U.S. weapons flow to 'moderate' Syrian rebels », *Reuters.com*, 27.01.2014 [Consulté le 18.10.2019] ; RIOLS (Y.-M), BARTHE (B.) et BENSIMON (C.), « Comment et pourquoi la France a livré des armes aux rebelles en Syrie », *LeMonde.fr*, 21.08.2014 [Consulté le 18.10.2019] ; De SÈZE (C.), « Syrie : qui sont les différents "terroristes" visés par Bachar al-Assad ? », *Rtl.fr*, 11.01.2017 [Consulté le 18.10.2019].

<sup>363</sup> Voir par exemple : Tribunal de Première Instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, Jugement, Greffe n°03446, 29.07.2015, p. 29.

« combattants terroristes étrangers » ? Certains États pourront leur appliquer les dispositions de la résolution 2178 alors que d'autres décideront de ne pas le faire, et peut-être même de s'y opposer. Or, juridiquement, les deux positions seraient valables en l'état actuel de la définition.

Un deuxième exemple pertinent concerne le cas du groupement Partiya Karkerên Kurdistan (PKK). Qualifié d'encore plus terroriste que l'État islamique par la Turquie<sup>364</sup> et inscrit sur la liste des entités terroristes de l'Union européenne<sup>365</sup>, la justice belge a pourtant affirmé que ce processus de qualification est éminemment subjectif, sans valeur juridique contraignante, et n'a pas appliqué la qualification de « terroriste » au PKK en vertu du droit antiterroriste belge.<sup>366</sup> De même, il semble que la France soit réticente à poursuivre pour terrorisme ses ressortissants qui sont partis combattre l'EI aux côtés de milices kurdes.<sup>367</sup> Pourtant, au Royaume-Uni et en Suisse, ses individus rejoignant les forces kurdes engagées contre l'État islamique ont été poursuivis.<sup>368</sup> Et de leur côté, « *les États-Unis et la France soutiennent directement les peshmergas kurdes que la Turquie considère comme des terroristes.* »<sup>369</sup> Qui plus est, concernant ce dernier exemple, il est intéressant de noter qu'alors que les États-Unis ont commencé par soutenir militairement et financièrement les combattants kurdes, le Président a déclaré qu'ils étaient désormais considérés comme « *pire*

---

<sup>364</sup> ARIF (K.), « Rapport d'information sur les moyens de Daech », *op. cit.*, p. 33 ; sur la qualification du PKK comme groupe terroriste par la Turquie, voir par exemple : CHALIAND (G.), « Le jihadisme à l'heure de Daech », dans CHALIAND (G.) et BLIN (A.) (dir.), *Histoire du terrorisme – De l'Antiquité à Daech, op. cit.*, pp. 647 et 653 ; « Syrie : FDS, YPG, PKK... Que signifient ces acronymes en lien avec le conflit turco-kurde ? », *Lci.fr*, 16.10.2019 [Consulté le 18.10.2019] ; « Syrie : les terroristes de l'YPG/PKK attaquent l'Armée syrienne libre », *Trt.net.tr*, 18.10.2019 [Consulté le 18.10.2019].

<sup>365</sup> Voir *Annexe – Liste des personnes, groupes et entités visée à l'article 1<sup>er</sup>*, Décision (PESC) 2019/25 du Conseil du 8 janvier 2019 portant modification et mise à jour de la liste des personnes, groupes et entités auxquels s'appliquent les articles 2, 3 et 4 de la position commune 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, et abrogeant la décision (PESC) 2018/1084, Journal Officiel de l'Union européenne, 09.01.2019.

<sup>366</sup> Tribunal de première instance de Bruxelles, *Affaire PKK*, Jugement, 03.11.2016.

<sup>367</sup> LEDUC (S.) et NASR (W.), « Aux côtés des Kurdes à Afrin : la litigieuse question du retour des combattants français (2/2) », *France24.com*, 23.02.2018 ; « Ces jeunes partis combattre l'EI en Syrie qui embarrassent les autorités françaises », *Ipreunion.com*, AFP, 17.05.2019.

<sup>368</sup> Voir notamment : BOWCOTT (O.), « British Teenage Girl Charged with Trying to Join Kurdish Forces fighting Isis », *The Guardian*, 13.02.2015 ; PIQUET (C.), « Un Suisse parti combattre Daech interpellé à son retour de Syrie », *LeFigaro.fr*, 12.03.2015.

<sup>369</sup> ARIF (K.), « Rapport d'information sur les moyens de Daech », *Noc.*, p. 36.

*en termes de terrorisme et [comme] une plus grande menace terroriste en bien des aspects que l'État islamique* »<sup>370</sup>. Cet exemple démontre bien ce que la qualification de *terroriste* peut non seulement différer entre des États, mais peut également varier au sein même d'un État. Dès lors, un statut international qui se fonderait sur la qualification *terroriste* d'un individu serait particulièrement instable et incertain.

Un troisième exemple concerne la situation du *Islamic Revolutionary Guard Corps*, unité armée faisant partie intégrante des forces armées étatiques de la République Islamique d'Iran. Depuis le 8 avril 2019, les États-Unis, soutenus par Israël<sup>371</sup>, désignent officiellement cette unité militaire étatique comme une organisation terroriste étrangère.<sup>372</sup> En conséquence de quoi l'Iran a répondu en qualifiant de groupes terroristes les forces armées américaines engagées à l'étranger.<sup>373</sup> Cette situation illustre alors parfaitement la problématique de la qualification terroriste et de l'applicabilité des dispositions antiterroristes. Puisque ces deux États identifient réciproquement leurs forces armées comme terroristes, les membres de ces forces doivent-ils être considérés comme des « combattants terroristes étrangers » lorsqu'ils agissent à l'étranger ? Il est peu probable que cela ait été l'intention des rédacteurs de la résolution pourtant, en l'état actuel du statut de « combattant terroriste étranger », ce n'est pas impossible. Puisque c'est aux États de mobiliser leur propre définition de ce qu'est un terroriste pour mettre en œuvre le statut, l'Iran est libre d'employer une définition qui lui permette de qualifier de terroristes les membres des forces armées américaines, et donc de leur appliquer le statut de « combattant terroriste étranger » lorsqu'ils interviennent dans des conflits armés sur le territoire d'États dont ils n'ont pas la nationalité et où ils n'ont pas établi de résidence habituelle. Et la réciproque est vraie pour la qualification par les États-Unis des combattants iraniens. D'autant plus qu'au regard des lacunes terminologiques du terme de

---

<sup>370</sup> « Offensive turque en Syrie : Donald Trump estime que les Kurdes du PKK sont une plus grande "menace terroriste" que l'État islamique », *Franceinfo.fr*, AFP, 16.10.2019 [Consulté le 18.10.2019].

<sup>371</sup> PILEGGI (T.), « Netanyahu says Trump designated Iran Guards a terror group at his request », *Timesofisrael.com*, 08.04.2019.

<sup>372</sup> « Statement from the President on the Designation of the Islamic Revolutionary Guard Corps as a Foreign Terrorist Organization », *The White House*, USA, Statements & Releases, Foreign Policy, 08.04.2019 [Consulté le 18.10.2019] ; « Designation of the Islamic Revolutionary Guard Corps », *US Department of State*, Fact Sheet, Office Of The Spokesperson, 08.04.2019 [Consulté le 18.10.2019].

<sup>373</sup> GAMBINO (L.), « Trump designates Iran's Revolutionary Guards as foreign terrorist organization », *TheGuardian.com*, 08.04.2019 [Consulté le 12 avril 2019].

*combattant* dans le nouveau statut, rien n'empêche qu'il soit appliqué à des membres d'une force armée étatique.

Comme l'illustrent ces trois exemples, la qualification d'un individu, ou de l'entité qu'il intègre, comme *terroriste*, est particulièrement problématique car changeante d'un État à l'autre et parfois instable au sein même d'un État. Il faut alors terminer en ajoutant qu'il est également problématique, au regard de la subjectivité de la notion de *terrorisme*, de construire et de mettre en œuvre un statut visant les individus qui voyagent dans un « *dessin* » terroriste comme le demande la résolution 2178. Cette intention « terroriste » n'est encore une fois pas expressément définie, et sa compréhension variera donc encore en fonction des choix politiques. Ainsi, il faudrait craindre que des régimes oppressifs y fassent entrer « *tout ce qu'ils n'aiment pas – par exemple des oppositions politiques, des syndicats, des mouvements religieux, des minorités, etc.* »<sup>374</sup> De plus, il serait particulièrement périlleux de pouvoir prouver qu'une personne rejoint spécifiquement un groupe armé à l'étranger dans le but précis de réaliser des actes terroristes<sup>375</sup>, sachant qu'il existe une multitude de profils et d'intentions motivant les départs<sup>376</sup>.

Enfin, il faut noter qu'une solution pour surmonter l'absence de définition internationale de ce qu'est un *terroriste* serait de se concentrer sur la définition des actes terroristes et non plus sur la définition des individus *terroristes*. En effet, c'est une piste déjà évoquée depuis plusieurs années pour pallier ce manque de définition.<sup>377</sup> L'idée est alors de se référer non plus à la qualité même d'un individu mais à la nature de ses actes pour en déduire sa qualité de terroriste ; c'est parce que l'acte serait défini comme terroriste que son

---

<sup>374</sup> SCHEININ (M.), « Back to post-9/11 panic? Security Council resolution on foreign terrorist fighters », *op. cit.*

<sup>375</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, pp. 237-238.

<sup>376</sup> BRIGGS OBE (R.) and SILVERMAN (T.), « Western Foreign Fighters – Innovations in Responding to the Threat », *op. cit.*, p. 13 :

« Just as there is no single profile of violent extremists, there is no one discernible 'type' of foreign fighter. From ignorant novices who view the trips as a rite of passage, to die-hard militants looking for combat and martyrdom, and individuals who go for humanitarian reasons but get drawn into conflict, individuals become foreign fighters for a range of reasons: boredom; intergenerational tensions; the search for greater meaning in life; perceived adventure; attempts to impress the local community or the opposite sex; a desire for increased credibility; to belong or gain peer acceptance; revenge; to redress local and regional grievances; family members encouraging each other; or misguided conflict experience expectations. »

<sup>377</sup> Voir notamment DOUCET (G.), « Terrorisme : Définition, Juridiction pénale internationale et Victime », *Revue Internationale du Droit Pénal*, Vol. 76, 3, 2005, p. 261.

auteur pourrait alors être ainsi qualifié, et non plus parce que l'individu est un terroriste que ses actes relèvent du terrorisme. Il s'agit en effet d'une solution pertinente qui sera analysée en seconde partie de thèse. Néanmoins, il faut noter ici deux faiblesses à cette solution en lien avec la subjectivité de l'identification comme terroriste. D'une part, certains des *corpus* qui donnent des définitions sectorielles d'actes terroristes prévoient également des régimes juridiques qui empêchent que les actes en cause soient effectivement qualifiés de terroristes lorsqu'ils sont en lien avec un conflit armé. Cette question sera traitée ultérieurement mais si l'objectif était d'utiliser ces *corpus* pour qualifier les actes reprochés aux « combattants étrangers » des conflits armés, et ainsi statuer sur la possibilité de les qualifier de « combattants terroristes étrangers », alors ces régimes spéciaux semblent s'opposer à cette solution. D'autre part, des États pourraient être réticents à poursuivre leurs ressortissants qui ont intégré des groupes qui combattent l'État islamique par exemple. Dès lors, il est à craindre que, même si l'individu a réalisé des infractions terroristes, le poids politique et idéologique qu'impliquerait de l'identifier comme un terroriste ne coupe court à de potentielles poursuites pénales par cette méthode.<sup>378</sup> De fait, le terme de « combattant terroriste étranger » n'est d'ailleurs jamais employé sur le plan politique et médiatique par les autorités françaises pour désigner les étrangers qui luttent contre l'État islamique ou le régime syrien.

Pour conclure, le *terrorisme* et le *terroriste* ont de nombreuses définitions, ce qui empêche de savoir qui pourra effectivement être qualifié de *terroriste* et donc entrer dans le champ d'application du statut de « combattant terroriste étranger ». Il n'y a pas de définition universelle et contraignante de ce qu'est un *terroriste* et si l'interprétation qu'il faut avoir de cette notion pour mettre en œuvre le statut dépend des choix faits individuellement par chaque État, connaître la réalité du statut serait un exercice particulièrement périlleux. Le statut était déjà rendu instable par l'incertitude sur le terme *combattant*, il est encore plus instable du fait de l'absence de définition au terme *terroriste* et il n'en est que plus problématique encore de par le flou terminologique autour du troisième terme du statut, celui d'*étranger*.

---

<sup>378</sup> Voir par exemple l'analyse de la jurisprudence sur les « combattants étrangers » belges, *infra*, pp. 309-335.

### C. La problématique liée à la nature *étrangère* des individus visés par le statut

Le dernier enjeu terminologique du statut de « combattant terroriste étranger » concerne la qualité d'*étranger*. Selon le texte de la résolution 2178, sont étrangers au sens du statut ceux qui « *se rendent dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité* »<sup>379</sup>. Aucune information supplémentaire sur l'interprétation de ces éléments n'est donnée. Or, si la notion de nationalité n'a qu'une interprétation possible, celle de résidence peut différer d'un État à l'autre, et la résolution ne précise pas si cela se limite à la résidence habituelle ou non, ponctuelle ou permanente, unique ou non ; ou encore si cela ne concerne que la résidence légale ou si les individus résidant illégalement dans le pays qu'ils quittent sont également concernés.<sup>380</sup> Apparaît donc de nouveau l'inévitable différenciation dans les possibles interprétations par les États des critères d'application, empêchant de connaître l'étendue du champ d'application effectif du nouveau statut international.

De plus, une importante problématique émerge dans certains cas lors de la mise en œuvre de ce critère. En effet, le cas du Français résidant en Belgique et se rendant en Syrie, où il n'a ni nationalité ni résidence habituelle, paraît entrer facilement dans le champ d'application du statut. Cependant, trois types de situations – dont l'analyse pertinente doit être reprise ici – ont notamment été présentés comme problématiques<sup>381</sup> :

- le national suisse qui vit habituellement en Syrie, qui se rend quelques temps en Europe (par exemple) et qui repart en Syrie pour rejoindre l'État islamique ne sera pas couvert par le statut puisqu'il est résident habituel de Syrie.
- Le national syrien résidant habituellement en Suisse et décidant de rejoindre l'État islamique en Syrie ne sera également pas couvert puisqu'il est de nationalité syrienne.
- L'individu avec la double nationalité suisse et syrienne, résidant habituellement hors de Syrie et qui s'y rend pour intégrer l'État islamique ne sera pas couvert non plus.

---

<sup>379</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, p. 2, préambule.

<sup>380</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, p. 235.

<sup>381</sup> Le choix de la nationalité suisse comme référence dans la réflexion est celui de l'auteur cité. Nous proposons ici une traduction de l'anglais vers le français et une adaptation du texte original : *Ibid.*, p. 236.

À travers ces exemples, ce qu'il faut relever, c'est qu'en principe la résolution 2178 est adoptée pour mettre fin aux flux d'individus voyageant pour intégrer des groupes dits terroristes parce que leurs implications dans des conflits armés aggravent les violences et rendent encore plus difficile le retour à la paix ; parce que les actes qu'ils commettent sont particulièrement graves et doivent être sanctionnés.<sup>382</sup> Or, la mise en œuvre du statut dans les trois situations évoquées ne sera pas possible. Cela signifie-t-il que dans ces cas précis les actes n'ont plus besoin d'être empêchés car ils ne sont plus si graves ? Est-ce que le massacre de civils par un Syrien résidant habituellement en Europe est un crime sur le territoire irakien mais devient tolérable en Syrie ? Si la réponse est que ceci reste condamnable par d'autres moyens pour le Syrien en Syrie, alors cette réponse est également applicable au Belge et au Français qui se rendent en Syrie pour commettre des attentats, et la pertinence dans l'adoption de ce nouveau statut est à remettre en cause ; qui plus est au regard des brèches juridiques, identifiées précédemment, qu'il crée. Finalement, cela signifie-t-il que si un Syrien est interpellé avec un Belge en partance de France pour se rendre en Syrie afin d'y intégrer l'État islamique, alors les autorités devront poursuivre le Belge et laisser le Syrien continuer sa route ?

Le critère de nationalité et de résidence semble donc, au regard de l'objectif de la résolution, peu pertinent en plus d'être instable. Interprété au sens strict, il risque de laisser des portes ouvertes à des individus faisant bien partie des flux migratoires relatifs au phénomène des « combattants (terroristes) étrangers » et dont l'intention est de commettre des attentats. De plus, il est utile d'ajouter un quatrième cas, également évoqué dans l'étude citée mais sans l'intégrer directement aux trois situations précédentes :

- le national syrien résidant habituellement en Europe et qui se rend en Syrie pour intégrer l'État islamique ne sera pas couvert par l'appellation, mais le sera lorsqu'avec l'EI il se rendra en Irak, puis ne le sera plus lorsqu'il retraversera la frontière syrienne, et ainsi de suite.

En d'autres termes, le critère de l'*étranger* tel qu'introduit par la résolution 2178 engendre une situation où un même individu, poursuivi en principe pour la particulière

---

<sup>382</sup> Voir à cette fin le discours guidant l'entièreté de la Résolution S/RES/2178, *op. cit.*



gravité de ses actes en tant que membre de l'État islamique constituant une menace à la paix et à la sécurité internationales, pourra être qualifié de « combattant terroriste étranger » du côté irakien de la frontière, mais pas du côté syrien. Autrement dit, dans le cadre de la réalisation du même dessein terroriste, au sein de la même entité, l'individu sera parfois identifiable comme un « combattant terroriste étranger », parfois non, selon l'État dans lequel il se trouve à l'instant t, et selon l'interprétation donnée à chacun des trois termes du statut par chaque État du monde.

Pour terminer, au regard de ces conclusions vis-à-vis des lacunes terminologiques sur les qualificatifs de *combattant* et de *terroriste*, quelle conséquence doit être dégagée de la largesse du terme *étranger* sur l'applicabilité du statut de « combattant terroriste étranger » aux membres des forces armées étatiques et des forces multinationales de rétablissement ou de maintien de la paix ? De fait, puisque ce critère ne fait qu'exiger que l'individu en cause soit étranger à l'État souverain sur le territoire où se déroule le conflit, et non étranger à toutes les parties belligérantes au conflit par exemple, alors il est tout à fait possible de considérer que le statut concerne les combattants des forces armées françaises déployées en opérations extérieures par exemple ; c'est-à-dire sur le territoire d'un État dont ils n'ont pas la nationalité (à l'exception éventuelle de certains binationaux) et où ils n'ont pas de résidence habituelle. La qualité d'*étranger* d'un militaire français devant être évaluée vis-à-vis de l'État cible, ce dernier, ou tout autre État, pourrait le qualifier de « combattant terroriste étranger », puisque le terme *combattant* peut permettre d'inclure dans le champ d'application du statut les membres d'une force armée étatique si le choix est d'interpréter ce terme en vertu du sens strict donné à cette appellation en DIH.<sup>383</sup> Encore une fois, en l'état de la définition du statut de « combattant terroriste étranger », un État peut librement y associer l'interprétation qu'il souhaite pour appliquer ses effets aux personnels d'un État ennemi. Ce qui mène à conclure sur l'opérabilité du statut de « combattant terroriste étranger » vis-à-vis des trois analyses terminologiques qui viennent d'être réalisées.

---

<sup>383</sup> Voir *supra*, pp. 86-93.

Au regard des commentaires qui ont été faits sur les trois notions de *combattant*, *terroriste* et *étranger* constituant les fondements du statut de « combattant terroriste étranger », il faut en conclure que la possibilité de connaître l'étendue du nouveau statut est fondamentalement remise en cause. En effet, tel qu'introduit et dans l'état actuel, l'interprétation de la signification de ce statut, et l'identification effective des individus auxquels il doit s'appliquer, dépendront entièrement des choix que les États feront individuellement dans l'interprétation des trois termes ainsi que des évolutions qui auront lieu dans les temps à venir. Il existe donc aujourd'hui effectivement un statut pour identifier théoriquement les étrangers des conflits armés ; il est néanmoins difficile d'en délimiter l'étendue pour qualifier en pratique ces volontaires internationaux.

Malgré cela, ce propos devrait être en partie nuancé, le statut n'étant pas si impossible à connaître que la présente analyse le laisse penser pour l'instant. En effet, la seconde partie de thèse proposera une analyse du régime juridique applicable aux étrangers des conflits armés fondée sur la qualification juridique au cas par cas des actes dont ils sont responsables. Or, les définitions internationales permettant de qualifier certains actes comme terroristes pourraient permettre d'identifier clairement et avec certitude leurs auteurs comme des terroristes et donc éventuellement comme des « combattants terroristes étrangers » – si tant est que l'on arrive à éclaircir ce qu'est un combattant et ce qu'est un étranger pour ce statut. Toutefois, avant d'aborder cette question, il faut constater qu'une autre problématique survient quant à l'applicabilité effective du nouveau statut dans le cas précis d'un contexte de conflit armé, comme le prévoit la résolution 2178. En effet, la mise en œuvre effective du statut aux « combattants étrangers » disposant de la qualité de membre d'une force armée belligérante – autrement dit la majorité des volontaires internationaux – semble être grandement remise en cause par le droit antiterroriste lui-même. Exposer ceci est un préalable nécessaire à la bonne compréhension des propos qui seront tenus dans la seconde partie.

## **II. La nécessaire remise en cause de l'effective applicabilité du nouveau statut « à l'occasion d'un conflit armé »**

La résolution 2178 comporte une précision importante dans ce qu'elle définit comme des « combattants terroristes étrangers ». En effet, ceux-ci sont « *des individus qui se rendent* » à l'étranger dans un « *dessein* » terroriste « *notamment à l'occasion d'un conflit armé* ». <sup>384</sup>

Autrement dit, il est certain que ce statut doit être applicable aux étrangers impliqués dans des conflits armés, donc auxdits « combattants étrangers ». <sup>385</sup> C'est d'ailleurs en ce sens qu'il apparaît comme une solution pertinente à l'identification juridique et internationale de ces individus. Néanmoins, la réelle étendue de l'applicabilité de cette résolution à des acteurs des conflits armés doit être interrogée. En effet, le nécessaire renvoi par la résolution 2178 à d'autres sources antiterroristes pour interpréter le statut, en particulier pour déterminer qui est ou non terroriste, doit mener à une interprétation restrictive de son réel champ d'application personnel lors d'un conflit armé. De fait, la résolution fait appel à des sources antiterroristes qui prévoient expressément leur inapplicabilité aux membres des forces armées parties à un conflit armé lorsque le droit international humanitaire est déjà applicable (A). Or, dans ce contexte juridique, la résolution, interprétée à la lumière des autres règles existantes du droit international, devrait voir son rôle considérablement limité dans le processus d'identification juridique des « combattants étrangers » (B).

### **A. L'inapplicabilité du droit antiterroriste aux membres d'une force armée partie à un conflit armé**

Le statut de « combattant terroriste étranger » est applicable aux individus participant à des conflits armés. Le Conseil de Sécurité répond ainsi au problème selon lequel « *les combattants terroristes étrangers contribuent à intensifier les conflits, à les prolonger et à en compliquer singulièrement le règlement* ». <sup>386</sup> Les violences auxquelles se livrent ces

---

<sup>384</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule p. 2.

<sup>385</sup> De GUTTRY (A.), « The Role Played by the UN in Countering the Phenomenon of Foreign Terrorist Fighters », *op. cit.*, p. 271.

<sup>386</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule p. 2.

« nouveaux » terroristes auraient des effets sur les conflits armés et c'est pourquoi ce nouveau statut, adopté pour lutter spécialement contre eux, doit être reconnu applicable en de tels contextes. Ce statut assurerait alors l'applicabilité du droit antiterroriste aux étrangers responsables d'actes terroristes dans des conflits armés.

Néanmoins, pour mettre en œuvre la résolution 2178 qui ne définit pas le *terroriste*, c'est aux autres sources légales internationales, régionales et nationales qu'il faut se référer.<sup>387</sup> Or, nombre de ces sources prévoit expressément que

« les activités des forces armées en période de conflit armé, au sens donné à ces termes en droit international humanitaire, qui sont régies par ce droit ne sont pas régies par la présente Convention, et les activités menées par les forces armées d'un État dans l'exercice de leurs fonctions officielles, en tant qu'elles sont régies par d'autres règles de droit international, ne sont pas non plus régies par la présente Convention. »<sup>388</sup>

Cette disposition tirée de l'article 19 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (1997) revient notamment, en des termes similaires ou identiques, dans les textes suivants : la Convention internationale contre la prise d'otage (1979)<sup>389</sup> ; la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire (2005)<sup>390</sup> ; la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (2005)<sup>391</sup> ; la Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil de l'UE (2017)<sup>392</sup> ; l'Article 141*bis* du Code pénal belge.<sup>393</sup> Par ailleurs, la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (1999) définit l'acte terroriste en renvoyant à la définition donnée par la Convention sur les attentats terroristes à l'explosif de 1997.<sup>394</sup>

---

<sup>387</sup> Voir *supra*, pp. 93-106.

<sup>388</sup> Art. 19, par. 2, Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, *op. cit.*

<sup>389</sup> Art. 12 de la Convention internationale contre la prise d'otage, Nations Unies, 17.12.1979 [Entrée en vigueur : 03.06.1983 ; Ratifications : 176 ; Signatures 39].

<sup>390</sup> Art. 4, par. 2, Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, *op. cit.*

<sup>391</sup> Art. 26, par. 5, Convention européenne pour la prévention du terrorisme, *op. cit.*

<sup>392</sup> Directive (UE) 2017/541 *op. cit.*, par. 37, préambule.

<sup>393</sup> Art. 141*bis*, Code pénal belge, *op. cit.*

<sup>394</sup> Art. 2, par. 1<sup>er</sup>, a), Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, *op. cit.* ; de manière intéressante, cette même convention précise également qu'un acte est terroriste lorsqu'il est « *destiné à tuer ou blesser grièvement [...] toute [...] personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé* » (Art. 2, par. 1<sup>er</sup>, b), et il faudra y revenir lorsque seront traités les actes en cause, voir notamment *infra*, pp. 305 et suivantes.

Or, puisque cette dernière prévoit le régime d'exclusion précité, alors la Convention sur le financement du terrorisme intègre ce régime.<sup>395</sup> Sans aller jusqu'à affirmer l'universalité de la définition de cette dernière Convention – qui ne propose en réalité que « *des éléments de définition* » et ne se fonde sur une définition que sectorielle<sup>396</sup> – il faut relever que le régime d'exception bénéficie alors d'une place centrale au sein du *corpus* antiterroriste international du fait que 188 États<sup>397</sup> ont effectivement ratifié cette Convention ; l'idée de l'inapplicabilité de la définition de l'acte terroriste aux activités des forces armées parties à un conflit armé apparaît largement admise.

Ce qu'il faut comprendre ici, c'est que ces régimes empêchent que ceux qui ont la qualité de membre d'une force armée partie à un conflit armé ne peuvent être identifiés comme terroristes, si leurs actes sont déjà régis par le droit international humanitaire, car ces actes n'entrent pas dans le champ d'application de ces textes antiterroristes et ne peuvent donc être qualifiés, par eux, d'actes terroristes.

Cette affirmation implique deux choses : d'une part, de déterminer quels sont les actes (des « combattants étrangers ») concernés et comment ils sont régis par le DIH, ce qui sera l'objet de la seconde partie de thèse ; d'autre part, ce qu'est une force armée partie à un conflit armé, et qui peuvent en être les membres de sorte que leurs actes soient effectivement régis par le DIH, ce à quoi sera consacré le chapitre suivant. Pour l'heure, il faut en revanche noter que la notion de « *forces armées* » dans ces régimes concerne les forces armées étatiques mais également non étatiques, c'est-à-dire les groupes armés organisés.<sup>398</sup> En effet, les régimes d'exclusion précisent que la notion doit être interprétée au sens qui lui est donné par le DIH, or ce sens inclut effectivement les entités non étatiques suffisamment organisées pour

---

<sup>395</sup> SASSÒLI (M.), « La définition du terrorisme et le droit international humanitaire », *op. cit.*, pp. 41-42.

<sup>396</sup> Sectorielle dans le sens où un seul type d'acte est alors défini comme terroriste, le terrorisme n'est pas défini ; voir KLEIN (P.), « Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme », *United Nations Audiovisual Library of International Law*, p. 2. [En ligne : Consulté le 19.10.2019]

<sup>397</sup> Site internet des Nations Unies, « Collection Des Traités », « Dépositaire », « État des Traités », « Chapitre XVIII – Questions pénales », « 11. Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme ». [Consulté le 19.10.2019]

<sup>398</sup> À ce titre il faut noter que la justice belge a effectivement eu l'occasion de reconnaître l'applicabilité de ce régime au groupe armé non étatique du PKK *dans* : Tribunal de Première Instance de Bruxelles, *Affaire PKK*, *op. cit.*, 03.11.2016 ; sur l'applicabilité du régime aux forces armées non étatiques, voir également KRÄHENMANN (S.), « Foreign Fighters under International Law », *op. cit.*, p. 35.

constituer des parties belligérantes à un conflit. De plus, la formulation, identique pour tous les textes prévoyant ces régimes, précise seulement dans un second temps que ce traitement d'exception est également applicable hors conflit armé aux seules forces étatiques cette fois-ci. Cela implique donc, *a contrario*, que les forces non étatiques sont couvertes lorsqu'une interprétation au sens du DIH est exigée et qu'il n'est pas précisé que seules les forces armées étatiques sont concernées. Enfin, pour le cas de la disposition belge qui constitue une transcription au niveau national d'une disposition européenne, il apparaît dans les motifs du projet de Loi, ayant conduit à son adoption, que le Législateur a expressément prévu son applicabilité aux parties belligérantes non étatiques dans le cas d'un conflit armé non international.<sup>399</sup> D'ailleurs, ces régimes s'appliquent aux conflits armés internationaux et non internationaux puisque les forces armées non étatiques, couvertes par l'exception, ne peuvent être parties qu'à ces derniers.

Ce type de régime a pour objectif d'éviter que deux *corpus* soient applicables à un même acte<sup>400</sup>, ainsi que d'éviter aux membres des forces armées, notamment étatiques, l'infamie du qualificatif *terroriste*<sup>401</sup>. C'est donc précisément parce que des actes d'hostilité en conflit armé peuvent systématiquement être qualifiés de terroristes en vertu du droit antiterroriste<sup>402</sup> et que l'appellation *terroriste* est politique et subjective, que les États ont prévu l'exclusion des questions relatives à la lutte contre le terrorisme lorsqu'il est question de force armée partie à un conflit armé. Cela renforce d'ailleurs l'affirmation selon laquelle le qualificatif *terroriste* est éminemment subjectif et ne peut permettre de connaître à l'heure actuelle l'étendue réelle du nouveau statut.

Au regard de l'exposé de ces régimes d'exclusion du droit antiterroriste au profit du droit international humanitaire pour déterminer la qualification d'un individu et de ses actes,

---

<sup>399</sup> *Projet de loi relatif aux infractions terroristes*, Chambre des Représentants, Royaume de Belgique, 1<sup>e</sup> Session de la 51<sup>e</sup> législature, Doc 51 0258/001, 06.10.2003, pp. 15-16 ; l'article final 141*bis* provient de la proposition d'article 136*septies* qui n'avait fait l'objet d'aucun commentaire lors des discussions, voir à ce propos : Avis 34.362/4 de la Section de Législation du Conseil d'État, Royaume de Belgique ; *Projet de loi relatif aux infractions terroristes*, Chambre des Représentants, Royaume de Belgique, Doc 51 0258/004, 07.11.2003, p. 23 ; Compte Rendu Intégral avec Compte rendu analytique traduit des interventions, Séance Plénière, Chambre des Représentants de Belgique, CRIV 51 PLEN 020, 13.11.2003, p. 41.

<sup>400</sup> KLEIN (P.), *Le droit international à l'épreuve du terrorisme*, *op. cit.*, pp. 243-244.

<sup>401</sup> *Idem.*, p. 239.

<sup>402</sup> Voir *infra*, pp. 231 et suivantes.

quelles conséquences doivent en être tirées sur l'étendue du statut de « combattant terroriste étranger » pour identifier les « combattants étrangers » ?

**B. L'inapplicabilité du nouveau statut aux « combattants étrangers » membres d'une force armée partie à un conflit armé**

La valeur contraignante de ces régimes d'exclusion au sein du droit antiterroriste n'est pas remise en cause par la résolution 2178 (1), ce qui implique d'importantes conséquences pratiques sur le processus d'identification des « combattants étrangers » (2).

**1. La pleine applicabilité des régimes d'exclusion pour restreindre l'étendue du champ d'application de la résolution 2178**

À première vue, il apparaîtrait que l'obligation faite par le CSNU aux États d'appliquer la résolution 2178 y compris durant un conflit armé entre en contradiction avec l'obligation issue des Conventions internationales et de la Directive européenne de ne justement pas les appliquer lors d'un conflit armé. Dès lors, l'article 103 de la Charte des Nations unies pourrait être invoqué ici, celui-ci faisant prévaloir les prescriptions de la résolution. Ce dernier dispose en effet que,

« en cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront. »<sup>403</sup>

Autrement dit, la résolution 2178 du Conseil de Sécurité, adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte, doit prévaloir sur toute mesure contraire engageant les États. Néanmoins, telle ne doit pas être la solution au regard de la présente situation juridique. En effet, pour que l'article 103 puisse être invoqué, celui-ci prévoit expressément qu'un « *conflit* » doit effectivement exister entre deux normes.<sup>404</sup> Ainsi, il faudrait constater « *une réelle situation*

---

<sup>403</sup> Art. 103, Charte des Nations unies, *op. cit.*

<sup>404</sup> *Idem.* ; voir également HAYIM (D.), « L'article 103 de la Charte des Nations unies : Technique juridique ou instrument symbolique », *Revue Belge de Droit International*, Vol. 44, N°1-2, 2011, p. 136

*d'antinomie entre des obligations internationales conventionnelles* » et l'obligation issue de la résolution.<sup>405</sup> Or, un tel conflit juridique n'existe pas ici.

D'une part, la résolution 2178 ne prévoit pas expressément que les membres des forces armées sont visés par ce qu'elle nomme « combattant terroriste étranger ». Il n'est pas non plus précisé que ses prescriptions ne seraient pas concernées par les régimes d'exclusion présents au sein des Conventions internationales.<sup>406</sup> Or, l'article 103 ne peut être invoqué sur la simple présomption « *que ladite résolution exige de l'État qu'il ne respecte pas ses engagements* ». <sup>407</sup> En ce sens, il faut relever que, dans le cas présent, il est toujours possible d'appliquer effectivement la résolution aux terroristes étrangers impliqués dans un conflit armé qui n'appartiennent pas à des forces armées belligérantes. De plus, il faudra voir que la résolution peut toujours trouver à s'appliquer aux membres de ces forces dans deux situations : premièrement, lorsque leurs actes, bien que réalisés dans le contexte du conflit, ne sont pas régis par le DIH, puisqu'alors les régimes d'exclusion ne sont pas applicables ; deuxièmement, lorsque leurs actes sont bien régis par le DIH, mais qu'ils constituent précisément des actes terroristes en vertu de ce *corpus*.<sup>408</sup>

D'autre part, c'est au regard de la formulation de la résolution qu'il faut en déduire l'étendue des obligations qu'elle crée.<sup>409</sup> Autrement dit, ce n'est pas nécessairement la résolution dans son ensemble qui crée une obligation ; c'est « *en fonction du vocabulaire utilisé* » qu'il faut identifier l'obligation effectivement créée ainsi que son étendue, car tout n'est pas contraignant dans les résolutions du Conseil de Sécurité.<sup>410</sup> Or, la résolution 2178

---

<sup>405</sup> HAYIM (D.), « L'article 103 de la Charte des Nations unies : Technique juridique ou instrument symbolique », *op. cit.*, p. 136.

<sup>406</sup> En ce sens voir par exemple : « Threats to international peace and security caused by terrorist acts », Security Council, Document S/PV.7272, *op. cit.* ; voir également lors des discussions relatives à la résolution 2170 par laquelle le terme « combattant terroriste étranger » apparaît pour la première fois : « Threats to international peace and security caused by terrorist acts », Security Council, Document S/PV.7242, *op. cit.*

<sup>407</sup> HAYIM (D.), « L'article 103 de la Charte des Nations unies : Technique juridique ou instrument symbolique », *op. cit.*, p. 136.

<sup>408</sup> Voir *infra*, seconde partie de Thèse.

<sup>409</sup> CIJ, Avis consultatif, 21.06.1971, *op. cit.*, para 114-115.

<sup>410</sup> ASCENSIO (H.), « Effets juridiques et efficacité des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies portant sur le Liban », *op. cit.*, p. 48.



n'a pas créé l'obligation juridique d'aller à l'encontre de ces régimes d'exclusion, bien au contraire. En effet, par cette résolution, il est expressément demandé aux États de

« devenir parties dès que possible aux conventions internationales de lutte contre le terrorisme et à leurs protocoles [...] et de s'acquitter intégralement des obligations découlant des instruments auxquels ils sont parties ». <sup>411</sup>

Autrement dit, il ressort clairement des termes de la résolution que les Conventions sectorielles doivent être appliquées dans leur ensemble, y compris donc les régimes d'exclusion qui ne sont pas écartés. Il n'y a alors ici aucun conflit juridique : la résolution ne demande pas aux États d'adopter un comportement contradictoire avec les Conventions internationales mais, au contraire, d'en devenir pleinement partie, pour ceux qui ne le sont pas déjà, et de les appliquer intégralement. D'ailleurs, cette conclusion est conforme à la réaffirmation, toujours au sein de la résolution 2178, que les États devront adopter les mesures nécessaires pour la mettre en œuvre de sorte que celles-ci « *soient conformes à toutes les obligations que leur fait le droit international* ». <sup>412</sup>

Enfin, « *malgré les divergences d'opinions, un consensus général existe sur le fait que* » l'article 103 ne permet pas de reconnaître la supériorité d'une résolution sur « *une norme de jus cogens* ». <sup>413</sup> En ce sens, la Cour internationale de justice a affirmé que l'article ne peut pas permettre de faire prévaloir une résolution sur « *certaines conventions générales, comme les conventions de caractère humanitaire* ». <sup>414</sup> De même, en 2019 la Commission du droit international a soutenu que

« les résolutions [...] ne créent pas d'obligations de droit international si et dans la mesure où de telles obligations sont en conflit avec des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) [...]. [Ceci] découle de la supériorité hiérarchique des normes [de] *jus cogens*. Si les traités, le droit international coutumier et les actes unilatéraux ne peuvent

---

<sup>411</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule p. 4.

<sup>412</sup> *Ibid.* p. 1, préambule.

<sup>413</sup> HAYIM (D.), « L'article 103 de la Charte des Nations unies : Technique juridique ou instrument symbolique », *op. cit.*, p. 135. ; DOMINICÉ (C.), « L'article 103 de la Charte des Nations Unies et le droit international humanitaire », *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, Graduate Institute Publications, Genève, 1997 [En Ligne, Consulté le 24.03.2020] ; sur l'article 103 de la Charte des Nations unies, voir notamment KOLB (R.), *L'article 103 de la Charte des Nations Unies*, Académie de droit international de La Haye, Vol. 23, Brill | Nijhoff, 2014, 360 p.

<sup>414</sup> CIJ, Avis consultatif, 21.06.1971, *op. cit.*, para 122.

créer de règles de droit international incompatibles avec les normes [de] *jus cogens*, les résolutions [...] ne peuvent non plus créer de telles règles. [...] La Commission a tenu à souligner que [ceci] s'appliquait également aux résolutions [...] contraignant[e]s du Conseil de sécurité. »<sup>415</sup>

La Commission a également soutenu qu'un conflit de normes n'avait pas pour effet d'éteindre entièrement la résolution mais que celle-ci devait être interprétée de sorte que sa mise en œuvre respecte les normes de *ius cogens*.<sup>416</sup> Or, dans le présent cas, si la résolution n'est pas directement contraire à une obligation issue du DIH, elle est contraire à une disposition de Conventions internationales qui prévoit la mise en œuvre du *Ius in bello*. Ainsi, le maintien des régimes d'exclusion du droit antiterroriste au profit du droit international humanitaire face à la résolution 2178 est conforme à l'état du droit international. D'ailleurs, cette solution est également conforme à l'intérêt et l'intention des États : ayant pris soin d'introduire des régimes d'exclusion pour ne pas risquer de voir leurs forces être visées par l'infamie du qualificatif *terroriste* lorsqu'elles réalisent des actes de violence à l'occasion d'un conflit armé,<sup>417</sup> il est hautement improbable qu'ils aient adopté la résolution de sorte qu'elle anéantisse ces régimes. En ce sens, il faut par exemple remarquer que le Conseil de Sécurité avait jusqu'à présent assimilé l'importance et l'intérêt de ces régimes d'exclusion au sein des Conventions internationales sur le terrorisme.<sup>418</sup>

Finalement, les régimes d'exclusion ne doivent pas être compris comme contredisant la résolution 2178, mais comme outil pour interpréter son étendue et ses modalités de mise

---

<sup>415</sup> Rapport de la Commission du droit international, Soixante et onzième session du 29 avril-7 juin et 8 juillet-9 août 2019, Assemblée générale, Nations unies, Soixante-quatorzième session, Documents officiels A/74/10, Supplément n°10, pp. 200-201 ; cette même conclusion avait été présentée par la Commission du droit international en 2018, voir Rapport de la Commission du droit international, Soixante-dixième session du 30 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2018, Assemblée générale, Nations unies, Soixante-treizième session, Documents officiels A/73/10, Supplément n°10, para. 131-133 et 158 :

« le Rapporteur spécial a donné raison aux membres qui estimaient utile de faire spécifiquement mention des résolutions du Conseil de sécurité dans le texte du projet de conclusion 17, car le débat sur les effets des normes de *jus cogens* sur les actes des organisations internationales se tenait souvent sur le terrain des décisions du Conseil de sécurité, eu égard aux pouvoirs uniques de celui-ci et à la teneur de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies. »

<sup>416</sup> Rapport de la Commission du droit international, Documents officiels A/74/10, *op. cit.*, pp. 210-212 :

« Lorsqu'il apparaît qu'il peut exister un conflit entre une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) et une autre règle de droit international, cette dernière doit, autant que possible, être interprétée et appliquée en vue d'être compatible avec la première. »

<sup>417</sup> KLEIN (P.), *Le droit international à l'épreuve du terrorisme*, *op. cit.*, p. 239.

<sup>418</sup> SASSÒLI (M.), « Terrorism and War », *op. cit.*, p. 976.

en œuvre ; outil justement essentiel au regard des lacunes terminologiques relevées précédemment et qui empêchaient de saisir pleinement l'étendue du nouveau statut de « combattant terroriste étranger ». Ainsi, en vertu de ces régimes d'exclusion, le qualificatif *combattant* par exemple ne permettrait pas de faire entrer dans le champ d'application personnel du nouveau statut les membres d'une force armée partie à un conflit, lorsque les actes reprochés sont régis par le DIH. Ceci ayant alors inévitablement d'importantes conséquences directes sur le processus d'identification des « combattants étrangers » par la résolution 2178 du Conseil de Sécurité des Nations unies.

## **2. La résolution 2178 restreinte à l'identification des « combattants étrangers » non membres d'une force armée partie à un conflit armé**

L'applicabilité des régimes d'exclusion précités dans le processus d'interprétation de l'étendue de la résolution 2178 et du statut de « combattant terroriste étranger » influe directement sur le travail d'identification par le droit antiterroriste des « combattants étrangers ». Comme relevé à plusieurs reprises, ces individus semblent être ainsi nommés dans la pratique parce qu'ils participent à un conflit armé. Mais surtout, ces individus ne sont généralement pris en considération qu'en ce qu'ils intègrent des entités impliquées dans des conflits armés, notamment des forces armées belligérantes. Finalement, eu égard à l'exposé des régimes d'exclusion, il faut en conclure que les volontaires internationaux ne seront concernés par le statut de « combattant terroriste étranger » que (1) lorsqu'ils ne seront pas membres d'une force armée partie à un conflit armé ou (2) lorsque malgré cette qualité, l'acte reproché ne sera pas régi par le DIH.

(1) Dans la première situation, l'étranger est impliqué dans un conflit armé sans être membre d'une force armée belligérante : cette situation est importante puisqu'elle est généralement absente des études du phénomène des « combattants (terroristes) étrangers » alors qu'elle est, eu égard aux régimes d'exclusion précités, la principale situation où le nouveau statut sera effectivement applicable en vertu des *corpus* antiterroristes. De fait, les régimes d'exclusion n'étant applicables qu'aux membres des forces armées, les étrangers n'appartenant pas à de telles forces mais responsables ponctuellement d'activités de violences armées ne pourront en bénéficier et devront alors effectivement être identifiés par ce nouveau statut comme le prévoit la résolution 2178, même « à l'occasion d'un conflit

*armé* ». C'est d'ailleurs en ce sens qu'il sera soutenu que n'est pas opportun d'exclure de l'étude du phénomène des « combattants étrangers » ceux qui se rendent en zone de conflit sans pour autant intégrer pleinement les rangs d'une entité qu'ils soutiennent<sup>419</sup> ; il s'agit finalement des seuls volontaires internationaux des conflits armés pouvant être couverts par le statut de « combattant terroriste étranger » tel qu'il est actuellement défini. Pour illustrer le propos, il est possible d'évoquer la jurisprudence belge concernant les individus ayant rejoint l'État islamique et Jabhat al-Nusra en Syrie et en Irak. Estimant que ces groupes n'étaient pas des forces armées parties à un conflit armé, les juges ont rejeté les demandes d'application du régime d'exclusion de l'article 141bis du Code pénal belge aux prévenus membres de ces groupes.<sup>420</sup> Reconnus responsables de violences armées (terroristes) réalisées à l'occasion des conflits armés syriens et irakiens, ils ont été pleinement soumis au droit antiterroriste.<sup>421</sup>

(2) Dans la deuxième situation, l'étranger en question est impliqué dans un conflit armé en qualité de membre d'une force armée étatique ou non étatique : en vertu des régimes d'exception précités, ce type de « combattant étranger » ne semble, à ce stade, pas pouvoir être identifié comme *terroriste* par le biais de la mise en œuvre des définitions proposées par le droit antiterroriste. La qualité de membre d'une force armée étant applicable à ces étrangers en vertu du droit international humanitaire, les régimes d'exclusion du droit antiterroriste s'opposent juridiquement à ce qu'ils soient identifiés comme des « combattants terroristes étrangers » en vertu de la résolution 2178 et des Conventions internationales sur le terrorisme. Il ne semble donc *a priori* pas possible, pour l'instant, de soutenir que le nouveau statut permet de les identifier. C'est ce raisonnement qui a conduit la justice belge à écarter l'applicabilité du droit antiterroriste aux Belges qui ont intégré le PKK pour combattre en

---

<sup>419</sup> Voir *infra*, pp. 211-215.

<sup>420</sup> Voir par exemple : WÉRY (M.), « La jurisprudence relative à la clause d'exclusion prévue à l'article 141bis du Code pénal : la difficile application du droit international humanitaire par les cours et tribunaux belges », *The Military Law and the Law of War Review*, Review 2019, Vol. 57, p. 3 [En ligne : Consulté le 19.10.2019] ; BARTELS (R.), « When Do Terrorist Organisations Qualify as Parties to an Armed Conflict under International Humanitarian Law », *Military Law and Law of War Review*, Vol. 56, N°2, 2017-2018, pp. 451-488.

<sup>421</sup> Toutefois, la validité juridique de cette interprétation refusant de reconnaître aux groupes États islamique et Jabhat al-Nusra la qualité de force armée partie à un conflit armé non international doit être contestée ; voir *infra*, pp. 309-335.

Turquie et en Irak ; en tant que membres d'un groupe armé organisé partie à un conflit armé, à qui il était notamment reproché d'avoir recruté et entraîné des mineurs au combat, ils ne pouvaient être considérés comme des terroristes soumis au droit antiterroriste,<sup>422</sup> malgré les contestations des autorités turques et l'inscription du groupe sur les listes antiterroristes européennes.<sup>423</sup> À titre de remarque finale, il faut relever que ces « combattants étrangers » ne pourront être identifiés par le statut de « combattant terroriste étranger », mais ils pourront l'être pleinement par les statuts prévus par le droit international humanitaire.

En conclusion, l'interprétation qui doit être donnée à la résolution 2178 et au statut de « combattant terroriste étranger » restreint grandement leur rôle dans le travail d'identification des volontaires internationaux. En effet, en pratique, la part majoritaire des individus inclus dans le phénomène des « combattants étrangers » ne pourra pas être soumise au statut pourtant adopté pour répondre à leur situation. Finalement, tel que défini aujourd'hui, au sein du *corpus* antiterroriste qui l'a mis sur pied, le statut de « combattant terroriste étranger » souffre de lacunes trop importantes pour en interpréter et comprendre pleinement sa portée ; et cela remet véritablement en question la possibilité pour ce statut de répondre effectivement à la problématique initiale d'identification juridique des « combattants étrangers », perdus entre les catégories d'acteur des conflits armés et d'acteur du terrorisme international.

Néanmoins, le travail d'identification de ces « combattants étrangers » n'est pas terminé. D'une part, les propositions de définition doctrinale évoquée en introduction, associées aux régimes d'exclusion du droit antiterroriste, incitent à interroger les éventuels apports du droit international humanitaire quant au processus de qualification de ces acteurs des conflits armés. Or, le *Ius in bello* contient un nombre important de statuts juridiques tout à fait pertinents. D'autre part, le travail d'identification d'acteurs des conflits armés, qui plus est en lien avec la lutte contre le terrorisme international, ne saurait se contenter d'une réflexion sur la qualité intrinsèque des individus analysés. En effet, une attention particulière portée sur la qualification par le droit international humanitaire et le droit antiterroriste des

---

<sup>422</sup> Tribunal de première instance de Bruxelles, *Affaire PKK*, *op. cit.*

<sup>423</sup> Van WILGENBURG (W.), « Belgian court: PKK not a terrorist organization », *Kurdistan24*, 09.03.2019.

actes qui leur sont reprochés permettra de mettre sur pied une méthodologie pertinente pour affiner le processus d'identification. D'ailleurs, s'intéresser aux *corpus* juridiques applicables aux actes attribués à ces individus est inévitable puisque les régimes d'exclusion du droit antiterroriste ne peuvent être invoqués qu'à la seconde condition qu'il soit question d'actes effectivement régis par le droit international humanitaire.

## CHAPITRE II – L'identification déjà opérationnelle des « combattants étrangers » par les statuts du *Ius in bello*

Le travail d'identification des « combattants étrangers » semble à bien des égards ne pouvoir s'envisager pleinement sans analyser les prescriptions du droit international humanitaire qui seraient applicables à leur situation.

De fait, l'ensemble des études menées sur le phénomène conduit à un consensus certain : les « combattants étrangers » sont appelés ainsi parce qu'ils participent à un conflit armé. Or, l'existence d'un conflit armé, et la participation à celui-ci, impliquent inévitablement l'application du droit international humanitaire. En effet, bien qu'elles ne soient pas contraignantes, les propositions de définitions doctrinales du « combattant étranger » constatent une réalité pragmatique – la participation à un conflit armé – qui, elle, impose la mise en œuvre de ce *corpus* juridique contraignant. De fait, le *Ius in bello* a été élaboré de telle sorte que son applicabilité est automatique et obligatoire dès lors que l'existence juridique d'un conflit armé est constatée.<sup>424</sup> C'est-à-dire que si des affrontements armés ont lieu entre des forces armées étatiques, ou entre une force armée étatique et un groupe armé suffisamment organisé, ou entre de tels groupes armés, alors les conditions d'existence d'un conflit armé sont remplies et la mise en œuvre du DIH est inévitable.<sup>425</sup> Ainsi, il est impossible d'écarter son applicabilité, ni en avançant la non reconnaissance de

---

<sup>424</sup> Voir notamment : DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, pp. 116 et 144 ; PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, par. 4459, p. 1375 ; CICR, 32<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *op. cit.*, p. 9.

<sup>425</sup> *Idem.*, pp. 119 et suivantes.

l'état de guerre<sup>426</sup>, ni en arguant le non-respect de ce droit par la partie adverse<sup>427</sup>. Mais surtout, le droit des conflits armés est construit de sorte que tout individu agissant dans le cadre d'un conflit voit sa situation juridique être encadrée par ce droit. Dès lors, si le « combattant étranger » se caractérise par une participation à un conflit armé, les caractéristiques du DIH sont telles que cet individu y est nécessairement soumis. Or, aucun des trois critères proposés pour définir le « combattant étranger » n'entre en contradiction avec les conditions d'applicabilités du *Ius in bello*.

D'abord, la concordance avec le critère de participation à un conflit armé est évidente, puisque c'est précisément l'élément qui provoque la mise en œuvre de ce *corpus*. Ensuite, la nationalité et la résidence habituelle – étrangères à l'État où se déroule le conflit armé – n'entrent pas en ligne de compte dans la mise en œuvre des statuts juridiques prévus par le *Ius in bello*.<sup>428</sup> Enfin, le même constat doit être fait concernant la question de l'idéologie – ou de la « cause à défendre ». Le droit des conflits armés a été conçu de sorte à approcher le plus possible d'une applicabilité objective, afin que les considérations liées à l'idéologie défendue par les parties belligérantes n'influencent pas l'applicabilité du DIH. Ce dernier ne fait ainsi que reconnaître l'existence d'affrontements, par essence violents, et interdire tout ce qui n'est pas strictement nécessaire à la victoire militaire.<sup>429</sup> Le but est de protéger les victimes des violences évitables et d'éviter tout ce qui pourrait entraver le processus de paix après la victoire militaire de l'une des parties.<sup>430</sup> Finalement, la légitimité – ou illégitimité – de la cause défendue par l'une des parties aux affrontements, les méthodes employées pour

---

<sup>426</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, p. 512, para. 1660 et 4459.

<sup>427</sup> Sur le principe de non réciprocité voir notamment HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier, Volume 1 : Règles*, Bruxelles, Bruylant, CICR, 2006, pp. 655-657, règle n°140 ; MELZER (N.), *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>428</sup> C'est notamment ce qui sera démontré durant ce chapitre.

<sup>429</sup> Voir notamment : Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre [Ci-après Déclaration de Saint Petersburg], Saint Petersburg, 11.12.1868, préambule ; art. 35, Protocole Additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux [Ci-après Protocole additionnel I ou PA I], 08.06.1977 [Entrée en vigueur : 07.12.1978 ; Ratifications : 174] ; pour plus de détails sur la notion de nécessité militaire, voir PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, para. 1389-1397, pp. 394-398.

<sup>430</sup> MELZER (N.), *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction*, *op. cit.*, p. 17.



mener la lutte et l'irrespect du DIH par la partie adverse, ne conditionneront pas l'applicabilité de ce droit.<sup>431</sup> Au surplus, il faut noter que cette dernière est automatique, obligatoire et n'a aucun autre effet sur le statut juridique de l'une des parties que de lui reconnaître la qualité de partie au conflit et de la soumettre ainsi au *Ius in bello*.<sup>432</sup> En d'autres termes, soutenir l'applicabilité du DIH n'a pas pour effet de reconnaître internationalement la légitimité des revendications indépendantistes de groupes armés sécessionnistes par exemple. Peu importe qu'un État refuse de reconnaître la qualité de groupe armé organisé à la partie adverse, pour lui préférer la qualification de rebelle, guérilleros, criminelle, ou encore... terroriste. Or justement, ce dernier point est particulièrement intéressant. Quelles que soient les revendications d'une partie, quelle que soit l'ampleur du rejet et des condamnations par la communauté internationale de son but et de ses méthodes, si elle remplit les critères d'une force armée partie à un conflit armé, alors ses membres sont soumis au droit des conflits armés.<sup>433</sup> Cela implique un ensemble de droits et obligations pour toutes les parties au conflit assurant l'interdiction de certains actes, l'éventuelle autorisation d'autres et la protection des populations civiles. L'objectif est ainsi d'assurer « *une protection égale aux personnes et aux biens touchés par un conflit armé, indépendamment de la licéité du premier recours à la force* ». <sup>434</sup> Car « *les Conventions sont faites avant tout pour protéger des individus et non pas pour servir l'intérêt des États* ». <sup>435</sup>

---

<sup>431</sup> Voir par exemple : Art. 1<sup>er</sup> commun aux quatre Conventions de Genève, *op. cit.* ; Art. 1<sup>er</sup> par. 1 et Art. 96, par. 3, PA I, *op. cit.* ; PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire III - La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, CICR, Genève, 1958, p. 24 ; PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, pp. 37-38, para. 47-51 ; TPIY, *Le Procureur c. Z. Kupreškić et autres*, Jugement, Chambre de première instance, Affaire n°IT-95-16-T, 14.01.2000, para. 516-520 ; TPIR, *Le Procureur c. T. Bagosora et autres*, Jugement portant condamnation, Chambre de première instance I, Affaire n°ICTR-98-41-T, 18.12.2008, par. 2000 ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, *J. C. Abella c. Argentina*, Case n°11.137, 18.11.1997, para. 173-174 ; DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, par. 3.1, pp. 631 et 634-635 ; VENET (O.), « Infractions terroristes et droit humanitaire : l'article 141bis du Code pénal », *Journal des Tribunaux*, n° 6387, mars 2010, p. 170.

<sup>432</sup> Voir notamment sur cette absence d'effet juridique : PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire I*, *op. cit.*, pp. 64 et suivantes ; BOUCHET-SAULNIER (F.), *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, La Découverte, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 2000, pp. 322-323.

<sup>433</sup> SASSÒLI (M.), « La "guerre contre le terrorisme", le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *The Canadian Yearbook of international law*, Vol. 39, 2001, p. 19.

<sup>434</sup> CICR, 32<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *op. cit.*, p. 23.

<sup>435</sup> PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire III*, *op. cit.*, p. 29.

L'applicabilité automatique et obligatoire du droit international humanitaire, dès qu'un conflit armé existe en droit, est alors la première raison incitant à analyser ce *corpus* vis-à-vis de l'identification juridique des « combattants étrangers ». Le *Ius in bello* prévoyant un statut juridique pour chaque individu concerné par un conflit armé, les volontaires internationaux, décrits en pratique comme des acteurs des conflits, devraient voir leur situation juridique clarifiée par ce statut.

L'importance d'une analyse des statuts juridiques prévus par le droit international humanitaire s'explique également par les conclusions du chapitre relatif au statut de « combattant terroriste étranger ». D'abord, il faut relever que les individus visés par ce nouveau statut peuvent être impliqués dans des conflits armés. Cette certitude renforce alors le propos : si un conflit armé est en cours, le *Ius in bello* doit obligatoirement s'appliquer et doit pouvoir permettre l'analyse du statut juridique des « combattants (terroristes) étrangers ». Mais ensuite, et surtout, le droit antiterroriste et son nouveau statut ne peuvent pas être appliqués à des étrangers des conflits armés intervenant en qualité de membres des forces armées belligérantes.<sup>436</sup> Or, pour déterminer qui sont les acteurs des conflits armés intervenant ou non en cette qualité, il faut encore une fois inévitablement procéder à une analyse complète du droit international humanitaire en la matière. Ce travail sera nécessaire pour déterminer quels étrangers des conflits armés peuvent obtenir ou non cette qualité de membre et effectivement être identifiés avec le statut de « combattant terroriste étranger ». Enfin, l'utilisation du qualificatif *combattant* dans ce statut pousse à s'interroger sur cette qualité au regard du DIH et des conséquences juridiques qu'elle implique dans le cas d'un conflit armé pour son titulaire.

Finalement, il faut présenter en deux temps ce que propose le droit international humanitaire pour l'identification des étrangers en conflits armés. Il faudra constater qu'il existe ainsi en réalité de nombreux statuts prévus par le *Ius in bello*, permettant d'identifier en droit les « combattants étrangers », et d'en déduire d'importantes conséquences vis-à-vis de la pertinence et de l'applicabilité du nouveau statut de « combattant terroriste étranger » à ces individus. Ce faisant, il s'agira d'éclaircir l'interrogation sur l'identité juridique de ceux

---

<sup>436</sup> Voir *supra*, pp. 110-121.

que l'on nomme « combattants étrangers » : quels sont ceux qui peuvent effectivement être visés par le statut de « combattant terroriste étranger » ? Quels sont ceux qui bénéficient de la qualité de membre d'une force armée et doivent donc être identifiés par le DIH ? Quels sont éventuellement ceux qui restent en pratique concernés par les statuts des deux *corpus* ? Et enfin, répondre à toutes ces questions conduira à mettre en lumière les statuts du *Ius in bello* permettant d'identifier les « combattants étrangers » qui ne sont pas visés par le statut de « combattant terroriste étranger ».

Ainsi, dans une première section, il faudra confronter le statut de « combattant terroriste étranger » au constat de l'entière applicabilité effective des statuts juridiques du droit international humanitaire aux étrangers des conflits armés membres d'une partie belligérante ; ces conclusions sont un argument en défaveur d'une identification de ces « combattants étrangers » par le statut du droit antiterroriste (**Section 1**).

Dans une seconde section, le choix sera ensuite d'analyser des situations particulières en droit international humanitaires, concernant certains individus étrangers participant à un conflit armé, et qui pourraient entraîner certaines réflexions et conséquences juridiques importantes vis-à-vis du statut des « combattants terroristes étrangers » (**Section 2**).

## **Section 1 – Le statut de « combattant terroriste étranger » face à l’entière applicabilité des statuts du *Ius in bello* aux étrangers des conflits armés membres d’une partie belligérante**

Les recherches doctrinales sur le phénomène des « combattants étrangers » s’accordent à définir ces individus comme des acteurs des conflits armés y participant au sein d’une partie belligérante. Que les études se concentrent sur leur intégration à des groupes non étatiques et insurrectionnels<sup>437</sup> ou s’élargissent à leur incorporation au sein de forces armées étatiques<sup>438</sup>, ces conclusions doctrinales sont importantes en ce qu’elles s’accordent à soutenir que c’est en qualité de membre d’une force armée partie à un conflit armé que ces volontaires internationaux participent à la lutte armée.

Ce constat est essentiel : d’une part, parce que cela signifie que les statuts juridiques rattachés à ces qualités de membre de forces armées peuvent constituer une piste pertinente d’identification des « combattants étrangers » par le DIH ; d’autre part, parce qu’au regard des conclusions précédentes, ceci implique l’impossible mise en œuvre du statut de « combattant terroriste étranger » pour identifier ces individus.

Or, précisément, l’analyse des dispositions pertinentes ne peut que conduire à affirmer que ces qualités de membre de forces armées belligérantes, telles que définies par le DIH, ainsi que leurs implications quant à la réglementation de la conduite des hostilités, peuvent effectivement être appliquées auxdits « combattants étrangers » (I). De même, il faudra constater qu’il n’existe aucun obstacle, au contraire, à ce que les régimes juridiques relatifs à la protection des personnes, prévus par le DIH au bénéfice des membres d’une force armée partie à un conflit armé, soient également applicables aux membres d’origine étrangère (II). Rien ne s’oppose donc à ce que les « combattants étrangers » soient identifiés juridiquement par les statuts du droit international humanitaire en qualité de membre d’une

---

<sup>437</sup> Par exemple : HEGGHAMMER (T.), « The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad », *op. cit.*, pp. 57-58 ; MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, p. 220 ; CONTE (A.), « An old question in a new context : do States have to comply with human rights when countering the phenomenon of foreign fighters ? », *op. cit.*

<sup>438</sup> Voir par exemple : De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.), « Introduction », *op. cit.*, p. 2 ; MENDELSON (B.), « Foreign Fighters – Recent Trends », *op. cit.*, p. 190 ; BARRETT (R.), « Foreign Fighters in Syria », *op. cit.*, pp. 10-11 ; BAKKER (E.), PAULUSSEN (C.) and ENTENMANN (E.), « Dealing with European Foreign Fighters in Syria: Governance Challenges & Legal Implications », *op. cit.*, p. 2.

force armée belligérante, au détriment de la mise en œuvre du statut de « combattant terroriste étranger ».

## **I. La qualité de membre d'une force armée partie à un conflit armé et ses implications sur la conduite des hostilités pleinement applicables aux « combattants étrangers »**

Le droit international humanitaire distingue deux types de conflits armés : les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux.<sup>439</sup> C'est la nature des forces armées qui s'opposent qui permet de différencier ces types de conflits. Dans la première catégorie, seules des forces armées dites étatiques s'affrontent ; dans la deuxième catégorie, les affrontements opposent des forces armées étatiques à des forces non étatiques, ou des forces non étatiques entre-elles. Autrement dit, en DIH, deux grandes entités peuvent constituer ce qui est appelé « force armée partie à un conflit armé » : les forces armées étatiques et les forces armées non étatiques – aussi désignées sous l'appellation de « groupes armés organisés ». Dès lors, dans le cadre de l'analyse de l'étendue du statut de « combattant terroriste étranger », au regard de son inapplicabilité aux membres des forces armées parties à un conflit armé telles que définies par le *Ius in bello*, il est essentiel de relever que la qualité de membre d'une force armée étatique (A) et la qualité de membre d'un groupe armé organisé (B), telles que ces deux notions sont définies par le DIH, peuvent et doivent être effectivement reconnues aux « combattants étrangers » qui intègrent les rangs de parties belligérantes à un conflit armé. Autrement dit, des étrangers peuvent effectivement être juridiquement membres de forces armées parties à un conflit armé de sorte que les régimes d'exclusion du droit antiterroriste précités pourraient leur être applicables ; ce qui exclurait qu'ils soient identifiables par le statut de « combattant terroriste étranger ».

### **A. La qualité en droit international humanitaire de membre d'une force armée étatique applicable aux « combattants étrangers »**

Les « combattants étrangers » peuvent-ils être juridiquement considérés comme des membres d'une force armée étatique partie à un conflit armé ? Pour répondre à cette question, sans proposer un manuel exhaustif de *Ius in bello*, il faudra procéder à un rappel terminologique sur la notion juridique de *force armée étatique*, concentré sur les informations

---

<sup>439</sup> Voir *supra*, p. 17.

nécessaires à sa confrontation au phénomène des « combattants étrangers » (1). Dès lors, il faudra ensuite constater, cas concrets à l'appui, que le DIH n'exige pas que, pour être juridiquement membre d'une force armée étatique, l'individu en cause possède la nationalité de l'État auquel la force armée appartient, pas plus qu'il n'exige la preuve d'une résidence habituelle dans cet État (2). De plus, ce constat sera renforcé par l'affirmation que les règles relatives à la conduite des hostilités sont applicables sans difficulté juridique aux membres de ces forces inscrits dans le phénomène des « combattants étrangers » (3).

**1. L'étendue de la notion de force armée étatique en droit des conflits armés : rappels terminologiques**

La raison d'être du droit international humanitaire est d'encadrer les rapports, conflictuels et humanitaires, entre les différentes parties belligérantes d'un conflit armé. Ainsi, il détermine notamment les règles juridiques applicables aux activités de ces parties en lien avec leur conduite des hostilités. Pour ce faire, le *Ius in bello* s'adresse aux entités physiques qui représentent, sur le terrain, ces parties belligérantes : les forces armées. En DIH, la notion de force armée est centrale et a plusieurs sens. Le premier de ces sens en est une compréhension restreinte désignée par l'appellation force armée étatique. La notion de force armée au sens restreint correspond ainsi aux forces armées d'une Haute Partie contractante, selon les termes des Conventions de Genève, c'est-à-dire, en principe, d'un État. Force armée étatique, ou parfois aussi appelée force armée régulière, il s'agit ici de la force armée au sens classique du terme (a). Néanmoins, cette appellation de force armée régulière est aujourd'hui désuète et il faut également intégrer dans la notion de force armée étatique d'autres formes d'organisations combattantes : les milices, les corps de volontaires, les mouvements de libération nationale et les mouvements de résistance. Il faudra alors faire un retour sur les conditions de qualification de ces formes de forces armées étatiques (b).

**a. La notion de force armée étatique au sens classique du terme en droit international humanitaire**

La force armée dont il est question ici est celle de la notion historique et classique du terme, celle qui désigne le bras armé d'un État, traditionnellement seul à pouvoir lever une armée et faire la guerre. Il s'agit de la force armée telle que visée par les premières

Conventions de Genève et de La Haye antérieures à 1949. Au sens pratique du terme, cela concerne les forces armées régulières, c'est-à-dire celles qui ont été régulièrement, légalement, instituées et organisées par l'autorité publique, le gouvernement.<sup>440</sup> Elle est naturellement composée de tous les militaires reconnus comme tels par le droit interne de l'État. Elle regroupe les militaires d'active et les unités de réserve, de toutes les armes – terre, air, mer<sup>441</sup> – et de tous les corps – gendarmerie, cavalerie, infanterie, artillerie, forces spéciales ; « *toutes les personnes qui font organiquement partie de l'armée* »<sup>442</sup>.

Le droit international humanitaire précise qu'il faut également entendre par force armée étatique les forces qui ont été initialement constituées régulièrement, mais qui « *se réclament d'un gouvernement ou d'une autorité non reconnus par la Puissance détentrice* ». <sup>443</sup> Cela concernera par exemple les cas de forces armées combattant pour un Gouvernement en exil. Cette catégorie aurait alors été élaborée, selon Jean Pictet, pour couvrir la situation dans laquelle se sont trouvées les Forces françaises libres placées sous l'autorité du Général de Gaulle durant la Seconde Guerre mondiale.<sup>444</sup> Peu importe qu'aucun État, y compris les autres États parties au conflit, reconnaissent ou non cette autorité.<sup>445</sup>

Finalement, les « *forces armées d'une partie à un conflit se composent de toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette partie.* »<sup>446</sup> Aux fins de ce travail, il n'est pas nécessaire d'entrer dans plus de détail à ce stade, notamment parce que la qualité de force armée étatique d'une entité regroupant les soldats d'un État n'est

---

<sup>440</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, pp. 517-518, par. 1672.

<sup>441</sup> PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire III*, *op. cit.*, p. 58 ; DÖRMANN (K.), LIJZAAD (L.) and SASSÒLI (M.) (éd.), *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Cambridge University Press, 2016, p. 520, par. 1452.

<sup>442</sup> DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 476, par. 2.288.

<sup>443</sup> Art. 4, A., 3), Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre [Ci-après Convention de Genève III ou CG III], Genève, 12.08.1949 [Entrée en vigueur : 21.10.1950 ; Ratifications : 196] ; Art. 43 al. 1, PA I, *op. cit.*

<sup>444</sup> Voir PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire III*, *op. cit.*, pp. 69-72.

<sup>445</sup> *Ibid.*, pp. 71-72.

<sup>446</sup> Art. 43, par 1, PA I, *op. cit.* ; HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, p. 18.



pas vraiment problématique. Ceci est différent des cas relatifs aux milices, corps de volontaires, mouvements de libération nationale et mouvements de résistances ; ces entités peuvent, sous certaines conditions, obtenir la qualification de force armée étatique et ainsi conférer à leurs membres le statut de combattant.

**b. La notion de force armée étatique élargie aux milices, corps de volontaires, mouvements de libération nationale et résistants**

Le droit des conflits armés inclut dans la notion de force armée étatique les milices, corps de volontaires, mouvements de libération nationale (MLN) et les résistants.<sup>447</sup>

Lorsque ces entités armées sont en pratique intégrées à une force armée « régulière » partie à un conflit<sup>448</sup>, elles seront tout simplement assimilées à cette dernière. C'est-à-dire que ces milices et corps de volontaires seront en réalité placés sous le commandement de la force armée « régulière » et que les supérieurs hiérarchiques de celle-ci seront responsables pénalement des actes commis, dans le cadre du conflit armé, par les membres de ces milices et corps de volontaires.

Au contraire, lorsque ces entités ne sont pas intégrées à une force armée « régulière »<sup>449</sup>, elles devront alors respecter certaines conditions prédéfinies afin d'être qualifiées de forces armées étatiques parties à un conflit armé. Le propos n'est pas à ce stade d'analyser spécifiquement ces conditions, elles ne seront ici que rapidement présentées telles qu'elles sont prévues par les textes du DIH.<sup>450</sup> Ainsi, pour obtenir la qualité de force armée étatique, ces entités devront avoir « à leur tête un commandement responsable », vêtir « un

---

<sup>447</sup> DÖRMANN (K.), LIJNZAAD (L.) and SASSÒLI (M.) (éd.), *Commentary on the First Geneva Convention*, op. cit., p. 186, par. 532 ; MELZER (N.), *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction*, op. cit., p. 81 ; MELZER (N.), *Guide interprétatif sur la notion de Participation directe aux Hostilités en Droit International Humanitaire*, CICR, Genève, Octobre 2010, p. 24.

<sup>448</sup> Art. 4, A., 1), CG III, op. cit. ; Art. 43, par 1, PA I, op. cit.

<sup>449</sup> *Ibid.*, Art. 4, A., 2).

<sup>450</sup> Pour connaître l'étendue de la compréhension de ces quatre conditions, voir par exemple : PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire III*, op. cit., pp. 50-72 ; PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit., pp. 512-20, para. 1659-1675 ; MELZER (N.), *Guide interprétatif sur la notion de Participation directe aux Hostilités en Droit International Humanitaire*, op. cit., p. 24.

*signe distinctif fixe et reconnaissable à distance* », porter « *ouvertement les armes* » et se conformer « *dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre.* »<sup>451</sup>

Finalement, par ces deux développements, il faut constater qu'en DIH, la notion juridique de force armée étatique comprend l'armée étatique régulièrement constituée, les forces régulières d'une autorité non reconnue, les milices et corps de volontaires incorporés à une force régulière, et les autres milices, corps de volontaires, mouvements de libération nationale, et résistants, qui remplissent les quatre conditions qui viennent d'être énoncées. Dès lors, pour revenir au sujet initial, la question est donc de déterminer si les « combattants étrangers », des individus d'une nationalité qui n'est pas celle *a priori* de la force armée qu'ils rejoignent, et qui ne résident pas habituellement dans le territoire de l'État à qui appartient la force armée, peuvent, en droit des conflits armés, être juridiquement membres d'une telle force armée étatique. Car si la réponse était positive, non seulement un statut juridique issu de cette qualité pourrait ici être reconnu à ces « combattants étrangers », mais il apparaîtrait surtout que le statut de « combattant terroriste étranger » ne pourrait pas être utilisé dans ce travail d'identification.

## **2. L'absence absolue de conditions d'origine nationale pour l'obtention de la qualité de membre d'une force armée étatique en droit international humanitaire**

Après un rapide bilan de la relation entre le droit international humanitaire et l'origine nationale des membres d'une force armée étatique (a), il s'agira de constater à travers des cas concrets que cette question n'est ni anecdotique ni problématique, puisque des combattants d'origine étrangère ont déjà été considérés comme membre de forces armées

---

<sup>451</sup> Art. 4, A., 2) CG III, *op. cit.* ; voir également : Art. 43 PA I, *op. cit.*.

étatiques, et le sont encore aujourd'hui dans un très grand nombre de forces armées « régulières » (b).

a. Le droit international humanitaire et l'origine nationale des membres d'une force armée étatique

En droit des conflits armés, il n'existe pas de règle imposant une certaine composition nationale d'une force armée étatique pour que celle-ci soit juridiquement considérée comme une force armée partie à un conflit armé. C'est à l'autorité étatique de décider souverainement si la nationalité doit faire partie des conditions d'enrôlement dans ses forces.<sup>452</sup> Ce qui importe finalement c'est la nature de la partie, de l'autorité qu'elle représente, au nom de laquelle elle combat.<sup>453</sup> L'identité, mais surtout la nationalité, le lieu de résidence habituelle et le lien d'attachement entre le candidat et la force armée partie au conflit qu'il soutient ne sont pas réglementés par le droit international humanitaire. Ainsi, rien ne semble *a priori* s'opposer à ce qu'un individu de nationalité étrangère et ne résidant pas de manière habituelle sur le territoire de l'État partie au conflit intègre de telles entités. Bien au contraire, il faudra constater l'existence de cas historiques dans lesquels des groupes composés de volontaires étrangers ont été considérés comme des milices et corps de volontaires faisant partie intégrante d'une force armée étatique. De même, certains États prévoient spécifiquement des possibilités pour des étrangers de s'engager dans leurs forces armées, même en temps de paix. Enfin, il faut remarquer que ces pratiques illustrent parfaitement l'objection qui avait été faite lors des débats qui menèrent à l'adoption de la Convention (V) de La Haye de 1907, concernant un amendement proposant d'interdire le recrutement de ressortissants neutres – donc étrangers – au sein de force armée étatique :

« plusieurs Délégations objectèrent [...] qu'il n'y a pas de raison pour empêcher des particuliers neutres d'offrir leurs services à un belligérant et qu'il serait inadmissible, soit

---

<sup>452</sup> DÖRMANN (K.), LIJNZAAD (L.) and SASSÒLI (M.) (éd.), *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, *op. cit.*, p. 520, par. 1452.

<sup>453</sup> Voir par exemple le commentaire de Jean Pictet sur le cas des résistants : PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire III*, *op. cit.*, p. 64.

de défendre à ce dernier de les accepter, soit d'obliger un État neutre à en empêcher ses ressortissants. »<sup>454</sup>

De plus, pour terminer, si aucune référence à la nationalité, à la résidence habituelle ou plus largement aux origines n'apparaît au stade de la définition de la force armée étatique, ce n'est pas le cas des attributs spécialement rattachés au statut de combattant découlant de la qualité de membre d'une telle force. Pourtant, il faudra constater que, en pratique, les définitions de ces attributs ont été spécifiquement élaborées afin d'écartier toutes considérations relatives aux origines de l'individu en cause. Dès lors, le présent propos en est renforcé.

**b. De quelques cas d'intégrations effectives d'étrangers au sein de forces armées étatiques**

Il est apparu opportun de consacrer un développement à la situation des étrangers intégrant des forces étatiques, notamment parce qu'elle n'est en réalité pas exceptionnelle. En effet, de nombreux cas attestent de la possibilité pour des étrangers d'intégrer, en qualité de membre bénéficiant du statut de combattant, des forces armées étatiques alors que celles-ci étaient parties à un conflit armé en cours.<sup>455</sup> Ce développement permettra alors de présenter plus en détail deux cas pratiques représentatifs du propos (i). Mais il est également intéressant d'observer que la pratique consistant à intégrer des étrangers au sein de forces armées étatiques n'est absolument pas anecdotique, ou une lointaine pratique désuète, puisqu'elle est actuellement relativement répandue. Finalement, alors que la littérature actuelle se concentre essentiellement sur les étrangers qui intègrent des groupes non étatiques, il est particulièrement intéressant de constater que leur intégration à des forces étatiques est bien

---

<sup>454</sup> « Deuxième conférence internationale de la paix, 15 Juin-18 Octobre 1907 : actes et documents », La Haye, p. 81.

<sup>455</sup> Voir *supra*, pp. 6-15.

réel et que, pour ne pas laisser de zone d'ombre, il serait donc erroné de les écarter de cette étude (ii).

Avant de commencer, il faut noter en guise de remarque que les exemples dont il sera question ici concernent des individus qui, *a priori*, ne répondent pas à la qualification juridique du mercenaire qui sera traitée ultérieurement.

i) Des cas historiques d'intégration d'étrangers au sein de forces armées étatiques parties à des conflits armés en cours

L'existence de plusieurs cas a déjà été relevée en introduction et c'est pourquoi, pour des raisons de limites quantitatives, et puisque le but de ce travail n'est pas de traiter spécifiquement de la présence d'étrangers au sein des forces armées étatiques, il a été choisi de se concentrer ici sur deux cas. Ceux-ci ont été sélectionnés pour des raisons spécifiques. Le premier, le plus ancien et le plus connu, permet de proposer non seulement un cas largement accessible au lecteur mais également d'inscrire ces conclusions dans l'histoire. Le deuxième, moins connu, est important car étant beaucoup plus récent, il a fait l'objet d'une jurisprudence internationale essentielle aux présentes conclusions.

Le premier cas pertinent concerne les étrangers de la Guerre civile espagnole (1936-1939). Cet événement historique a été en partie présenté en introduction néanmoins, c'est bien des Brigades internationales dont il est cette fois-ci question. Constituées d'individus d'origine diverse venus défendre la cause des républicains, ces unités ont vu passer 35.000 étrangers<sup>456</sup> et ont été intégrées aux forces armées républicaines par Décret publié au journal officiel le 27 septembre 1937, en remplacement du *Tercio*, la Légion étrangère espagnole positionnée du côté des nationalistes.<sup>457</sup> Ces milices et corps de volontaires, composés d'étrangers, constituaient une part des forces armées républicaines qui étaient à cette date encore les forces armées étatiques espagnoles ; entre 1936 et 1939, ce sont les forces armées

---

<sup>456</sup> ROUSSILLON (S.), *Les « Brigades Internationales » de Franco*, op. cit., p. 342.

<sup>457</sup> *Ibid.*, p. 58, note de bas de page 53.

franquistes qui, en tant que force « régulière » ayant fait dissidence, représentent la partie non étatique à ce conflit interne.<sup>458</sup>

Cet exemple, parce qu'il prend précisément place avant l'adoption des quatre Conventions de Genève, est particulièrement riche en enseignements. Il ressort en effet des débats et discussions qui ont mené à leur adoption que la situation des étrangers participant à un conflit armé au sein des forces armées étatiques d'une partie belligérante n'a pas été abordée et n'a pas posé problème : aucun statut particulier concernant leur situation n'a été évoqué et il n'a pas été proposé de les exclure de la qualité de membre de telles forces.<sup>459</sup> Le même constat s'appliquait en 1977 lorsque les deux Protocoles additionnels ont été adoptés.<sup>460</sup> Or, cela démontre qu'à l'heure de l'adoption des nouvelles Conventions de Genève, et alors que le conflit en Espagne avait attiré plus d'une centaine de milliers de combattants d'origine étrangère<sup>461</sup>, il n'a pas été jugé nécessaire de s'assurer que ces étrangers ne puissent pas être considérés comme membres à part entière de forces armées étatiques en vertu du droit des conflits armés. D'ailleurs, il n'y avait juridiquement pas

---

<sup>458</sup> Sur ce point, voir notamment : DAVID (E.), « La condition juridique des volontaires belges pendant la guerre d'Espagne », *op. cit.*, pp. 39-80.

<sup>459</sup> La lecture des travaux préparatoires aux quatre Conventions de Genève de 1949 permet d'observer qu'aucune proposition dans le sens d'un statut spécifique aux étrangers combattants dans un conflit armé international ou interne n'a été faite, pas plus que ne fut exprimée une volonté d'exclure les étrangers du bénéfice de la qualité de membre d'une force armée étatique, voir par exemple : « Conférence préliminaire des sociétés nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge », Procès-verbaux, Genève, 26 juillet au 3 août 1946 ; « Commission d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre – Convention de Genève de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre – Volumes II et III », Document préliminaire fourni par le Comité International de la Croix-Rouge, CICR, Genève, 14-16.04.1947 ; « Rapport sommaire sur les travaux de la Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre », CICR, Genève, 14-26 avril 1947 ; « Commission conjointe chargée d'examiner les textes des projets de Conventions à soumettre à la XVII<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge », Procès-verbaux, Sténogramme de la session tenue à Genève les 15 et 16 septembre 1947, CICR, Genève, Décembre 1947 ; « Commission juridique – Sténogramme des séances », XVII<sup>ème</sup> Conférence Internationale de la Croix-Rouge, CICR, Stockholm, Août 1948 ; « Résumé des débats des sous-commissions de la Commission juridique », XVII<sup>ème</sup> Conférence Internationale de la Croix-Rouge, CICR, Stockholm, Août 1948, pp. 24-48 ; « Projets de Conventions révisées ou nouvelles protégeant les victimes de la guerre », Textes approuvés et amendés par la XVII<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge, CICR, Genève, Octobre 1948.

<sup>460</sup> Comme pour les quatre Conventions de Genève, les travaux préparatoires aux Protocoles additionnels de 1977 ne font état d'aucun débat pertinent en ce sens, voir par exemple : « Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés », Genève, CICR, 1974-1977.

<sup>461</sup> Voir *supra*, pp. 10-15.

d'obstacle à ce que les volontaires internationaux, malgré leur origine étrangère, bénéficient du même statut juridique que les autres membres – espagnols – des forces armées qu'ils intégraient.<sup>462</sup> De surcroît, non seulement les statuts pouvaient être appliqués, mais les parties belligérantes ont précisément fait des déclarations en ce sens. Les républicains étant allés jusqu'à décider « *le 9 août 1936 d'octroyer [le statut de prisonnier de guerre] aux combattants [nationalistes espagnols] capturés, les volontaires étrangers y avaient donc droit en cas de capture.* »<sup>463</sup> Ils ont donc reconnu plus que ce que le DIH ne prévoyait comme minimum à cette époque. Ainsi,

« membres des Brigades internationales, étrangers du Tercio ou membres des unités régulières allemandes, italiennes et portugaises, aucun d'eux ne pouvait, en cas de capture, faire l'objet d'un traitement plus défavorable que celui réservé aux combattants espagnols ». <sup>464</sup>

À titre anecdotique, il est intéressant de noter qu'en vertu de l'article L311-1 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre de la République Française, « *ont vocation à la qualité de combattant [...] les Français ayant pris une part effective aux combats aux côtés de l'armée républicaine espagnole durant la guerre civile* » au même titre que les militaires des armées françaises.

Finalement, ce cas historique, illustrant le choix de donner le même statut juridique aux étrangers et aux membres nationaux des « *forces armées régulières des parties au conflit* »<sup>465</sup> qu'ils rejoignent, et le fait de ne pas revenir sur cette pratique lors de l'adoption des Conventions de Genève en 1949, soutiennent l'hypothèse de ce développement. D'ailleurs, le second cas pratique qui va suivre permet de renforcer ce propos.

Ce second cas concerne les moudjahidin volontaires internationaux<sup>466</sup>, environ 5.000, qui ont intégré l'*Armija Bosne i Hercegovine* (ABiH, Armée de Bosnie-Herzégovine créée

---

<sup>462</sup> DAVID (E.), « La condition juridique des volontaires belges pendant la guerre d'Espagne », *op. cit.*, pp. 58-59.

<sup>463</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>464</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>465</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>466</sup> TPIY, *Le Procureur c. E. Hadzihasanović et A. Kubura*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°IT-01-47-T, 15.03.2006, para. 411 et 413 : Depuis 1992, des « *Moudjahidines étrangers [venant] de pays*

en 1992) entre 1992 et 1995, avec pour cause à défendre la protection des bosniaques musulmans victimes directes des affrontements.<sup>467</sup> Cas historique plus modeste, quantitativement, que ceux d'Espagne, de Syrie et d'Irak, il n'en est pas moins essentiel à l'illustration de ce propos. Cette fois-ci postérieur à l'adoption des grands textes de DIH aujourd'hui en vigueur sur le statut des membres d'une force armée étatique, cet exemple permet de constater que la composition nationale d'une entité armée n'est pas un obstacle à ce qu'elle constitue une force armée étatique – en l'occurrence l'unité d'une telle force.

Plusieurs conflits armés internationaux et non internationaux se sont déroulés en même temps sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine durant cette période. La qualification des conflits armés de ce cas n'influençant pas le propos, elle ne sera pas traitée. En effet, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a soutenu que « *la Bosnie-Herzégovine était une entité politique organisée, en tant que l'une des républiques de la République socialiste fédérative de Yougoslavie* »<sup>468</sup> et qu'un « *conflit armé international [...] opposait [ses] forces [...] à celles de la République fédérale de Yougoslavie, la JNA [...] alliées à divers éléments paramilitaires et aux forces des Serbes de Bosnie* »<sup>469</sup>. Dès lors, qu'elle soit partie à un CAI ou un CANI, l'ABiH constituait une force armée étatique et c'est l'intégration des volontaires internationaux en son sein qui importe ici. Deux éléments peuvent ici être relevés.

Le premier élément concerne la possibilité donnée aux volontaires étrangers d'intégrer directement les rangs de l'armée « régulière » bosniaque. S'il existe en réalité de nombreuses situations où des armées nationales ouvrent leur recrutement à des étrangers, ceci est généralement mis en place et régularisé en temps de paix alors que, dans le cas présentement étudié, cette ouverture s'est faite au cours même d'un conflit armé afin de

---

*nord-africains, du Proche-Orient ou du Moyen-Orient, à savoir l'Algérie, l'Afghanistan, l'Arabie Saoudite, le Qatar, l'Égypte, l'Iran, le Pakistan, la Tunisie et le Yémen [ainsi que] de pays européens* » sont venus participer au conflit armé en Bosnie-Herzégovine. Voir également l'affaire : TPIY, *Le Procureur c. R. Delić*, Jugement, Chambre de première instance I, Affaire n°IT-04-83-T, 15.09.2008.

<sup>467</sup> TPIY, *Le Procureur c. R. Delić*, Affaire n°IT-04-83-T, *op. cit.*, par. 167 ; De ROY Van ZUIJDEWIJN (J.) and BAKKER (E.), « Returning Western Foreign Fighters: The case of Afghanistan, Bosnia and Somalia », *op. cit.*, p. 4.

<sup>468</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°IT-94-1-T, 07.05.1997, par. 563.

<sup>469</sup> *Ibid.*, par. 569.



prendre en charge le phénomène des « combattants étrangers ». Ainsi, « l'article 31 [du décret-loi du 1<sup>er</sup> août 1992] prévoyait que des étrangers puissent rejoindre les rangs de l'armée en temps de guerre. »<sup>470</sup> Le TPIY n'a alors pas relevé d'incompatibilité entre les origines étrangères de ces individus et la qualité juridique de force armée étatique d'une partie à un conflit.<sup>471</sup> *A contrario*, dans l'*Affaire Hadzihasanović*, il a précisément établi que ces étrangers faisaient *de jure* et/ou *de facto* partie de l'ABiH<sup>472</sup>, afin de déterminer si la responsabilité pénale de l'accusé pouvait être engagée pour leurs violations du DIH. Or, la qualité d'étrangers de ces individus n'a présenté aucun obstacle sur cette question et n'a été prise en compte que pour inciter à une attention plus approfondie quant au test du contrôle effectif de l'accusé sur ces « combattants étrangers » pour affirmer sa responsabilité.<sup>473</sup> La même question a également concerné, deux ans plus tard, l'*Affaire Delić*.<sup>474</sup>

Le second élément a ceci de particulièrement intéressant qu'il traite du rattachement à l'ABiH, la force armée « régulière » bosniaque, d'un corps de volontaires composé de « combattants étrangers ». Il s'agit ici de l'unité militaire 5689, autrement appelée l'unité *El Moudjahidin*, créée par ordre du Général Delić le 13 août 1993 et placée sous le commandement du 3<sup>e</sup> corps d'armée de l'ABiH<sup>475</sup>, qui acte l'intégration d'un groupe de volontaires étrangers à la force armée étatique. Ainsi,

« il ressort de l'ordre de Delić que le nouveau détachement relève directement de l'autorité du 3<sup>e</sup> Corps, étant donné que ce détachement dépendait du soutien logistique de ce corps. Un deuxième facteur démontrant ce lien direct avec le 3<sup>e</sup> Corps est la dénomination donnée par le 3<sup>e</sup> Corps d'"unité indépendante El Moudjahidin". Ce lien est encore confirmé par le

---

<sup>470</sup> TPIY, *Le Procureur c. E. Hadzihasanović et A. Kubura*, Affaire n°IT-01-47-T, *op. cit.*, par. 468. Il faut néanmoins noter que peu d'étrangers auraient été recrutés par cette voie, voir *Idem.*, para. 470-478. Voir également l'affaire TPIY, *Le Procureur c. R. Delić*, Affaire n°IT-04-83-T, *op. cit.*

<sup>471</sup> SOMMARIO (E.), « *The status of Foreign Fighters under International Humanitarian Law* », in De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.) (éds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, *op. cit.*, p. 149.

<sup>472</sup> TPIY, *Le Procureur c. E. Hadzihasanović et A. Kubura*, Affaire n°IT-01-47-T, *op. cit.*, para. 463-488, 489-805 et 806-853.

<sup>473</sup> *Ibid.*, para. 844-853.

<sup>474</sup> TPIY, *Le Procureur c. R. Delić*, Affaire n°IT-04-83-T, *op. cit.*

<sup>475</sup> TPIY, *Le Procureur c. E. Hadzihasanović et A. Kubura*, Affaire n°IT-01-47-T, *op. cit.*, para. 813-815, voir notamment les notes de bas de page n°1647 et 1648 aux pages 267-268 ; TPIY, *Le Procureur c. R. Delić*, Affaire n°IT-04-83-T, *op. cit.*, par. 177.

fait que le 3<sup>e</sup> Corps décidait de l'affectation du détachement dans les opérations de combats. »<sup>476</sup>

À partir de l'ordre du 13 août 1993 cette unité, composée de volontaires internationaux et au sein de laquelle « *ceux qui commandent [...] sont tous des étrangers* »<sup>477</sup>, dont certains membres ont bénéficié de promotions spécifiquement destinées aux membres de l'ABiH sur « *décision prise par le Président de la [République de Bosnie-Herzégovine] le 5 août 1994* »<sup>478</sup>, et qui bénéficiait d'une large autonomie dans le choix de ses batailles et dans la manière de les mener<sup>479</sup>, est officiellement et légalement intégrée à l'organisation et au commandement des forces armées étatiques bosniaques.<sup>480</sup> En ce sens, cette unité semble parfaitement répondre aux cas présentés précédemment des milices et autres corps de volontaires rattachés à une force armée « régulière » et considérée par le DIH comme une force armée étatique conférant à ses membres la qualité de combattant au sens strict. Ainsi, le TPIY relevait qu'à partir du 13 août de cette année, « *le détachement El Moudjahidin était de jure sous le commandement de l'Accusé* »<sup>481</sup> qui « *exerçait un contrôle effectif sur les membres du détachement* ». <sup>482</sup> Dès lors, puisque « *le traitement réservé [aux membres étrangers de ce détachement] aurait été le même que celui vis-à-vis des autres membres* »<sup>483</sup> de l'ABiH, alors la responsabilité de l'accusé en tant que supérieur hiérarchique pouvait être engagée au regard des violations du DIH commises par ces volontaires internationaux. Une interprétation identique a été donnée par le TPIY lors de l'*Affaire Delić* : en qualité de chef d'état-major de la force armée étatique de Bosnie-Herzégovine, le prévenu a été condamné

---

<sup>476</sup> TPIY, *Le Procureur c. E. Hadzihasanović et A. Kubura*, Affaire n°IT-01-47-T, *op. cit.*, par. 815.

<sup>477</sup> *Ibid.*, par. 819 ; LI (D.), « Jihad in a World of Sovereigns: Law, Violence, and Islam in the Bosnia Crisis », *op. cit.*, p. 15 : il y aurait eu à son pique environ 400 à 500 étrangers en même temps au sein de cette unité.

<sup>478</sup> TPIY, *Le Procureur c. E. Hadzihasanović et A. Kubura*, Affaire n°IT-01-47-T, *op. cit.*, par. 822.

<sup>479</sup> *Ibid.*, para. 815, 824, 833-834, 849 ; au paragraphe 849 du jugement, la Chambre note le point très intéressant que cette unité

« se réservait le droit de participer ou de ne pas participer à des combats. Le contact et la communication avec ses membres étaient difficiles. Ceux-ci exigeaient des missions spéciales et portaient parfois du champ de bataille sans soumettre des rapports sur le déroulement des combats. »

<sup>480</sup> MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, pp. 187-188.

<sup>481</sup> TPIY, *Le Procureur c. E. Hadzihasanović et A. Kubura*, Affaire n°IT-01-47-T, *op. cit.*, par. 843.

<sup>482</sup> *Ibid.*, par. 853.

<sup>483</sup> *Ibid.*, par. 852.

pour les crimes de guerre et les violations des lois et coutumes de la guerre commis par les étrangers de l'unité *El Moudjahidin*.<sup>484</sup>

Ce qu'il faut conclure de ces deux éléments n'est pas que le TPIY a directement ou spécifiquement affirmé la possibilité pour les « combattants étrangers » d'être qualifiés de combattants membres d'une force armée étatique ; en ce sens, aucune affaire du tribunal n'a été instruite en vue d'engager la responsabilité pénale individuelle de ces combattants eux-mêmes. En pratique, ces deux décisions permettent de souligner la conclusion du TPIY, à savoir qu'aucune disposition du DIH ne s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité pénale. Toutefois, en s'interrogeant, à cette fin, sur le lien entre l'ABiH et son unité de « combattants étrangers », et en concluant à l'existence d'un contrôle effectif suffisant, la conclusion du Tribunal signifie que ce corps de volontaires étrangers organisé et hiérarchisé était bien rattaché *de lege et de facto* à l'armée régulière. Or, au regard des développements précédents, ceci doit mener à soutenir que ces étrangers avaient la qualité de membre d'une force armée étatique. Ainsi, si les étrangers ne pouvaient pas être juridiquement membres d'une force armée étatique, le TPIY n'aurait pas eu à s'interroger sur l'intégration effective ou non de leur unité au sein de l'ABiH. De plus, à l'occasion de l'*Affaire Blaskić*, le TPIY a reconnu l'application du statut de prisonnier de guerre aux membres de la 7<sup>ème</sup> Brigade Musulmane du 3<sup>ème</sup> Corps d'armée de l'ABiH<sup>485</sup>, ce qui inclut les volontaires étrangers de l'unité *El Moudjahidin* « *composante musulmane de l'armée de Bosnie-Herzégovine* »<sup>486</sup> ; statut qui n'est accordé, en vertu du DIH, qu'aux membres d'une force armée partie à un conflit armé international<sup>487</sup>.

---

<sup>484</sup> TPIY, *Le Procureur c. R. Delić*, Affaire n°IT-04-83-T, *op. cit.*, par. 596 ; pour une lecture du raisonnement de la Chambre, voir notamment les paragraphes suivants : 165, 173-174, 364, 380, 386, 460-461, 465-466 et 468. Voir également BERGHEZAN (G.), « Bosnie-Herzégovine, 25 ans plus tard : De la guerre à une difficile réconciliation », *Les Rapports de GRIP*, 2017/3, p. 46.

<sup>485</sup> TPIY, *Le Procureur c. T. Blaskić*, Jugement, Chambre de première instance I, Affaire n°IT-95-14-T, 03.03.2000, par. 147 ; SOMMARIO (E.), « *The status of Foreign Fighters under International Humanitarian Law* », *op. cit.*, p. 149.

<sup>486</sup> *Ibid.*, par. 78 ; à la page x de l'annexe, cette même décision précise que des « *soldats étrangers (Moudjahidin)* » composent cette unité.

<sup>487</sup> Voir *infra*, pp. 184-186.

Finalement, il faut conclure de l'analyse des textes du droit des conflits armés que rien dans leur contenu ne s'oppose à ce que des membres d'origine étrangère composent une force armée étatique. Ces deux cas historiques témoignent, à leur niveau, que les variations dans les compositions ethniques ou nationales de forces « régulières » n'ont pas été perçues comme un obstacle à ce que leur soit reconnue la qualité juridique de force armée étatique en vertu du *Ius in bello*. L'ampleur du phénomène des volontaires internationaux durant la Guerre d'Espagne n'a, *a priori*, provoqué aucune prise de position chez les rédacteurs des Conventions de Genève de 1949 pour que soit adopté un statut juridique spécifique à leur situation, probablement parce que cela n'était juridiquement pas nécessaire ; les statuts existants leur étant déjà applicables et appliqués, comme l'a confirmé le cas de la Bosnie-Herzégovine. Avant de renforcer cette position en s'attardant sur les attributs du statut découlant de cette qualité de membre d'une force armée étatique – leurs définitions n'offrant aucune objection, bien au contraire, à ce qu'ils soient accordés à des étrangers – il faut rapidement observer que les réglementations nationales sont d'ailleurs actuellement nombreuses à permettre l'intégration d'étrangers au sein de forces armées étatiques.

**ii) Les cas actuels de recrutement d'étrangers au sein de forces armées étatiques**

L'intérêt de ce développement est de constater que la pratique consistant pour des forces « régulières » à recruter des étrangers est en réalité encore aujourd'hui répandue, sans que les origines étrangères de certains membres ne semblent devoir constituer un obstacle à ce qu'ils en obtiennent effectivement la qualité de membre ou que l'entité qu'ils intègrent conserve sa qualité de force armée étatique.

Des recherches non exhaustives<sup>488</sup> ont permis de recenser une vingtaine de forces armées étatiques bénéficiant de régimes juridiques leur permettant d'incorporer dans leurs rangs des individus ne justifiant pas de liens d'attache antérieurs avec l'État auquel la force appartient.<sup>489</sup> Les possibilités sont plus ou moins larges, les conditions plus ou moins variées,

---

<sup>488</sup> Au-delà des limites rencontrées pour trouver l'information elle-même, la barrière de la langue n'a pas permis de prendre connaissance des législations sur cette question de tous les États.

<sup>489</sup> Par ordre alphabétique : Australie, Bahreïn, Belgique, Bolivie, Canada, Chypre, Danemark, Émirats Arabes Unis, Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Grèce, Inde, Irlande, Israël, Luxembourg, Nouvelle Zélande, Norvège, Royaume-Uni, Russie, Serbie, Singapour, Ukraine, Vatican.

allant de la nécessité de parler une langue particulière, à l'exigence d'être résident permanent d'un certain État tiers, d'avoir une religion précise ou encore d'avoir une nationalité étrangère spécifique. Ainsi par exemple : les citoyens britanniques, australiens, américains et canadiens peuvent intégrer les forces armées de la Nouvelle Zélande<sup>490</sup> ; l'Australie recrute les étrangers qui ont servi dans une force armée étrangère<sup>491</sup> ; l'Irlande accepte dans ses forces les individus disposant de la nationalité d'un des États membres de l'Union européenne, de la Norvège, de l'Islande et du Liechtenstein<sup>492</sup> ; de manière similaire, la Belgique accepte tout ressortissant de l'Union européenne, de la Norvège, de l'Islande, du Liechtenstein et de la Suisse<sup>493</sup> ; l'Inde ouvre le recrutement aux népalais ainsi que, selon les années, à des étrangers d'origine spécifique<sup>494</sup> ; le Royaume-Uni recrute les Gurkhas, ressortissants népalais, dans les rangs de l'une des unités de la *Brigade of Gurkhas*<sup>495</sup> et les ressortissants Irlandais et du Commonwealth peuvent intégrer les forces armées au même titre que les nationaux britanniques<sup>496</sup> ; depuis 2015, la Russie autorise les étrangers de toute nationalité parlant le russe à intégrer les forces armées étatiques<sup>497</sup> ; les rangs des forces armées du Bahreïn sont ouverts au recrutement d'étrangers sunnites<sup>498</sup> ; enfin la France recrute très largement des

---

<sup>490</sup> Site internet de la Force de Défense de Nouvelle Zélande : « [defencecareers.mil.nz](http://defencecareers.mil.nz) », Rubrique « How to join », Onglet « Overseas Applicants ». [Consulté le 03.10.2019]

<sup>491</sup> Site internet de l'armée australienne : « [army.defencejobs.gov.au](http://army.defencejobs.gov.au) », Rubrique « Joining & Training », Onglet « Citizenship », « Options for non-citizens ». [Consulté le 03.10.2019]

<sup>492</sup> Site internet de la Defence Force Ireland : « [military.ie](http://military.ie) », Rubrique « Careers », « Faq », « Eligibility », « Who can apply for enlistment into the Defence Forces ? ». [Consulté le 03.10.2019]

<sup>493</sup> Site internet de la Défense belge : « La Défense », « [mil.be](http://mil.be) », Rubrique « Jobs », Onglet « Comment postuler ? », « Si vous n'avez pas la nationalité belge ». [Consulté le 03.10.2019]

<sup>494</sup> Army Act 1950, Act n°46 of 1950, 20.05.1950, Chapter III, Section 11 ; voir également Indian Army, *Army Education Corps (AEC-122)*, January 2016, 2. Eligibility, (a) Nationality : en janvier 2016, le recrutement était par exemple ouvert aux

« subject of Bhutan, or [...] person [...] who has migrated from Pakistan, Burma, Sri Lanka and East African countries of Kenya, Uganda, the United Republic of Tanzania, Zambia, Malawi, Zaire and Ethiopia and Vietnam ».

<sup>495</sup> Site internet de la British Army : « [army.mod.uk](http://army.mod.uk) », Rubrique « Who we are », Onglet « Corps, Regiments & Units », « Brigade of Gurkhas ». [Consulté le 03.10.2019]

<sup>496</sup> Site internet de la British Army : « [apply.army.mod.uk](http://apply.army.mod.uk) », Rubrique « How to join », Onglet « Can I join », « Nationality ». [Consulté le 03.10.2019]

<sup>497</sup> Décret présidentiel n°3, Fédération de Russie, 02.01.2015 ; Décret présidentiel n°469, Fédération de Russie, 08.10.2017.

<sup>498</sup> BARANY (Z.), « The Bahrain Defence Force: The Monarchy's Second-to- Last Line of Defense », *Center for Strategic and International Studies*, Burke Chair in Strategy, 09.12.2016, 49 p.

ressortissants de tous les États du monde pour intégrer la Légion étrangère sans condition de langue ou de nationalité<sup>499</sup>.

S'il est important d'évoquer la situation des forces armées étatiques recrutant actuellement et en temps de paix des individus d'origine étrangère, c'est parce que leur position reste similaire – si ce n'est identique – à celle de ceux qui intègrent des étrangers en temps de guerre. Effectivement, en pratique quelle est la différence entre, d'une part, un individu qui intègre une force armée actuellement partie à un conflit par idéologie et, d'autre part, un individu qui intègre une force parce qu'il croit dans les valeurs, l'idéologie, la politique ou tout autre cause<sup>500</sup> qu'elle sera amenée à défendre dans les éventuels conflits dans lesquels elle pourrait être engagée en qualité de partie belligérante ?<sup>501</sup> Qui plus est, si pour l'instant ces recrutements ont lieu en temps de paix, rien n'indique qu'ils n'auront plus cours en temps de guerre. Ainsi, analyser leur situation aujourd'hui permet de prévoir juridiquement les statuts applicables plus tard, si ces forces entrent en conflit. D'ailleurs, les deux cas historiques mentionnés précédemment témoignent qu'il n'est pas fantaisiste de supposer que ces recrutements seront maintenus car, dans des cas où ils n'étaient pas spécifiquement réglementés en temps de paix, des mesures ont été prises pour le permettre en tant de guerre.

Surtout, il faut relever l'importance de ce constat au regard des conclusions du chapitre précédent. Rien dans la définition du statut de « combattant terroriste étranger » ne

---

<sup>499</sup> Ordonnance n°2007-465 relative au personnel militaire, modifiant et complétant la partie législative du code de la défense et le code civil, 29.03.2007, voir Annexe, Partie 4 – Le personnel militaire, Livre 1er – Statut général des militaires, Titre 4 – Dispositions particulières à certaines catégories de militaires, Chapitre 2 – Militaire servant à titre étranger, Art. 83 de la Loi n°2005-270 du 24 mars 2005, L.4142-1 ; Voir également : site internet de la Légion étrangère, « Recrutement Légion Étrangère », « legion-recrute.com », Rubrique « Conditions d'engagement », « Conditions administratives ». [Consulté le 03.10.2019] ; il y aurait actuellement des étrangers de plus de 160 nationalités différentes au sein de la Légion étrangère française, voir LAGNEAU (L.), « En 2018, la Légion étrangère aura "retrouvé ses effectifs d'il y a 20 ans" », *Zone Militaire*, site internet Opex360.com, 28.04.2017. [Consulté le 03.10.2019]

<sup>500</sup> On peut penser ici comme cause à défendre la survie d'un État particulier, en ce qu'il matérialise une culture précise, une forme de société particulière ou de système politique, un ensemble de valeurs, ou tout autre élément tel qu'il correspond aux développements qui ont été tenus sur le critère de l'idéologie des définitions doctrinales du « combattants étrangers ».

<sup>501</sup> Quand bien même un État affirmerait la raison d'être purement défensive de ses forces armées, il n'en demeure pas moins qu'elle a vocation à intervenir en qualité de partie à un conflit armé même lorsque celui-ci résulte d'une agression.

permet d'affirmer qu'il n'est pas applicable aux individus se rendant à l'étranger pour intégrer une entité étatique ; le qualificatif *terroriste* ne permet pas de s'assurer qu'un État n'appliquera pas sa définition du terrorisme à la force armée étatique d'un autre État.<sup>502</sup> Finalement, au regard de la large pratique actuelle de recrutement d'étrangers au sein de force armée étatique, les limites soulevées à l'encontre du statut de « combattant terroriste étranger » tel qu'il est aujourd'hui défini n'apparaissent que plus importantes. Car, de fait, ces forces armées étatiques ouvrent la qualité de membre à des individus quittant l'État dont ils ont la nationalité ou la résidence habituelle, pour se rendre dans un État dont ils n'ont pas la nationalité et où ils n'ont pas leur résidence habituelle, afin de prendre part à un conflit armé au sein d'une partie dont ils approuvent la cause à défendre, avec la particularité ici que le conflit n'a pas nécessairement déjà éclaté. Ainsi, ce constat n'appelle que plus encore à ce que les régimes d'exclusion présents dans les Conventions sectorielles du droit antiterroriste ne soient reconnus comme pleinement applicables pour délimiter l'étendue du nouveau statut de « combattant terroriste étranger ».

Pour conclure, l'analyse des textes juridiques sur la notion de force armée étatique en DIH ne permet de constater aucun obstacle à ce que cette qualité soit reconnue à une force incorporant des membres d'origine étrangère. Qui plus est, il a été relevé un certain nombre de cas attestant que c'est une pratique courante et admise que des forces armées étatiques intègrent dans leurs rangs des étrangers, au sein d'unités « régulières » ou d'unités spécifiques. Les « combattants étrangers » peuvent donc effectivement être membres d'une force armée étatique. D'ailleurs, c'est probablement parce qu'il n'y a aucun obstacle et que cela constitue une pratique bien établie et actuelle que les débats se concentrent exclusivement sur les « combattants étrangers » intégrant non pas des forces armées étatiques mais des groupes non étatiques. Pour autant, il convient de renforcer ces conclusions en constatant que, non seulement rien dans les définitions de la force armée étatique et de membre de celle-ci n'entre en contradiction avec le phénomène des « combattants étrangers », mais que, par surcroît, les règles relatives à la conduite des hostilités incombant

---

<sup>502</sup> Voir *supra*, pp. 97-105.

aux membres de forces armées étatiques peuvent également s'appliquer pleinement à leurs membres étrangers.

### **3. Les origines nationales étrangères de membres de forces armées étatiques sans incidence sur la réglementation de la conduite des hostilités**

Il ne s'agira pas ici de présenter l'ensemble des dispositions prévues par le droit international humanitaire pour réglementer la manière dont les parties peuvent s'affronter. D'une part, parce que de simples lectures des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels, ainsi que des Conventions de La Haye et des conventions internationales traitant des utilisations de certains moyens et de certaines méthodes de combat, de même que des manuels du droit des conflits armés, permettent de constater que les origines d'un individu ne sont jamais présentées, par elles-mêmes, comme un critère conditionnant la licéité ou l'illicéité d'un acte hostile. Il n'est dès lors pas utile de revenir en détail sur l'interdiction par exemple de la famine, de la perfidie ou de munitions qui s'épanouissent ou s'aplatissent. D'autre part, parce que l'encadrement juridique des actes de violence réalisés pendant un conflit armé par les « combattants étrangers » sera précisément le sujet de la seconde partie de ce travail.

Toutefois, il faut revenir sur un élément primordial de la réglementation relative à la conduite des hostilités et ses implications juridiques directes vis-à-vis de l'étude des « combattants étrangers » : le principe de distinction. Dans le cadre de la conduite des hostilités, ce principe impose de distinguer, lors des attaques : les biens entre eux-mêmes d'une part ; les personnes entre elles-mêmes d'autre part.

À propos de la distinction entre les biens, il est intéressant de se référer à la règle n°7 de l'étude<sup>503</sup> conduite par le CICR sur la coutume en droit international humanitaire qui, malgré sa valeur non contraignante, propose une analyse pratique et utile. Résultant d'une

---

<sup>503</sup> HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, op. cit.



étude de l'ensemble des textes juridiques du DIH, cette règle rappelle qu'en conflit armé international<sup>504</sup> et non international<sup>505</sup>,

« les parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires. Les attaques ne peuvent être dirigées que contre des objectifs militaires. Les attaques ne doivent pas être dirigées contre des biens de caractère civil. »<sup>506</sup>

À l'instar des propos précédents, il faut relever que l'obligation de procéder à cette distinction lors des attaques est formulée à l'encontre des « *parties au conflit* », des forces armées de manière générale, et non pas à l'encontre de certains membres de ces forces selon d'hypothétiques critères de nationalité, d'origine ou d'idéologie. De plus, le principe de distinction ne conditionne pas l'interdiction des attaques contre les biens de caractère civil à la nationalité, l'origine ou l'idéologie de son éventuel propriétaire, occupant ou utilisateur. En pratique, la mise en œuvre de cette obligation de distinction entre les biens repose uniquement sur la définition des objectifs militaires qui

« sont limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction

---

<sup>504</sup> Art. 48, PA I, *op. cit.* ; Art. 52, par. 2, PA I, *op. cit.* ; Art. 3, par. 7, Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996 [Ci-après Protocole II à la Convention sur les armes classiques, tel qu'il a été modifié (1996)] annexé à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, Genève, 03.05.1996 [Entrée en vigueur : 03.12.1998 ; États parties : 106] ; Art. 2, par. 1, Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires [Ci-après Protocole III à la Convention sur les armes classiques telle que modifiée (1980)], Genève, 10.10.1980 [Entrée en vigueur : 02.12.1983 ; Ratifications : 125 ; Signatures : 50] ; Art. 8, par. 2, al.b), ii), Statut de Rome de la Cour pénale internationale [Ci-après Statut de Rome], Rome, 17.07.1998, [Entrée en vigueur : 01.07.2002 ; Parties : 123 ; Signatures : 137] ; CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, voir notamment par. 92.

<sup>505</sup> Art. 13, par. 1, Protocole Additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non-internationaux [Ci-après Protocole additionnel II ou PA II], 08.06.1977 [Entrée en vigueur : 07.12.1978 ; Ratifications : 169] ; Art. 3, par. 7, Protocole II à la Convention sur les armes classiques, tel qu'il a été modifié (1996), *op. cit.* ; Art. 2, par. 1, Protocole III à la Convention sur les armes classiques telle que modifiée (1980), *op. cit.* ; Art. 6, al. 1, a), Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 26.03.1999 [Entrée en vigueur : 09.03.2004 ; Ratifications : 82] ; Art. 8, par. 2, al. e), xii), Statut de Rome, *op. cit.*

<sup>506</sup> HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, p. 35, règle n°7.

totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis. »<sup>507</sup>

Concernant le principe de distinction entre les personnes, c'est cette fois-ci à la règle n°1 de l'étude précitée sur la coutume en DIH qu'il faut se référer. Il s'agit d'affirmer qu'en conflit armé international<sup>508</sup> et non international<sup>509</sup>,

« les parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre civils et combattants. Les attaques ne peuvent être dirigées que contre des combattants. Les attaques ne doivent pas être dirigées contre des civils. »<sup>510</sup>

La notion de « civil » est définie négativement comme désignant « *les personnes qui ne sont pas membres des forces armées* ». <sup>511</sup> Dès lors, sont des combattants en DIH et aux fins du principe de distinction « *tous les membres des forces armées d'une partie au conflit [...] à l'exception du personnel sanitaire et religieux* ». <sup>512</sup> Il faut alors se concentrer sur ces deux affirmations : « *tous les membres des forces armées* » sont des combattants (a), « *à l'exception du personnel sanitaire et religieux* » membre d'une force armée étatique (b).

#### a. La qualité de combattant reconnue à tous les membres des forces armées étatiques

L'identification des membres des forces armées étatiques pouvant être qualifiés de combattants aux fins du principe de distinction est un processus relativement aisé dans un conflit armé international. En effet, ce processus découle directement du statut de combattant

---

<sup>507</sup> HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, p. 40, règle n°8.

<sup>508</sup> Déclaration de Saint Petersburg, *op. cit.*, préambule ; Art. 48, PA I, *op. cit.* ; Art. 51, par. 2, PA I, *op. cit.* ; Art. 52, par. 2, PA I, *op. cit.* ; Art. 8, par. 2, al. b), i), Statut de Rome, *op. cit.*.

<sup>509</sup> Art. 13, par. 2, PA II, *op. cit.* ; Art. 3, par. 7, Protocole II à la Convention sur les armes classiques, tel qu'il a été modifié (1996), *op. cit.* ; Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction [Ci-après Convention d'Ottawa], Ottawa, 18.09.1997, préambule [Entrée en vigueur : 01.03.1999 ; Ratifications : 164] ; Art. 8, par. 2, al. e), i), Statut de Rome, *op. cit.*

<sup>510</sup> HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, p. 3, règle n°1.

<sup>511</sup> *Ibid.*, p. 23, règle n°5.

<sup>512</sup> *Ibid.*, p. 415, règle n°3.

au sens strict conféré aux membres des forces armées lorsqu'elles sont parties à un conflit armé international. Ainsi, en vertu de l'article 43, paragraphe 2, du PA I :

« les membres des forces armées d'une Partie à un conflit [...] sont des combattants, c'est-à-dire ont le droit de participer directement aux hostilités. »<sup>513</sup>

Le statut de combattant au sens strict confère ainsi aux membres des forces armées en CAI le droit de « *participer directement aux hostilités, c'est-à-dire attaquer et être attaqués* ». <sup>514</sup> L'interprétation de l'article 43 est alors sans équivoque et il est certain qu'en conflit armé international, aux fins de la mise en œuvre du principe de distinction, « *tous les membres des forces armées sont des combattants* », l'unique exception concernant les personnels sanitaires et religieux de ces forces. <sup>515</sup> La nationalité, la résidence habituelle ou l'idéologie caractérisant les individus inscrits dans le phénomène des « combattants étrangers » ne sont pas des critères qui entrent en considération dans la reconnaissance de la qualité de combattant à un membre d'une force armée partie à un conflit armé international.

Néanmoins, seuls les membres des forces armées parties à un conflit armé international peuvent se prévaloir du statut de combattant au sens strict. <sup>516</sup> Ce dernier ne peut donc être utilisé pour mettre en œuvre le principe de distinction lorsque des forces armées étatiques interviennent dans un conflit armé non international. Toutefois, l'absence d'équivalent à l'article 43 du PA I au sein de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève et de leur second Protocole additionnel ne complique pas réellement l'identification aux fins du principe de distinction des étrangers membres des forces armées étatiques parties à un CANI. En effet, il est généralement admis que, dans un conflit armé non international également, tous les membres des forces armées étatiques sont considérés « *comme des*

---

<sup>513</sup> Art. 43, par. 2, PA I, *op. cit.* ; voir également les commentaires sur ce paragraphe 2 de l'article 47 dans PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, p. 521, par. 1677.

<sup>514</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, p. 521, par. 1677.

<sup>515</sup> *Idem.*

<sup>516</sup> DÖRMANN (K.), LIJNZAAD (L.) and SASSÒLI (M.) (éd.), *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, *op. cit.*, par. 504.

*combattants aux fins du principe de la distinction.* »<sup>517</sup> Le DIH relatif aux conflits armés non internationaux ne propose pas de définition de la force armée étatique différente de celle des conflits armés internationaux.<sup>518</sup> Ainsi, il paraît inévitable que lorsqu'il est question de force armée d'un État dans l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève et dans l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel II, il est ainsi fait référence à ce que l'on entend habituellement par force armée d'un État dans un CAI. L'unique limite étant que les membres ne peuvent donc bénéficier du privilège du combattant – corollaire du statut de combattant au sens strict – ce qui aura de très grosses conséquences juridiques au regard du nouveau statut de « combattant terroriste étranger ».<sup>519</sup> Il faut alors ici retenir qu'aux fins du principe de distinction, tous les membres des forces armées étatiques parties à un conflit armé non international sont des combattants qui peuvent être directement pris pour cible lors des attaques. Or, il a déjà été exposé que les membres étrangers sont inclus dans cette affirmation. Vis-à-vis de l'encadrement de la conduite des hostilités, les « combattants étrangers » peuvent encore une fois être considérés comme des membres à part entière d'une force armée étatique ; cet encadrement n'est pas en contradiction avec les éventuelles origines étrangères de ces membres et ne peut pas être invoqué pour contourner les régimes d'exclusion du droit antiterroriste s'opposant à la mise en œuvre du statut de « combattant terroriste étranger ».

Pour terminer, il était relevé que les personnels sanitaires et religieux des forces armées sont exclus de la qualité de combattant aux fins de la mise en œuvre du principe de distinction. Cette exclusion peut-elle être remise en cause par le fait que ces personnels soient des membres d'origine étrangère ?

---

<sup>517</sup> HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, p. 16, règle n°3.

<sup>518</sup> À cette fin les articles et les commentaires respectifs : Art. 3 commun aux quatre Conventions de Genève, *op. cit.* ; Art. 1<sup>er</sup>, par. 1<sup>er</sup>, PA II, *op. cit.* ; Site internet du CICR, « Article 3 : conflits de caractère non international », Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, Commentaires de 2018, para. 393-401 [Consulté le 30.01.2020] ; PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, pp. 1371-1378, para. 4446-4470.

<sup>519</sup> Voir *infra*, pp. 192-195.

**b. L'interdiction des attaques contre des personnels étrangers sanitaires et religieux des forces armées étatiques**

La réglementation de la conduite des hostilités interdit, aux fins du principe de distinction, de lancer des attaques contre des personnels sanitaires et religieux membres de l'une des forces armées belligérantes. Qu'il s'agisse d'un conflit armé international ou non international, ces membres dont la fonction est exclusivement sanitaire ou religieuse ne sont pas des combattants.<sup>520</sup> Ces personnels doivent être respectés et protégés contre les attaques.<sup>521</sup> Mais que faut-il donc entendre par « personnel sanitaire et religieux » ?

Le personnel dit *religieux* est celui dont la mission est d'assurer l'office d'une religion auprès des autres membres de la force armée qui pratiquent cette religion.<sup>522</sup> Il s'agit d'un terme « *générique [qui] couvre toutes les religions.* »<sup>523</sup> Le DIH ne prévoit aucune distinction entre les religions, pas plus qu'il ne prévoit une liste limitative de religions pouvant bénéficier de personnels spécialement protégés contre les attaques. Il n'est ainsi pas exigé que la religion soit officiellement reconnue par une quelconque autorité gouvernementale ou internationale. De même, la condamnation – par la communauté internationale par exemple – d'une religion, d'une pratique ou de l'interprétation d'une religion, est sans effet ; le personnel exclusivement religieux affecté à cette pratique particulière reste protégé contre les attaques. Qu'il soit intégré à la force armée en lui conférant un statut militaire ou qu'il conserve sa qualité de civil.<sup>524</sup> De plus, l'expression *personnel religieux* ne doit pas être entendue comme *toute personne religieuse* ; seul l'individu chargé de l'office de la religion pour ses camarades est concerné parce que, contrairement à eux, il ne participe pas aux hostilités, il ne fait pas feu. Enfin, cette protection contre les attaques est sans conséquence sur la possibilité de

---

<sup>520</sup> Art. 43, al. 2, PA I, *op. cit.* ; Art. 9, al. 1, PA II, *op. cit.*

<sup>521</sup> Voir notamment : Art. 24, Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne [Ci-après Convention de Genève I ou CG I], Genève, 12.07.1949 [Entrée en vigueur : 21.10.1950 ; Ratifications : 196] ; Art. 15, PA I, *op. cit.* ; Art. 9, al. 1, PA II, *op. cit.*

<sup>522</sup> Art. 8, d) PA I, *op. cit.*

<sup>523</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, p. 1443, par. 4672.

<sup>524</sup> *Ibid.*, p. 1442, par. 4670.

capturer et de priver de liberté un personnel religieux, bien qu'il doive pouvoir continuer son office auprès de ses coreligionnaires détenus avec lui.

Le terme de personnel *sanitaire* recouvre pour sa part les membres d'une force armée chargée exclusivement des soins, des secours ainsi que de la prévention médicale et sanitaire.<sup>525</sup> Il peut s'agir de personnels militaires comme civils, et de personnes initialement diplômées dans le domaine médical ou non. De plus, ces personnels sanitaires peuvent être permanents, « *pour une durée indéterminée* », ou temporaires, « *pour des périodes limitées* ».<sup>526</sup> La condition essentielle réside dans une « *affectation exclusive* », c'est-à-dire que le personnel sanitaire n'a pas pour fonction de combattre, mais uniquement de soigner et secourir.<sup>527</sup> Bien qu'il soit affecté à une mission exclusivement sanitaire, ce personnel peut, en vertu du DIH, porter une arme afin d'assurer sa défense personnelle et la défense des blessés et malades auxquels il vient au secours.<sup>528</sup> Ce port ne fait pas de lui une cible légitime tant qu'il ne s'en sert pas, et s'il s'en sert pour se défendre ou défendre celui qu'il secourt face à une attaque. Enfin, comme le personnel religieux, le personnel sanitaire peut être capturé et privé de liberté. Durant la détention, les autorités détentrices devront permettre à ce personnel de continuer d'exercer sa fonction au sein du camp d'internement ou de détention dans le cadre d'un CAI.<sup>529</sup> Il ne pourra pas leur être reproché d'avoir soigné les forces adverses, ou d'être intervenu en priorité aux bénéficiaires d'une personne plutôt qu'une autre si le motif était médical et même si le bénéficiaire appartenait à la force adverse.<sup>530</sup>

Finalement, les définitions de ces catégories d'individus membres d'une force armée, encore une fois, ne font pas de différence entre ces personnels selon qu'ils ont ou non la nationalité de l'État hôte du conflit armé, ou qu'ils y avaient ou non leur résidence habituelle.

---

<sup>525</sup> Art. 8, c) PA I, *op. cit.* ; Art. 9, par. 1 PA II, *op. cit.*

<sup>526</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, pp. 1441-1442, para. 4664 et 4668-4669.

<sup>527</sup> *Idem.*

<sup>528</sup> Art. 22, par. 1, CG I, *op. cit.*

<sup>529</sup> Voir notamment Art. 28, CG I, *op. cit.*

<sup>530</sup> Voir notamment Art. 15 et art. 16, PA I, *op. cit.* ; Art. 9, par. 2 et Art. 10, par. 1 PA II, *op. cit.*

Les dispositions relatives à la protection des personnels sanitaires et religieux bénéficient à tous,

« sans aucune distinction 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. »<sup>531</sup>

Seule la fonction exclusive effectivement remplie au sein de la force armée doit entrer en considération ici. Cette protection spécifique des personnels sanitaires et religieux s'applique donc également aux membres étrangers qui exercent l'une de ces deux fonctions au sein d'une partie au conflit. Or, cela aura des conséquences juridiques sur les opérations menées par les forces armées en conflit avec des entités incorporant des étrangers qui ont cette mission sanitaire et/ou religieuse. Les « combattants étrangers », les individus d'origine étrangère qui intègrent les forces armées d'une partie à un conflit, ne pourront être ciblés que si leur fonction réelle est de combattre ; *a contrario*, ces individus qui en pratique n'exercent qu'une fonction sanitaire ou religieuse dans ces forces ne pourront être pris pour cible du fait de leur seule inscription dans le phénomène des « combattants étrangers ». Les forces armées devront, avant chaque attaque, s'assurer qu'elles ont bien affaire à un objectif militaire légitime, au risque de devoir renoncer à leur attaque, ou *a minima* de devoir changer leur mode d'action. Il ne s'agit là que de l'obligation de respecter le principe de distinction en toutes circonstances, obligation essentielle du droit des conflits armés.

Finalement, les étrangers peuvent être membres d'une force armée étatique partie à un conflit armé telle que cette qualité est comprise en droit international humanitaire. Les règles relatives à la conduite des hostilités, tout particulièrement à la mise en œuvre du principe de distinction, ne remettent pas en question ces conclusions puisqu'elles s'appliquent de la même manière aux membres étrangers. Le DIH n'exclut donc pas sa mise en œuvre aux « combattants étrangers » des forces armées étatiques, qui ne devraient donc pas pouvoir être visés par le statut de « combattant terroriste étranger » si les régimes d'exclusion du droit antiterroriste sont effectivement respectés. Or, il faut maintenant relever

---

<sup>531</sup> Art. 9, par. 1, PA I, *op. cit.*

des conclusions similaires en ce qui concerne les étrangers intégrant cette fois-ci des forces armées non étatiques, des groupes armés organisés.

**B. La qualité en droit international humanitaire de membre d'un groupe armé organisé applicable aux « combattants étrangers »**

*« Ce qui s'est produit hier à Paris et à Saint-Denis [...] est un acte de guerre et face à la guerre, le pays doit prendre les décisions appropriées. C'est un acte de guerre qui a été commis par une armée terroriste, Daech, une armée djihadiste, contre la France »*<sup>532</sup>

Cette rhétorique guerrière dans le discours du Président de la République Française au soir des attentats de Paris du 13 novembre 2015<sup>533</sup> n'a pas toujours été convenablement commentée. Il ne s'agira pas ici de se prononcer sur son opportunité politique ou sur sa justesse, mais de commenter une critique qui en a largement été faite les jours suivants, car elle est d'importance pour les développements qui vont suivre. Ainsi, spécialistes et journalistes ont estimé nécessaire d'informer qu'une telle rhétorique était impropre puisqu'une guerre ne pouvait avoir lieu qu'entre des États, ce qui empêchait alors logiquement de parler de guerre contre un groupe comme l'État islamique.<sup>534</sup> Certains allaient d'ailleurs plus loin en affirmant que parler de guerre reviendrait à reconnaître à l'EI

---

<sup>532</sup> Déclaration de M. François Hollande, Président de la République, sur les attaques terroristes à Paris, le 14 novembre 2015, Conseil de défense, Paris, 14.11.2015. [Disponible en ligne sur le site « discours.vie-publique.fr », consulté le 04.10.2019]

<sup>533</sup> Entérinée les jours suivants : Déclaration de M. François Hollande, Président de la République, devant le Parlement réuni en Congrès à la suite des attaques terroristes perpétrées à Paris et en Seine-Saint-Denis, Versailles le 16 novembre 2015 ; Interview de M. Manuel Valls, Premier ministre, sur la proclamation de l'état d'urgence à la suite des attentats perpétrés à Paris et en Seine-Saint-Denis le 13 novembre et l'appel à l'unité nationale pour faire « vivre les valeurs de la République », 16.11.2015 ; Interview de M. Manuel Valls, Premier ministre, à France Inter, sur les principales mesures annoncées par le président François Hollande devant le Parlement à Versailles trois jours après les attentats perpétrés à Paris et en Seine-Saint-Denis, 17.11.2015 ; Déclaration de M. François Hollande, Président de la République, sur la lutte contre le terrorisme, Paris, 19.11.2015. [Toutes ces références sont disponibles en ligne sur le site « discours.vie-publique.fr » consulté le 04.10.2019]

<sup>534</sup> Voir par exemple : DUPIEREUX (T.), « Attentats à Paris : cette guerre qui ne dit que trop son nom », *op. cit.* ; BADIE (B.), « Interview : [EXTRAIT] Daesh est un entrepreneur qui trouve sa clientèle dans la misère », *op. cit.* ; « Pour Villepin, se dire en guerre "c'est faire le jeu de l'ennemi" », *op. cit.* ; « Villepin : parler de "guerre", "c'est faire le jeu de l'ennemi" », *op. cit.* ; « Qu'est-ce qu'une guerre ? (4/4) : Que peut le droit contre le terrorisme ? », *op. cit.*



la qualité juridique d'État<sup>535</sup> et à leurs membres « *le statut de combattants* »<sup>536</sup> alors que « *les terroristes, aux yeux de la justice internationale, ne sont pas des combattants, bénéficiant du droit de la guerre, mais des criminels* »<sup>537</sup>. Et c'est plus particulièrement sur ce dernier point qu'il faut revenir ici.

L'erreur consistant à affirmer qu'une guerre n'existerait en droit qu'entre des États et que les membres d'entités non étatiques ne bénéficieraient pas du droit de la guerre est précisément l'une des raisons qui handicapent le travail d'identification juridique des « combattants étrangers ». En effet, cette erreur établit que le droit international humanitaire n'est pas applicable à ces individus membres de l'État islamique, groupe éminemment recruteur de volontaires internationaux, et qu'en conséquence ce droit ne pourrait pas être perçu comme une source potentielle de statut pour les identifier, et qu'en tant que criminels ils ne seraient pris en compte que par le droit antiterroriste. Or, ceci revient à méconnaître au moins les soixante dernières années d'évolution du droit des conflits armés à propos de la réglementation – et en l'occurrence les statuts – applicable aux acteurs non étatiques des conflits armés non internationaux, c'est-à-dire des « guerres civiles » telles que définies en droit international. Finalement, c'est pour cela qu'apparaît aujourd'hui une situation où semblerait nécessaire d'adopter de nouvelles règles pour encadrer le phénomène des « combattants étrangers », parce qu'il bénéficierait d'un vide juridique. Cependant, ce vide résulte d'un refus arbitraire et erroné de leur appliquer le *corpus* déjà en vigueur : le *Ius in bello* applicable aux membres des groupes armés organisés parties à un conflit armé non international.

Il existe bien, en droit international, et plus particulièrement en DIH, une catégorie de « guerre », de conflit armé, où au moins l'une des parties belligérantes n'est précisément pas un État. Il est donc tout à fait correct et possible de parler juridiquement de guerre – de conflit armé – entre un État et une organisation non étatique. Il s'agit de conflit où l'une des parties belligérantes au moins est une force armée non étatique : un groupe armé organisé. Dès lors,

---

<sup>535</sup> « The Guardian view on the Paris attacks: amid the grief, we must defend the values that define us », *TheGuardian.com*, Editorial, 15.11.2015.

<sup>536</sup> DUPIN (E.), « La rhétorique martiale du président Hollande bouleverse le jeu politique », *op. cit.*

<sup>537</sup> LORRIAUX (A.), « Peut-on vraiment parler de "guerre" après la série d'attentats en France ? », *op. cit.*

de la même manière qu'a été exposée la possibilité pour un « combattant étranger » de bénéficier de la qualité de membre d'une force armée étatique, il peut aussi être identifié par la qualité de membre d'une force armée non étatique. Ainsi, il faut non seulement observer que ces individus doivent alors pouvoir être identifiés par le statut juridique afférent en DIH, mais également que ces étrangers, en ce qu'ils sont effectivement membres d'une force armée partie à un conflit armé telle que définie par le *Ius in bello*, ne doivent pas être soumis au nouveau statut de « combattant terroriste étranger » au regard des régimes d'exclusion du droit antiterroriste.

À cette fin, il faut commencer par analyser la notion même de *groupe armé organisé* partie à un conflit armé afin de constater qu'elle est compatible avec le phénomène des « combattants étrangers » (1). Alors, plus précisément, il pourra ensuite être démontré que l'étendue de la qualité de membre d'un tel groupe ne présente également aucun obstacle à ce qu'elle soit reconnue aux individus de ce phénomène (2). Enfin, ces conclusions seront confirmées en soutenant que les règles relatives à la conduite des hostilités opposables aux groupes armés organisés le sont également pour leurs membres étrangers (3).

### **1. La notion de groupe armé organisé partie à un conflit armé dans le contexte du phénomène des « combattants étrangers »**

En DIH, la notion de force armée doit être entendue au sens large du terme. Elle inclut également celle de force armée non étatique ; force qui n'est pas mise sur pied et employée par les autorités légales d'un État. Pour constituer juridiquement une partie à un conflit armé, une force armée non étatique doit pouvoir être qualifiée de « groupe armé organisé ». <sup>538</sup> Pour cela, elle doit exercer une forme de pouvoir public, être identifiable et être responsable. <sup>539</sup>

Selon le nouveau commentaire de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève rédigé sous l'égide du CICR, il faut alors vérifier que les groupes armés étudiés aient « la capacité d'être parties à un conflit armé ». <sup>540</sup> Pour cela, les groupes doivent faire preuve

---

<sup>538</sup> Art. 1 par. 1, PA II, *op. cit.* ; Art. 8 par. 2, f), Statut de Rome, *op. cit.*

<sup>539</sup> DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, pp. 137-138.

<sup>540</sup> Site internet du CICR, « Article 3 : conflits de caractère non international », Commentaires de 2018, *op. cit.*, par. 422.

d'un minimum d'organisation.<sup>541</sup> Plus strict, le Protocole additionnel II de 1977 exige quant à lui une « *organisation suffisante, d'une part, pour concevoir et mener des opérations militaires continues et concertées, de l'autre, pour imposer une discipline au nom d'une autorité de fait.* »<sup>542</sup> Cette discipline interne impliquant alors que des règles, et notamment celles du droit des conflits armés, puissent être imposées et qu'un commandement soit identifiable pour que sa responsabilité soit engagée en cas de violations du DIH par lui-même ou ses subordonnés.<sup>543</sup>

Dans les deux cas, c'est à la jurisprudence internationale que sont dues les explications complètes de ce qu'il faut entendre par organisation suffisante pour obtenir la qualité de groupe armé partie à un conflit armé non international.<sup>544</sup> Elle a ainsi précisé la notion en développant un faisceau d'indices,<sup>545</sup> c'est-à-dire un ensemble d'« *éléments symptomatiques dont aucun n'est par lui-même essentiel pour établir que la condition d'"organisation" est remplie.* »<sup>546</sup> Les jurisprudences *Haradinaj* et *Boskoski-Tarčulovski* du TPIY sont centrales sur ce point en ce qu'elles ont résumé et commenté un grand nombre d'indices utilisables :

« parmi ces éléments, il faut citer l'existence d'une structure de commandement, de règles de discipline et d'instances disciplinaires au sein du groupe ; d'un quartier général ; le fait que le groupe contrôle un territoire délimité ; la capacité qu'a le groupe de se procurer des armes et autres équipements militaires, de recruter et de donner une instruction militaire ; la capacité de planifier, coordonner et mener des opérations militaires, notamment d'effectuer des mouvements de troupes et d'assurer un soutien logistique ; la capacité de définir une stratégie militaire unique et d'user de tactiques militaires ; et la capacité de

---

<sup>541</sup> *Ibid.*, para. 423-437.

<sup>542</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, par. 4463, p. 1376.

<sup>543</sup> Voir notamment à ce propos : PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, par. 4470, p. 1377 ; CPI, *Le Procureur c. T. Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, Chambre Préliminaire I, Affaire ICC-01/04-01/06, « *Affaire Lubanga* », 29.01.2007, par. 232

<sup>544</sup> Site internet du CICR, « Article 3 : conflits de caractère non international », Commentaires de 2018, *op. cit.*, par. 426.

<sup>545</sup> Voir notamment : TPIY, *Le Procureur c. F. Limaj, H. Bala et I. Musliu*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°IT-03-66-T, 30.11.2005, para. 90, 95, 100, 103, 108, 112, 119, 123, 125 et 129.

<sup>546</sup> TPIY, *Le Procureur c. R. Haradinaj, I. Balaj et L. Brahimaj*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°IT-04-84-T, 03.04.2008, par. 60.

s'exprimer d'une seule voix et de conclure des accords comme des accords de cessez-le-feu ou de paix ». <sup>547</sup>

Ce qu'il faut ici retenir, c'est qu'il ne faut pas chercher une organisation strictement identique et aussi exigeante que celle caractérisant de fait une force armée étatique. <sup>548</sup> La qualification résultera toujours d'une analyse factuelle du groupe en question ; les éléments pour le qualifier de groupe armé organisé peuvent ne pas être les mêmes que ceux qui auront permis d'accorder cette qualité à un autre groupe.

Un autre point à préciser est que l'éventuelle criminalité, des actes réalisés par les membres de l'entité non étatique, ne peut être invoquée pour rejeter le caractère suffisamment organisé d'un groupe armé pour être qualifié de force armée partie à un conflit armé. Le TPIY a ainsi eu l'occasion d'affirmer que

« 205. Lorsque des membres de groupes armés participent à des actes qui sont interdits au regard du [DIH], notamment les "actes de terrorisme", [...], la "prise d'otages", l'utilisation de boucliers humains, le fait de feindre d'avoir un statut protégé, les actes d'hostilité contre des monuments historiques, des œuvres d'art ou des lieux de culte, [...] ou commettent des violations graves de l'article 3 commun, ils s'exposent à des poursuites et à des sanctions. Cependant, tant que le groupe armé a la capacité organisationnelle de respecter les obligations découlant du [DIH], le fait qu'il se livre à des violations systématiques de ce type ne signifie pas qu'il n'a pas le niveau d'organisation requis pour être partie à un conflit armé. La Chambre ne peut tout simplement pas conclure à un manque d'organisation du groupe armé du fait de violations fréquentes du droit international humanitaire par les membres de ce groupe. » <sup>549</sup>

Le droit des conflits armés ayant pour objectif d'interdire certains comportements, il serait alors absurde qu'il ne soit plus applicable lorsqu'il est violé. <sup>550</sup> Cela reviendrait à soutenir qu'un citoyen n'est plus soumis au droit pénal parce qu'il a violé ce droit en commettant un crime. Au contraire, la violation du droit pénal, comme du droit international

---

<sup>547</sup> TPIY, *Le Procureur c. R. Haradinaj, I. Balaj et L. Brahimaj*, Affaire n°IT-04-84-T, *op. cit.*, par. 60 ; TPIY, *Le Procureur c. L. Boskoski et J. Tarčulovski*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°IT-04-82-T, « *Affaire Boskoski-Tarčulovski* », 10.07.2008, par. 268, 284-285, 288-289.

<sup>548</sup> DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 138.

<sup>549</sup> TPIY, Affaire n°IT-04-82-T, *op. cit.*, par. 205.

<sup>550</sup> BUGNION (F.), « Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law », *International Studies Journal*, Vol. 2, N°1, 2005, p. 46.

humanitaire, justifie la poursuite judiciaire de l'auteur de la violation en vertu de ce droit. La traduction directe de ce constat, dans le cadre du présent travail sur les « combattants étrangers », est qu'un groupe armé ne perd pas son caractère suffisamment organisé pour être partie à un conflit armé du fait que les étrangers qui l'intègrent commettent des actes terroristes à l'occasion de la participation de ce groupe au conflit.<sup>551</sup>

Finalement, au regard de l'étendue de la définition du groupe armé organisé partie à un conflit armé non international, rien dans les critères prévus ne s'oppose à la reconnaissance de cette qualité sous prétexte que le groupe inclurait des individus d'origine étrangère.<sup>552</sup> Tous les critères d'évaluation se concentrent sur l'organisation suffisante du groupe, sur ses capacités militaires et sa structure hiérarchique. Il n'est pas exigé qu'il reflète une certaine composition nationale, ethnique, religieuse ou encore politique. Pour être partie au conflit non international, il ne faut pas obligatoirement que le groupe soit originaire de l'État dans lequel le conflit prend place. De même, l'idéologie, le but, la raison poussant un groupe à prendre part à un conflit armé n'entrent pas en jeu dans l'évaluation de son organisation suffisante. Comme le relèvent les nouveaux commentaires à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève

« le motif pour lequel une partie se livre à des actes de violence a été explicitement rejeté en tant que critère visant à établir si une situation correspond ou non à un conflit armé non international. »<sup>553</sup>

En d'autres termes, la « cause à défendre » motivant un groupe armé, et donc éventuellement la cause des étrangers qui voudraient le rejoindre, ne lui fait pas perdre sa qualité de groupe armé organisé partie à un conflit armé.

---

<sup>551</sup> Voir par exemple : BARTELS (R.), « When Do Terrorist Organisations Qualify as Parties to an Armed Conflict under International Humanitarian Law », *op. cit.*, pp. 451-488 ; WÉRY (M.), « La jurisprudence relative à la clause d'exclusion prévue à l'article 141bis du Code pénal : la difficile application du droit international humanitaire par les cours et tribunaux belges », *op. cit.* ; TROPINI (J.), « La rupture de l'équilibre juridique de l'article 141bis du code pénal belge par la jurisprudence sur les "combattants étrangers" », *The Military Law and the Law of War Review*, Review 2018-2019, Vol. 57, 22 p. [En ligne, Consulté le 26.06.2019]

<sup>552</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, pp. 255-256.

<sup>553</sup> Site internet du CICR, « Article 3 : conflits de caractère non international », Commentaires de 2018, *op. cit.*, par. 449 ; voir également TPIY, *Le Procureur c. F. Limaj, H. Bala et I. Musliu*, Affaire n°IT-03-66-T, *op. cit.*, par. 170.

En appui de toutes ces conclusions, il faut constater que la qualité de groupe armé organisé partie à un CANI a en pratique déjà été reconnue à des groupes composés d'étrangers, voire à des groupes eux-mêmes étrangers car créés à l'étranger. Il faut encore penser ici à la Guerre d'Espagne et plus précisément aux forces armées placées sous les ordres de Francisco Franco.<sup>554</sup> Des étrangers ont alors intégré ces forces, au même titre que les nationaux, en intégrant l'une ou l'autre de leurs unités. Le DIH tel qu'en vigueur avant l'adoption des quatre Conventions de Genève de 1949 leur a alors été appliqué ; la partie républicaine a même décidé d'aller jusqu'à reconnaître le statut de prisonnier de guerre à ces individus alors que celui-ci n'est pas juridiquement prévu pour les membres des groupes armés organisés.<sup>555</sup> Un second exemple intéressant, est celui de la République démocratique du Congo (RDC). De nombreux conflits armés non internationaux sont toujours en cours sur le territoire de la RDC contre différents groupes armés organisés.<sup>556</sup> Or, « *de nombreux non-Congolais combattent dans certains groupes considérés comme autochtones* » et certains groupes eux-mêmes sont étrangers.<sup>557</sup> Deux groupes peuvent notamment illustrer pertinemment le présent propos en ce qu'ils ont été considérés légalement comme des groupes armés organisés parties à des conflits non internationaux<sup>558</sup> : d'une part, les *Forces démocratiques de libération du Rwanda*, « *fondées en 2000 dans l'est du Congo* », sont bâties « *sur les restes de l'armée gouvernementale de l'ancien régime rwandais [...] et des milices*

---

<sup>554</sup> Le détail de la composition de ces forces a déjà été exposé, voir *supra*, pp. 10-15.

<sup>555</sup> DAVID (E.), « La condition juridique des volontaires belges pendant la guerre d'Espagne », *op. cit.*, p. 61.

<sup>556</sup> Voir Democratic Republic of Congo in *Rulac.org*, Browse, Countries [Last update 05.02.2019; consulted 25.04.2019] ; « R. D. du Congo : 3 600 combattants étrangers et leurs familles ont déjà été rapatriés et le mouvement devrait s'accélérer, estime la Mission de l'ONU », *News.un.org*, Nations unies, 11.12.2003 ; BELLAL (A.) (éd.), « The War Report: Armed Conflicts in 2018 », The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, April 2019, p. 96 : il y aurait aujourd'hui environ 120 groupes armés impliqués dans les conflits armés en RDC.

<sup>557</sup> BERGHEZAN (G.), « Groupes armés actifs en République démocratique du Congo – Situation dans le "Grand Kivu" au 2<sup>ème</sup> Semestre 2013 », *Les Rapports du GRIP*, Groupe de Recherche et d'Information sur la Paix et la Sécurité, 2013/11, p. 5 ; Résolution S/RES/1649, Conseil de Sécurité des Nations unies, 21.12.2005, préambule p. 1, para. 1, 2, 6, 7, 9 et 10 ; De GUTTRY (A.), « The Role Played by the UN in Countering the Phenomenon of Foreign Terrorist Fighters », *op. cit.*, pp. 265-266.

<sup>558</sup> Voir notamment à ce propos : « République démocratique du Congo, 1993-2003 », *Rapport du Projet Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de la République démocratique du Congo*, Haut-commissariat aux Droits de l'Homme, Nations Unies, Août 2010, 573 p. ; « Combatants on Foreign Soil », *op. cit.*, 36 p.

*interahamwe exilées au Congo* ». <sup>559</sup> La Cour pénale internationale (CPI) a confirmé en 2011 qu'elles constituaient un groupe armé partie à un conflit armé non international en RDC <sup>560</sup>, sans que l'origine rwandaise du groupe, que le fait qu'il soit à l'origine exclusivement composé de rwandais, <sup>561</sup> ou encore qu'il ait été dirigé par un rwandais <sup>562</sup> ne soient des obstacles. D'autre part, les *Forces démocratiques alliées* constituent un groupe armé organisé partie au conflit armé en RDC pleinement soumis au DIH en tant que force armée non étatique. <sup>563</sup> Pourtant, le groupe lui-même est étranger puisqu'il vient d'Ouganda où il recrute « encore régulièrement des combattants, ce qu'[il fait] également dans d'autres pays d'Afrique orientale. » <sup>564</sup> Des combattants provenant du groupe armé somalien *Al-Shabab* viendraient également parfois renforcer ses rangs. <sup>565</sup> Son chef était d'ailleurs Jamil Mukulu, un ougandais, de 2007 jusqu'à son arrestation en 2015. <sup>566</sup>

---

<sup>559</sup> BERGHEZAN (G.), « Groupes armés actifs en République démocratique du Congo – Situation dans le "Grand Kivu" au 2<sup>ème</sup> Semestre 2013 », *op. cit.*, p. 10.

<sup>560</sup> CPI, *Le Procureur c. C. Mbarushimana*, Décision relative à la confirmation des charges – Version publique expurgée, Chambre préliminaire I, Affaire n°ICC-01/04-01/10, 16.12.2011, para. 105-107 ; pour plus d'informations sur le groupe, voir notamment : BELLAL (A.) (éd.), « The War Report: Armed Conflicts in 2018 », *op. cit.*, p. 98.

<sup>561</sup> C'est d'ailleurs de ce groupe que vient la majorité des 12.000 combattants de nationalité rwandaise ayant bénéficié du processus de désarmement, démobilisation et rapatriement – vers le Rwanda – de la MONUSCO, voir BERGHEZAN (G.), « Groupes armés actifs en République démocratique du Congo – Situation dans le "Grand Kivu" au 2<sup>ème</sup> Semestre 2013 », *op. cit.*, p. 11.

<sup>562</sup> CPI, *Le Procureur c. C. Mbarushimana*, Affaire n°ICC-01/04-01/10, *op. cit.*, para. 1-5.

<sup>563</sup> Voir Democratic Republic of Congo in *Rulac.org*, *op. cit.* ; *Report of the United Nations joint Human rights office on international humanitarian law violations committed by Allied Democratic Forces (ADF) combatants in the territory of Beni, North Kivu province, between 1<sup>st</sup> October and 31 December 2014*, United Nations Organisation Stabilization Mission in the Democratic Republic of Congo and United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, May 2015, par. 21, p. 8 ; BELLAL (A.) (éd.), « The War Report: Armed Conflicts in 2018 », *op. cit.*, pp. 97-98.

<sup>564</sup> BERGHEZAN (G.), « Groupes armés actifs en République démocratique du Congo – Situation dans le "Grand Kivu" au 2<sup>ème</sup> Semestre 2013 », *op. cit.*, p. 20.

<sup>565</sup> BERGHEZAN (G.), « Groupes armés actifs en République démocratique du Congo – Situation dans le "Grand Kivu" au 2<sup>ème</sup> Semestre 2013 », *op. cit.*, p. 20.

<sup>566</sup> *Report of the United Nations joint Human rights office on international humanitarian law violations committed by Allied Democratic Forces (ADF) combatants in the territory of Beni, North Kivu province, between 1<sup>st</sup> October and 31 December 2014*, *op. cit.*, para. 6, 15 and 26, pp. 5-6 and 9 ; MCGREGOR (A.), « Violence and Viruses: How a Poorly Armed Insurgency in the Congo Poses a Global Threat », *Terrorism Monitor*, Vol. 16, Issue 21, 02.11.2018 ; BERGHEZAN (G.), « Groupes armés actifs en République démocratique du Congo – Situation dans le "Grand Kivu" au 2<sup>ème</sup> Semestre 2013 », *op. cit.*, p. 20.

En conclusion, rien dans la définition même du groupe armé organisé ne permet d'exclure les entités étrangères ou composées d'étrangers. Et cette observation peut être renforcée par l'analyse de la qualité plus précise de membre d'un groupe armé organisé qui, de même, ne présente pas d'éléments permettant d'exclure les individus d'origine étrangère.

## **2. L'applicabilité certaine de la qualité de membre d'un groupe armé organisé partie à un conflit aux volontaires internationaux**

La qualité de membre d'un groupe armé organisé est une détermination plus complexe que la qualité de membre d'une force armée étatique. Contrairement à cette dernière, « *l'appartenance à ces groupes irrégulièrement constitués ne repose sur aucune base en droit interne.* »<sup>567</sup> Ainsi, la qualité de membre d'un groupe armé organisé ne doit pas être exclusivement et simplement recherchée dans un « *acte d'incorporation officiel* » régi par des lois, règlements ou autres textes préalablement établis et détaillés.<sup>568</sup> L'incorporation peut ici être « *liée à un choix individuel, [à un] recrutement forcé, [ou] à des notions plus traditionnelles de clan ou de famille.* »<sup>569</sup> À ce jour, c'est le concept de fonction de combat continue, développé sous l'égide du CICR dans le cadre de la réglementation de la conduite des hostilités, qui est le plus avancé pour déterminer qui est, en pratique, juridiquement membre d'un groupe armé organisé. Tout en reconnaissant que l'étendue du concept ne fait pas l'unanimité, il propose à ce jour l'outil le plus pertinent dans le cadre de l'identification des « combattants étrangers » ; *a minima*, le travail sur ce concept propose une base utile à la présente réflexion.

Le concept de fonction de combat continue a été développé à l'occasion de l'élaboration par le CICR du *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*.<sup>570</sup> C'est à l'occasion des réunions préparatoires

---

<sup>567</sup> MELZER (N.), *Guide interprétatif sur la notion de Participation directe aux Hostilités en Droit International Humanitaire*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>568</sup> *Idem.*

<sup>569</sup> *Ibid.*, pp. 34-35.

<sup>570</sup> HENRY (S.), « Transposition de la notion de « fonction de combat continue » dans les conflits armés internationaux et son application aux forces armées gouvernementales dans les conflits armés non internationaux », Essai final pour l'obtention d'un LLM en droit international humanitaire et droits humains, sous la direction de Marco Sassòli, Académie de Genève, 12.08.2015, p. 5.



qu'est proposée par un expert<sup>571</sup> l'idée selon laquelle un individu devrait être considéré comme un combattant membre d'un groupe armé organisé dès lors qu'il participe directement aux hostilités de façon continue,<sup>572</sup> il ne pourrait alors plus se protéger derrière l'immunité des personnes civiles avant ou après son acte de participation directe<sup>573</sup>. Finalement, selon la « *membership approach* », un individu qui intègre un groupe armé organisé afin d'y réaliser continuellement des actes dont « *leur nature ou leur but destinent à frapper concrètement le personnel et le matériel des forces armées adverses* »<sup>574</sup> doit être considéré juridiquement comme membre combattant de cette force armée non étatique.<sup>575</sup> Cette appartenance devra être établie par une analyse factuelle, conduite au cas par cas, du rôle d'un individu au sein du groupe.<sup>576</sup> Ainsi, bénéficieront du statut de membre d'un groupe armé organisé :

« les personnes dont la fonction continue implique la préparation, l'exécution ou le commandement d'actes ou d'opérations constituant une participation directe aux hostilités [car y] assument bel et bien une fonction de combat continue. Une personne recrutée, entraînée et équipée par un groupe armé organisé pour participer, en son nom, aux hostilités de manière continue et directe peut être considérée comme assumant une fonction de combat continue (même avant que cette personne commette un acte hostile). »<sup>577</sup>

---

<sup>571</sup> Proposition notamment formulée dans son article : WATKIN (K. W.), « Combatants, Unprivileged Belligerents and Conflict in the 21st Century », *Israel Defense Forces Law Review*, 1, 2003, p. 86.

<sup>572</sup> ICRC Expert meeting, « Second Expert Meeting on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law », Summary Report, The Hague, 25-26.10.2004, p. 21 :

« Clearly though, as long as someone was a member of an organization whose purpose it was to engage in [direct participation in hostilities (DPH)] that person would have to be regarded as involved in a continuous course of DPH. »

<sup>573</sup> ICRC Expert meeting, « Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law », Background Paper, 02.06.2003, p. 26 :

« Criticism has [...] been leveled at what some call the 'revolving door' interpretation, meaning that a civilian could reclaim the benefit of immunity from attack as soon as he or she has dropped his or her arms. To avoid this zone of immunity, a membership approach has been suggested: the mere fact of being a member of a group directly participating in hostilities would be sufficient criterion for loss of immunity. »

<sup>574</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Jugement et Opinion, Chambre de première instance I, Affaire n°IT-98-29-T, 05.12.2003, par. 48.

<sup>575</sup> ICRC Expert meeting, « Second Expert Meeting on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 23.

<sup>576</sup> MELZER (N.), *Guide interprétatif sur la notion de Participation directe aux Hostilités en Droit International Humanitaire*, *op. cit.*, pp. 34-35.

<sup>577</sup> *Ibid.*, p. 36.

Autrement dit, un individu obtient la qualité de membre d'un groupe armé organisé lorsqu'il intègre ce groupe afin de « *participer, en son nom, aux hostilités de manière continue et directe* ». C'est la répétition d'une participation à une entreprise collective – une stratégie militaire planifiée et concertée – qui confère à un individu la qualité de membre d'un groupe armé organisé. La participation directe aux hostilités sera développée plus en détail ultérieurement, mais il faut noter dès à présent qu'elle doit être entendue comme la réalisation d'actes (a) suffisamment nuisibles en ce qu'ils causent « *des pertes en vies humaines ou des blessures, des dommages à des biens ou [qu'ils sont] susceptible[s] d'affecter la capacité ou les opérations militaires d'une partie au conflit* »<sup>578</sup>, (b) ayant un lien direct et effectif avec la nuisance, et (c) réalisés dans le but express de favoriser la partie belligérante à laquelle l'individu appartient au détriment de l'autre partie.<sup>579</sup>

Le concept de fonction de combat continue et la notion de participation directe aux hostilités permettent de soutenir qu'un individu est membre d'un groupe armé organisé dès l'instant où il est recruté dans ce but, même lorsqu'il n'a pas encore commis d'actes qualifiés de participation directe aux hostilités, et jusqu'à ce qu'il quitte le groupe pour ne plus y exercer cette fonction de combat continue. Ainsi, il ne faut chercher ni acte d'incorporation officiel, ni acte de démobilisation officiel. Seule la fonction de combat continue apparaît comme critère et aucune exigence relative à la nationalité ou à la résidence habituelle d'un individu ne semble prévue pour déterminer s'il peut être juridiquement membre d'un groupe armé organisé partie à un conflit armé.<sup>580</sup> Le bénéfice de la qualité de membre d'un groupe armé organisé, et donc du statut, n'est conditionné qu'à la participation directe et continue aux hostilités au nom d'un groupe suffisamment organisé, structuré et hiérarchisé pour obtenir la qualité de force armée non étatique partie à un conflit armé.

---

<sup>578</sup> C'est-à-dire « *causer des pertes en vies humaines ou des blessures, des dommages à des biens ou qui soit susceptible d'affecter la capacité ou les opérations militaires d'une partie au conflit* », voir DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, pp. 285-286.

<sup>579</sup> MELZER (N.), *Guide interprétatif sur la notion de Participation directe aux Hostilités en Droit International Humanitaire*, *op. cit.*, pp. 48-67 ; DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, pp. 285-286.

<sup>580</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, pp. 255.

Selon ce concept, un « combattant étranger » pourrait donc obtenir le statut juridique de membre d'un groupe armé organisé.<sup>581</sup> *A contrario*, cet étranger ne sera plus considéré comme membre du groupe armé aux fins de la mise en œuvre du principe de distinction dès lors qu'il n'exercera plus cette fonction de combat continue, parce que réaffecté à une mission sanitaire, logistique ou administrative par exemple, et *a fortiori* lorsqu'il quittera le groupe. En fonction des informations raisonnablement disponibles à chaque instant sur le terrain, il sera alors à charge des acteurs sur place de déterminer si cette sortie du groupe est réelle ; c'est-à-dire si l'individu s'éloigne physiquement du groupe parce qu'il n'en fait plus partie et ne participe plus aux hostilités, ou s'il cherche à tromper l'adversaire pour réaliser ailleurs un acte hostile.

Il faut savoir que l'analyse de la fonction de combat continue est nécessaire et également personnelle ; elle doit être évaluée pour chaque individu. La qualité de membre d'un groupe armé organisé ne peut être déduite du simple lien de parenté ou d'amitié qu'un individu possède avec une personne elle-même membre du groupe. De même, le partage des convictions politiques ou religieuses n'est pas suffisant, pas plus que la simple présence dans le même lieu ou bâtiment. En conséquence, un individu inscrit dans le phénomène des « combattants étrangers » mais pour qui la fonction de combat continue n'est pas prouvée ne pourra constituer un objectif militaire du simple fait qu'il est en présence d'individus pour qui la fonction est acquise et/ou qu'il partage l'idéologie défendue par les membres du groupe armé organisé. Concrètement, cela signifie par exemple que la compagne ou le compagnon d'un(e) « combattant(e) étranger(e) » n'aura pas la qualité de membre si sa fonction de combat continue personnelle au sein du groupe n'est pas établie. De même, un prêcheur, s'il ne réalise pas au sein du groupe des actes remplissant les conditions de la participation directe

---

<sup>581</sup> De la même manière qu'un dit « terroriste » obtiendra la qualité et le statut de membre d'un groupe armé organisé partie à un conflit armé lorsque le groupe auquel il appartient peut être qualifié de force armée (non étatique) partie à un conflit et qu'il exerce en son sein une fonction de combat continue, voir BARTELS (R.), « When Do Terrorist Organisations Qualify as Parties to an Armed Conflict under International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 475 :

« applying this standard would mean that persons who fulfil a "continuous combat function" in a terrorist organisation that qualifies as an organised armed group, lose their protection as a civilian. They are therefore subject to attack on a continuous basis – until such time as they cease their combat function. »

aux hostilités de manière continue ne pourra pas, aux fins du principe de distinction, être considéré comme membre du groupe armé.<sup>582</sup>

Pour conclure, il faut insister sur le fait que le concept de fonction de combat continue est un concept doctrinal et donc non contraignant. Pourtant, il est actuellement l'outil le plus intéressant pour évaluer la qualité de membre d'un groupe armé organisé. Or, ce concept ne semble pas s'opposer à ce qu'un étranger obtienne cette qualité. D'ailleurs, les exemples relevés dans le développement précédent de groupes considérés dans la pratique comme parties à des conflits armés non internationaux abondent dans le sens de ces conclusions. En effet, si les origines étrangères des combattants étaient un obstacle à ce qu'ils obtiennent la qualité de membre d'un groupe armé organisé partie à un conflit armé, alors des groupes comme les *Forces démocratiques alliées* composés et dirigés exclusivement par des étrangers n'auraient pas pu être présentés comme des forces armées parties à des conflits armés non internationaux. D'ailleurs, ces conclusions concordent avec le constat qu'au sein même des règles relatives à la conduite des hostilités dans un conflit armé non international et opposables aux membres des parties belligérantes, rien ne s'oppose à ce qu'elles soient applicables à des « combattants étrangers » présents dans leurs rangs.

### **3. La réglementation de la conduite des hostilités face au phénomène des « combattants étrangers » membres d'un groupe armé organisé**

Le droit des conflits armés impose un ensemble de règles aux membres des forces armées parties à un conflit afin d'encadrer la manière dont ils peuvent conduire leurs opérations. C'est en ce sens qu'il est possible d'affirmer que les activités des membres de ces forces sont régies par le DIH et donc concernées par les régimes d'exclusion du droit antiterroriste précédemment présentés. L'analyse de l'encadrement assuré par le DIH de chaque acte de ces membres en vue d'évaluer l'invocabilité de ces régimes d'exclusion fera spécifiquement l'objet de la seconde partie de ce travail. Il est néanmoins pertinent de déterminer à présent si les membres étrangers d'un groupe armé organisé sont effectivement, au même titre que les nationaux, concernés par la réglementation de la conduite des hostilités

---

<sup>582</sup> Voir *infra*, pp. 211-215.

applicable en conflit armé non international. Il a été vu qu'ils ne sont pas exclus des statuts et de la qualité de membres de ces groupes, mais leurs origines étrangères, voire leur idéologie, peuvent-elles être un obstacle à l'applicabilité du DIH pour encadrer leur conduite des hostilités ?

En premier lieu, tout en rappelant que les groupes non étatiques sont bel et bien soumis au *Ius in bello*, il faudra insister sur l'absence d'effet de l'application de ce *corpus* sur une hypothétique légitimation de leurs revendications et plus particulièrement des éventuelles « causes à défendre » motivant la lutte des « combattants étrangers » (a). En second lieu, si la mise en œuvre du principe de distinction vu précédemment est cette fois-ci plus problématique, en particulier au regard de la nature du phénomène des « combattants étrangers », il ne fait aucun doute qu'il reste absolument applicable y compris aux membres étrangers des groupes armés organisés (b).

a. L'absence de légitimation de la lutte des « combattants étrangers » face à leur pleine soumission aux règles relatives à la conduite des hostilités

Il ne s'agit pas ici d'exposer les prescriptions du droit international humanitaire sur les actes des « combattants étrangers » membres de groupes armés organisés ni sur la légalité pour de tels groupes de prendre les armes. Néanmoins, il faut démontrer ici que, sur un plan général, la participation à un conflit armé, au sein d'un groupe armé organisé non étatique, de ces individus étrangers et motivés par une idéologie – parfois condamnée –, est bien soumise au *Ius in bello* en ce qui concerne leur conduite des hostilités ; de sorte que les régimes d'exclusion du droit antiterroriste doivent être reconnus au bénéfice des membres des groupes armés organisés inscrits dans le phénomène des « combattants étrangers ».

Au regard des études sur le phénomène, il ne semble faire aucun doute que l'appellation « combattant étranger » désigne bien un individu qui participe à un conflit armé. Dès lors, et s'il opère en qualité de membre d'un groupe armé organisé, sa situation, son existence juridique et donc son statut sont entièrement soumis au droit international humanitaire en ce qui concerne sa participation aux hostilités. Ce *corpus* s'applique, en effet, obligatoirement et automatiquement à toutes les parties belligérantes afin d'apporter une réponse aux exigences humanitaires du contexte spécifique de conflit armé dans lequel elles

se trouvent.<sup>583</sup> Le statut de membre d'un groupe armé organisé – même non étatique – érige en obligation le respect du *Ius in bello*<sup>584</sup> et les origines étrangères d'un membre n'entrent pas en ligne de compte.

Ainsi, l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève et le second Protocole additionnel aux CG « *confèrent, tant au gouvernement en place qu'à la partie insurgée, les mêmes droits et les mêmes obligations, de nature strictement humanitaire.* »<sup>585</sup> La soumission des parties non étatiques au *Ius in bello* est une règle à valeur coutumière<sup>586</sup> et :

« chaque partie au conflit doit respecter et faire respecter le droit international humanitaire par ses forces armées ainsi que par les autres personnes ou groupes agissant en fait sur ses instructions ou ses directives ou sous son contrôle. »<sup>587</sup>

La notion de force armée doit être ici « *entendue dans son sens usuel.* »<sup>588</sup> Toutes les parties d'un conflit armé, étatiques comme non étatiques, et tous leurs membres – agissant individuellement ou collectivement – sont soumis au DIH.<sup>589</sup> Cette obligation a été reconnue par la jurisprudence internationale, comme l'atteste le simple constat que les juridictions internationales ont effectivement poursuivi des responsables de violations du DIH en qualité de membres de groupes armés organisés.<sup>590</sup> Il n'est ainsi aujourd'hui plus contestable que ces derniers et leurs membres sont pleinement soumis aux règles relatives à la conduite des

---

<sup>583</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, p. 1367, par. 4438.

<sup>584</sup> *Ibid.*, p. 1383, par. 4485.

<sup>585</sup> *Ibid.*, p. 1367, par. 4442 ; Art. 3 commun aux quatre Conventions de Genève, *op. cit.*

<sup>586</sup> Cette règle tire son fondement d'un nombre important de sources de droit des conflits armés, voir notamment : Art. 3 commun aux quatre Conventions de Genève, *op. cit.* ; Art. 1, par. 1 PA II, *op. cit.* ; art. 19, par. 1, Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, La Haye, 14.05.1954 [Entrée en vigueur : 07.08.1956 ; Ratifications : 133] ; Art. 22, Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, *op. cit.*, ; Art. 1<sup>er</sup>, par. 3, Protocole II à la Convention sur les armes classiques, tel qu'il a été modifié (1996), *op. cit.* De plus, de nombreuses résolutions du Conseil de Sécurité et de l'Assemblée Générale des Nations Unies ont systématiquement rappelé cette obligation pour les groupes armés non-étatiques, voir à ce propos HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, p. 654, notes de bas de page n°17 et 18.

<sup>587</sup> HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, p. 651, règle n°139.

<sup>588</sup> *Idem.*

<sup>589</sup> DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, pp. 245-258, para. 1.216-1.230.

<sup>590</sup> Voir par exemple SCSL, *Prosecutor v. A. T. Brima and all*, Judgment, Trial Chamber II, Case no SCSL-04-16-T, 20.06.2007.

hostilités<sup>591</sup> et rien n'indique en l'état actuel du DIH que ceci est remis en cause pour les membres d'origine étrangère. Les « combattants étrangers », dès lors qu'ils participent à un conflit en qualité de membres d'un groupe armé organisé, voient leurs activités être régies par le DIH de sorte qu'ils sont concernés par les régimes d'exclusion du droit antiterroriste.<sup>592</sup>

Pour terminer, puisque les « combattants étrangers » apparaissent comme des individus spécifiquement motivés par une idéologie particulière, il paraît opportun d'apporter une précision sur ce point. L'idéologie, la motivation à prendre les armes, n'est pas un critère impactant l'applicabilité du DIH, et plus particulièrement ici de ces règles relatives à la conduite des hostilités. Ainsi, les motivations des parties belligérantes – notamment le fait qu'elles se battent pour une cause juste ou non, légitime ou non – ne peuvent servir à écarter l'applicabilité du *Ius in bello*, ou à la moduler.<sup>593</sup> Autrement dit, le fait que les « combattants étrangers » soient des membres d'un groupe armé organisé qui se battent pour des raisons idéologiques ne les exclut pas du champ des règles relatives à la conduite des hostilités. Mais surtout, puisque les « combattants étrangers » sont aujourd'hui de plus en plus appréhendés comme des individus motivés par une idéologie *terroriste*, il semble nécessaire de rappeler que reconnaître l'applicabilité du DIH n'a pas pour effet de reconnaître la légitimité de l'idéologie qu'ils défendent. Si les États restent réticents sur la question, notamment pour reconnaître l'existence de conflit armé à l'encontre d'entités qualifiées de terroriste, il est néanmoins largement admis que la mise en œuvre du *Ius in bello* aux actes de telles entités ne confère aucune légitimité à leurs revendications.<sup>594</sup> Ainsi, déjà dans les années 1950, Jean Pictet commentait l'alinéa 4 de l'article 3 commun aux Conventions de Genève en ces termes :

« [Cette disposition] répond à la crainte – toujours la même – de voir l'application [...] de la Convention en cas de guerre civile gêner le Gouvernement légal dans sa répression

---

<sup>591</sup> KLEFFNER (J. K.), « L'applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés organisés », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 93, Sélection française, 2011/2.

<sup>592</sup> Dans la mesure où est ensuite établi que l'acte effectivement en cause dans une affaire est bien régi par le DIH, voir *infra*, seconde partie.

<sup>593</sup> Voir *infra*, pp. 308-348.

<sup>594</sup> DÖRMANN (K.), LIJNZAAD (L.) and SASSÒLI (M.) (éd.), *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, *op. cit.*, p. 291, par. 865.

légitime de la rébellion, ou conférer le statut de belligérance, et partant une autorité et une puissance accrues, au parti adverse. »<sup>595</sup>

Autrement dit, cet alinéa était expressément prévu pour s'assurer que l'application du droit international humanitaire n'aurait « *pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit.* »<sup>596</sup> Il faut préciser ici qu'il s'agit notamment de ne pas reconnaître de statut en droit international public à la partie non étatique ; « *le fait d'appliquer l'article 3 ne constitue en lui-même, de la part d'un gouvernement légal, aucune reconnaissance d'un pouvoir quelconque à la partie adverse* »<sup>597</sup>. Dès lors, par exemple, reconnaître la qualité de groupe armé organisé à une insurrection n'aura pas pour effet de reconnaître l'indépendance de l'État qu'elle dit créer.

Dans le nouveau Commentaire de la Première Convention de Genève de 1949 rédigé sous l'égide du CICR, les auteurs insistent sur le fait que cette clause de l'article 3 commun

« makes absolutely clear that the object of the Convention is purely humanitarian, that it is in no way concerned with the internal affairs of States, and that it merely ensures respect for the essential rules of humanity which all nations consider as valid everywhere, in all circumstances. »<sup>598</sup>

Depuis l'adoption de cet article 3 commun, aucun développement du DIH n'a remis en cause cette affirmation. Accorder le statut de membre d'un groupe armé organisé partie à un conflit armé et soumettre un individu aux règles de la conduite des hostilités du *Ius in bello* n'a jamais eu pour effet juridique de reconnaître la légitimité internationale de la cause défendue par ce groupe.<sup>599</sup> Et le fait que ces groupes puissent accueillir dans leur rang des combattants d'origine étrangère ne le remet pas plus en question.

Cette absence de reconnaissance de légitimité peut être directement illustrée en DIH par le fait que les membres de ces groupes armés organisés parties à un conflit armé non

---

<sup>595</sup> PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire I*, op. cit., pp. 64-65.

<sup>596</sup> Art. 3, al. 4, commun aux Conventions de Genève, op. cit.

<sup>597</sup> PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire I*, op. cit., p. 65.

<sup>598</sup> DÖRMANN (K.), LIJNZAAD (L.) and SASSÒLI (M.) (éd.), *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, op. cit., p. 290, par. 861.

<sup>599</sup> *Ibid.*, p. 292, par. 869.



international ne bénéficient pas du statut de combattant au sens strict.<sup>600</sup> Appliquer le *Ius in bello* à un groupe armé organisé (et à ses membres même étrangers) ne conduit pas à reconnaître un droit de participer aux hostilités à ses membres et « *ne [...] confère aucun droit à une protection spéciale, ni aucune immunité.* »<sup>601</sup> Autrement dit, les États conservent le droit de criminaliser la participation à une lutte armée au sein d'un groupe armé organisé.

Si l'application du droit international humanitaire ne légitime pas la cause à défendre d'un « combattant étranger », elle a néanmoins pour conséquence un élément central au traitement de ces individus dans le cadre de la conduite des hostilités : ils constituent, aux fins du principe de distinction, des cibles légitimes.

**b. Les enjeux de mise en œuvre du principe de distinction dans le cadre du phénomène des « combattants étrangers » membres d'un groupe armé organisé**

Comme pour les combattants d'une force armée étatique, la qualité de membre d'un groupe armé organisé partie à un conflit armé a pour effet la perte de la protection contre les attaques directes, en application du principe de distinction entre civils et combattants.<sup>602</sup> Eu égard à l'interprétation de ce principe, il faut rappeler les conclusions précédentes, également applicables ici et par lesquelles était affirmé que la mise en œuvre de ce principe n'est pas impactée par les origines étrangères d'un membre d'une force armée.<sup>603</sup> De même, les étrangers membres d'un groupe armé organisé intervenant exclusivement en qualité de personnels sanitaires et religieux ne peuvent être pris pour cible, par application du principe de distinction ; le régime juridique du DIH est ici similaire à celui de ces personnels membres d'une force armée étatique.<sup>604</sup> Une conséquence juridique en matière de conduite des hostilités est alors que les individus inscrits dans le phénomène migratoire des « combattants étrangers » mais qui n'intègrent un groupe armé que pour y prêcher, par exemple, l'idéologie

---

<sup>600</sup> MELZER (N.), *Guide interprétatif sur la notion de Participation directe aux Hostilités en Droit International Humanitaire*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>601</sup> PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire I*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>602</sup> HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, p. 3, règle n°1.

<sup>603</sup> Voir *supra*, pp. 149-151.

<sup>604</sup> Voir par exemple : Art. 9, al. 1, PA II, *op. cit.* ; voir *supra*, pp. 152-154.

religieuse défendue par ce groupe, ne peuvent pas être considérés comme des combattants aux fins du principe de distinction, contrairement à ce que pourrait laisser entendre le fait de les désigner en pratique comme des « combattants étrangers ».

Cependant, contrairement à la situation pour les membres des forces armées étatiques, où « *tous les membres* » sont des combattants à l'exception des personnels sanitaires et religieux, déterminer qui au sein d'un groupe armé organisé est un combattant s'avère plus complexe. Et tout particulièrement vis-à-vis du phénomène des « combattants étrangers ».

Aujourd'hui, parce que l'appellation « combattant étranger » ne dispose d'aucune définition contraignante, celle-ci est souvent largement employée pour englober un grand nombre d'individus qui s'inscriraient dans le phénomène très large des volontaires internationaux. Or, ceux-ci constituent parfois entre eux des réalités pragmatiques très différentes ; les activités que chacun va réellement réaliser à l'occasion de ce conflit à l'étranger peuvent être très diverses. Cette imprécision terminologique impose alors une clarification nécessaire de ce qu'il faudrait entendre par « combattant étranger » membre d'un groupe armé organisé constituant une cible légitime aux termes du principe de distinction. À défaut de précision, le risque serait que des forces armées parties à un conflit armé puissent très largement utiliser cette appellation aux contours flous pour considérer librement que tous ces individus constituent des cibles légitimes, alors que l'effectivité de leur participation personnelle aux conflits pourrait être remise en cause.

Déterminer qui, au sein d'un groupe armé organisé, est un combattant est en général rendu difficile par l'absence d'acte officiel d'incorporation.<sup>605</sup> Comme déjà exposé, l'outil le plus avancé sur la question est fondé sur le constat d'une fonction de combat continue pour le compte du groupe. Cet outil, construit autour de la participation aux hostilités d'un individu membre d'un groupe armé organisé, est alors effectivement pertinent pour soutenir qu'un tel individu peut être considéré comme un combattant aux fins du principe de distinction, même s'il a des origines étrangères. Au regard du concept de fonction de combat continue, seuls les membres, y compris étrangers, d'un groupe armé organisé participant directement aux

---

<sup>605</sup> MELZER (N.), *Guide interprétatif sur la notion de Participation directe aux Hostilités en Droit International Humanitaire*, op. cit., p. 34.

hostilités de manière continue devraient pouvoir être directement ciblés aux fins du principe de distinction.<sup>606</sup> Dès lors, « *aux fins pratiques du principe de distinction, [celles-ci ne peuvent] pas dépendre d'une affiliation abstraite, de liens familiaux ou d'autres critères sujets à caution (en raison du risque d'erreurs, d'arbitraire ou d'abus).* »<sup>607</sup> Autrement dit, les proches, les parents et les amis qui accompagnent les membres combattants ne peuvent être pris pour cible s'ils n'exercent pas une fonction de combat continue eux-mêmes pour le compte du groupe car ils restent des civils ; ceci même s'ils sont étrangers. De même, toute personne qui soutient politiquement, moralement et idéologiquement les revendications du groupe armé, à distance (via internet par exemple) ou physiquement – en faisant le choix notamment de rejoindre les lieux d'opérations du groupe pour vivre sous son autorité, dans le système sociétal que le groupe met (ou souhaite mettre) en place, ne sera pas un combattant, au sens large, s'il ne remplit pas personnellement cette fonction. Ces personnes, bien que parfois assimilées dans le langage courant aux « combattants étrangers », ne pourront pas être considérées, en droit des conflits armés, comme des cibles légitimes, en raison de leur seul lien d'affinité ou de filiation avec ceux qui y ont effectivement et personnellement une fonction de combat continue. Finalement, une personne qui quitte son État de nationalité ou de résidence habituelle, pour se rendre auprès d'un groupe armé partie à un conflit armé dans un État étranger, ne devra être considérée comme une cible légitime en vertu du DIH, que dans la mesure où elle y exerce effectivement et personnellement une fonction de combat continue, si elle participe directement aux hostilités. Il faudra compléter ceci lorsqu'il sera traité du cas particulier des civils participant directement aux hostilités, qui pourraient éventuellement les concerner.

Bien que la fonction de combat continue soit un indice intéressant, il faut néanmoins relever deux situations où se reposer sur ce seul concept sera insuffisant et peut-être même problématique : les membres « non combattants » des groupes armés organisés (1) ; le voyage des « combattants étrangers » (2).

---

<sup>606</sup> MELZER (N.), *Guide interprétatif sur la notion de Participation directe aux Hostilités en Droit International Humanitaire*, op. cit., p. 35.

<sup>607</sup> *Idem.*

(1) En principe, l'évaluation de la fonction de combat continue exclut de la catégorie des combattants aux fins du principe de distinction les membres des groupes armés organisés qui y « *assume[nt] des fonctions exclusivement non combattantes, par exemple de caractère politique ou administratif.* »<sup>608</sup> Un membre qui aurait reçu une formation au combat mais qui n'aurait en pratique aucune fonction de combat continue au sein du groupe ne pourrait pas être attaqué. Or, il a été exposé précédemment que, par exemple, les personnels administratifs et les juristes des forces armées étatiques étaient eux des combattants. Il semble ainsi peu pertinent d'interdire aux États d'attaquer ces membres de groupes armés organisés si le DIH ne l'interdit pas à ces groupes généralement présentés comme insurrectionnels, criminels voire terroristes par ces mêmes États.

(2) Le contrôle de la fonction de combat continue au sein d'un groupe est également limité au regard d'une caractéristique inhérente des « combattants étrangers » : leur déplacement. Un « combattant étranger » qui se met en mouvement pour rejoindre à l'étranger le groupe armé organisé afin d'y remplir une fonction de combat continue est-il déjà un membre combattant aux fins du principe de distinction pendant le voyage ? Seulement une fois arrivé sur le territoire d'action du groupe ? Seulement une fois qu'il a reçu un entraînement ? Qu'il a réalisé son premier acte de participation aux hostilités ? Cette question est d'autant plus délicate qu'un individu intégrant une force armée étatique est un membre combattant dès lors qu'il s'engage ; ceci ne serait-il pas contraire à l'égalité devant le DIH<sup>609</sup> aussi bien que difficilement acceptable pour les États ? De même, quand faut-il considérer qu'un « combattant étranger » n'est plus un membre combattant de son groupe armé organisé ? Or, cette question est ici particulièrement importante. En effet, comme l'a relevé Thomas Hegghammer, il faudrait considérer qu'un « combattant étranger » sur neuf quitterait son groupe et rentrerait dans son pays d'origine pour y réaliser des attaques.<sup>610</sup>

---

<sup>608</sup> MELZER (N.), *Guide interprétatif sur la notion de Participation directe aux Hostilités en Droit International Humanitaire*, op. cit., p. 35.

<sup>609</sup> Sur l'égalité devant le DIH et la réglementation des hostilités, voir par exemple : Art. 96, par. 3, PA I, op. cit. ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, *J. C. Abella c. Argentina*, Case n°11.137, op. cit., para. 173-174 ; MEYROWITZ (H.), *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Pédone, Paris, 1970 ; MELZER (N.), *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction*, op. cit., p. 17 ; voir également les développements ultérieurs : pp. 335 et suivantes.

<sup>610</sup> HEGGHAMMER (T.), « Should I Stay or Should I Go? Explaining Variation in Western Jihadists' Choice between Domestic and Foreign Fighting », *American Political Science Review*, February 2013, 15 p. 10.

Ainsi, il semblerait que dans l'objet de cette étude, le simple fait de quitter l'État hôte du conflit, voire de se rendre sur un autre continent où le groupe armé ne pourrait avoir aucune présence, ne serait pas un élément suffisant pour affirmer la fin d'une fonction de combat continue. Finalement, si le test de la fonction de combat continue est un outil opportun pour mettre en œuvre le principe de distinction au cœur des hostilités, il semble plus incomplet lorsque le « combattant étranger » est dans une phase de voyage.

Il faudra alors développer une méthodologie pour préciser le traitement pertinent des volontaires internationaux – notamment de ceux souvent désignés sous les termes *revenants* ou *retournees* – lorsque sera traitée la question de l'encadrement spécifique des actes effectivement réalisés par ceux-ci.<sup>611</sup> Une fois cette méthodologie présentée, à ce jour et dans l'état actuel du droit, il faudra alors soutenir qu'aux fins de la mise en œuvre du principe de distinction,

« [I]es membres [étrangers] de groupes armés organisés appartenant à une partie non étatique à un conflit armé cessent d'être des civils [...] et, dès lors, perdent le bénéfice de l'immunité contre les attaques directes – aussi longtemps qu'ils assument leur fonction de combat continue. »<sup>612</sup>

Pour conclure, il a été démontré que les individus inscrits dans le phénomène des « combattants étrangers » pouvaient obtenir la qualité de membre d'une force armée partie à un conflit armé et être visés par la réglementation relative à la conduite des hostilités. Le DIH leur est ici, sur ces questions, tout à fait applicable, malgré leur origine étrangère et bien que leur combat soit motivé par une idéologie, parfois criminelle. En conséquence de quoi, les régimes d'exclusion du droit antiterroriste – prévoyant l'inapplicabilité de celui-ci aux activités des membres d'une force armée partie à un conflit armé déjà soumis au *Ius in bello* – devraient leur être applicable. Du moins, l'une des conditions de mise en œuvre de ces régimes semble remplie : à savoir qu'il s'agit d'individus membres d'une force armée partie à un conflit armé telle que définie par le DIH. Il faut alors compléter cette analyse sur

---

<sup>611</sup> Voir *infra*, pp. 362-392.

<sup>612</sup> MELZER (N.), *Guide interprétatif sur la notion de Participation directe aux Hostilités en Droit International Humanitaire*, *op. cit.*, Recommandation n°VII, voir p. 19 [page dont la numérotation n'apparaît pas dans la pagination de l'ouvrage imprimé].

l'étendue du statut juridique applicable aux « combattants étrangers » en vertu du droit international humanitaire en constatant que les régimes relatifs à la protection des personnes leur sont également applicables lorsqu'ils sont membres d'une force armée partie à un conflit armé.

## **II. Les régimes relatifs à la protection des membres *hors de combat* d'une force armée pleinement applicables aux « combattants étrangers »**

Le droit international humanitaire protège les personnes qui sont *hors de combat*.<sup>613</sup> L'étude sur le DIH coutumier a pu affirmer qu'en conflit armé international comme en conflit armé non international,

« il est interdit d'attaquer des personnes reconnues comme étant hors de combat. Est hors de combat toute personne :

- a) qui est au pouvoir d'une partie adverse ;
- b) qui est sans défense du fait qu'elle a perdu connaissance, ou du fait de naufrage, de blessures ou de maladie ; ou
- c) qui exprime clairement son intention de se rendre ;

à condition qu'elle s'abstienne de tout acte d'hostilité et ne tente pas de s'évader. »<sup>614</sup>

Ce qu'il faut ici mettre en lumière, c'est que le droit des conflits armés ne régit pas que les questions de conduite des hostilités, mais prévoit également un ensemble de dispositions permettant d'assurer la protection des membres d'une force armée belligérante qui se retrouveraient entre les mains de la partie adverse. Autrement dit, lorsque ces membres sont blessés, malades, naufragés et/ou capturés, le DIH continue de régir leur situation en attachant des régimes spécifiques à leur qualité de membres. Or, il est nécessaire d'analyser ces régimes pour démontrer qu'ils concernent également les membres « combattants étrangers » des forces armées. De ce fait, il ne pourra qu'être conclu que ces situations sont également à exclure du champ d'application du droit antiterroriste en vertu des régimes d'exclusion précités. Même lorsqu'ils se trouveront entre les mains des autorités adverses, ces « combattants étrangers » d'une force armée belligérante ne pourront être identifiés par

---

<sup>613</sup> Voir notamment : Art. 71, Instructions de 1863 pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique (Lieber Code), 24.04.1863 ; Art. 13, al. c), Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre, Conférence de Bruxelles, 27.08.1874 ; Art. 9, al. b), Manuel des lois de la guerre sur terre, Institut de Droit International, Oxford, 09.09.1880 ; Art. 23, al. c), Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre [Ci-après Règlement de La Haye], annexe à la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18.10.1907 [Entrée en vigueur : 26.01.1910 ; Ratifications : 38 ; Signatures : 15] ; Art. 3 commun aux Conventions de Genève, *op. cit.* ; Arts. 41, par. 1 et 85, par. 3, al. e), PA I, *op. cit.* ; Art. 4, PA II, *op. cit.* ; Art. 8, par. 2, al. b), vi), Statut de Rome, *op. cit.*

<sup>614</sup> HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, p. 219, règle n°47.

le nouveau statut de « combattant terroriste étranger », y compris les membres de groupes armés organisés qui seraient qualifiés d'insurrectionnels, de rebelles ou encore de terroristes.

En pratique, la protection des membres – y compris étrangers – d'une force armée se trouvant entre les mains de la partie adverse se matérialise à travers trois thématiques : l'obligation de protection et de secours des personnes *hors de combat* (A), les régimes juridiques organisant la détention durant les conflits armés (B) et les dispositions relatives aux poursuites pénales qui peuvent être intentées à l'encontre de ces membres (C).

#### A. L'obligation de protection et de secours des personnes *hors de combat* au bénéfice de tous membres étrangers de toutes forces armées belligérantes

En conflit armé international, l'article 12 commun aux première et deuxième Conventions de Genève de 1949 dispose expressément que les combattants d'une force armée étatique blessés, malades et naufragés seront « *traités et soignés avec humanité [...] sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur [...] la nationalité, la religion, les opinions politiques ou tout autre critère analogue* »<sup>615</sup>. Au regard de ces précisions, il est incontestable que les étrangers au sein des forces armées étatiques bénéficient du même traitement que les membres nationaux lorsqu'ils sont blessés, malades ou naufragés, et qu'ils se trouvent au pouvoir de la Partie adverse :

« rien ne saurait désormais autoriser un belligérant à tracer une distinction de caractère défavorable entre les blessés ou les malades [ou les naufragés], qu'ils soient amis ou ennemis. Ceux-ci sont placés sur un pied d'égalité complète quant à la protection, au respect et aux soins qui leur sont dus. Seuls des raisons d'urgence médicale peuvent autoriser une priorité dans l'ordre des soins ».<sup>616</sup>

Les éléments comme les origines mais également les opinions politiques ou la religion, qui auraient pu être utilisés pour caractériser et évaluer la motivation, la « cause à

---

<sup>615</sup> Nous soulignons ; Art. 12, CG I, *op. cit.* ; Art. 12, Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer [Ci-après Convention de Genève II ou CG II], Genève, 12.07.1949 [Entrée en vigueur : 21.10.1950 ; Ratifications : 196].

<sup>616</sup> PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire I, op. cit.*, p. 152 ; PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire II - La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, CICR, Genève, 1959, pp. 90-91.



défendre » des volontaires internationaux, et donc potentiellement justifier un traitement différencié, sont expressément écartés.<sup>617</sup> Cette protection concerne sans aucun doute possible les étrangers des forces armées étatiques, des milices et corps de volontaires rattachés à ces forces, ainsi que les étrangers des milices, des corps de volontaires et des mouvements de libération nationale et de résistance suffisamment organisés, de même que les étrangers des forces armées régulières qui se réclament d'une autorité non reconnue par la Partie adverse.<sup>618</sup> En cas de capture, tous les « combattants étrangers » blessés, malades ou naufragés bénéficieront d'ailleurs nécessairement du statut de prisonnier de guerre en qualité de membre d'une partie à un conflit armé international.<sup>619</sup> La partie au conflit qui les capture devra tout mettre en œuvre pour s'abstenir de leur causer des dommages supplémentaires et devra les préserver contre les actes qui, sans qu'elle n'en soit nécessairement responsable, pourraient leur être dommageables,<sup>620</sup> dès lors que leur condition nécessitera une assistance médicale quelconque, et qu'ils s'abstiendront de tout acte hostile<sup>621</sup>.

En ce qui concerne les contextes de conflits armés non internationaux, les observations sont similaires. Avant même l'adoption des Conventions de Genève de 1949, la Guerre d'Espagne avait déjà été l'occasion d'affirmer qu'un traitement plus défavorable ne pouvait être réservé aux volontaires étrangers des forces armées belligérantes.<sup>622</sup> Ainsi, « *il est interdit d'attaquer des personnes reconnues comme étant hors de combat [...] à condition qu'elle[s] s'abstienne[nt] de tout acte d'hostilité et ne tente[nt] pas de s'évader.* »<sup>623</sup> Selon

---

<sup>617</sup> PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire I*, op. cit., p. 152 ; PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire II*, op. cit., pp. 90-91.

<sup>618</sup> Art 13, CG I, op. cit. ; Art. 13, CG II, op. cit.

<sup>619</sup> Art 14, CG I, op. cit. ; Art. 16, CG II, op. cit.

<sup>620</sup> DÖRMANN (K.), LIJNZAAD (L.) and SASSÒLI (M.) (éd.), *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, op. cit., p. 481, par. 1352 ; PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire II*, op. cit., pp. 89-90.

<sup>621</sup> *Ibid.*, p. 477, par. 1341 ; PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire II*, op. cit., p. 89.

<sup>622</sup> DAVID (E.), « La condition juridique des volontaires belges pendant la guerre d'Espagne », op. cit., p. 60.

<sup>623</sup> HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, op. cit., p. 219, règle n°47.

l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, la catégorie des « *personnes qui ne participent pas directement aux hostilités* » inclut les combattants – au sens usuel – « *qui ont été [mis] hors de combat par maladie, blessure, [...] ou pour toute autre cause* ». <sup>624</sup> En outre, l'article ajoute que ces individus devront être, « *en toute circonstances, traités avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur [...] la religion ou la croyance, [...] la naissance ou [...] tout autre critère analogue.* » La liste n'étant pas exhaustive, elle peut et doit être complétée par le critère d'origine nationale ou résidentielle. D'ailleurs, il faut relever des travaux préparatoires à l'adoption de cet article que le terme *nationalité* n'a pas été expressément employé car son interprétation aurait pu « *soulever des difficultés d'ordre juridique en égard aux lois en vigueur dans les différents pays* » et parce que cet article traitant également des poursuites pénales, il ne fallait pas que l'ajout du terme *nationalité* empêche « *un gouvernement de traiter des insurgés qui sont ses propres nationaux autrement que des étrangers prenant part à la guerre civile* » en matière strictement pénale. <sup>625</sup> Ainsi, Jean Pictet écrivait à propos de cet article qu'il tirait et élargissait, des textes précédents du *Ius in bello*, la haute idée humaine que « *devant la souffrance, on ne doit plus distinguer entre le frère d'armes, l'ennemi et l'allié.* » <sup>626</sup> Plus particulièrement, en lien avec le sujet sur les « combattants étrangers », il relevait sur la formulation de l'article 3 commun un développement certes long, mais si fondamentalement essentiel par son actualité, malgré les quelques soixante-dix années écoulées depuis sa formulation, que sa reproduction paraît bienvenue :

« on remarquera que le critère de la nationalité [...] a disparu. [...] des étrangers peuvent se trouver impliqués dans une guerre civile. Et c'est précisément cette idée qui, au lieu de faire inscrire la nationalité parmi les critères, l'en a fait écarter ! Le groupe de travail [...] dont devait sortir le texte définitif considéra en effet qu'au cas où des étrangers prendraient part à une insurrection, le gouvernement devrait être laissé libre de les considérer comme plus ou moins coupables que les nationaux. Cette remarque était tout à fait fondée. Il apparaît toutefois qu'elle était sans lien avec le point qui nous occupe. Comme on l'a déjà dit [...], l'article 3 est d'ordre strictement humanitaire. Il ne limite en aucune manière le

---

<sup>624</sup> Art. 3 commun aux Conventions de Genève, *op. cit.*

<sup>625</sup> Voir Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, Tome II-B, p. 90.

<sup>626</sup> PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire I, op. cit.*, p. 59.

droit essentiel de l'État de réprimer une insurrection. Il laisse intact le pouvoir de juger et de condamner, comme celui d'apprécier les circonstances aggravantes ou atténuantes. Or, ici, il ne s'agit pas de traitement *judiciaire*, mais de traitement *humain*. Il s'agit d'assurer à tout homme ne prenant pas part aux hostilités, ou mis hors de combat, ce minimum que la législation interne elle-même accorde aux pires criminels, même à ceux qui sont destinés à l'échafaud, lorsque, dans leurs prisons, elle les vêt et les nourrit, et lorsque, malades, elle les soigne. »<sup>627</sup>

De conclure :

« prendre prétexte de ce que le critère de la nationalité a été écarté, pour traiter des étrangers, dans une guerre civile, d'une façon incompatible avec les exigences de l'humanité, pour se croire autorisé à les laisser mourir de faim ou à les torturer, ce serait la négation même de l'esprit des Conventions de Genève. »<sup>628</sup>

Cet extrait choisi pourrait être difficilement plus clair concernant les « combattants étrangers » *hors de combat*. Il serait malvenu de paraphraser maladroitement Jean Pictet. Il faudra simplement constater que dans les dispositions relatives au traitement des blessés et malades adoptées après cette déclaration, l'idée même de lister des critères à ne pas prendre en compte pour différencier les individus a été écartée.<sup>629</sup> Le problème est ainsi pris *a contrario* lorsque l'article 7 PA II dispose qu'aucune « *distinction fondée sur des critères autres que médicaux ne sera faite* ». <sup>630</sup> Aucun autre élément que la santé ne peut entrer en compte, « *l'urgence et la déontologie doivent seules dicter les priorités des soins à accorder.* »<sup>631</sup> De surcroît, la lecture de cet article doit être faite en ayant à l'esprit la lettre de l'article 2 du même Protocole. En effet, ce dernier précise expressément cette fois-ci que ses dispositions, et donc l'article 7, s'appliquent

« sans aucune 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

---

<sup>627</sup> PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire I*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>628</sup> *Idem.*

<sup>629</sup> Art. 7, par. 1, PA II, *op. cit.* : aucune liste, pas même une liste présentée comme non-exhaustive, n'est proposée dans la formulation de l'article du Protocole additionnel II relatif aux blessés, malades et naufragés.

<sup>630</sup> Art. 7, par. 2, PA II, *op. cit.*

<sup>631</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, p. 1434, par. 4647.

ou sociale, la fortune, la naissance ou une autre situation, ou tous autres critères analogues [...] à toutes les personnes affectées par un conflit armé ». <sup>632</sup>

En conclusion, il est certain que la nationalité ou les origines, ainsi que les opinions, idées et croyances, ne peuvent être invoquées pour appliquer différemment le DIH, et *a fortiori* pour l'écartier purement et simplement. Il ne fait aucun doute que les membres d'origine étrangère des forces parties à un CANI, comme les membres nationaux, doivent bénéficier des soins et de la protection contre les attaques directes lorsqu'ils sont *hors de combat*. Ils sont protégés dès lors qu'ils s'abstiennent de tout acte hostile. <sup>633</sup> En vertu du droit des conflits armés, il est interdit d'invoquer les origines ou l'idéologie pour traiter différemment les « combattants étrangers » des combattants locaux. <sup>634</sup> Plus qu'une interdiction, le chiffre 2 de l'article 3 commun établit une véritable obligation de recueillir et soigner tous les blessés et les malades, quels qu'ils soient. <sup>635</sup>

De la même manière, les régimes juridiques protecteurs en cas de détention bénéficient également aux « combattants étrangers » des parties belligérantes.

---

<sup>632</sup> Art. 2, par. 1, PA II, *op. cit.*

<sup>633</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, pp. 1432-1433, para. 4635 et 4638.

<sup>634</sup> PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire I*, *op. cit.*, pp. 59-60 ; cette position a été réaffirmée dans le Commentaire mis à jour de la première Convention de Genève de 1949, voir : DÖRMANN (K.), LIJNZAAD (L.) and SASSÒLI (M.) (éd.), *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, *op. cit.*, p. 200, par. 572.

<sup>635</sup> Art. 3, chiffre 2, commun aux Conventions de Genève, *op. cit.*

## **B. Les régimes juridiques de la détention en conflit armé applicables aux membres étrangers des forces armées belligérantes**

Lorsqu'ils sont détenus par la partie adverse, le droit international humanitaire continue à régir la situation des membres, même étrangers, des forces armées parties à un conflit armé international (1) et non international (2).

### **1. Le statut de prisonnier de guerre pleinement applicable aux « combattants étrangers » des forces armées parties à un conflit armé international**

En vertu de l'article 4 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949 (ci-après Convention de Genève III ou CG III), seront considérés comme prisonniers de guerre – et bénéficieront donc du statut y afférant – les individus tombés au pouvoir de l'ennemi et appartenant aux catégories suivantes : « *les membres des forces armées d'une Partie au conflit, de même que les membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées* »<sup>636</sup>, mais également, « *les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance* »<sup>637</sup> respectant les quatre conditions relatives à leur organisation, ainsi que « *les membres des forces armées régulières qui se réclament d'un gouvernement ou d'une autorité non reconnus par la Puissance détentrice* »<sup>638</sup>. Or, l'étendue de ce statut comprend très certainement les membres étrangers de ces entités.

D'abord, il faut noter que lorsque la Convention de Genève III liste les entités dont les membres bénéficient du statut de prisonnier de guerre, il n'est à aucun moment précisé que les membres étrangers seront exclus. Ainsi, « *les membres [de ces] forces armées [...] quels que soient [...] leurs nationalités [...] bénéficient du statut de prisonnier de guerre en cas de capture* ».<sup>639</sup> À ce titre, il est intéressant de noter que dans l'*Affaire Blaskić*, le TPIY a reconnu l'application du statut de prisonnier de guerre aux membres de l'armée de Bosnie-

---

<sup>636</sup> Art. 4, A., 1), CG III, *op. cit.*

<sup>637</sup> *Ibid.*, Art. 4, A., 2) ; voir à ce propos PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire III*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>638</sup> Art. 4, A., 3), CG III, *op. cit.*

<sup>639</sup> DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 476, § 2.288.

Herzégovine, incluant les membres de la 7<sup>ème</sup> Brigade Musulmane du 3<sup>ème</sup> Corps d'armée de l'ABiH<sup>640</sup>, c'est-à-dire notamment les volontaires étrangers de l'unité *El Moudjahidin* « *composante musulmane de l'armée de Bosnie-Herzégovine* »<sup>641</sup> et dont il était question dans les développements précédents.

Ensuite, il faut relever que, point essentiel dans ce travail sur la situation des étrangers participant aux hostilités, le statut de prisonnier de guerre doit être accordé et appliqué de manière égale entre les nationaux et les étrangers des forces armées étatiques. Déjà en 1907 la cinquième Convention de La Haye avait prévu que le ressortissant d'un État tiers au conflit ne pourrait plus se prévaloir de sa neutralité s'il prenait « *volontairement du service dans les rangs de la force armée de l'une des Parties* » mais ne pouvait toutefois pas être « *traité plus rigoureusement [...] que ne pourrait l'être, à raison du même fait, un national de l'autre État belligérant.* »<sup>642</sup> La simple proposition d'interdire les États d'accepter dans les rangs de leurs forces des ressortissants d'États tiers (neutres) ayant conduit à de vives objections de la part de plusieurs Délégations,<sup>643</sup> il ne semble pas vraiment surprenant que la formulation finale de cette Convention insiste sur la nécessité de traiter ces ressortissants étrangers – autrement dit ces « combattants étrangers » – comme les nationaux. D'ailleurs, en 1949, la troisième Convention de Genève ira plus loin en précisant à l'article 16 que

« compte tenu des dispositions [...] relatives au grade ainsi qu'au sexe, et sous réserve de tout traitement privilégié qui serait accordé aux prisonniers de guerre en raison de leur état de santé, de leur âge ou de leurs aptitudes professionnelles, les prisonniers doivent tous être traités de la même manière par la Puissance détentrice, sans aucune distinction de

---

<sup>640</sup> TPIY, *Le Procureur c. T. Blaskić*, Affaire n°IT-95-14-T, *op. cit.*, par. 147 ; SOMMARIO (E.), « *The status of Foreign Fighters under International Humanitarian Law* », *op. cit.*, p. 149.

<sup>641</sup> *Ibid.*, par. 78 ; à la page x de l'annexe, cette même décision précise que des « *soldats étrangers (Moudjahidin)* » composent cette unité.

<sup>642</sup> Art. 17, Convention (V) concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, La Haye, 18.10.1907 [Entrée en vigueur : 26.01.1910 ; Ratifications : 34 ; Signatures : 17].

<sup>643</sup> « Deuxième conférence internationale de la paix, 15 Juin-18 Octobre 1907 : actes et documents », *op. cit.*, p. 81 :

« Plusieurs Délégations objectèrent à cette interdiction qu'il n'y a pas de raison pour empêcher des particuliers neutres d'offrir leurs services à un belligérant et qu'il serait inadmissible, soit de défendre à ce dernier de les accepter, soit d'obliger un État neutre à en empêcher ses ressortissants. »

caractère défavorable, de race, de nationalité, de religion, d'opinions politiques ou autre, fondée sur des critères analogues. »<sup>644</sup>

En d'autres termes, il ne fait aucun doute que les étrangers des forces armées parties à un conflit armé international pourront bénéficier de l'entière<sup>645</sup> du statut de prisonnier de guerre, au même titre que les membres nationaux de ces forces.<sup>646</sup> Dès lors, puisque ce statut consiste en un régime régi par le DIH, l'exclusion du droit antiterroriste est encore applicable aux membres étrangers capturés bénéficiant du statut de prisonnier de guerre.

Si les présentes conclusions sont sans appel pour ce qui concerne l'application du statut de prisonnier de guerre aux étrangers membres d'une force partie à un conflit armé international, quelles sont-elles concernant la détention en contexte de conflit armé non international ?

## **2. Les garanties de traitement lors de la détention en conflit armé non international reconnues aux membres étrangers des forces armées belligérantes**

Prévu uniquement dans les textes applicables en conflit armé international, il faut commencer par noter qu'il n'est pas prévu de statut de prisonnier de guerre durant un conflit armé non international ; et ceci concerne aussi bien les combattants des groupes armés non étatiques que les membres des forces armées étatiques.<sup>647</sup> Néanmoins, un ensemble de règles est tout de même prévu par le DIH, dans le but d'encadrer la situation juridique des membres d'une partie belligérante qui seraient capturés et détenus par la partie adverse. Or, comme pour le statut de prisonnier de guerre, il ne fait aucun doute que le régime de la détention en conflit armé non international est également applicable aux membres étrangers des forces armées belligérantes. Dès lors, leur situation et les activités qui les concernent dans le cadre de cette détention restent régies par le DIH et enclenchent les régimes d'exclusion du droit

---

<sup>644</sup> Art. 16, CG III, *op. cit.*

<sup>645</sup> La présente conclusion étant celle de l'entière applicabilité du statut de prisonnier de guerre aux étrangers des forces armées étatiques, il faudra se référer directement à la troisième Convention de Genève de 1949 afin de connaître l'ensemble des dispositions détaillées qui devront alors être mises en œuvre.

<sup>646</sup> Il faut remarquer que les travaux préparatoires ayant mené à l'adoption de la CG IV ne font état d'aucune proposition contraire.

<sup>647</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, op. cit.*, p. 1410, par. 4570.

antiterroriste. Ainsi, même après qu'ils aient cessé de le combat du fait de leur captivité, ces « combattants étrangers » membres d'une partie au conflit non international ne devraient pas pouvoir être juridiquement identifiés par le statut de « combattant terroriste étranger ». En plus de démontrer pourquoi l'analyse du régime de la détention dans un CANI permet d'affirmer sa pleine applicabilité aux membres étrangers des forces armées engagées, ce développement sera finalement l'occasion de mettre en lumière les grandes lignes du régime qui doit effectivement être accordé à ces « combattants étrangers » qui seraient capturés lors des combats.

En premier lieu, une protection générale constituée des garanties fondamentales relatives aux traitements des personnes au pouvoir de l'ennemi leur est reconnue. Ainsi placés hors de combat, ils obtiennent la protection rattachée à cet état de fait, au même titre que les malades, blessés et naufragés. La protection contre les attaques et les mauvais traitements, ainsi que l'obligation d'assistance et de soin, reconnues à ces derniers, doivent être appliquées aux

« membres de forces armées [au sens large] qui ont déposé les armes [et] qui ont été mis hors de combat par [...] détention [...] sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, [...], ou tout autre critère analogue. »<sup>648</sup>

Il ne fait aucun doute que la formule « *ou tout autre critère analogue* » inclut la nationalité et la résidence habituelle. En effet, les Conventions de Genève de 1864, 1906 et 1929 prévoyaient expressément que la nationalité ne pourrait permettre de justifier un traitement plus défavorable aux étrangers hors de combat.<sup>649</sup> Or, l'énumération de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 est précisément formulée de telle sorte d'y inclure toutes les situations qui n'auraient pas été anticipées et qui surviendraient dans des conflits postérieurs aux trois Conventions précitées.<sup>650</sup> Il est ainsi certain que l'exclusion de

---

<sup>648</sup> Art. 3, 1) commun aux Conventions de Genève, *op. cit.* ; voir également Art. 4, par. 1., PA II, *op. cit.*

<sup>649</sup> Art. 6, Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 22.08.1864 ; Art. 1<sup>er</sup>, Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne, Genève, 06.07.1906 ; Art. 1<sup>er</sup>, Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 27.07.1929.

<sup>650</sup> PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire I*, *op. cit.*, p. 59.



la nationalité et de la résidence habituelle comme critères de différenciation des traitements est conforme à l'esprit et au but des quatre CG, piliers du droit international humanitaire. Il n'est donc pas contestable que ces dispositions sont applicables aux étrangers membres des groupes armés organisés et des forces armées étatiques parties à un conflit armé non international. Cette obligation constitue d'ailleurs une règle coutumière.<sup>651</sup>

En second lieu, il est possible qu'une fois capturés ces individus soient privés de liberté et placés en détention pour réduire les capacités militaires adverses le temps du conflit armé et/ou dans l'attente de les poursuivre en justice. Or, là encore le *Ius in bello* impose le respect, même dans le contexte particulier d'un conflit armé, de certaines règles de détention et de traitements des personnes privées de liberté, y compris au bénéfice des membres étrangers d'un groupe armé organisé ou d'une force armée étatique.

D'abord, en vertu des articles 3 commun aux quatre Conventions de Genève et 4 du PA II, les membres d'une force armée privés de liberté doivent être traités avec humanité indépendamment de leur « *origine nationale* »<sup>652</sup>, mais également de « *leurs convictions et leurs pratiques religieuses* », philosophiques et politiques<sup>653</sup>. Autrement dit, des éléments qui différencient ledit « combattant étranger » d'un combattant « local » ou « national » et pouvant caractériser sa « cause à défendre » dans son choix de prendre les armes. À titre d'exemple, seront interdits sur les personnes privées de liberté – même lorsqu'elles ont participé aux hostilités :

« a) les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental [...], en particulier le meurtre, [...] les traitements cruels tels que la torture, les mutilations ou toutes formes de peines corporelles ; [...] e) les atteintes à la dignité de la personne,

---

<sup>651</sup> HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, pp. 219 et suivantes, règle n°47.

<sup>652</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, pp. 1394-1395, par. 4524 ; voir Art. 3, commun aux Conventions de Genève, *op. cit.* ; voir également Art. 4, PA II, *op. cit.*

<sup>653</sup> *Ibid.*, p. 1394, par. 4522.

notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur. [...] »<sup>654</sup>

Ensuite, l'article 4 paragraphe 2 du PA II dispose que « *sont et demeurent prohibés en tout temps et en tout lieu [...] les punitions collectives* ». <sup>655</sup> Il n'est donc pas possible de sanctionner un membre d'une force armée pour les actes que d'autres membres ont commis s'il n'en est pas lui-même pénalement responsable. Ainsi, par exemple, il ne pourra pas être puni pour les actes de terrorisme commis par d'autres membres du groupe, s'il n'a pas lui-même planifié, organisé ou réalisé l'acte en question. De plus, l'article 5 du PA II relatif aux personnes privées de liberté fait partie intégrante du statut juridique des étrangers membres d'une force armée partie à un conflit armé non international. Or, il permet la détention en vue de réduire les capacités militaires adverses, tout en obligeant au respect de standards humanitaires vis-à-vis des conditions particulières de détention liées au contexte exceptionnel d'un conflit armé. Ainsi, les détenus « *recevront dans la même mesure que la population civile locale des vivres et de l'eau potable* », ils « *bénéficieront de garanties de salubrité et d'hygiène et d'une protection contre les rigueurs du climat et les dangers du conflit* ». <sup>656</sup> Par ailleurs, les personnes détenues doivent être « *autorisées à expédier et à recevoir des lettres et des cartes dont le nombre pourra être limité par l'autorité compétente si elle l'estime nécessaire* ». <sup>657</sup> Ceci est particulièrement intéressant car la jurisprudence belge a soutenu que permettre la correspondance entre un individu membre de l'EI en Syrie et sa famille en Belgique était constitutif d'une infraction terroriste <sup>658</sup>, alors que c'est un droit reconnu et protégé par le DIH en conflit armé <sup>659</sup>. Pour terminer, « *les lieux d'internements et de détention ne seront pas situés à proximités de la zone de combat* », avec une obligation

---

<sup>654</sup> Art. 4, par. 2, PA II, *op. cit.* ; en cas de CANI n'entrant pas dans le champ d'application du PA II, l'article 3 commun aux CG prescrit un traitement très similaire ici :

« sont et demeurent prohibées, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus :

- a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices ;
- b) les prises d'otages ;
- c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants [...] »

<sup>655</sup> Art. 4, par. 2, PA II, *op. cit.*

<sup>656</sup> Art. 5, par. 1, PA II, *op. cit.*

<sup>657</sup> Art. 5, par. 1, PA II, *op. cit.*

<sup>658</sup> Tribunal de Première Instance de Bruxelles, « *Affaire Filière syrienne* », Jugement, 27.01.2016, feuillet 34.

<sup>659</sup> Voir CICR, 32<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *op. cit.*, p. 26.

d'évacuation en cas de déplacement de cette zone, et les détenus « *devront bénéficier d'exams médicaux* », leur santé et intégrité physiques ou mentales ne devant être « *compromises par aucun acte ni par aucune omission injustifiés* ». <sup>660</sup>

Enfin, le nouveau commentaire de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève rappelle qu'en vertu du principe de « non-refoulement », il est interdit de transférer un détenu à une autorité ne garantissant pas le respect des conditions de détention qui viennent d'être exposées, ainsi que le respect des garanties fondamentales liées au droit à un procès équitable, notamment lorsque la qualité de membre d'une partie belligérante, la nationalité ou les opinions pourraient être avancées pour justifier un traitement plus défavorable. <sup>661</sup> Ainsi, encore une fois, la qualité « d'étranger » et la « cause à défendre » d'un « combattant étranger » ne l'excluent pas du champ d'application du DIH. *A contrario*, dans le cas du « non-refoulement », cette qualité pourrait même justifier une attention et une protection particulières. Dès lors, les forces françaises ne doivent pas remettre aux autorités irakiennes les combattants, même étrangers, qu'elles capturent si elles ne sont pas assurées que les capturés seront traités humainement et qu'ils auront droit à un procès équitable.

Finalement, il ressort bien des termes du DIH que le régime relatif à la détention en conflit armé non international ne peut pas être écarté au détriment des « combattants étrangers » membres d'une force armée belligérante. Pour terminer en ce qui concerne la protection des personnes en vertu du *Ius in bello*, il faut relever que les régimes relatifs aux poursuites pénales pendant un conflit armé sont également applicables aux membres étrangers. Ainsi, en contexte de conflit armé le DIH semble bien couvrir tous les aspects des situations auxquelles des « combattants étrangers » membres de force armée peuvent être confrontés.

---

<sup>660</sup> Art. 5, par. 2, PA II, *op. cit.*

<sup>661</sup> DÖRMANN (K.), LIJNZAAD (L.) and SASSÒLI (M.) (éd.), *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, *op. cit.*, pp. 241-244, para. 708, 710 et 714.

### **C. Les régimes des poursuites pénales en droit international humanitaire face au nouveau statut de « combattant terroriste étranger »**

Le détail de ces régimes sera présenté dans le chapitre suivant. Néanmoins, il faut procéder à un développement qui permet ici de constater que ces régimes attachés à la qualité de membre d'une force armée sont pleinement applicables aux membres d'origine étrangère ; ce constat aura alors d'importantes conséquences sur le traitement pratique des actes imputables à ces individus. Dès lors, dans cette première partie consacrée à l'identification des statuts et de leurs étendues au profit des membres étrangers des parties belligérantes d'un conflit armé, il est important de relever que les effets du privilège du combattant lors des conflits armés internationaux (1), et le régime des poursuites pénales durant un conflit non international (2), sont pleinement applicables aux « combattants étrangers » en vertu du droit international humanitaire.

#### **1. Les effets du privilège du combattant reconnus au bénéfice des membres également étrangers des forces armées parties à un conflit armé international**

Le privilège du combattant est un attribut absolument central du statut de combattant au sens strict, c'est-à-dire au sens de combattant membre d'une force armée étatique partie à un conflit armé international. Cet attribut a d'importantes conséquences en matière de poursuites pénales car il assure l'immunité partielle de son porteur contre ces dernières. En pratique, cela se traduit par la reconnaissance du « *droit de participer directement aux hostilités* » lors d'un conflit armé international.<sup>662</sup> Plus précisément, ces combattants ne pourront être pénalement poursuivis, pour les actes réalisés dans le cadre du conflit, que pour

---

<sup>662</sup> Art. 43 par. 2, PA I, *op. cit.*; PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, op. cit.*, par. 1677, p. 521 ; MELZER (N.), *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction, op. cit.*, p. 83.

les crimes de guerre et autres violations des lois et coutumes de la guerre dont ils seraient responsables.<sup>663</sup>

Ce privilège est essentiel dans le cadre du processus d'identification des « combattants étrangers » car il découle automatiquement de la qualité de combattant membre d'une force armée étatique partie à un conflit armé international. Dès lors, les étrangers membres de telles forces, en ce qu'ils peuvent avoir cette qualité juridique, bénéficient inévitablement du privilège du combattant qui y est attaché.<sup>664</sup> Ceci apparaîtra alors comme un obstacle à l'application du droit antiterroriste pour qualifier de « combattant terroriste étranger » les membres étrangers de force armée étatique partie à un conflit armé international. Pourtant, comme il a été démontré, la résolution 2178 pouvait être interprétée comme applicable aux membres des forces armées étatiques, certains États qualifiant effectivement de terroristes les forces armées d'autres États. Il faudra donc s'attarder sur cette question dans la seconde partie de cette thèse lorsque les conséquences du privilège du combattant sur les « combattants étrangers » seront détaillées. Avant néanmoins de s'y attarder, il faut se concentrer sur le cas plus complexe du régime des poursuites pénales à l'encontre des « combattants étrangers » membres de forces armées parties à un conflit armé non international, face au statut de « combattant terroriste étranger ».

## **2. Le régime des poursuites pénales des « combattants étrangers » membres de forces armées parties à un conflit armé non international face au statut de combattant terroriste étranger »**

Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux ne prévoit pas de privilège du combattant ; ni pour les membres des groupes armés non

---

<sup>663</sup> DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., par. 2.283, p. 474 ; MELZER (N.), *Guide interprétatif sur la notion de Participation directe aux Hostilités en Droit International Humanitaire*, op. cit., p. 86 :

« ce droit n'autorise pas pour autant la commission d'actes interdits par le DIH. Il accorde simplement aux combattants une immunité contre les poursuites en vertu de la législation nationale pour des actes qui, bien qu'en conformité avec le DIH, peuvent constituer des délits au regard du droit pénal national des parties au conflit : c'est ce que l'on nomme le "privilège du combattant". »

<sup>664</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit., par. 1677, p. 521 : « tous les membres des forces armées [...] peuvent participer directement aux hostilités ».

étatiques, ni pour ceux des forces armées étatiques.<sup>665</sup> Cette absence de privilège implique donc la possibilité de poursuivre ces membres pour leurs actes de participation au conflit, mais également plus largement pour le simple fait qu'ils aient participé.<sup>666</sup>

Par conséquent, il est utile de préciser que l'absence de privilège du combattant et les origines étrangères de l'individu poursuivi ne pourront permettre que soient écartées les dispositions relatives aux garanties fondamentales du traitement de la personne humaine lors des poursuites pénales reconnues y compris durant les conflits armés ; tous les combattants étrangers des groupes armés non étatiques ou des forces armées étatiques peuvent faire l'objet de poursuites, mais les standards du droit à un recours effectif et à un procès équitable devront être respectés au cours de la procédure. Ils bénéficieront notamment du respect de la présomption d'innocence et du principe de la responsabilité pénale individuelle.<sup>667</sup>

En pratique finalement, l'absence de privilège du combattant dans ces conflits non internationaux implique que les membres des forces étatiques et non étatiques parties pourront être poursuivis en vertu du droit national de l'État qui les combat. Ce dernier pourra librement décider de poursuivre ces combattants pour le trouble qu'ils ont contribué à répandre en participant à des actes de violence armée. Par conséquent, il pourra théoriquement appliquer son droit antiterroriste à ces individus et donc les identifier comme des « combattants terroristes étrangers ». Si de telles poursuites contre des membres d'une force étatique intervenant au côté de l'État hôte du conflit semblent peu probables<sup>668</sup>, elles ne seront juridiquement pas impossibles. De plus, qu'en est-il de la situation où ces forces interviennent sur le territoire d'un État dont leurs membres n'ont pas la nationalité et où ils n'ont pas de résidence habituelle, pour combattre un groupe armé organisé, sans que cette intervention ait été consentie par l'État où se déroulent les combats ? Les combattants de ces

---

<sup>665</sup> PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire III*, *op. cit.*, p. 46 ; Voir par exemple MELZER (N.), *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>666</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, pp. 1386-1387, paras. 4500-4501 ; pour un développement complet sur cette question, voir *infra*, pp. 249-258.

<sup>667</sup> Art. 3, 1, d) commun aux autres Conventions de Genève, *op. cit.* ; Art. 6, PA II, *op. cit.* ; Site internet du CICR, « Article 3 : conflits de caractère non international », Commentaires de 2018, *op. cit.*, para. 674-688 ; PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, pp. 1421-1425, para. 4599 et suivants.

<sup>668</sup> On peut évoquer l'exemple de l'intervention française au Mali.

forces seront ici des combattants qui sont étrangers. Or, l'État hôte pourrait souverainement décider de les poursuivre pour les destructions matérielles, voire les morts, causées par leurs attaques. Et en vertu de la résolution 2178 du Conseil de Sécurité des Nations unies, telle qu'actuellement rédigée et telle qu'elle peut être librement et largement interprétée<sup>669</sup>, l'État pourrait appliquer à ces combattants le statut de « combattant terroriste étranger ». Sauf à reconnaître que les régimes d'exclusion du droit antiterroriste prévus par les Conventions sectorielles s'appliquent, y compris en conflit armé non international. Il est alors important de constater qu'il ne s'agit en aucun cas d'une situation purement théorique : la France intervient aujourd'hui contre l'État islamique, sur le territoire syrien, sans le consentement des autorités syriennes, elle est donc en situation de CANI contre ce groupe<sup>670</sup> et ses combattants ne sont pas couverts par le privilège du combattant.

Cette observation sera développée lorsqu'il s'agira non plus de s'intéresser à la nature et à la qualité des individus eux-mêmes, mais à celles de leurs actes. Il faudra alors exposer en quoi les actes des forces armées – y compris étatiques – peuvent être assimilés à des actes terroristes ; il faudra dès lors relever l'importance juridique que soient effectivement appliqués les régimes d'exclusion du droit antiterroriste aux questions déjà couvertes par le droit international humanitaire. Il faut toutefois insister ici sur une première étape du processus d'identification des « combattants étrangers » en remarquant que :

(1) Les « combattants étrangers », lorsqu'ils intègrent une force armée étatique partie à un conflit armé international, peuvent bénéficier de la qualité de membre et des statuts et attributs afférents à cette qualité en vertu du DIH. Ainsi, qu'ils soient des combattants actifs ou *hors de combat*, leur situation est régie par ce droit et les régimes d'exclusion du droit antiterroriste devraient être appliqués, empêchant alors qu'ils soient qualifiés de « combattants terroristes étrangers ». De surcroît, il faut conclure que, quand bien

---

<sup>669</sup> Sur les lacunes terminologiques de la résolution 2178 et les pistes d'interprétation envisageables pour les États, voir *supra*, pp. 86-109.

<sup>670</sup> Sur les enjeux de classification des conflits armés, notamment lorsque l'État hôte ne consent pas à l'intervention d'un État étranger sur son territoire contre un groupe armé organisé, voir notamment : KOUTROULIS (V.), « The fight against the Islamic State and Jus in Bello », *Leiden Journal of International Law*, 2016, 29, pp. 836 et suivantes.

même cette qualification leur serait apposée, ces effets devraient être neutralisés par le privilège du combattant.

(2) Les « combattants étrangers », lorsqu'ils intègrent une force armée partie à un conflit armé non international, peuvent bénéficier de la qualité de membre et des statuts et attributs afférents à cette qualité en vertu du DIH. Encore une fois, leur situation est régie par ce droit et les régimes d'exclusion du droit antiterroriste devraient être appliqués, empêchant alors qu'ils soient qualifiés de « combattants terroristes étrangers ». Toutefois, ils ne sont ici pas couverts par le privilège du combattant et pourraient donc être poursuivis pénalement, notamment pour terrorisme si les régimes d'exclusion n'étaient pas mis en œuvre.

Finalement, avant de s'attarder sur l'encadrement des actes attribués aux « combattants étrangers » et aux enjeux juridiques soulevés par le nouveau statut de « combattant terroriste étranger », il faut éclaircir les prescriptions du DIH vis-à-vis de situations particulières d'individus étrangers participant à des conflits armés au regard de ce nouveau statut.



## **Section 2 – Le statut de « combattant terroriste étranger » face à des situations particulières d'étrangers participant à un conflit armé régies par le *Ius in bello***

La seconde section de ce chapitre est consacrée à l'étude de quatre cas particuliers qui entretiennent des relations spécifiques avec le phénomène des « combattants étrangers ». Si certains aspects développés dans la section précédente se retrouvent parfois ici, le développement du statut des « combattants terroristes étrangers » influence différemment ces formes d'expression du phénomène.

Il faudra ainsi commencer par s'intéresser aux conséquences du nouveau statut sur la délicate situation des enfants étrangers des conflits armés **(I)**. Dans un deuxième temps, il s'agira de se pencher sur la relation entre le phénomène des « combattants étrangers » et le mercenariat, au regard de la possibilité d'invoquer le statut de « combattant terroriste étranger » au cours du processus d'identification de ces étrangers des conflits **(II)**. Ensuite, il faudra porter une attention sur les individus inscrits dans le phénomène des volontaires internationaux mais qui, contrairement à ceux étudiés dans la section précédente, n'intègrent pas une force armée belligérante en qualité de membre ; il s'agira ainsi de s'intéresser à l'identification juridique des proches, de l'entourage et des autres sympathisants de membres (étrangers) d'une force armée **(III)**. Enfin, le quatrième cas particulier consistera en l'analyse de l'applicabilité du statut de « combattant terroriste étranger » pour identifier les acteurs humanitaires étrangers des conflits armés **(IV)**.

## **I. La délicate situation juridique des enfants soldats étrangers intégrés à une force armée : le cas des « lionceaux du califat »**

« [The Islamic State] is believed to have recruited and trained more than 2,000 boys between the ages of nine and 15 as Cubs of the caliphate. »<sup>671</sup>

En octobre 2017, *The Soufan Center* publiait un rapport dans lequel était estimé à au moins 2.000 le nombre d'enfants de moins de quinze ans enrôlés par le groupe armé organisé État islamique. Si un certain nombre est issu des populations locales capturées, d'autres sont des enfants amenés par leurs parents, eux-mêmes inscrits dans le phénomène des « combattants étrangers », ou sont nés sur place de parents volontaires internationaux durant les conflits syriens et irakiens, ou ont eux-mêmes décidé de partir combattre.<sup>672</sup> *The Soufan Center* avance ainsi que parmi ces « lionceaux du Califat », 460 seraient français et environ 118 seraient belges.<sup>673</sup>

Le recrutement d'enfants constitue un axe essentiel de la politique et de la propagande de l'État Islamique.<sup>674</sup> Pour ce dernier, ils représentent l'avenir du groupe armé et, plus largement, l'avenir du système qu'il essaie d'instaurer.<sup>675</sup> Entraînés au maniement des armes, aux combats et endoctrinés pour certains depuis leur plus jeune âge, ayant parfois déjà participé aux hostilités ou à d'autres actes de violence dans le contexte du conflit armé, ils peuvent représenter une menace, aussi bien pour les États hôtes du conflit que pour les États dont eux ou leurs parents sont originaires.<sup>676</sup> Ainsi, parce qu'ils sont impliqués dans un conflit

---

<sup>671</sup> BARRETT (R.), « Beyond the Caliphate: Foreign Fighters and the Threat of Returnees », *The Soufan Center*, October 2017, p. 24.

<sup>672</sup> CAPONE (F.), « Child Soldiers: The Expanding Practice of Minors Recruited to Become Foreign Fighters », in De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.) (éds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2016, pp. 199-201.

<sup>673</sup> Pour connaître les origines étrangères de tous les enfants recrutés par l'Etat Islamique, voir : BARRETT (R.), « Beyond the Caliphate: Foreign Fighters and the Threat of Returnees », *op. cit.*, pp. 24-25.

<sup>674</sup> HUSSEIN (H), « Les "lionceaux du califat" : une analyse de la propagande djihadiste », *Les Cahiers Dynamiques*, 2017/2, n°72, p. 44.

<sup>675</sup> *Ibid.*, pp. 43-44.

<sup>676</sup> BARRETT (R.), « Beyond the Caliphate: Foreign Fighters and the Threat of Returnees », *op. cit.*, p. 24 ; HUSSEIN (H), « Les "lionceaux du califat" : une analyse de la propagande djihadiste », *op. cit.*, p. 46 ; « *A Call for Accountability and Protection: Yezidi Survivors of Atrocities Committed by ISIL* », United Nations Assistance Mission for Iraq, High Commissioner for Human Rights, Human Rights Office, Report, 12.08.2016, p. 12.

armé et dans le phénomène des « combattants étrangers », la situation juridique de ces enfants est particulièrement importante dans le cadre de ce travail. Il ne s'agira pas ici de traiter de déradicalisation et d'assistance sociale à l'enfance. Il est néanmoins nécessaire, au regard de ce qui a pu être entendu durant ces débats, de faire un rappel sur la réglementation en vigueur concernant les enfants en conflit armé (A) et leur statut juridique (B). Ce dernier permettra alors d'identifier juridiquement en période de conflit ceux qui pourraient alors être appelés les « enfants combattants étrangers », notamment au regard du développement du statut de « combattant terroriste étranger ».

### A. Rappel succinct de la réglementation relative aux enfants en conflit armé

En DIH, les enfants bénéficient d'une protection particulière à valeur coutumière en CAI et en CANI<sup>677</sup> et contraignant donc les parties étatiques et non étatiques<sup>678</sup>. De nombreuses dispositions ont été adoptées<sup>679</sup>, toutes guidées par l'idée qu'un enfant,

---

<sup>677</sup> Art. 77, par. 2, PA I, *op. cit.* ; Art. 4, par. 3, al. c), PA II, *op. cit.* ; Art. 38, par. 3, Convention relative aux droits de l'enfant, New York, 20.11.1989 [Entrée en vigueur : 02.09.1990 ; Ratifications : 196 ; Signatures : 140] ; Art. 22, par. 2, Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, 11.07.1990 ; Arts. 1<sup>er</sup> et 3, Convention sur les pires formes de travail des enfants, 17.06.1999 [Entrée en vigueur : 19.11.2000 ; Ratifications : 186] ; HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, p. 636.

<sup>678</sup> HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, pp. 631-632.

<sup>679</sup> Dans le cadre de ce travail, il n'est pas pertinent de revenir de manière exhaustive sur toutes les mesures protégeant les enfants en période de conflit armé et il faut donc inviter le lecteur à se référer directement aux dispositions citées dans la note de bas de page suivante de ce développement.

notamment en contexte de conflit armé, est un être particulièrement vulnérable qui doit être spécialement protégé des conséquences de la guerre.<sup>680</sup>

Il n'existe aucune définition universellement contraignante de l'enfant<sup>681</sup> et *a fortiori* de l'enfant soldat<sup>682</sup>. L'article 1<sup>er</sup> de la Convention relative aux droits de l'enfant dispose bien qu'un « *enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans* »<sup>683</sup>, pourtant ce même article autorise les législations nationales à abaisser librement cet âge<sup>684</sup>. Ainsi, ce dernier dépendra inévitablement d'éléments culturels, ethniques, religieux, politiques et sociétaux.<sup>685</sup> Toutefois, il est certain qu'est interdit le recrutement d'enfants en deçà de 15 ans dans les forces armées étatiques et en deçà de 18 ans dans les groupes armés organisés.<sup>686</sup>

---

<sup>680</sup> Voir par exemple : les arts. 23, 24, 38, 50, 76 et 89, Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre [Ci-après Convention de Genève IV ou CG IV], Genève, 12.08.1949 [Entrée en vigueur : 21.10.1950 ; Ratifications : 196] ; Arts. 70 et 77, par. 1, PA I, *op. cit.* ; Art. 4, par. 3, PA II, *op. cit.* ; Art. 38, Convention relative aux droits de l'enfant, *op. cit.* ; Art. 22, Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, *op. cit.* ; Art. 7.4, Respect du Droit international humanitaire par les forces des Nations Unies, Circulaire du Secrétaire général de l'ONU, Document ST/SGB/1999/13, 06.08.1999 ; Art. 24, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Document 2000/C 364/01, 18.12.2000.

<sup>681</sup> MAYSTRE (M.), *Les enfants soldats en droit international – Problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*, Perspectives Internationales, n°30, (éd.) Pedone, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2010, pp. 32-34.

<sup>682</sup> Depuis 2007, il faut préférer l'appellation « enfant associé aux forces armées ou aux groupes armés » à celle d'enfant soldat, cette dernière ne recouvrant pas convenablement tous les cas et toutes les modalités de recrutement au sein de parties belligérantes. Cependant, l'expression enfant soldat sera utilisée ici par soucis de concision et parce qu'il s'agira plus particulièrement de s'attarder sur la situation des enfants qui participent effectivement aux combats. Pour plus d'informations, voir « Les Principes de Paris - Principes directeurs relatifs aux enfants associés aux forces armées ou aux groupes armés », UNICEF, Février 2007.

<sup>683</sup> Art. 1<sup>er</sup>, Convention relative aux droits de l'enfant, *op. cit.*

<sup>684</sup> *Idem.*

<sup>685</sup> MAYSTRE (M.), *Les enfants soldats en droit international – Problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*, *op. cit.*, pp. 32-33.

<sup>686</sup> Arts. 1<sup>er</sup> et 4, Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, New York, 25.05.2000 [Entrée en vigueur : 12.02.2002 ; Ratifications : 170 ; Signatures 130] ; Art. 38, par. 3, Convention relative aux droits de l'enfant, *op. cit.* ; Art. 77, par. 2, PA I, *op. cit.* ; Art. 4, par. 3, al. c), PA II, *op. cit.* ; Art. 8, par. 2, al. b) xxvi) et Art. 8, par. 2, al. e) vii), Statut de Rome, *op. cit.* ; Art. 4, Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone [Ci-après Statut du TSSL], Nations Unies, 16.01.2002 ; PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, 1986, pp. 923-924, para. 3178-3179 ; HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, pp. 635 et 638-639 ; MAYSTRE (M.), *Les enfants soldats en droit international – Problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*, *op. cit.*, p. 33 ; CAPONE (F.), « Child Soldiers: The Expanding Practice of Minors Recruited to Become Foreign Fighters », *op. cit.*, pp. 191-195.

Ainsi, faire participer ces enfants aux hostilités en qualité de membres combattants est interdit<sup>687</sup>, y compris lorsqu'il ne s'agit que d'une participation indirecte<sup>688</sup>. La participation interdite est alors définie comme :

« la participation active à des activités en rapport avec le combat, telles que la reconnaissance, l'espionnage, le sabotage, ainsi que l'utilisation d'enfants comme leurres, comme messagers ou aux postes de contrôle militaires. Ne sont pas visées les activités manifestement sans rapport avec les hostilités comme la livraison de denrées alimentaires [...] ou l'emploi de personnel domestique [...]. En revanche, l'emploi d'enfants pour [toutes] activité sur le front même est interdit. »<sup>689</sup>

Cette position a été affirmée par les jurisprudences de la Cour pénale internationale<sup>690</sup> et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone<sup>691</sup>. Enfin, les enfants de plus de 15 ans peuvent participer aux hostilités au sein d'une force armée étatique, bien qu'il soit demandé que les mineurs les plus âgés soient toujours choisis en priorité parmi les plus de 15 ans envoyés au combat.<sup>692</sup> À cet égard, il est intéressant de noter que l'État islamique considère précisément cette limite de 15 ans comme le passage à l'âge adulte ; ce qui lui permettrait d'envoyer ces enfants au combat, ceux de moins de 15 ans n'étant recrutés que pour être entraînés.<sup>693</sup> Néanmoins, en tant qu'entité non étatique, l'EI est soumis à l'interdiction absolue du recrutement des mineurs de 18 ans.<sup>694</sup> De plus, même s'il prétendait à la qualité d'État, son processus de recrutement et d'entraînement des moins de 15 ans resterait interdit.

---

<sup>687</sup> Art. 77, par. 2, PA I, *op. cit.* ; Art. 4, par. 3, al. c), PA II, *op. cit.* ; Art. 38, par. 2, Convention relative aux droits de l'enfant, *op. cit.* ; Art. 22, par. 2, Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, *op. cit.* ; Art. 8, par. 2, al. b) xxvi) et Art. 8, par. 2, al. e) vii), Statut de Rome, *op. cit.* ; Art. 4, al. 1 c), Statut du TSSL, *op. cit.*

<sup>688</sup> CAPONE (F.), « Child Soldiers: The Expanding Practice of Minors Recruited to Become Foreign Fighters », *op. cit.*, pp. 192.

<sup>689</sup> Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, Additif, Première partie, Nations Unies, Document A/CONF.183/2/Add.1, 14.04.1998, p. 21.

<sup>690</sup> Voir notamment : CPI, *Le Procureur c. T. Lubanga Dyilo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, Chambre de Première Instance I, Affaire ICC-01/04-01/06, 14.03.2012, para. 619-628.

<sup>691</sup> Voir par exemple : SCSL, *Prosecutor v. A. T. Brima and all*, Case no SCSL-04-16-T, *op. cit.*, par. 737.

<sup>692</sup> Art. 77, par. 2, PA I ; Art. 38, Convention relative aux droits de l'enfant, *op. cit.*

<sup>693</sup> BARRETT (R.), « Beyond the Caliphate: Foreign Fighters and the Threat of Returnees », *op. cit.*, p. 24

<sup>694</sup> Arts. 1<sup>er</sup> et 4, Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, *op. cit.*

Si l'interdiction du recrutement des enfants au sein de forces armées, et leur participation durant un conflit armé, est un élément important, ce n'est pourtant pas sur cet aspect qu'il faut ici se concentrer.<sup>695</sup> En effet, c'est plus particulièrement à la clarification de la situation juridique des « enfants combattants étrangers » qu'il faut s'intéresser lorsque, précisément, les réglementations précédentes ont été violées. Finalement, quel est le statut juridique d'un enfant étranger participant aux combats au sein d'une force armée ?

### **B. Le traitement juridique des « enfants combattants étrangers » au regard du nouveau statut de « combattant terroriste étranger »**

Il faut commencer par préciser qu'il ne s'agit pas ici de traiter des enfants qui accompagnent simplement leurs parents « combattants étrangers » sur une zone de conflit pour y vivre avec eux. Il s'agit bien là de traiter de la situation des enfants qui seraient pleinement intégrés à l'une des forces armées parties à un conflit. Le cas des enfants non membres d'une partie belligérante sera traité dans le développement relatif, plus largement, à l'entourage des « combattants étrangers » en conflit armé.

D'un point de vue pragmatique et aussi délicate que puisse paraître la situation, un enfant qui participe aux hostilités n'est plus un civil protégé contre les attaques et peut dès lors constituer une cible légitime.<sup>696</sup> Interdire à un combattant d'éliminer un enfant participant aux hostilités « *aurait paradoxalement pour conséquence de promouvoir le recrutement et l'utilisation d'enfants soldats.* »<sup>697</sup> En effet, avoir dans ses rangs des enfants constituerait un avantage militaire conséquent si les prendre pour cible était interdit. De plus, comment attendre d'un combattant attaqué par un enfant soldat qu'il ne riposte pas ?

---

<sup>695</sup> Pour une analyse plus détaillée, voir notamment : MAYSTRE (M.), *Les enfants soldats en droit international – Problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*, *op. cit.*, 202 p.

<sup>696</sup> MAYSTRE (M.), *Les enfants soldats en droit international – Problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*, *op. cit.*, p. 77 ; LARRALDE (J.-M.), « Les réponses du droit international à la question des enfants soldats », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n°5 « L'enfant », Presses Universitaires de Caen, 2006, p. 68.

<sup>697</sup> *Ibid.*, p. 78.

Néanmoins, il ne fait aucun doute qu'en vertu du droit des conflits armés les enfants qui participent aux hostilités « *doivent continuer à bénéficier de la protection spéciale*<sup>698</sup> » accordée par ce droit.<sup>699</sup> Le fait pour un enfant de moins de 18 ans de participer « *ne constitue [...] pas en soi un critère pour [le] priver automatiquement [...] d'une assistance justifiée par son jeune âge.* »<sup>700</sup> D'ailleurs, il est interdit de condamner à la peine capitale un enfant de moins de 18 ans ayant participé aux combats.<sup>701</sup> Ainsi, l'enfant participant reste protégé du fait de sa particulière vulnérabilité en conflit armé. L'idée sous-jacente est qu'au-delà des situations où il est recruté de force, il n'est jamais considéré comme libre lorsqu'il intègre une force armée.<sup>702</sup> Un enfant « volontaire » l'est parce que des facteurs externes, comme l'endoctrinement, la pauvreté, l'abandon ou la solitude, l'y ont poussé.<sup>703</sup> L'enfant chercherait « volontairement » à intégrer la force armée parce qu'il a été manipulé à cette fin, qu'il se retrouve seul et cherche une protection et/ou un salaire pour survivre, qu'il a été drogué et/ou abusé de sorte qu'il n'a en réalité – ou croit n'avoir – que ce choix.

Pour autant, quand bien même il est d'abord victime de son recrutement, l'enfant qui participe aux combats est susceptible de commettre des crimes, comme le simple fait d'avoir pris les armes dans un conflit interne. Qu'en est-il alors de sa responsabilité pénale ? Bénéficie-t-il d'une immunité ?

Il faut noter que s'il n'existe pas d'irresponsabilité pénale de principe pour les enfants (soldats) en droit international, il est admis qu'un enfant ne peut être tenu responsable d'actes pour lesquels il n'avait pas le discernement nécessaire pour en saisir pleinement les

---

<sup>698</sup> Cette protection spéciale prévoit par exemple un accès prioritaire aux soins, aux denrées alimentaires, mais également aux conditions d'internement et de détention.

<sup>699</sup> Art. 77, par. 3, PA I, *op. cit.* ; Art. 4, par. 3, PA II, *op. cit.* ; HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, pp. 642-643.

<sup>700</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, p. 1402, par. 4551.

<sup>701</sup> Art. 68, al. 4, CG IV, 12.08.1949 ; Art. 6, par. 4, PA II, *op. cit.* ; Art. 6 par. 5, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, New York, 16.12.1966 [Entrée en vigueur : 23.03.1976 ; Ratifications 173 ; Signatures : 74] ; PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, p. 1425, par. 4613.

<sup>702</sup> CPI, *Le Procureur c. T. Lubanga Dyilo*, Affaire ICC-01/04-01/06, *op. cit.*, para. 610-613.

<sup>703</sup> Voir notamment MAYSTRE (M.), *Les enfants soldats en droit international – Problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*, *op. cit.*, pp. 27-28.

conséquences.<sup>704</sup> Dès lors, la pratique, comme l'a illustré le travail du Tribunal spécial pour la Sierra Leone<sup>705</sup>, semble privilégier « *la réadaptation et la réinsertion sociales* »<sup>706</sup> de ces enfants en reconnaissant le rôle qu'un enfant a pu jouer dans la commission d'un crime de guerre, mais en ne prononçant pas de sanction pénale, au profit de mesures éducatives et sociales. Or, le développement du statut de « combattant terroriste étranger » pourrait bouleverser le fragile consensus tendant à percevoir d'abord ces enfants comme des victimes de leur recrutement. Ainsi, la résolution 2178 du Conseil de Sécurité des Nations unies ne prévoit pas l'inapplicabilité du statut aux enfants. En l'état, celui-ci pourrait être appliqué aux enfants étrangers – amenés par leurs parents ou suite à leur propre décision – participant directement ou indirectement aux activités violentes d'un conflit armé. Ces enfants soldats membres d'une force armée seraient alors désormais identifiés comme des terroristes si les régimes d'exclusion du droit antiterroriste en contexte de conflit armé n'étaient pas appliqués, en plus d'être éventuellement présentés comme des criminels de guerre. Identifier des enfants comme des « combattants terroristes étrangers » aurait alors, comme l'OSCE l'a opportunément relevé, d'importantes conséquences négatives sur leur réinsertion et reconstruction.<sup>707</sup> C'est pourquoi, lorsqu'il s'agit d'identifier les « enfants combattants étrangers » en droit, les conclusions de l'OSCE apparaissent pertinentes :

« states should recognize and address the specific impact, direct and indirect, of [Foreign Terrorist Fighters (FTF)] measures on the full range of civil, political, economic, social and cultural rights of the child, in light of states' obligations under the UN Convention on

---

<sup>704</sup> ARZOUManIAN (N.) et PIZZUTELLI (F.), « Victimes et bourreaux : questions de responsabilité liées à la problématique des enfants-soldats en Afrique », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Décembre 2003, Vol. 85, n°852, p. 843 ; MAYSTRE (M.), *Les enfants soldats en droit international – Problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>705</sup> *Ibid.*, p. 854.

<sup>706</sup> Art. 7 par. 1, Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, *op. cit.*

<sup>707</sup> Voir par exemple : « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, *op. cit.*, p. 69 :

« directed against themselves [...], those and other measures to counter FTF-related threats and challenges may also directly or indirectly affect children's rights to freedom of expression and religion or belief, family life, social security, education, equality and non-discrimination and can have wide-reaching, long-term implications for the full range of children's civil, political, economic, social and cultural rights. »



the Rights of the Child (CRC), broader international human rights and international humanitarian law [...].

In doing so, states should:

- Apply all FTF-related policies and practices in a way that is consistent with the best interest of the child, when children are involved, or directly or indirectly affected; [...]
- Develop tailored age- and gender-sensitive strategies on how to address the situation of boys and girls associated with FTFs and how to respond to FTF-related acts by children, while placing the primary emphasis on the specific vulnerabilities of children rather than characterizing them as security threats;
- Treat children who have engaged in FTF-related acts in conflict zones, consistent with approaches towards child soldiers (primarily as victims), and provide them with necessary support for physical and mental recovery and social reintegration ». <sup>708</sup>

Finalement, ce qu'il faut souligner ici c'est que, s'il est interdit de recruter un enfant au sein d'une force armée, la violation de cette interdiction ne l'empêche pas d'obtenir la qualité de membre d'une telle force. Dès lors, cette qualité devrait permettre aux enfants étrangers de ne pas se voir appliquer le statut de « combattant terroriste étranger » en vertu des régimes d'exclusion du droit antiterroriste. Et, dans le cas où ces derniers ne seraient pas appliqués, la pratique relative au traitement des enfants soldats devrait argumenter en faveur de leur non identification comme « combattants terroristes étrangers », ou du moins d'une application modulée de ce statut vis-à-vis de la particulière vulnérabilité de ces enfants en période de conflit. <sup>709</sup>

De la même manière qu'il est en principe interdit de recruter et de faire participer des enfants aux hostilités, mais dans un registre quelque peu différent, il est en principe interdit, en droit international humanitaire et en droit international public, de faire appel à des

---

<sup>708</sup> « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, *op. cit.*, p. 68.

<sup>709</sup> Sur les enjeux relatifs à l'identification des enfants étrangers des conflits armés comme des « combattants terroristes étrangers », voir par exemple : « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, *op. cit.*, pp. 68-73 ; Letter dated 28 December 2018 from the Chair of the Security Council Committee established pursuant to resolution 1373 (2001) concerning counter-terrorism addressed to the President of the Security Council, United Nations, Doc. S/2018/1177, Annex: « 2018 Addendum to the 2015 Madrid Guiding Principles », 28.12.2018, p. 2 ; CAPONE (F.), « Child Soldiers: The Expanding Practice of Minors Recruited to Become Foreign Fighters », *op. cit.*, pp. 201-202.

mercenaires. Or, il peut être intéressant de s'interroger sur la relation qu'entretient le phénomène du mercenariat avec celui des « combattants étrangers », notamment au regard du rôle que pourrait jouer le statut de « combattant terroriste étranger » dans leur identification juridique.

## **II. Les « combattants étrangers » membres d'une force armée, le mercenariat et le statut de « combattant terroriste étranger »**

Lorsque l'on s'intéresse au phénomène des « combattants étrangers », s'interroger sur leur rapprochement avec les mercenaires semble inévitable. Ces deux termes pourraient en effet désigner les mêmes individus, les mercenaires pouvant par exemple constituer une catégorie spécifique de volontaires internationaux.<sup>710</sup> La question est alors de déterminer si le statut de mercenaire peut être applicable à ces individus et comment celui-ci interagit avec le nouveau statut de « combattant terroriste étranger ».

Conformément à l'article premier de la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires (1989), est considérée comme mercenaire la personne remplissant plusieurs critères précis. En droit, un mercenaire est une personne qui :

« prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise [...] une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette partie »<sup>711</sup> ou,

« prend part à un [acte concerté de violence] essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel significatif et est poussée à agir par la promesse ou par le paiement d'une rémunération matérielle ». <sup>712</sup>

Le mercenaire semble donc être l'individu qui n'accepte de participer à un conflit que dans le but d'obtenir un avantage pécuniaire personnel significatif. La cause défendue par la partie à laquelle il s'allie semble ne pas entrer en considération ; ce n'est pas pour la soutenir qu'il accepte de mettre sa vie en jeu mais pour gagner une certaine somme, quand bien même il pourrait être en plus en accord avec la cause en jeu. La formulation de ce critère pécuniaire

---

<sup>710</sup> Voir par exemple sur ce point : DAVID (E.), *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, *op. cit.*, 459 p.

<sup>711</sup> Art. 1<sup>er</sup>, 1., b), Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, 04.12.1989 [Entrée en vigueur : 20.10.2001 ; Ratifications 36]

<sup>712</sup> *Ibid.*, Art. 1<sup>er</sup>, 2., b).

pour définir le mercenaire se retrouve à l'identique au sein de l'article 47 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève.<sup>713</sup>

Ce critère semble entrer en confrontation avec le troisième critère que les études doctrinales ont dégagé pour définir les « combattants étrangers » : le critère de l'idéologie comme motivation principale.<sup>714</sup> Et, en effet, il est intéressant de relever que le critère pécuniaire pour le mercenaire aurait été formulé précisément dans le but de différencier le mercenaire du volontaire international. Ainsi, selon le Comité spécial ayant œuvré à l'adoption de la Convention internationale sur le mercenariat précitée,

« les dispositions de la future convention ne devaient [pas] porter préjudice [...] aux activités des volontaires internationaux ». <sup>715</sup>

Selon David Malet, il faudrait distinguer les « combattants étrangers » des mercenaires en ce que les avantages financiers que pourraient rechercher et/ou obtenir certains volontaires internationaux resteraient des éléments incitatifs secondaires. Ainsi, il note qu'il ne serait pas rare que les recruteurs préviennent en amont que l'engagement ne rapportera que des gains maigres et incertains, ou également qu'une fois les combats terminés, les « combattants étrangers » ne réclament pas ce qui leur avait été promis et retournent chez eux.<sup>716</sup> De plus, le critère pécuniaire du mercenaire est formulé de sorte qu'il faille observer une rémunération bien supérieure aux autres membres de la force armée.<sup>717</sup> Cette éventualité semble donc très restreinte au regard des conclusions de David Malet. En effet, l'une des raisons qui expliquerait le recrutement d'étrangers est parfois justement le manque de moyens humains et matériels sur place. Il ne serait donc bien souvent pas

---

<sup>713</sup> Art. 47, PA I, *op. cit.*

<sup>714</sup> Voir *supra*, pp. 20-23.

<sup>715</sup> Rapport du Comité spécial pour l'élaboration d'une Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, Assemblée générale des nations unies, Documents officiels : 36<sup>ème</sup> session, Supplément n°43, A/36/43, 17.03.1981, par. 75, p. 26.

<sup>716</sup> MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, pp. 17, 75 et 208-209 :

« the data from diverse cases indicate that recruiters typically explicitly inform volunteers prior to their enlistment that their services will bring minimal, nonguaranteed payments, often in a nonconvertible currency. Even when large land grants were offered as direct payment for paramilitary service, large numbers of victorious foreign fighters have left conflict zones without claiming their bounty, as in the case of the Texas Revolution in the 1830s. » (p. 17)

<sup>717</sup> Art. 1<sup>er</sup>, 1., b), Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, *op. cit.* ; PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, p. 590, par. 1810.

envisageable d’imaginer que le recrutement sera suivi d’un paiement plus important, les recruteurs devant alors trouver d’autres motivations : la *cause à défendre*.<sup>718</sup> Ainsi,

« with the financial constraints that confront most rebel groups, [...] transnational insurgent groups preferred to attract recruits with the resources to provide their own transportation costs. Candidates with the wealth to pay their expenses and possibly give cash to other insurgents ». <sup>719</sup>

Il est de fait récurrent qu’il soit recherché chez les recrues des moyens financiers pour soutenir la *cause à défendre*. *A minima*, il est généralement demandé par les recruteurs que le candidat puisse s’autofinancer.<sup>720</sup>

Le critère pécuniaire semble donc apparaître comme une première limite à l’emploi du statut de mercenaire pour identifier les « combattants étrangers ». Toutefois, il faut nuancer cette conclusion. En effet, il faut relever l’évidente difficulté, en contexte de conflit armé, que constituerait la nécessité de connaître la rémunération d’un individu de la partie adverse, encore plus de savoir si cette rémunération est supérieure à celle des autres membres de la force à rang et fonction similaires.<sup>721</sup> Par ailleurs, il semble particulièrement hasardeux de statuer sur la hiérarchie des motivations ayant poussé un étranger à s’engager dans un conflit armé. Celui-ci pourrait d’ailleurs tout à fait recevoir une solde extrêmement élevée par rapport aux membres de la force tout en n’acceptant de combattre que parce qu’il croit fermement dans la cause à défendre, l’un n’allant pas sans l’autre pour lui.

Néanmoins, une autre limite importante à l’opérabilité de ce statut pour identifier les « combattants étrangers » peut être observée. Il s’agit cette fois d’une limite concernant son étendue puisque le statut n’est applicable qu’en conflit armé international.<sup>722</sup> Il ne pourrait alors pas être utilisé pour identifier les « combattants étrangers » agissant au profit des groupes armés organisés et des forces armées étatiques engagés dans des conflits armés non

---

<sup>718</sup> MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>719</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>720</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>721</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, p. 590, par. 1809.

<sup>722</sup> HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, pp. 518-523, règle n°108.

internationaux. De plus, il faut également noter que le statut ne peut concerner que les étrangers qui interviennent au profit d'une force armée étatique partie à un conflit armé international sans en avoir par contre la qualité de membre.<sup>723</sup> Or, comme semblent le mettre en exergue les études sur les « combattants étrangers », ceux-ci participeraient principalement à un conflit en intégrant pleinement une partie. Enfin, pour être juridiquement qualifié de mercenaire, l'étranger ne doit pas être ressortissant d'un État qui serait partie au conflit.<sup>724</sup> Cela restreint encore donc considérablement le champ d'application de ce statut et l'opportunité de l'utiliser pour identifier les « combattants étrangers ».

Finalement, le statut de mercenaire pour identifier les « combattants étrangers » n'aurait d'utilité qu'en ce qui concerne les étrangers servant une partie à un conflit armé international sans en être membre – et à condition que le critère pécuniaire soit rempli. Dès lors, l'importance de ce statut de mercenaire, appliqué à ce cas-là, ne réside que dans la précision qu'il assure l'exclusion du bénéfice des statuts de combattant au sens strict et de prisonnier de guerre à la personne ainsi identifiée. En effet, le mercenaire ne peut prétendre à ces deux qualités.<sup>725</sup>

Or, deux conséquences peuvent être dégagées de cette analyse sur le statut de mercenaire au regard de l'identification des « combattants étrangers » et du développement du statut de « combattant terroriste étranger ». Ces deux conséquences sont liées l'une à l'autre. D'une part, les « combattants étrangers » pour lesquels les critères du mercenaire seraient présentés comme remplis ne bénéficient pas du privilège du combattant et peuvent être poursuivis pour leur prise d'armes. Ainsi, d'autre part, puisqu'ils ne sont pas membres à

---

<sup>723</sup> Art. 1<sup>er</sup>, par. 1, d), Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, *op. cit.* ; voir également Art. 47, par. 2, e) PA I, *op. cit.* ; Art. 1<sup>er</sup>, par. 1, e) Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique, Libreville, 03.07.1977 [Entrée en vigueur : 22.04.1985 ; Ratifications : 32 ; Signatures : 13].

<sup>724</sup> Art. 1<sup>er</sup>, par. 1, c), Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, *op. cit.* ; Art. 47 PA I, *op. cit.* ; Art. 1<sup>er</sup>, par. 1, d) Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique, *op. cit.*

<sup>725</sup> Art. 47, par. 1, PA I, *op. cit.* ; Art. 3, d) Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique, *op. cit.* ; Art. 3 et Art. 16, Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, *op. cit.*

part entière de la force armée qu'ils soutiennent, ces « combattants étrangers » ne peuvent prétendre à invoquer les régimes d'exclusion du droit antiterroriste précités.

En conséquence, une partie des individus inscrits dans le phénomène des « combattants étrangers » pourraient être identifiés par le statut de mercenaire – à condition de respecter tous les aspects de ce statut qui vient d'être développé – et ceci ne serait pas un obstacle à ce qu'ils soient également identifiés par le statut de « combattant terroriste étranger ». Autrement dit, il faut constater ici une catégorie d'étrangers des conflits armés pour lesquels le statut de « combattant terroriste étranger », tel que développé par la résolution 2178 du Conseil de Sécurité des Nations unies, peut servir à leur processus d'identification.

Il faut maintenant voir qu'il existe une autre catégorie d'étrangers qui, bien qu'ils soient pris en compte et identifiés par le DIH en période de conflit armé, peuvent également être identifiés par le statut de « combattant terroriste étranger ».

### **III. L'entourage des « combattants étrangers », le régime du civil participant directement aux hostilités et le statut de « combattant terroriste étranger »**

Un individu serait appelé volontaire international notamment parce que son combat à l'étranger est motivé par une idéologie. Il part se battre parce qu'il croit dans le mode de vie ou le modèle de société que l'une des parties belligérantes défend. C'est pourquoi il est évidemment pertinent de s'attarder en priorité sur la situation juridique du « combattant étranger » prêt à rejoindre les rangs d'une force armée en vue d'œuvrer pour cette cause. Néanmoins, en ne traitant que cette question, il apparaît qu'un élément fondamental du phénomène sociétal que représentent les « combattants étrangers » est indûment laissé de côté : les mouvements de populations civiles qui partagent également l'idéologie défendue par une partie belligérante et qui se joignent au voyage des « combattants étrangers ». Ceci est d'autant plus dommageable que leur situation d'étrangers impliqués dans un conflit armé est précisément la principale situation pouvant être effectivement traitée par le statut des « combattants terroristes étrangers ».

Que cela concerne le phénomène historique des volontaires internationaux de la révolution texane du XIX<sup>ème</sup> siècle, ou l'actuel mouvement autour du groupe État islamique, certains individus sont prêts à quitter leur État de nationalité ou de résidence habituelle pour rejoindre une zone de conflit armé à l'étranger parce qu'ils désirent vivre sous l'égide d'une autorité – légale ou non – défendant un système politique, religieux, ou plus largement sociétal dont ils souhaitent faire partie.<sup>726</sup> En effet,

« of course, not all those travelling to Syria are 'fighters'; some will fail to get to the frontline, others will be there on humanitarian grounds, and there are also reports of young Muslims travelling to Syria to simply start a new life in what they see as a 'pure' Muslim

---

<sup>726</sup> BRIGGS OBE (R.) and SILVERMAN (T.), « Western Foreign Fighters – Innovations in Responding to the Threat », *op. cit.*, p. 15 ; PIETRASANTA (S.), « Rapport sur le Projet de Loi n°2110 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, p. 10.



society under Sharia law. Just as there is no one discernible ‘type’ of person travelling to Syria, there is no one particular activity that individuals engage in. »<sup>727</sup>

En d’autres termes, un nombre important d’individus est susceptible de se greffer à ce qui est très généralement appelé phénomène des « combattants étrangers », sans que ces individus soient tous prêts à pleinement intégrer une partie belligérante pour y prendre les armes. Finalement, inscrits dans le même schéma migratoire que des candidats aux combats, certains ne prendront en pratique pas les armes eux-mêmes. Dès lors, aux fins du principe de distinction et de tout ce qui a été développé précédemment, ces étrangers désireux de vivre dans le système sociétal défendu par une partie mais sans intégrer ses forces armées au sens du *Ius in bello* devront être identifiés juridiquement comme des personnes civiles et être protégés contre les attaques directes. Néanmoins, occasionnellement, ces mêmes individus, toujours sans en intégrer pleinement les rangs combattants, pourraient être amenés à réaliser des actes au profit de la force armée qu’ils soutiennent. À cet égard, le droit international humanitaire prévoit un statut particulier qui pourrait être invoqué pour identifier ces « combattants étrangers » : le statut de civil participant directement aux hostilités.

En droit des conflits armés, l’article 51 paragraphe 3 du PA I et l’article 13 paragraphe 3 du PA II disposent que :

« les personnes civiles jouissent de la protection [contre les attaques], sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation. »<sup>728</sup>

La notion de participation directe aux hostilités a déjà été introduite.<sup>729</sup> Pour rappel, « *par participation "directe", il faut entendre les actes de guerre que leur nature ou leur but destinent à frapper concrètement le personnel et le matériel des forces armées adverses* ». <sup>730</sup> Cependant, contrairement au test de la fonction de combat continue, la participation n’est cette fois-ci que ponctuelle. Sans obtenir la qualité de membre d’une force armée, ces personnes civiles perdent leur protection contre les attaques directes dès la réalisation des

---

<sup>727</sup> BRIGGS OBE (R.) and SILVERMAN (T.), « Western Foreign Fighters – Innovations in Responding to the Threat », *op. cit.*, p. 15.

<sup>728</sup> Art. 51, par. 3, PA I, *op. cit.* ; Art. 13, par. 3, PA II, *op. cit.*

<sup>729</sup> Voir *supra*, pp. 163-167.

<sup>730</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, par. 48.

mesures préparatoires de l'« *acte spécifique de participation directe aux hostilités* » et pendant la phase de « *déploiement vers son lieu d'exécution et le retour* ». <sup>731</sup> C'est le CICR qui a produit la plus importante contribution sur la notion de participation directe aux hostilités en identifiant qu'elle est établie lorsque l'acte en cause remplit les trois conditions cumulatives suivantes :

- « 1. L'acte doit être susceptible de nuire aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie à un conflit armé, ou alors l'acte doit être de nature à causer des pertes en vies humaines, des blessures et des destructions à des personnes ou à des biens protégés contre les attaques directes (seuil de nuisance), et
2. Il doit exister une relation directe de causalité entre l'acte et les effets nuisibles susceptibles de résulter de cet acte ou d'une opération militaire coordonnée dont cet acte fait partie intégrante (causation directe), et
3. L'acte doit être spécifiquement destiné à causer directement des effets nuisibles atteignant le seuil requis, à l'avantage d'une partie au conflit et au détriment d'une autre (lien de belligérance). » <sup>732</sup>

En dehors, temporellement, de cette participation aux hostilités, les individus doivent être considérés comme des civils et ne doivent pas faire l'objet d'attaque directe. Ne pas respecter cette interdiction serait constitutif d'un crime de guerre, dans un conflit armé international comme dans un conflit armé non international, pour violation du principe de distinction. <sup>733</sup>

Il est important de noter que l'acte hostile en cause est réalisé au profit d'une partie belligérante mais que l'auteur de l'acte n'en est pas membre au sens du DIH. Dès lors, c'est ce qui rend cette particularité juridique pertinente au regard du phénomène des « combattants étrangers ». D'une part, rien dans cette notion de civil participant directement aux hostilités ne permet de refuser son application aux individus d'origine étrangère. D'autre part, puisque les statuts de membre d'une force armée étatique et d'un groupe armé organisé ne sont pas applicables aux proches, familles et sympathisants qui n'ont pas eux-mêmes une fonction de

---

<sup>731</sup> MELZER (N.), *Guide interprétatif sur la notion de Participation directe aux Hostilités en Droit International Humanitaire*, op. cit., p. 68.

<sup>732</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>733</sup> Voir notamment HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, op. cit., pp. 3-10, règle n°1.

combat continue au sein d'une force armée, ce régime des civils participant aux hostilités pourrait opportunément les concerner lorsque, occasionnellement, ils décident d'y participer. En effet, alors qu'ils ne sont initialement venus sur le territoire contrôlé par la partie au conflit que pour vivre dans le système qu'elle défend – ou souhaite instaurer – il ne peut être définitivement exclu qu'ils décident ponctuellement de prendre les armes. Dès lors, sur la base du principe de distinction, et seulement pendant cet acte de participation, il sera possible d'employer la force armée à leur encontre en les prenant directement pour cible.

Finalement, le statut juridique des civils participant directement aux hostilités pourrait effectivement permettre d'identifier des étrangers participant – ici occasionnellement – aux violences d'un conflit armé. Seraient par exemple concernés les proches de « combattants étrangers » membres de la force armée à laquelle bénéficie l'acte, les enfants, les époux et épouses, de même que les cuisiniers, prêcheurs, recruteurs et acteurs sanitaires, tous ceux qui réalisent un acte correspondant à la définition de la participation directe aux hostilités. En guise de remarque, il doit être précisé que ce n'est que sous ce régime que les forces armées de la coalition internationale en Syrie peuvent prendre directement pour cible des individus qui, sans en être des membres combattants, sont sympathisants de l'État islamique. Autrement, ces attaques devront être qualifiées de crimes de guerre et probablement d'exécutions extrajudiciaires.<sup>734</sup>

En plus d'être un statut pertinent pour identifier en droit les étrangers des conflits armés qui ne feraient que participer occasionnellement aux hostilités sans intégrer les rangs d'une force armée, il a d'important qu'il n'entre pas en contradiction avec une éventuelle identification de ces individus par le statut de « combattant terroriste étranger ». En effet, ce nouveau statut est problématique en ce qu'il affirme son applicabilité en conflit armé entre en opposition avec les régimes d'exclusion du droit antiterroriste précités. Or, ceux-ci ne sont applicables qu'aux membres des forces armées belligérantes. Dès lors un civil participant directement aux hostilités, fut-il sympathisant d'une partie au conflit et quand bien même sa situation est déjà régie par le DIH, n'est pas considéré comme membre d'une force armée et pourra donc être identifié en parallèle par le statut de « combattant terroriste étranger ». Il

---

<sup>734</sup> Voir *infra*, pp. 336-342.

faudra alors voir, dans la seconde partie, si la mise en œuvre de ces conclusions relatives à l'identification personnelle de ces « combattants étrangers » sera problématique lorsqu'il s'agit d'encadrer les actes qu'ils réalisent concrètement lors de cette participation directe aux hostilités. Il faudra d'ailleurs remarquer à cette occasion que le statut de « combattant terroriste étranger », s'il peut viser les mêmes personnes que celles identifiées comme des civils participant directement aux hostilités, couvre un ensemble d'actes bien plus large. Il fait ainsi entrer dans son champ d'application bien d'autres individus que ceux visés par le statut de civil participant directement aux hostilités – statut restreint lui aux auteurs d'actes remplissant les trois critères de nuisance, de causation directe et de lien de belligérance.

En conclusion, l'appellation « combattant étranger » et l'étude du phénomène doit inclure ces individus non membres d'une partie belligérante à un conflit mais qui, ponctuellement, vont effectivement participer aux hostilités. Ne pas les inclure implique nécessairement une réflexion lacunaire à laquelle il manque une forme de participation au conflit de la part d'un individu venu de l'étranger. D'autant plus que le statut de « combattant terroriste étranger », qui s'adresse au moins en partie à ce phénomène, pourrait effectivement servir à leur identification. Cette forme d'implication dans un conflit armé à l'étranger n'est pas la seule modalité de participation négligée au premier abord par les travaux sur le phénomène des « combattants (terroristes) étrangers ». Or, les conséquences juridiques de cette négligence face au développement du nouveau statut du droit antiterroriste sont probablement encore plus importantes pour cette autre modalité : celle de la participation d'étrangers en qualité d'acteurs humanitaires.

#### **IV. Les difficultés du statut de « combattant terroriste étranger » vis-à-vis des acteurs humanitaires étrangers des conflits armés**

Lors de rencontres avec des acteurs humanitaires, il fallait constater que les débats sur le phénomène des « combattants étrangers » soulevaient des interrogations particulières. Telle que la réaction contre le phénomène semble prendre forme – à travers le développement du droit antiterroriste<sup>735</sup> – celle-ci pourrait inclure les acteurs humanitaires. Ce constat découle principalement de la possibilité que les actes visés par le droit antiterroriste puissent comprendre les activités humanitaires, lorsque ce droit est mis en œuvre dans un contexte de conflit armé.<sup>736</sup> Néanmoins, cet enjeu d'assimilation tient également, dans une moindre mesure, des personnes qui semblent pouvoir être visées par le nouveau statut. Autrement dit, tel qu'il est formulé, le statut de « combattant terroriste étranger » pourrait entraîner l'identification juridique comme terroristes de certains acteurs humanitaires. Avant de s'intéresser donc aux actes humanitaires, il semble opportun de terminer cette seconde section par un développement clarifiant rapidement la situation juridique de ces acteurs en vertu du *Ius in bello* durant un conflit armé.

En droit international humanitaire les acteurs humanitaires bénéficient d'un statut les protégeant contre les attaques directes et les immunisant contre les poursuites pénales, même lorsque leurs activités bénéficient à la partie adverse et même si celle-ci est qualifiée de terroriste. Ainsi, le DIH interdit les attaques contre le personnel de secours humanitaire, aussi bien en conflit armé international que non international.<sup>737</sup> Le terme de personnel de secours humanitaire doit être entendu comme toute personne civile qui souhaite, « *même de son*

---

<sup>735</sup> Sur le développement du droit antiterroriste pour encadrer le phénomène, voir *supra*, Première Partie, Premier Chapitre.

<sup>736</sup> Voir *infra*, pp. 288-293.

<sup>737</sup> Art. 15, par. 1, PA I, *op. cit.* ; Art. 71, par. 2, PA I, *op. cit.* ; Art. 8, par. 2, al. b) iii), Statut de Rome, *op. cit.* ; Art. 4, par. 1, b), Statut du TSSL, *op. cit.* ; HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, p. 142, règle n°31 ; PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, para. 2885-2891, p. 856.

*propre chef, offrir de recueillir et soigner les blessés, les malades et les naufragés.* »<sup>738</sup> De plus, il est important de noter dès à présent que, les

« actions de secours de caractère humanitaire et impartial et conduites sans aucune distinction de caractère défavorable [...] ne seront considérées ni comme une ingérence dans le conflit armé, ni comme des actes hostiles. »<sup>739</sup>

Autrement dit, un acteur humanitaire ne pourra pas être considéré comme membre d'une partie au conflit du seul fait qu'il apporte aide et assistance aux populations de cette partie se trouvant dans le besoin. Il ne perd son statut de personnel humanitaire protégé que lorsqu'il accomplit « *en dehors de [ses] devoirs humanitaires, des actes nuisibles à l'ennemi* »<sup>740</sup>. À savoir qu'il ne perd pas sa neutralité – et donc sa protection – du simple fait qu'il remplit sa fonction humanitaire au profit d'une seule partie.<sup>741</sup> Enfin, et surtout, les acteurs humanitaires ne peuvent en principe pas se voir reprocher d'avoir porté assistance à certaines personnes :

« la population civile et les sociétés de secours, telles que les Sociétés nationales de la Croix-Rouge [sans s'y limiter], seront autorisées, même dans les régions envahies ou occupées, à recueillir ces blessés, malades et naufragés et à leur prodiguer des soins, même de leur propre initiative. Nul ne sera inquiété, poursuivi, condamné ou puni pour de tels actes humanitaires. »<sup>742</sup>

Ceci est valable aussi bien en conflit armé international qu'en conflit armé non international.<sup>743</sup> L'expression « société de secours » doit être entendue au sens large de tout

---

<sup>738</sup> Art. 8, c), PA I, *op. cit.* ; Art. 18, par. 1, PA II, *op. cit.* ; voir également PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, para. 601-639, pp. 190-196.

<sup>739</sup> *Ibid.*, Art. 70, par. 1 ; voir également PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, para. 2790-2822, pp. 838-844.

<sup>740</sup> DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 309, par 2.41 ; voir à ce propos : Art. 21, CG I, *op. cit.* ; Art. 34, CG II, *op. cit.* ; Art. 19 CG IV, *op. cit.* ; Arts. 13 et 65, PA I, *op. cit.* ; HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, règles n°25, 27, 28 et 29.

<sup>741</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, par. 2803, p. 840.

<sup>742</sup> Art. 17, par. 1, PA I, *op. cit.*

<sup>743</sup> *Idem.* ; Art. 18, par. 1, PA II, *op. cit.* ; PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, p. 1346, par. 4351 : la nécessité de protéger les acteurs humanitaires contre les attaques et les poursuites même en conflit interne est intégrée depuis 1921.

groupement dont la raison d'être est l'assistance aux blessés, malades et naufragés, civils ou combattants ; les sociétés bien connues telles que la Croix-Rouge et le Croissant-Rouge sont évidemment incluses, mais n'ont pas le monopole de ces activités humanitaires et de la protection qui en découlent.<sup>744</sup> Il faut enfin noter que ces régimes juridiques profitent également aux individus du phénomène des étrangers se rendant dans un autre État pour participer, d'une certaine manière, à des activités (humanitaires) liées au conflit armé s'y déroulant, parfois au profit d'une partie belligérante. En effet, cette double protection bénéficie aussi bien aux acteurs locaux qu'aux personnels humanitaires d'origine étrangère ; toute personne civile, c'est-à-dire qui n'a pas de fonction de combat continue au sein d'une force armée, qui n'est donc pas combattante,<sup>745</sup> est concernée par cette protection lorsqu'elle accomplit, de son propre chef ou non, une action de secours, et ce sans considération de nationalité. Car « *ce n'est pas tant la nationalité qui importe, mais plutôt le caractère inoffensif des personnes que l'on désire épargner et la situation où elles se trouvent* » qu'il faut prendre en compte.<sup>746</sup> Ainsi, un individu qui part rejoindre un contexte de conflit armé, dans un pays qui lui est *a priori* étranger, ne peut être condamné pour avoir réalisé des actes de secours, « *même si les victimes appartiennent à la Partie adverse* »<sup>747</sup>. *A fortiori*, ces individus continuent à bénéficier du statut d'acteur humanitaire lorsque c'est la personne secourue qui est étrangère.<sup>748</sup>

---

<sup>744</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, p. 1499, par. 4872.

<sup>745</sup> Voir notamment Art. 50, par. 1, PA I, *op. cit.*

<sup>746</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, par. 1909, p. 624.

<sup>747</sup> *Ibid.*, par. 703, p. 212.

<sup>748</sup> Voir par exemple : *Ibid.*, p. 841.

En droit des conflits armés, la protection des acteurs humanitaires contre les attaques et les poursuites pénales ne fait aucun doute. Comme le notait déjà très justement Jean Pictet,

« il est évident que n'importe quel organisme, et même tout individu, peut toujours "offrir ses services" [humanitaires] à des parties au conflit. Offrir ses services, cela ne coûte guère, et surtout cela n'engage en rien celui à qui l'offre est faite. »<sup>749</sup>

Or, la formulation du nouveau statut de « combattant terroriste étranger » pourrait remettre cette certitude en cause. En effet, sans entrer pour l'instant dans le détail des régimes des actes, il faut constater qu'il est effectivement théoriquement aisé d'interpréter le nouveau statut de sorte que sa compréhension permette de justifier son utilisation en conflit armé pour identifier personnellement des acteurs humanitaires tels que pourtant protégés dans ce contexte par le droit international humanitaire. Ainsi, pour le Conseil de Sécurité :

« la menace que représentent les combattants terroristes étrangers englobe, entre autres, les personnes qui appuient les actes ou activités [des groupes terroristes], notamment [...] en soutenant de toute autre manière les actes et activités de ces entités, et soulignant qu'il est urgent de s'attaquer à cette menace précise »<sup>750</sup>

Or, encore une fois, cette précision est lacunaire. N'est-il pas possible de considérer que des acteurs humanitaires soutiennent « *de toute autre manière [...] les activités de ces entités* » et sont donc des « combattants terroristes étrangers » lorsque, venus de l'étranger, ils apportent denrées alimentaires et matériels médicaux au bénéfice des populations favorables à des entités armées qualifiées de terroristes ; voire à leurs blessés, malades, naufragés et autres personnes *hors de combat* que le DIH autorise et protège, comme il a été vu ? Il existe en effet un réel risque lorsque l'on s'attarde sur la réglementation des actes et la définition de l'acte terroriste vis-à-vis de ce qu'il faut entendre par activités humanitaires en *Ius in bello* ; permettre de se nourrir et de se soigner pourrait être considéré comme assurant la possibilité à l'entité de continuer son œuvre, comme il a été jugé terroriste d'assurer la correspondance entre un « combattant étranger » en Syrie et sa famille restée en Belgique.<sup>751</sup> Pourtant rien dans la définition du type d'individu visé par l'appellation

---

<sup>749</sup> PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire I*, op. cit., p. 62.

<sup>750</sup> Nous soulignons : Résolution S/RES/2178, op. cit., préambule p. 2 et par. 7.

<sup>751</sup> Voir *infra*, p. 290.



« combattant terroriste étranger » ne permet d'affirmer que celle-ci ne peut concerner des acteurs humanitaires étrangers. Par ailleurs, les régimes d'exclusion du droit antiterroriste en conflit armé des Conventions sectorielles ne concernent que les membres « *des forces armées en période de conflit armé* », ce que ne sont évidemment pas les acteurs humanitaires. Ces derniers ne sont donc pas inclus dans ces régimes d'exclusion et rien n'empêche alors, *a priori*, que ces Conventions soient invoquées pour mettre en œuvre ici la résolution 2178 du CSNU et donc le statut de « combattant terroriste étranger ». La seule exception notable se trouve au paragraphe 38 du préambule de la Directive (UE) 2017/541 précisant que :

« les activités humanitaires menées par des organisations humanitaires impartiales reconnues par le droit international, y compris le droit international humanitaire, ne relèvent pas du champ d'application de la présente directive »<sup>752</sup>

La relation entre « *activités humanitaires* » et actes terroristes sera traitée ultérieurement, mais il faut déjà noter que la portée de cette exception semble se limiter au bénéfice des membres d'une organisation reconnue par le DIH. Faut-il en déduire que seuls les membres d'organisations officielles comme la Croix-Rouge et le Croissant-Rouge sont concernés ? S'il est probable que soit visée toute entreprise humanitaire respectant les principes d'une action impartiale et neutre comme il a été présenté précédemment, il n'en demeure pas moins qu'une interprétation restrictive reste envisageable. Enfin il faut également relever que cette exception n'est prévue dans aucun autre texte antiterroriste.

---

<sup>752</sup> Directive (UE) 2017/541, *op. cit.*, préambule par. 38.

## CONCLUSION PRÉLIMINAIRE – Bilan sur les statuts juridiques pertinents au processus d'identification des « combattants étrangers »

Il apparaît que ce ne sont pas les statuts juridiques qui manquent pour identifier en droit les individus impliqués dans un conflit armé à l'étranger, lesdits « combattants étrangers ». Une chose est certaine :

« there is no gap in international law when it comes to the phenomenon of foreign fighters, nor was there a gap before the adoption of Resolution 2178. »<sup>753</sup>

(1) Lors des propos introductifs, il été observé qu'en pratique les « combattants étrangers » sont appelés ainsi car il s'agit d'individus qui se rendent dans un État dont ils n'ont pas la nationalité et où ils n'ont pas leur résidence habituelle, afin de prendre part à un conflit armé au sein d'une partie dont ils approuvent la cause à défendre. Le point central de cette analyse, en plus de mettre en lumière l'ancienneté du phénomène, était alors de mettre en exergue le lien inévitable entre ces individus et un conflit armé. De ce constat apparaissait alors l'intérêt de s'attarder sur le droit international humanitaire, *corpus* juridique spécifique à ce type de contexte, pour proposer une identification juridique auxdits « combattants étrangers ». Néanmoins, une analyse de l'actualité du phénomène poussait également à s'interroger sur le rôle du droit antiterroriste pour procéder à ce travail d'identification. Finalement, ce double constat menait à la double hypothèse de travail suivante : il se pourrait que puissent se dégager du droit international humanitaire, d'une part, et du droit antiterroriste, d'autre part, un ou des statuts utiles au processus d'identification des « combattants étrangers » en droit international. Les deux chapitres de la première partie permettaient alors effectivement de valider cette hypothèse.

(2) Dans un premier chapitre, la piste du droit antiterroriste comme source d'un statut applicable auxdits « combattants étrangers » a été évaluée. Cette piste était alors primordiale en ce qu'il s'agissait de l'unique voie proposant, *a priori*, un statut juridique contraignant spécifiquement adopté pour identifier des étrangers des conflits armés. D'un point de vue

---

<sup>753</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, p. 257.

plus pragmatique, elle apparaissait, qui plus est, en accord total avec le traitement politique et médiatique actuel du phénomène. Il fallait ainsi constater, depuis 2001, une assimilation progressive du phénomène des étrangers en conflit armé au terrorisme transnational. Cette assimilation apparaissait alors actée par les Nations unies et la résolution 2178 du Conseil de Sécurité, ainsi que par les développements du Conseil de l'Europe, de l'OSCE et de l'Union européenne sur la lutte contre le terrorisme et le phénomène des « combattants étrangers ». De même, les États se sont engagés, de leur côté, dans le même processus ; ce qui a été illustré par les récents développements des *corpus* antiterroristes de la France et de la Belgique, ainsi que l'adéquation des dispositions plus anciennes, à ces nouveaux objectifs.

Finalement, cette voie d'identification par le droit antiterroriste des étrangers impliqués dans des conflits armés semblait théoriquement actée par l'adoption du statut de « combattant terroriste étranger ». Ce statut étant spécialement créé pour répondre aux terroristes transnationaux, y compris lorsqu'agissant en contexte de conflit armé, il était une piste pertinente à envisager pour traiter le phénomène.

Cependant, une analyse plus poussée de ce statut comme piste pour dégager un statut international auxdits « combattants étrangers » a considérablement remis en question cette solution. En effet, la terminologie et les définitions données par la résolution 2178 de ce qu'il faut entendre par « combattant terroriste étranger » se sont trouvées être particulièrement insuffisantes. Le manque de précisions quant aux interprétations attendues par les États pour mettre en œuvre ce statut a mis en lumière qu'en pratique ce dernier pourrait avoir autant de définitions que d'États qui souhaitent l'appliquer. Ainsi, par exemple, la qualité de terroriste d'un individu dépendra de ce qu'un État donné décide de qualifier comme tel, et pourra changer dans le temps. Si le qualificatif *terroriste* dans le statut pourra être en partie éclairé par les développements de la seconde partie, les qualificatifs *combattant* et *étranger* demeurent lacunaires. Dès lors, quand bien même ce sont les auteurs d'actes terroristes qui seront concernés, comment appréhender et définir les deux autres qualificatifs pour déduire la véritable étendue du statut ? De plus, une autre limite importante du recours à ce statut de « combattant terroriste étranger » pour identifier les étrangers des conflits armés résidait dans l'identification de ceux-ci qui ne sont pas terroristes ; quels statuts en droit international étaient alors pertinents pour traiter des « combattants étrangers » non terroristes ? Enfin, dernière limite essentielle, l'applicabilité du statut était parfois rendue elle-même

complètement impossible. Effectivement, de nombreux *corpus* juridiques, auxquels renvoie la résolution 2178, prévoient expressément que le droit antiterroriste, et donc le statut de « combattant terroriste étranger », ne sont pas applicables aux membres d'une force armée partie à un conflit armé. Dès lors, si le « combattant étranger » en question participe au conflit au sein d'une force armée – ce qui semble être, selon la doctrine, la définition du volontaire international – alors le droit antiterroriste et le statut de « combattant terroriste étranger » ne constituent plus une solution envisageable. Seule la partie des étrangers n'intégrant pas pleinement les rangs d'une partie belligérante pourrait se voir appliquer le statut lorsqu'ils participent ponctuellement aux hostilités, bien que les lacunes terminologiques évoquées précédemment restent d'actualité. C'est un constat intéressant au regard de l'absence quasi totale de considération pour ces individus agissant hors partie belligérante dans les études du phénomène ; et puisque le statut visait principalement ceux des groupes armés qualifiables de terroristes. Finalement, ces limites poussaient en réalité à s'interroger sur ce que pouvait apporter le droit international humanitaire dans la recherche de statuts juridiques pour les étrangers des conflits armés.

(3) Dans le second chapitre, il a alors été question de s'intéresser au rôle joué par le droit des conflits armés pour identifier juridiquement lesdits « combattants étrangers ». Puisque ces derniers, y compris lorsqu'ils sont susceptibles d'être concernés par le statut de « combattant terroriste étranger », sont présentés comme des acteurs des conflits armés, que dit le *corpus* spécifiquement prévu pour encadrer ces contextes ? Après avoir déterminé quels statuts du DIH étaient pertinents – en ce que traitant d'individus participant au conflit – il a été conclu pour chacun d'eux que les origines étrangères, comme la motivation par une idéologie, ne permettaient pas d'exclure leur applicabilité. Les « combattants étrangers » pouvaient donc être soumis aux différents statuts juridiques prévus par le *Ius in bello*. Ces conclusions avaient plusieurs intérêts. D'abord, constater que la qualité de membre d'une force armée étatique et d'un groupe armé organisé, partie à un conflit armé international comme non international, et les statuts afférents, pouvaient tout à fait être reconnus à des individus inscrits dans le phénomène des « combattants étrangers ». La conséquence directe pour l'identification juridique de ceux-ci est alors que ces étrangers des conflits bénéficient des régimes d'exclusion du droit antiterroriste et ne peuvent être identifiés, au premier

abord<sup>754</sup>, qu'en égard aux statuts du droit international humanitaire. Ensuite, analyser les statuts du DIH permet d'identifier d'autres formes de participation à un conflit armé régies par ce droit mais ne conférant pas la qualité de membre d'une force armée belligérante. Dès lors, les étrangers concernés ici, qui n'étaient pas couverts par les régimes d'exclusion du droit antiterroriste, pouvaient donc être identifiés par le statut de « combattant terroriste étranger » (alors même que ces individus n'étaient que peu pris en compte dans les études sur le phénomène) et il était donc important d'analyser la cohabitation entre ce statut et ceux du droit des conflits armés. Enfin, tous ces développements avaient également pour intérêt, dans le même temps, de conclure que ces statuts du *Ius in bello* étaient une solution pertinente pour identifier les « combattants étrangers » qui ne semblent pas être considérés comme des « terroristes » - critère nécessaire à l'activation du statut de « combattant terroriste étranger ».

Finalement, ce second chapitre permettait non seulement de conclure que les différents statuts du DIH peuvent servir à identifier juridiquement lesdits « combattants étrangers », mais qu'il s'agissait même d'une obligation<sup>755</sup>. En tant que civil, victime, combattant ou acteur humanitaire d'un conflit armé, leur seule présence et implication dans un conflit armé leur confère un statut en *Ius in bello*. De quoi valider sans aucun doute une autre partie de l'hypothèse de départ selon laquelle le droit international humanitaire permet d'identifier en droit lesdits « combattants étrangers ».

(4) Pour conclure, il faut comprendre de cette première partie que certains « combattants étrangers » peuvent être identifiés par le statut du droit antiterroriste, que d'autres doivent l'être par l'un des statuts issus du droit international humanitaire et enfin qu'ils semblent parfois pouvoir être identifiés par les statuts des deux *corpus*. Qu'ils soient membres ou non d'une partie belligérante, que celle-ci soit une entité étatique ou non, qu'ils

---

<sup>754</sup> Restant encore à s'intéresser au critère des régimes d'exclusion précisant que c'est vis-à-vis de leurs actes régis par le DIH qu'ils ne peuvent pas être concernés par le droit antiterroriste et le statut de « combattant terroriste étranger ». Ceci étant le sujet de la seconde partie de ce travail. Ainsi il faudra voir que des « combattants étrangers » membres d'une force armée partie à un conflit armé pourront de nouveau être visés par le statut de « combattant terroriste étranger » lorsque l'acte qui est en cause n'est pas régi par le droit international humanitaire.

<sup>755</sup> L'application du DIH (et donc de ses statuts) étant obligatoire et automatique dès lors qu'un conflit armé existe.

agissent principalement pour défendre une cause ou pour s'enrichir, que leur idéologie soit terroriste ou non, qu'ils participent en qualité de combattant, personnel sanitaire, religieux ou humanitaire, l'un des statuts présentés dans cette première partie peut être invoqué pour les identifier en droit. Néanmoins, le processus d'identification et le choix entre l'un de ces statuts ne peut pas résulter de la simple analyse du contexte dans lequel un individu opère au regard de ses caractéristiques personnelles, de l'entité dont il est membre et des modalités à travers lesquelles il s'engage dans un conflit. En effet, une identification précise d'un individu devra, en plus de ces éléments, prendre en compte la nature de l'acte en cause lorsque l'on cherche à lui appliquer un statut. Un « combattant terroriste étranger » est qualifié ainsi parce qu'il voyage pour intégrer une entité terroriste en période de conflit armé dans un État où il est étranger, mais aussi et surtout parce que ce faisant, il commet des actes qualifiables d'actes terroristes. Il est alors nécessaire, pour affiner ce travail d'identification du statut d'un « combattant étranger », de s'intéresser au régime juridique applicable aux actes qu'il réalise et pour lequel les autorités souhaitent pouvoir l'identifier en droit. D'ailleurs, en ce sens, les régimes d'exclusion du droit antiterroriste au profit du DIH précisent bien qu'ils s'appliquent aux membres des forces armées belligérantes pour les activités régies par ce dernier *corpus* juridique. L'idée est alors, par exemple, qu'un « combattant étranger » est soumis au seul statut de combattant d'une force armée étatique partie à un CAI lorsque son acte en cause est déjà régi par le DIH, mais peut être soumis au statut de « combattant terroriste étranger » lorsque le *Ius in bello* n'est pas compétent pour encadrer cet acte. Or, déterminer la réglementation effectivement applicable pour régir un acte est justement le sujet de la prochaine partie.

## **SECONDE PARTIE**

**L'identification juridique du « combattant étranger » selon l'encadrement de ses activités par le *Ius in bello* et le droit antiterroriste**

Aujourd'hui, il ne fait aucun doute que lesdits « combattants étrangers », en qualité d'acteurs des conflits armés, peuvent et doivent être identifiés par l'un des statuts juridiques prévus par le *Ius in bello* aux fins de l'application des règles de ce dernier. Bien qu'ils soient originaires d'un État qui n'est pas celui où se déroule le conflit armé dans lequel ils interviennent, le droit international humanitaire prévoit des statuts qui permettent effectivement d'encadrer leur situation personnelle dans un tel contexte. De plus, il apparaît certain que parmi ces « combattants étrangers », il en est qui seraient concernés par une identification en vertu des *corpus* antiterroristes, et plus particulièrement du statut de « combattant terroriste étranger ».

Ce qui apparaît en revanche plus incertain pour le moment, est de déterminer lesquels sont effectivement identifiables, en pratique, par ce dernier statut. En effet, les lacunes terminologiques<sup>756</sup> qui entachent la résolution 2178 du Conseil de Sécurité des Nations unies à l'origine de ce statut ne permettent pas, par une simple attention portée à la nature et la qualité de ces étrangers, de déterminer clairement et simplement lequel de ces volontaires internationaux devrait être identifié juridiquement comme un « combattant terroriste étranger ». De plus, certains régimes au sein des *corpus* antiterroristes semblent s'opposer à ce que ceux-ci, et par eux le statut de « combattant terroriste étranger », soient appliqués à des « combattants étrangers » membres de forces armées belligérantes. Finalement, la première partie de thèse permet de connaître les statuts potentiellement applicables pour identifier les « combattants étrangers », mais ne permet pas de dégager une méthode pour différencier ceux uniquement soumis aux statuts du droit des conflits armés, de ceux

---

<sup>756</sup> Voir *supra*, pp. 86-109.



également soumis au statut du droit antiterroriste. C'est à ce constat qu'il faudra chercher à remédier par cette seconde partie.

Effectivement, celle-ci permettra de proposer une méthodologie pertinente et efficace, utilisable quel que soit l'individu étudié et quel que soit l'acte qui lui est reproché. Il s'agira par cette seconde partie de mettre sur pied une méthode permettant de déterminer clairement qui, à l'occasion d'un conflit armé, sont les étrangers identifiables comme « combattants terroristes étrangers » soumis au droit antiterroriste, et qui sont les « combattants étrangers » soumis à l'un des statuts du droit international humanitaire.

À cette fin, le processus de réflexion et d'analyse ne consiste désormais plus à évaluer la nature intrinsèque de l'individu lui-même, mais à porter cette fois-ci une attention particulière à la nature des activités qui semblent lui être imputables. Il s'agit d'aller au-delà de l'unique appellation qui pourrait lui être attribuée, parce qu'il correspond et remplit, en sa personne, les critères associés à cette appellation, pour s'intéresser cette fois-ci à la qualification juridique de l'acte qui lui est reproché. Autrement dit, le « terroriste » n'est plus celui qui porte en lui les attributs du « terroriste » en tant que personne, que les autorités désignent politiquement comme « terroriste », mais celui qui se trouve être juridiquement l'auteur d'un acte effectivement qualifiable d'acte terroriste en droit et selon le contexte juridique dans lequel il évolue. Ainsi, en tant que responsable d'un acte terroriste en droit, un individu qui participe aux violences d'un conflit armé à l'étranger sera désormais également identifiable comme terroriste et il sera alors effectivement possible de le dire « combattant terroriste étranger ». La solution méthodologique alors proposée, comme il faudra le voir au cours des différents développements à suivre, apparaît doublement justifiée.

D'une part, c'est la formulation de la résolution 2178 sur les « combattants terroristes étrangers » elle-même qui incite à adopter un tel procédé. En effet, adoptée pour « *combattre [...] les actes de terrorisme, notamment ceux perpétrés par des combattants étrangers* »<sup>757</sup>,

---

<sup>757</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, p. 4 préambule.

la résolution définit précisément les « combattants terroristes étrangers » comme des individus qui

« se rendent [à l'étranger] dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme, notamment à l'occasion d'un conflit armé ». <sup>758</sup>

Ainsi, le « combattant terroriste étranger » serait le volontaire international qui, en plus de participer à un conflit à l'étranger, serait l'auteur d'actes de terrorisme. Or, ceci est une solution pertinente en ce que, s'il n'y a pas de consensus international sur la définition de ce qu'est un « terroriste », en revanche des « *actes de terrorisme sont prévus et sanctionnés par le droit international* ». <sup>759</sup> De fait, les Conventions sectorielles de la lutte contre le terrorisme évoquées antérieurement ne donnent pas de critère sur « qui est un terroriste », mais définissent quels actes sont terroristes. De même, le droit international humanitaire n'utilise pas le terme « terroriste » pour identifier une personne, mais il interdit certains actes qu'il qualifie de terroristes, en période de conflit armé, quelle que soit la qualité ou la nature de leurs auteurs. <sup>760</sup> Autrement dit, le « combattant étranger » soumis à l'un des statuts du DIH en vertu de sa participation à un conflit armé pourrait également être soumis au statut de « combattant terroriste étranger » lorsque, à l'occasion de ce conflit, il réalise des actes que ce droit définit comme terroristes.

D'autre part, cette méthodologie construite autour de l'analyse des actes attribuables aux étrangers des conflits armés trouve également sa justification dans les régimes d'exclusion du droit antiterroriste déjà présentés <sup>761</sup>. En effet, des régimes empêchent la mise en œuvre des dispositions antiterroristes aux membres de forces armées parties à un conflit armé telles que définies par le DIH. Or, pour qu'ils soient mis en œuvre, ces régimes exigent également que l'acte en cause soit lui-même régi par le droit des conflits armés. Dès lors,

---

<sup>758</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, p. 2 préambule.

<sup>759</sup> DOUCET (G.), « Terrorisme : Définition, Juridiction pénale internationale et Victime », *op. cit.*, p. 261 ; voir également Annexe : « Un monde plus sûr : notre affaire à tous – Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement », dans Note du Secrétaire général, Assemblée générale, Nations unies, Doc. A/59/565, 02.12.2004, para. 157-164.

<sup>760</sup> Voir *infra*, section 3, III).

<sup>761</sup> Voir *supra*, pp. 110-113.

pour déterminer quels « combattants étrangers » peuvent être, au regard de leurs actes, qualifiés de « combattants terroristes étrangers », il est nécessaire de savoir si leurs actes sont régis par le *Ius in bello*, de sorte qu'ils permettraient à leurs auteurs de bénéficier des régimes d'exclusion du droit antiterroriste. Autrement dit, il est nécessaire de savoir si et comment le droit international humanitaire régleme les actes desdits « combattants étrangers » à l'occasion de leur participation à un conflit armé pour affiner leur identification juridique.

Finalement, il s'agira dans cette seconde partie de travailler autour de l'hypothèse selon laquelle, au regard et en tenant compte des conclusions de la première partie sur les statuts juridiques en jeu, la nature juridique des activités effectivement attribuables, au cas par cas, aux étrangers des conflits armés, permettra d'en déduire le statut le plus juridiquement approprié à chacun des volontaires internationaux.

À cette fin, par un premier chapitre, il faudra commencer par clarifier les prescriptions du droit antiterroriste et du droit international humanitaire vis-à-vis des activités que pourraient réaliser les volontaires internationaux durant leur participation à un conflit armé à l'étranger. Il faudra ainsi dégager quels actes sont susceptibles, en vertu du droit antiterroriste, de conférer à leurs auteurs la qualité de terroriste. Mais également, puisque cela sera ensuite nécessaire pour mettre en œuvre les régimes d'exclusion du droit antiterroriste, ce chapitre permettra de savoir comment le *Ius in bello*, de son côté, régleme ces activités. Finalement, il s'agira de mettre en lumière les enjeux de coexistence des deux *corpus* – c'est-à-dire leurs points d'accords et de contradictions – quant à l'encadrement juridique qu'ils proposent des activités attribuables aux « combattants étrangers » durant un conflit armé (**Chapitre I**).

Alors, dans un deuxième chapitre, prenant en compte et surmontant les incompatibilités entre les deux *corpus* qui auront été détaillées, il sera possible de proposer une solution juridique permettant d'affiner et de terminer le processus de leur identification en fonction des modalités de leur participation au conflit armé et aux violences armées commises à l'étranger. Tenant compte de tout ce qui aura été développé dans les trois chapitres précédents, une méthodologie pourra être proposée pour déterminer, en droit international et conformément à celui-ci, le statut juridique de chacun des « combattants étrangers » (**Chapitre II**).

## CHAPITRE I – Les enjeux de l’encadrement des activités des « combattants étrangers » par le droit international humanitaire et le droit antiterroriste

En tant qu’acteurs des conflits armés, les « combattants étrangers » sont soumis au droit international humanitaire pour la réglementation des activités qui leur sont attribuables dans ce contexte. Et en qualité d’individus quittant leur État de résidence ou de nationalité pour se rendre dans un État étranger et pour y participer à des violences armées, ils sont susceptibles de voir leurs activités encadrées par le droit antiterroriste. Par leur participation à un conflit armé à l’étranger, dans le contexte de la résolution 2178 du Conseil de Sécurité des Nations unies sur les « combattants terroristes étrangers », leurs activités sont donc visées à la fois par le droit des conflits armés et le droit antiterroriste.

Dans ce contexte juridique, il est nécessaire d’analyser ce que disent ces deux *corpus* sur les comportements et actes effectivement attribuables à ces volontaires internationaux. Autrement dit, pour procéder à leur identification juridique en se fondant sur leurs actes, il faut d’abord savoir ce que prévoient le droit international humanitaire et le droit antiterroriste pour les régler, et comment. Ce faisant, l’intérêt d’un tel travail sera de mettre en lumière les situations où l’encadrement de ces activités pose effectivement problème. Il faudra ainsi parfois constater que, sur un même acte, les prescriptions du *Ius in bello* ne sont pas toujours compatibles avec celles du droit antiterroriste. Ce constat représentera alors une étape essentielle car il permettra, par la suite, d’élaborer une méthodologie et de s’assurer de son utilité et de sa pertinence en droit.

Néanmoins, avant d’entrer dans le cœur du présent sujet, pour comprendre les développements qui vont suivre à propos des enjeux de coexistence entre les deux *corpus*, il est primordial d’avoir à l’esprit un élément essentiel : la similitude pragmatique entre tout acte inévitablement réalisé par des forces armées durant un conflit armé et les actes visés par

la lutte contre le terrorisme.<sup>762</sup> Si les développements qui vont suivre sont en effet importants, c'est en grande partie parce que les actes visés par les deux *corpus* sont en pratique bien souvent les mêmes, alors que les réglementations qu'ils y opposent divergent. Il faut donc prendre le temps nécessaire pour exposer dès maintenant les raisons qui permettent de soutenir l'existence de cette similitude entre les actes visés par les deux *corpus*.

Si un « combattant terroriste étranger » est un volontaire international responsable d'actes terroristes, la première question à résoudre est de savoir ce qu'est un acte terroriste. Or, malgré l'absence de définition universelle du terrorisme, il existe, par les Conventions internationales sectorielles de la lutte contre le terrorisme notamment – et auxquelles la résolution 2178 renvoie expressément les États –, des définitions pertinentes d'actes qui devraient être considérés comme terroristes.<sup>763</sup> Généralement, est ainsi qualifié :

- l'emploi d'armes ou d'engins explosifs ou incendiaires conçus « *pour provoquer la mort, des dommages corporels graves ou d'importants dégâts matériels* »<sup>764</sup> ;
- l'emploi d'armes à feu<sup>765</sup> ;
- les atteintes à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne<sup>766</sup> ;

---

<sup>762</sup> SASSÒLI (M.), « Terrorism and War », *op. cit.*, p. 975.

<sup>763</sup> Sachant que la problématique soulevée ici se retrouve également dans le Droit de l'Union européenne, au sein des dispositions du Conseil de l'Europe ainsi que dans de nombreux *corpus* antiterroristes nationaux comme par exemple en France (art. 421-1, Code pénal français, *op. cit.*), en Belgique (art. 137, Code pénal belge, *op. cit.*) ou encore en Russie (voir : Art. 205, « Act of Terrorism », Criminal code of the Russian Federation, Section IX, Chapter 24) ; sur la convergence des différentes définitions de l'acte terroriste, voir par exemple : BORGERS (M. J.), « Framework Decision on Combating Terrorism: Two Questions on the Definition of Terrorist Offences », *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 3, N°1, 2012, pp. 68-82.

<sup>764</sup> Art. 1, par. 3, a), Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, *op. cit.* ; voir également, Art. 2, par. 1, Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, *op. cit.* ; Art. 3, par. 1, f) et g), Directive (UE) 2017/541, *op. cit.* ; Art. 421-1, 4), Code pénal français, *op. cit.* ; Art. 137, par. 2, 7), Code pénal belge, *op. cit.* ; Section 1., par. (3), Terrorism Act 2000, Part. I, United Kingdom [In effect on October 29, 2019].

<sup>765</sup> Art. 421-1, 4), Code pénal français, *op. cit.* ; Art. 137, par. 2, 9), Code pénal belge, *op. cit.* ; Section 1., par. (3), Terrorism Act 2000, United Kingdom, *op. cit.*

<sup>766</sup> Art. 3, par. 1, a) et b) Directive (UE) 2017/541, *op. cit.* ; Art. 421-1, 1), Code pénal français, *op. cit.* ; Art. 137, par. 2, 1), Code pénal belge, *op. cit.* ; Section 1., par. (2), (a), (c) and (d), Terrorism Act 2000, United Kingdom, *op. cit.* ; les États-Unis parlent d'actes violents ou dangereux pour la vie humaine, voir Par. 2331, al. (1), (A) and (5), (A), Title 18 – Crimes and criminal procedure, Part I – Crimes, Chapter 113B – Terrorism, United States Code [In effect on October 29, 2019].

- la destruction, dégradation ou détérioration des biens publics ou privés et des installations gouvernementales ou publiques<sup>767</sup> notamment lorsque ceci est « *susceptible de mettre en danger des vies humaines ou de produire des pertes économiques considérables* »<sup>768</sup> ;
- la détention, la fabrication et l'utilisation « *de toute arme ou de tout engin [...] conçu pour provoquer la mort, des dommages corporels graves ou d'importants dégâts matériels, ou qui en a la capacité, par l'émission, la dissémination ou l'impact [...] de rayonnements ou de matières radioactives* »<sup>769</sup> ;
- le fait de faire « *exploser ou détonner un engin explosif ou autre engin meurtrier dans ou contre un lieu public [...] ou une infrastructure* »<sup>770</sup> comme les endroits à usage officiel et/ou « *accessibles ou ouvertes au public* »<sup>771</sup>.

Pourvu que cet acte soit réalisé dans :

- l'intention de donner la mort ou de provoquer des dommages corporels graves<sup>772</sup> ;
- l'intention de détruire ou dégrader gravement des biens<sup>773</sup> ;
- l'intention de détruire un lieu, une installation, un système ou une infrastructure « *lorsque ces destructions entraînent ou risquent d'entraîner des pertes économiques considérables* »<sup>774</sup> ;

---

<sup>767</sup> Art. 421-1, 2), Code pénal français, *op. cit.* ; Section 1., par. (2), (b), Terrorism Act 2000, United Kingdom, *op. cit.* ; les États-Unis parlent d'actes qui affectent le gouvernement du fait de destructions massives, voir Par. 2331, al. (1), (B) and (5), (B), Title 18 – Crimes and criminal procedure, Terrorism, United States Code, *op. cit.*

<sup>768</sup> Art. 3, par. 1, d) Directive (UE) 2017/541, *op. cit.* ; Art. 137, par. 2, 4) et par. 3, 1), Code pénal belge, *op. cit.*

<sup>769</sup> Art. 1, par. 3, b), Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, *op. cit.* ; voir également, Art. 2, Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, *op. cit.* ; Art. 3, par. 1, f) Directive (UE) 2017/541, *op. cit.* ; Art. 421-1, 4), Code pénal français, *op. cit.* ; Art. 137, par. 3, 3), Code pénal belge, *op. cit.*

<sup>770</sup> *Ibid.*, Art. 2, par. 1. ; voir également : Art. 1<sup>er</sup>, d., Directive (UE) 2017/541, *op. cit.*

<sup>771</sup> *Ibid.*, Art. 1<sup>er</sup>, par. 5. ; voir également Art. 137, § 3, 1. et 4.-5., Code pénal belge, *op. cit.*

<sup>772</sup> Art. 2, 1., a), i) et Art. 2., 1., b), i), Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, *op. cit.* ; voir également Art. 2, 1., a), Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, *op. cit.*

<sup>773</sup> *Ibid.*, Art. 2, 1., a), ii) et Art. 2., 1., b), ii).

<sup>774</sup> Art. 2, 1., b), Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, *op. cit.*

- l'intention de « *gravement déstabiliser ou détruire les structures politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales fondamentales d'un pays ou d'une organisation internationale* »<sup>775</sup> ;
- « *l'intention de contraindre une personne physique ou morale, une organisation internationale ou un gouvernement à accomplir un acte ou à s'en abstenir* »<sup>776</sup> ;
- l'intention d'intimider la population ou de répandre la terreur<sup>777</sup>.

Il faut ajouter que la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (1999) et la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (2005) renvoient toutes deux aux définitions de l'infraction terroriste données par la Convention internationale sur le terrorisme nucléaire (1997) et la Convention internationale sur le terrorisme à l'explosif (1997)<sup>778</sup> et reprennent donc à leur compte les éléments intentionnels qui viennent d'être listés.

Au regard de cette énumération des éléments matériels et intentionnels généralement considérés comme constitutifs d'un acte terroriste lorsque réunis, un triple constat peut être fait.

(1) Il est possible qu'une intention terroriste soit caractérisée sans nécessairement que l'auteur de l'acte ait voulu répandre la terreur parmi la population. Dans les cas où cette dernière intention spécifique est prévue, elle n'est d'ailleurs présentée que comme un élément

---

<sup>775</sup> Art. 3, par. 2, c), Directive (UE) 2017/541, *op. cit.*, ; Convention européenne pour la prévention du terrorisme, *op. cit.*, préambule ; Art. 137, par. 1<sup>er</sup>, c), Code pénal belge, *op. cit.* ; Cour de cassation, Numéro de pourvoi n°16-84.596, République Française, 10.01.2017, *op. cit.* ; Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, n°1801344, 20.12.2018, *op. cit.*

<sup>776</sup> Art. 2, 1., b), iii), Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, *op. cit.* ; voir également Art. 3, par. 2, b), Directive (UE) 2017/541, *op. cit.*, ; et Art. 137, par. 1<sup>er</sup>, b), Code pénal belge, *op. cit.* ; Cour de cassation, Numéro de pourvoi n°16-84.596, République Française, 10.01.2017, *op. cit.* ; Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, n°1801344, 20.12.2018, *op. cit.* ; Convention européenne pour la prévention du terrorisme, *op. cit.*, préambule.

<sup>777</sup> Art. 3, par. 2 Directive (UE) 2017/541, *op. cit.* ; Art. 137, par. 1<sup>er</sup>, Code pénal belge, *op. cit.* ; Art. 421-1, préambule, Code pénal français, tel que modifié par l'article 1 de la Loi n°2016-819 du 21 juin 2016 ; Art. 2, 1., b), Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, *op. cit.* ; Convention européenne pour la prévention du terrorisme, *op. cit.*, préambule.

<sup>778</sup> Art. 1<sup>er</sup>, 1., Convention européenne pour la prévention du terrorisme, *op. cit.*, et à cette fin se référer à l'annexe de cette même Convention, *Série des Traités du Conseil de l'Europe – n°196*, Varsovie, 16.V.2005, telle qu'amendée par le Comité des Ministres lors de sa 1043<sup>e</sup> réunion (11.09.2008) et entrée en vigueur le 13.09.2009 ; Art. 2, 1., a), Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, *op. cit.*

intentionnel alternatif, comme l'indique l'emploi du terme « *ou* ». <sup>779</sup> De plus, dans les Conventions internationales sur les attentats terroristes à l'explosif (1997) et le terrorisme nucléaire (2005), la référence à la terreur n'apparaît qu'une seule fois : uniquement en dehors des articles spécifiquement dédiés à la définition du terrorisme, et uniquement pour préciser que les États devront également s'assurer que les actes « *conçus ou calculés pour provoquer la terreur [...] ne puissent en aucune circonstance être justifiés par des considérations de nature politique, [...] religieuse ou d'autres motifs analogues* » <sup>780</sup>. Finalement, en droit international antiterroriste, l'intention de répandre la terreur n'est pas nécessaire pour qualifier un acte de terroriste. D'ailleurs, plus largement, il a été relevé que, sur 109 définitions du terrorisme analysées, uniquement « *51% d'entre elles avaient pour élément central la peur et la terreur* » et que « *seulement 17,5% incluaient la victimisation de civils, de non-combattants, de personnes neutres et d'éléments extérieurs.* » <sup>781</sup> Or, ceci est important pour cette étude et conduit au deuxième constat.

(2) Un individu peut être présenté comme motivé par une intention terroriste dès lors qu'il a pour objectif d'attenter à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne, de causer des dommages à des biens, de provoquer des pertes économiques considérables, de détruire ou déstabiliser les structures fondamentales d'un État ou d'une organisation internationale, ou de contraindre un État ou une telle organisation à réaliser ou s'abstenir de réaliser un acte. Or, il s'agira inévitablement de l'intention de tout membre d'une force armée lors d'un conflit armé, y compris d'une force armée étatique. <sup>782</sup> Le soldat envoyé pour participer à un conflit armé international n'est-il pas, et ne part-il pas, avec l'intention ou dans le but de détruire des biens et/ou d'atteindre à la vie ou à l'intégrité de personnes (ennemies) ? Il peut être à ce titre évoquée l'opération *Unified Protector* menée en 2011 sous l'égide de l'Organisation du

---

<sup>779</sup> Art. 3, par. 2 Directive (UE) 2017/541, *op. cit.*, ; Art. 137, par. 1<sup>er</sup>, Code pénal belge, *op. cit.* ; Art. 421-1, préambule, Code pénal français, *op. cit.* ; Art. 2, 1., b), Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, *op. cit.* ; Convention européenne pour la prévention du terrorisme, *op. cit.*, préambule.

<sup>780</sup> Art. 5, Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, *op. cit.* ; Art. 6, Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, *op. cit.*

<sup>781</sup> Voir à ce propos la contribution de MERARI (A.), « Du terrorisme comme stratégie d'insurrection », *op. cit.*, p. 29.

<sup>782</sup> Voir notamment SASSÒLI (M.), « Terrorism and War », *op. cit.*, p. 975.



Traité de l'Atlantique nord (OTAN) en Libye. Cette opération avait pour but officiel, par l'emploi de la force armée<sup>783</sup>, de contraindre « *le régime du colonel Kadhafi [à faire] rentrer dans leurs bases* » tous ses combattants et de l'obliger à permettre « *à tous les Libyens d'accéder à une aide humanitaire immédiate, en toute sécurité, sans restriction et sans entrave.* »<sup>784</sup> Or, dans les définitions de l'infraction terroriste précitées, la seule intention de contraindre un gouvernement suffit à caractériser l'intention terroriste ; l'objectif final d'assurer un accès humanitaire à la population n'est pas un motif d'exemption. Avoir l'intention de contraindre ou de renverser les autorités de la partie adverse est suffisant pour qu'une intention terroriste soit qualifiée, quel que soit l'objectif derrière cette intention. De même, tel qu'il semble être aujourd'hui défini, un acte terroriste n'est pas seulement l'acte violent réalisé dans le but de renverser un État démocratique et de violer les droits humains. Telles que formulées, les différentes définitions de l'*acte terroriste* ne tiennent pas compte de la légitimité ou de l'illégitimité morale, politique et/ou religieuse de l'intention de renverser ou de contraindre un gouvernement. Au contraire, il est précisé que les considérations politiques ou morales ne doivent jamais permettre de justifier ces actes<sup>785</sup> ; autrement dit, quels que soient les motifs, ces actes sont interdits car terroristes. Or, ce constat de similitude est confirmé par le troisième et dernier constat : les actes matériels constitutifs d'actes terroristes sont les mêmes actes que réaliseront les membres d'une force armée partie à un conflit armé durant la conduite des hostilités.

(3) Enfin donc, il faut constater que les éléments matériels généralement constitutifs d'une infraction terroriste ne permettent pas de différencier l'acte terroriste de n'importe quel acte hostile d'un combattant – au sens large. Au contraire, les actes que réalisent concrètement les membres de forces armées parties à un conflit armé correspondent précisément aux éléments matériels visés à travers les différentes définitions de l'infraction

---

<sup>783</sup> Sur l'emploi de la force armée pour détruite des objectifs et neutraliser des combattants adverses, il est intéressant de lire la présentation de l'opération par le ministère des armées français : « L'opération Harmattan », Ministère des armées, République Française, Rubrique « Actualités », « Opérations », mis à jour le 27.09.2011. [Consulté le 30.10.2019]

<sup>784</sup> « L'OTAN et la Libye », site internet de l'OTAN, rubrique « Dossiers de l'OTAN », « Index alphabétique », mis à jour le 04.04.2012. [Consulté le 30.10.2019]

<sup>785</sup> Art. 5, Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, *op. cit.* ; Art. 6, Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, *op. cit.*

terroriste. Ainsi, ce ne sont pas que des actes particulièrement atroces et inhumains de torture, de décapitation et de prise d'otages qui sont concernés, mais aussi, plus généralement, le simple emploi d'armes à feu, d'engins explosifs, l'atteinte à la vie et à l'intégrité des personnes et la détérioration et la destruction des biens publics et privés. Or, ne s'agit-il pas là précisément d'actes attendus de la part de forces armées durant un conflit armé ? Manier et employer des armes à feu et des engins explosifs, pour atteindre l'intégrité physique des personnes (ici des combattants ennemis) et détériorer ou détruire des biens (ici des objectifs militaires de l'adversaire), seront inévitablement les actes réalisés par tout individu participant aux hostilités lors d'un conflit armé. Il est même possible d'affirmer qu'il s'agit du cœur de métier de tout militaire, de tout membre d'une force armée étatique. Finalement, tout combattant a inévitablement pour raison d'être, durant un conflit armé, de neutraliser ou de détruire un potentiel adversaire ou ses biens. De fait, le terrorisme est justement parfois présenté comme une « *technique d'insurrection* », un moyen ou une méthode de participation aux combats, de sorte qu'il est difficile de « *faire une distinction entre le terrorisme et les autres formes de conflits violents, telles la guérilla ou même la guerre conventionnelle.* »<sup>786</sup> Même les actes relatifs à l'emploi du nucléaire sont concernés, bien que plus rares et limités : un avion de combat ou un sous-marin lanceur d'engins, armé d'un dispositif nucléaire, a pour mission, en temps de paix comme en temps de guerre, de menacer les adversaires de destruction par l'emploi d'armes nucléaires. Finalement, comme il faudra le voir dans les sections à venir, tous ces actes sont ceux que le droit international humanitaire régleme. Et c'est pourquoi l'hypothèse d'une mise en œuvre du droit antiterroriste en période de conflit armé apparaîtra problématique à bien des égards. Dès lors, il faudra garder à l'esprit ces conclusions générales sur la question de la similitude lorsque vont être présentés, en suivant la structure suivante, les enjeux des réglementations applicables aux activités des « combattants étrangers ».

Pour commencer, une première section sera consacrée au cas de l'encadrement du voyage, du recrutement et de l'entraînement à des fins d'engagement dans une lutte armée à l'étranger, trois premières étapes du processus d'inscription des candidats dans le phénomène

---

<sup>786</sup> MERARI (A.), « Du terrorisme comme stratégie d'insurrection », *op. cit.*, p. 30.

des « combattants étrangers » spécifiquement visées par la résolution 2178 du Conseil de Sécurité des Nations unies (**Section 1**). Alors, en lien direct avec le traitement de ces trois étapes, il faudra dans une deuxième section s'intéresser aux régimes juridiques opposables précisément à l'engagement lui-même, à la participation de manière générale, à un conflit armé à l'étranger. Il s'agira ainsi de constater si le droit antiterroriste et le droit international humanitaire réglementent cet engagement, et comment (**Section 2**). Que ce dernier soit alors interdit ou non, il n'en demeure pas moins, comme en témoignent les propos du Conseil de Sécurité dans sa résolution 2178, que des « combattants (terroristes) étrangers » participent effectivement à des conflits armés qu'ils « *contribuent à intensifier* », raison pour laquelle le Conseil « *exige [...] qu'ils cessent [d'y] participer* ». <sup>787</sup> Dès lors, par une troisième section, il sera temps de s'attarder sur la question spécifique de l'encadrement juridique des activités hostiles effectivement réalisées à l'occasion de cette participation à un conflit à l'étranger (**Section 3**). Enfin, dans la continuité, une quatrième et dernière section sera utile pour se questionner sur le régime juridique applicable aux activités humanitaires, réalisées y compris par des étrangers, durant un conflit armé (**Section 4**).

---

<sup>787</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule p. 2 et par. 1.

## **Section 1 – L’interdiction du voyage, du recrutement et de l’entraînement dans le but de participer à un conflit armé à l’étranger**

L’intention du Conseil de Sécurité des Nations unies par l’adoption de la résolution 2178 est très claire : le voyage, le recrutement et l’entraînement dans l’objectif de participer à des violences armées à l’étranger, y compris à l’occasion d’un conflit armé, sont – ou doivent être – strictement interdits.<sup>788</sup> Par cette résolution, le Conseil de Sécurité exige des États qu’ils « *jugule[nt] le recrutement [et interdisent] aux combattants terroristes étrangers de voyager* »<sup>789</sup>. Ainsi, le Conseil de Sécurité des Nations unies

« *décide* que tous les États doivent veiller à [interdire, à] engager des poursuites et [à] réprimer :

a) Leurs nationaux [...] et d’autres personnes qui quittent ou tentent de quitter leur territoire [...], dans le dessein de commettre, d’organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d’y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme ;

b) La fourniture ou la collecte délibérées [...] de fonds que l’on prévoit d’utiliser ou dont on sait qu’ils seront utilisés pour financer les voyages de personnes qui se rendent [à l’étranger], dans le dessein de commettre, d’organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d’y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme ;

c) L’organisation délibérée [...] des voyages de personnes qui se rendent [à l’étranger], dans le dessein de commettre, d’organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d’y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme, ou la participation à d’autres activités qui facilitent ces actes, y compris le recrutement ; »<sup>790</sup>

Par cette résolution, il ne fait aucun doute que le voyage, le recrutement et l’entraînement des individus qui se rendent dans un État où ils n’ont pas de résidence habituelle et dont ils n’ont pas la nationalité – c’est-à-dire des « combattants étrangers » – sont des actes interdits dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, lorsqu’ils impliquent la

---

<sup>788</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter’s State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, pp. 234-235.

<sup>789</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, p. 2, préambule.

<sup>790</sup> *Ibid.*, par. 6 [Nous soulignons]

participation à des violences armées conduites dans un dessein terroriste, y compris à l'occasion d'un conflit armé. De fait, par cette résolution le CSNU

« décide que les États Membres doivent, [...], prévenir et éliminer les activités de recrutement [et] de transport [...] bénéficiant à des personnes qui se rendent [à l'étranger] dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme, ainsi que le financement des voyages [...] de ces personnes »<sup>791</sup>

En ce sens, il faut renvoyer aux développements de la première partie où étaient analysées les évolutions des *corpus* antiterroristes pour prendre en compte spécifiquement le phénomène des « combattants étrangers », ainsi que l'applicabilité des dispositions antiterroristes déjà en vigueur, dans le but de criminaliser toutes les étapes préalables à la participation par un individu à des violences armées à l'étranger, y compris à l'occasion d'un conflit armé – c'est-à-dire le voyage, le recrutement et l'entraînement. Ainsi, sous les auspices du Conseil de Sécurité,

« many countries have been using their national counter-terrorism legislation not only to prosecute and try returning foreign fighters, but also to arrest and prosecute prospective foreign fighters and to prevent them from leaving. »<sup>792</sup>

De même, le Conseil de l'Europe a adopté un Protocole additionnel à sa Convention sur la répression du terrorisme visant spécifiquement à interdire le voyage et le recrutement d'étrangers.<sup>793</sup>

Si les dispositions antiterroristes n'interdisent généralement pas expressément ces trois activités réalisées pour rejoindre un conflit armé, c'est toutefois ce à quoi elles conduisent. En effet, c'est pour participer à des actes terroristes que le voyage, le recrutement et l'entraînement sont interdits. Or, il a été longuement exposé qu'eu égard à l'état des définitions sur l'acte terroriste, tout acte de participation et toute intention de rejoindre un

---

<sup>791</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, par. 5. [Nous soulignons]

<sup>792</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, p. 242.

<sup>793</sup> Voir notamment les articles 3, 4, 5 et 6 Protocole additionnel à la Convention du CE pour la prévention du terrorisme, *op. cit.*

conflit armé peut remplir les critères de l'acte terroriste.<sup>794</sup> Dès lors, interdire le voyage, l'entraînement et le recrutement en vue de réaliser des actes terroristes revient à interdire chacune de ces trois activités lorsqu'elles sont réalisées dans l'intention de participer à un conflit armé. Qui plus est lorsque la résolution 2178 précise qu'elle concerne également les individus qui souhaitent rejoindre un tel conflit.<sup>795</sup>

S'il n'est pas contestable que le droit antiterroriste interdit aujourd'hui ces trois activités, c'est avec autant de certitude qu'il faut relever que le droit international humanitaire, pour sa part, ne les réglemente pas. En effet, il reste silencieux sur cette question en ce qu'il n'interdit ni n'autorise expressément le voyage, le recrutement et l'entraînement en vue de la participation à un conflit armé, que ce dernier soit à l'étranger ou non. Dès lors, il n'y a, à ce stade, pas d'incompatibilité juridique entre les deux *corpus*. Néanmoins, cela soulève une interrogation vis-à-vis de la possibilité de voir appliquée cette interdiction à des forces armées étatiques, qu'il serait alors possible de qualifier de terroristes ; puisque, lorsqu'elles sont envoyées en opération extérieure, elles voyagent bien à l'étranger dans le but de réaliser des actes susceptibles de correspondre aux définitions de l'infraction terroriste. Cette remarque sera toutefois nuancée par les conclusions relatives aux régimes d'exclusion du droit antiterroriste ; les actes de ces entités ne pouvant être soumis à ce droit, ils ne pourront pas être qualifiés de terroristes et ne pourront servir à identifier comme terroristes leurs auteurs membres d'une force armée. Il fallait toutefois le signaler pour comprendre l'importance et le but de ces régimes d'exclusions.

Pour le moment, il faut conclure à l'interdiction, par le droit antiterroriste et sans contradiction avec le *Ius in bello*, du voyage, du recrutement et de l'entraînement à des fins de participation à un conflit armé à l'étranger. Or, interdire ces activités lorsqu'elles sont réalisées pour participer à un conflit armé soulève inévitablement la question plus générale mais étroitement liée de la réglementation relative à la participation à un conflit.

---

<sup>794</sup> Voir *supra*, pp. 232-237.

<sup>795</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule p. 2.

## **Section 2 – L’encadrement complémentaire de la participation à un conflit armé à l’étranger par le *Ius in bello* et le droit antiterroriste**

Puisque les « combattants étrangers » sont ainsi appelés du fait de leur participation à un conflit armé à l’étranger, il semble inévitable de s’interroger sur le régime juridique encadrant une telle participation. En effet, avant d’entrer plus en détail sur la réglementation des actes qui peuvent être concrètement réalisés par ces individus, il faut d’abord s’intéresser à l’encadrement juridique du simple fait de s’engager, de manière générale, dans une lutte armée. Pour le dire autrement, avant de chercher à déterminer si un acte réalisé par un « combattant étranger » est interdit ou autorisé par le droit antiterroriste et/ou le *Ius in bello*, il faut savoir si le simple fait pour un individu de s’engager dans des violences armées à l’étranger est interdit ou autorisé par ces mêmes *corpus*. À cette fin, parce que les deux contextes entraînent des conclusions différentes, il faut d’abord traiter du cadre juridique relatif à la participation à un conflit armé international à l’étranger (I), et ensuite s’attarder sur celui relatif à la participation à un conflit armé non international à l’étranger (II).

## **I. L'autorisation de participer à un conflit armé international à l'étranger au sein d'une force armée étatique**

Du strict point de vue du droit international humanitaire, la participation à un conflit armé international à l'étranger, en qualité de membre d'une force armée étatique, est autorisée par la mise en œuvre du privilège du combattant (A). Ce qui ne semble pas remis en cause par le *corpus* antiterroriste actuel, malgré les évolutions et les largesses de la résolution 2178 (B).

### **A. Le privilège du combattant et l'autorisation pour les membres étrangers d'une force armée étatique de participer à un conflit armé international**

En contexte de conflit armé international, les membres, même étrangers, d'une force armée étatique bénéficient du statut de combattant au sens strict.<sup>796</sup> Un attribut majeur de cette qualité de membre d'une telle force dans un tel conflit est alors le privilège du combattant. En vertu de ce privilège, et donc du droit international humanitaire, ces individus « *ont le droit de participer directement aux hostilités* » lors d'un conflit armé international.<sup>797</sup> Leur participation est licite. Elle ne peut suffire à engager des poursuites pénales contre ces individus. Seules leurs violations du droit des conflits armés durant cette participation pourront faire l'objet de poursuites.<sup>798</sup> Ainsi, « *la participation aux hostilités n'est pas punissable [...] si [...] cette participation est le fait d'une personne légalement habilitée à combattre.* »<sup>799</sup> À savoir que les effets du privilège du combattant ne sont évidemment pas limités au territoire de l'État auquel appartient la force armée et opèrent également sur le

---

<sup>796</sup> Voir *supra*, pp. 129-154.

<sup>797</sup> Art. 43 par. 2, PA I, *op. cit.*; PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, par. 1677, p. 521 : « *tous les membres des forces armées [...] peuvent participer directement aux hostilités* » ; MELZER (N.), *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>798</sup> MELZER (N.), *Guide interprétatif sur la notion de Participation directe aux Hostilités en Droit International Humanitaire*, *op. cit.*, p. 86 :

« ce droit n'autorise pas pour autant la commission d'actes interdits par le DIH. Il accorde simplement aux combattants une immunité contre les poursuites en vertu de la législation nationale pour des actes qui, bien qu'en conformité avec le DIH, peuvent constituer des délits au regard du droit pénal national des parties au conflit : c'est ce que l'on nomme le "privilège du combattant". »

<sup>799</sup> DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, par. 2.283, p. 474.



territoire de l'État adverse dans ce conflit ; c'est-à-dire sur le territoire de l'État « étranger » sur – et contre – lequel se déroule le conflit international.

En guise de précision, il faut relever que la mise en œuvre du privilège du combattant autorisant un membre d'une force armée étatique à prendre les armes lors d'un conflit armé international, d'une part, et le principe de l'interdiction pour les États du recours à la force armée dans leurs relations (*Ius ad bellum*), d'autre part, ne sont pas la même chose. Le privilège du combattant ne permet que d'immuniser les membres des forces armées contre les poursuites pénales lorsqu'ils participent à un conflit armé international en cours. Il ne permet pas de déclencher un conflit en avançant que les membres d'une force étatique ont le droit de combattre. Ensuite, il faut rappeler que ce privilège n'est reconnu qu'aux membres des forces armées étatiques parties à un conflit armé international. Dès lors, les individus, y compris étrangers, qui participeraient à un tel conflit sans avoir cette qualité ne pourront prétendre au bénéfice du privilège du combattant pour arguer la licéité de leur prise d'arme<sup>800</sup> ; pour connaître le régime applicable à ces individus, il faut renvoyer au développement qui va immédiatement suivre. Enfin, il faut également relever que le privilège du combattant ne concerne pas les individus participant à un conflit armé en qualité de mercenaire. Il a été indiqué que le mercenariat était interdit et criminalisé, notamment par le droit des conflits armés.<sup>801</sup>

Enfin, en vertu du droit international humanitaire, les « combattants étrangers » membres d'une force armée partie à un conflit armé international ont le droit de participer à des violences armées à l'occasion de ce type de conflit ; ce que ne remet pas en cause les évolutions du droit antiterroriste apportées par la résolution 2178 du Conseil de Sécurité des Nations unies.

---

<sup>800</sup> Sur la qualité de membre d'une force armée étatique partie à un conflit armé, voir *supra*, pp. 129-154.

<sup>801</sup> Voir notamment Art. 47, PA I, *op. cit.* ; Art. 1<sup>er</sup>, Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, *op. cit.* ; voir *supra*, pp. 206-210.

## **B. L'absence de remise en cause par la résolution 2178 de l'autorisation de participer à un conflit armé international**

Par sa formulation, la résolution 2178 pourrait être interprétée comme interdisant la participation à un conflit armé international. En effet, pour commencer, la résolution précise que les « combattants terroristes étrangers » visés sont les auteurs de violences (terroristes) « *notamment à l'occasion d'un conflit armé* ». <sup>802</sup> Par cette formule, la résolution ne restreint pas spécifiquement son champ d'application aux individus impliqués dans des conflits armés non internationaux ; elle doit être interprétée comme couvrant les conflits armés internationaux également. Ainsi, c'est parce que les « *combattants terroristes étrangers contribuent à intensifier les conflits* », non pas seulement les conflits non internationaux, qu'ils inquiètent le Conseil de Sécurité. <sup>803</sup> En conséquence de quoi le Conseil, agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations unies, « *exige que tous les combattants terroristes étrangers [...] cessent de participer à des conflits armés* » <sup>804</sup>, quels qu'ils soient. Finalement, c'est plus particulièrement à travers les interdictions du voyage, du recrutement et de l'entraînement – telles que présentées dans la section précédente –, dans le « *dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer* » <sup>805</sup> que se dégage l'interdiction par la résolution 2178 de participer à un conflit armé, y compris un conflit international.

Bien que l'interdiction ne soit pas expresse, elle découle des développements précédents sur les enjeux de similitude entre les actes visés par le droit antiterroriste et les actes de participation à un conflit armé. <sup>806</sup> Sans revenir sur l'ensemble du raisonnement qui a été développé, il est néanmoins pertinent de rappeler un exemple précis : l'opération *Unified Protector*. Lancée en 2011 sous l'égide de l'OTAN en Libye, l'opération avait pour but de contraindre, par la force, les autorités libyennes à désengager leurs forces armées et à

---

<sup>802</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule p. 2.

<sup>803</sup> *Idem.*

<sup>804</sup> *Ibid.*, par. 1.

<sup>805</sup> *Ibid.*, par. 5, voir également par. 6.

<sup>806</sup> Voir *supra*, pp. 232-237.

permettre l'accès à l'aide humanitaire aux populations.<sup>807</sup> Or, cet usage de la force pour contraindre un État constitue objectivement un acte terroriste au regard des définitions actuelles précitées. L'objectif final d'assurer un accès humanitaire à la population n'est pas prévu comme une exception. Avoir l'intention de contraindre ou de renverser les autorités de la partie adverse est suffisant pour qu'une intention terroriste soit caractérisée. De plus, les éléments matériels de l'infraction terroriste ne renvoient pas seulement à des actes qui seraient perçus comme particulièrement atroces et inhumains, mais comprennent également des actes comme le simple recours à une arme à feu ou à des explosifs : ce qui a, sans contestation possible, été le cas de l'opération en Libye<sup>808</sup>.

Finalement, ces développements démontrent qu'à travers l'interdiction par la résolution 2178 de se rendre dans un État étranger pour participer à des violences armées dans une intention terroriste, telle que cette dernière est aujourd'hui définie, les évolutions juridiques relatives à la lutte contre les « combattants terroristes étrangers » auraient pu entrer en contradiction avec les conclusions sur le privilège du combattant et l'autorisation pour un membre d'une force armée étatique de participer à un conflit armé international à l'étranger. Toutefois, ceci n'est pas le cas.

Malgré les enjeux de similitude précités, les textes de la lutte antiterroriste desquels sont issues les définitions de l'intention terroriste précisent également que l'acte terroriste est un acte réalisé « *illicitement* »<sup>809</sup>. C'est-à-dire que l'auteur doit avoir agi alors qu'il n'était pas en droit de le faire. Or, un membre d'une force armée étatique partie à un conflit armé international, bénéficiant du privilège du combattant, est en droit de participer à ce conflit. Autrement dit, sa participation au conflit est licite et ne devrait pas tomber, par elle-même, sous le coup de la définition de l'acte terroriste. De plus, il faudra voir que ces mêmes textes

---

<sup>807</sup> « L'OTAN et la Libye », site internet de l'OTAN, *op. cit.*

<sup>808</sup> Voir par exemple : « La coalition internationale est passée à l'action en Libye », *Liberation.fr*, 19.03.2011 [Consulté le 20 mars 2020] ; « Libye : violents bombardements à Tripoli », *Lexpress.fr*, AFP, 10.05.2011 [Consulté le 20 mars 2020]

<sup>809</sup> Voir par exemple en ce sens les définitions proposées par : Art. 3, Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, Rome, 10.03.1988 ; Art. 2, Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, *op. cit.* ; Art. 2, Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, *op. cit.* ; Art. 2, Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, *op. cit.* ; Art. 1, Convention européenne pour la prévention du terrorisme, *op. cit.* : en ce que cet article renvoie aux définitions des Conventions précitées dans cette même note de bas de page.

antiterroristes disposent des régimes d'exclusion du droit antiterroriste déjà évoqués ; ceux-ci prévoyant que la qualification d'acte terroriste ne peut être appliquée aux activités des forces armées parties à un conflit armé lorsque régies par le DIH, et puisque ce *corpus* régit spécifiquement la participation à un CAI par le privilège du combattant, cette participation n'est pas soumise au droit antiterroriste.

Pour terminer, il faut rappeler que le privilège du combattant ne rend licite que la participation au conflit armé international des membres des forces armées étatiques qui en sont parties. Dès lors, serait interdite, en vertu de la résolution 2178 du Conseil de Sécurité et en application du droit international relatif à la lutte contre le terrorisme, la participation à un CAI à l'étranger d'individus non membres d'une force armée étatique partie à ce conflit. Cette remarque ne concernera par exemple pas les « combattants étrangers » correspondant à la définition du mercenaire puisque le mercenariat ne confère pas de privilège du combattant et est une forme de participation illicite. Autrement dit, ces étrangers pourraient vraisemblablement être effectivement identifiés comme des « combattants terroristes étrangers ».

## **II. L'interdiction de la participation à un conflit armé non international à l'étranger**

Le cadre juridique de l'engagement dans un conflit armé non international à l'étranger est tout à fait différent de celui du conflit armé international. Malgré cela, il ne présente aucun obstacle juridique majeur à ce travail, le droit antiterroriste et le droit international humanitaire n'entrant pas en directe confrontation ; leurs dispositions sur la question soulèvent néanmoins d'intéressantes interrogations. Ainsi, il faut relever qu'en contexte de conflit armé non international le DIH ne reconnaît aucun droit de participer aux membres des forces armées étatiques comme non étatiques et réaffirme, au contraire, le droit des États de réprimer un tel engagement (A). Ainsi, si elle soulève des questions, l'interdiction découlant de la résolution 2178 et en application des *corpus* antiterroristes déjà en vigueur de participer à un conflit armé non international à l'étranger est en parfait accord avec les prescriptions du *Ius in bello* (B).

### **A. L'absence de dispositions en droit international humanitaire autorisant une participation à un conflit armé non international à l'étranger**

Un double constat à propos du droit international humanitaire applicable en conflit armé non international permet d'affirmer que ce *corpus* ne reconnaît pas de droit à participer à ce type de conflit, y compris à l'étranger. D'une part, il faut relever qu'il n'existe pas de privilège du combattant pour les membres des forces armées parties à ces conflits armés (1). D'autre part, cette absence de privilège est renforcée par le rappel, en vertu du *Ius in bello* lui-même, du droit des États en lutte contre une insurrection d'en réprimer les participants (2).

#### **1. L'absence de privilège du combattant pour autoriser la participation à un conflit armé non international**

Contrairement au droit international humanitaire applicable en conflit armé international, les dispositions du *Ius in bello* applicables en conflit armé non international ne

reconnaissent pas de privilège du combattant.<sup>810</sup> Ainsi, l'article 3 commun aux quatre Convention de Genève de 1949 « *ne confère [...] aucune immunité quelconque.* »<sup>811</sup> Les membres – y compris étrangers – des forces armées parties à un conflit armé non international ne bénéficient pas d'une immunité contre les poursuites pénales visant leur participation à ce conflit.<sup>812</sup> Le simple fait de s'engager dans cette lutte armée peut suffire à entraîner des poursuites pénales, quels que soient les actes effectivement réalisés à cette occasion : « *même [si le prévenu] n'a pas commis d'autres actes que de porter les armes et de combattre loyalement.* »<sup>813</sup>

Il est important de relever que cette absence de privilège du combattant en conflit armé non international ne concerne pas que les membres de groupes armés non étatiques, mais également les membres des forces armées étatiques impliquées dans ce conflit. Ainsi, sans privilège du combattant, ne peuvent prétendre à une immunité contre les poursuites pénales pour le seul fait d'avoir pris les armes durant un conflit armé non international :

- les membres d'une force armée étatique partie à un CANI contre un ou plusieurs groupes armés organisés sur le territoire de l'État auquel appartient cette force ;
- les membres d'une force armée étatique partie à un CANI contre un ou plusieurs groupes armés organisés au profit et sur le territoire d'un État tiers consentant ;
- les membres d'une force armée étatique partie à un CANI contre un ou plusieurs groupes armés organisés sur le territoire d'un État tiers sans son consentement.

Le premier cas concernera par exemple les forces armées maliennes luttant sur leur propre territoire contre l'insurrection. Le second cas sera notamment celui des forces armées françaises luttant au côté du Mali, sur son territoire et avec son consentement, contre les

---

<sup>810</sup> Voir par exemple MELZER (N.), *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction, op. cit.*, p. 83 :

« Combatant status and combatant's privilege are exclusive to situations of international armed conflict and are not provided for in IHL governing non-international armed conflicts. »

<sup>811</sup> PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire III, op. cit.*, p. 46.

<sup>812</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, op. cit.*, pp. 1420-1421, par. 4597 ; DÖRMANN (K.), LIJNZAAD (L.) and SASSOLI (M.) (éd.), *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, op. cit.*, p. 200, par. 572.

<sup>813</sup> PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire III, op. cit.*, p. 46.

groupes armés organisés présents.<sup>814</sup> Enfin le troisième cas correspondra notamment à celui des forces armées françaises intervenant sur le territoire syrien contre le groupe armé État islamique sans le consentement de la Syrie.<sup>815</sup> Relever l'absence de privilège du combattant en vertu du droit des conflits armés dans ces trois situations particulières est ici pertinent parce que cette absence impliquera des interrogations essentielles lors du développement suivant, sur l'encadrement par le droit antiterroriste de la participation à un conflit armé non international à l'étranger.<sup>816</sup>

En plus de ne pas reconnaître de privilège du combattant durant ce type de conflit armé, le *Ius in bello* réaffirme le droit des États en prise à ce conflit de réprimer la prise des armes.

## **2. La réaffirmation par le *Ius in bello* du droit des États de réprimer la participation à un conflit armé non international**

L'article 3 commun aux quatre Convention de Genève de 1949, souvent présenté comme une « Convention en miniature » du droit international humanitaire applicable en conflit armé non international<sup>817</sup>, a été interprété par Jean Pictet comme ne représentant pas un obstacle au « *droit de l'État de poursuivre, de condamner et de punir, conformément à la loi* »<sup>818</sup> la participation à une insurrection en ce que, notamment, « *l'application des*

---

<sup>814</sup> Voir par exemple : Site internet du Ministère des armées, Rubrique « Accueil », « Opérations », « Missions achevées », « Opération Serval (2013 - 2014) », « dossier », « Présentation de l'opération » [Mise à jour : 25.10.2013 ; Consulté le 01.04.2020]

<sup>815</sup> Voir notamment : « Non-international armed conflicts in Syria » in *Rulac.org*, Browse, Conflicts [En Ligne, Consulté le 14.11.2019].

<sup>816</sup> Voir *infra*, pp. 253-257.

<sup>817</sup> Voir par exemple : PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire III*, *op. cit.*, p. 41 ; MELZER (N.), *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>818</sup> *Ibid.*, p. 46 et p. 50 : l'article 3

« n'interdit ici que la "justice sommaire". [II] ne confère [...] aucune immunité quelconque. [II] n'empêche nullement d'arrêter et de mettre ainsi hors d'état de nuire, le présumé coupable ; elle laisse intact le droit de l'État de poursuivre, de condamner et de punir, conformément à la loi. Comme on le voit, l'article 3 ne protège pas un insurgé qui tombe aux mains du parti adverse contre les poursuites judiciaires qui peuvent être ordonnées à son sujet, même s'il n'a pas commis d'autres actes que de porter les armes et de combattre loyalement. »

Voir également : PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire I*, *op. cit.*, p. 65 ; cette interprétation a été réaffirmée par les nouveaux commentaires des quatre Conventions de Genève, voir Site internet du CICR, « Article 3 : conflits de caractère non international », Commentaires de 2018, *op. cit.*, par. 861.

*dispositions [de cet article 3 commun] n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit.* »<sup>819</sup> De même, l'article 3 du PA II déjà cité précédemment a été interprété comme n'affectant « *pas le droit de l'État de prendre les mesures propres à maintenir ou à restaurer l'ordre public, défendre son unité nationale et son intégrité territoriale.* »<sup>820</sup> Enfin, l'article 6 PA II relatif aux poursuites pénales en contexte de conflit armé non international a été interprété comme laissant « *intact le droit des autorités constituées de poursuivre, juger et condamner les personnes, militaires et civiles, qui auraient commis une infraction en relation avec le conflit armé* ». <sup>821</sup> Ainsi, il ne fait aucun doute que le « *but purement humanitaire* » du *Ius in bello* n'empêche pas « *l'État de prendre les mesures propres à maintenir ou à restaurer l'ordre public, défendre son unité nationale et son intégrité territoriale.* »<sup>822</sup>

De plus, élément très intéressant à cette étude sur les combattants d'origine étrangère, la lecture des travaux préparatoires à l'adoption des quatre Conventions de Genève de 1949 met en lumière que

« le groupe de travail qui élaborait le projet dont devait sortir [l'article 3 Commun aux quatre Conventions de Genève] considéra [...] qu'au cas où des étrangers prendraient part à une insurrection, le gouvernement devrait être laissé libre de les considérer comme plus ou moins coupables que les nationaux. »<sup>823</sup>

---

<sup>819</sup> Art. 3 al. 4 communs aux Conventions de Genève de 1949, *op. cit.*

<sup>820</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, para. 4500-4501, pp. 1386-1387 ; Art. 3, par. 1, PA II, *op. cit.* :

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

<sup>821</sup> *Ibid.*, par. 4597, pp. 1420-1421.

<sup>822</sup> *Ibid.*, pp. 1386-1387, paras. 4500-4501.

<sup>823</sup> PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire I*, *op. cit.*, p. 60. À cette fin, voir Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, Tome II-B, *op. cit.*, p. 90. En ce sens, voir également les travaux préparatoires à l'adoption des Protocoles additionnels aux quatre Conventions de Genève : « Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés – Volume VIII », Genève, CICR, 1974-1977, par. 45, p. 227 :

« Naturellement, cette disposition laisse intact le droit des autorités de prendre des mesures particulières de sécurité à l'égard des personnes de nationalité étrangère ; il se peut aussi que certaines infractions soient considérées comme plus ou moins graves selon qu'elles ont été commises par des nationaux ou par des étrangers ; il s'agit là de mesures administratives ou judiciaires qui peuvent avoir comme critère la nationalité, mais qui sont sans effet sur le traitement des individus. »



En conséquence, il est possible, sans contrevenir au droit des conflits armés, de sanctionner différemment, voire plus ou moins sévèrement, les non nationaux : donc des « combattants étrangers ». <sup>824</sup> Ainsi,

« il pourrait être parfaitement légal pour un gouvernement de traiter les insurgés qui sont ses propres ressortissants différemment et autrement que les étrangers prenant part à une guerre civile. Ces derniers pourraient être considérés comme étant coupables d'une infraction plus grave que celle commise par les ressortissants du pays concerné ou, à l'inverse, ils pourraient être traités moins sévèrement ou être simplement expulsés. » <sup>825</sup>

Il est intéressant de relever que le cas des poursuites pénales en conflit armé non international est le seul cas en droit international humanitaire où un traitement différencié peut avoir la nationalité comme critère vis-à-vis du traitement des membres d'une force armée. Les auteurs des commentaires des Protocoles additionnels de 1977 expliquent alors qu'il « *s'agit là de mesures administratives ou judiciaires qui, même si elles se fondent sur le critère de la nationalité, sont sans effet sur les garanties de traitement des individus.* » <sup>826</sup> De même, les auteurs du nouveau commentaire à l'article 3 commun précisent également que

« ceci n'a [...] aucune incidence sur l'impératif de traitement humain sans distinction de caractère défavorable prévu par l'article [...]. [II] a un caractère strictement humanitaire. [...] Il vise exclusivement à assurer que chaque personne qui ne participe pas ou qui ne participe plus de manière directe aux hostilités, soit traitée humainement. Dans l'analyse judiciaire interne d'un conflit armé non international, la nationalité peut être considérée comme une circonstance aggravante ou atténuante, mais elle ne peut être considérée comme affectant de quelque manière que ce soit l'obligation de traitement humain prévue par le droit humanitaire. Soumettre les ressortissants étrangers, dans un conflit armé non international, à un traitement inhumain est incompatible avec l'article 3 commun. Alors que, pour les raisons énoncées plus haut, la Conférence diplomatique de 1949 n'a pas incorporé la nationalité à la liste des critères prohibés, ce motif doit toutefois être considéré

---

<sup>824</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, p. 255.

<sup>825</sup> Site internet du CICR, « Article 3 : conflits de caractère non international », Commentaires de 2018, *op. cit.*, par. 571.

<sup>826</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, p. 1383, par. 4489.

comme étant couvert par le concept de "tout autre critère analogue", selon l'article 3 commun. »<sup>827</sup>

Ainsi, une peine plus longue d'emprisonnement pourrait être prononcée, ou une peine différente, comme une expulsion du territoire. Mais la qualité d'étranger ne pourra pas justifier le non-respect des standards de garanties fondamentales du traitement de la personne humaine.<sup>828</sup> Dès lors, le droit international humanitaire n'est pas un obstacle à ce que les États interdisent, par exemple par le droit antiterroriste, que des individus participent, à l'étranger, à des conflits armés non internationaux. Or, ceci est important au regard des dispositions du *corpus* antiterroriste relatives à la lutte contre la participation à des violences armées à l'étranger.

## **B. La résolution 2178 et l'interdiction de participer à un conflit armé non international à l'étranger**

Encore une fois, le droit antiterroriste international n'interdit pas expressément et directement de participer à un conflit armé non international à l'étranger. Néanmoins, pour les mêmes raisons que les conflits armés internationaux, la similitude entre les actes concernés et la formulation de l'interdiction de se rendre à l'étranger pour participer à des violences armées (terroristes) « *notamment à l'occasion d'un conflit armé* » au sein de la résolution 2178 a pour effet d'interdire la participation à un CANI. De plus, en interdisant le voyage, le recrutement et l'entraînement, c'est bien la participation qui est au final touchée. En effet, pour reprendre une illustration des propos précédents : est terroriste l'intention de contraindre ou détruire un État or, tout groupe armé prenant les armes contre le gouvernement en place à l'occasion d'un conflit armé non international ne fera-t-il pas nécessairement la preuve de cette intention terroriste ? En ce sens, qu'il s'agisse pour l'Armée syrienne libre de combattre pour instaurer un régime démocratique, ou pour l'État islamique de le faire pour instaurer un régime régi par une application stricte de la charia, les deux entités ont recours à des actes violents dans l'intention de renverser le gouvernement syrien, de détruire les

---

<sup>827</sup> Site internet du CICR, « Article 3 : conflits de caractère non international », Commentaires de 2018, *op. cit.*, par. 572.

<sup>828</sup> Voir *supra*, pp. 184-195.

structures politiques fondamentales actuelles de l'État syrien, pour instaurer un nouveau régime. Ceci entre donc sous l'égide de l'une des définitions du terrorisme en droit international.

Le Conseil de Sécurité des Nations unies, en exigeant « *que tous les combattants terroristes étrangers [...] cessent de participer à des conflits armés* »<sup>829</sup>, impose aux États la criminalisation de l'intégration à un tel groupe « *notamment à l'occasion d'un conflit armé* »<sup>830</sup>. De fait, le Conseil de Sécurité « *condamne le recrutement [...] de combattants terroristes étrangers dont la présence exacerbe le conflit* ».<sup>831</sup> Ainsi, les États ont l'obligation « *to prevent foreign fighters from joining armed groups abroad.* »<sup>832</sup> Autrement dit, il apparaît qu'à travers ses résolutions, notamment les résolutions 2170 et 2178, la réponse du Conseil de Sécurité au phénomène des « combattants terroristes étrangers » entraîne la criminalisation – et donc l'interdiction – de la participation à un conflit armé non international à l'étranger<sup>833</sup>, lorsque celle-ci est réalisée au sein d'un groupe armé inscrit sur les listes internationales des groupes terroristes.<sup>834</sup> Ainsi, il est certain que

« the intended effect [of the resolution 2178] is to criminalize traveling or attempting to travel abroad to join armed groups that are considered 'terrorist'. [...] the Resolution apparently presumes that engaging in acts of violence during an armed conflict abroad amounts to a terrorist offence, at least when fighting with certain groups. »<sup>835</sup>

En ce sens, il apparaît que les réactions nationales au phénomène des « combattants étrangers » tendent à confirmer cette hypothèse ; les mesures antiterroristes nationales sont

---

<sup>829</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, par. 1.

<sup>830</sup> *Ibid.*, préambule p. 2.

<sup>831</sup> Résolution S/RES/2170, *op. cit.*, par. 7.

<sup>832</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, p. 233.

<sup>833</sup> Sur la progressive assimilation par le Conseil de Sécurité des Nations unies des « combattants étrangers » aux terroristes transnationaux, voir *supra*, pp. 40-56 : à cette occasion, il a été soutenu que leurs activités de participation à un conflit armé avaient été progressivement considérées, et donc criminalisées, comme des activités terroristes.

<sup>834</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, p. 233:

« States may apply these measures to armed groups considered as terrorist groups as well, including to prevent foreign fighters from joining such groups. »

<sup>835</sup> *Ibid.*, p. 238.

prises en œuvre pour interdire et sanctionner les départs et retours aux fins de participation à une insurrection à l'étranger au sein d'un groupe armé « terroriste ». <sup>836</sup> C'est d'ailleurs ce que mettent en lumière les pratiques belges et françaises où les « combattants étrangers », parfois désignés comme djihadistes, des groupes affiliés au terrorisme transnational, ont été généralement condamnés sur le fondement de leur participation à un groupement terroriste <sup>837</sup> ou à une entreprise criminelle terroriste <sup>838</sup>. Ainsi, condamner un individu pour son engagement au sein d'un groupe terroriste impliqué dans un conflit armé conduit à l'interdiction de participer à un conflit armé non international à l'étranger, dès lors que le groupe en question peut être qualifié de terroriste. Or, au regard des développements précédents sur les enjeux de similitude, toute participation à un conflit armé de tout groupe armé peut être qualifiée de terroriste. Dès lors, toute participation à un CANI au sein d'un groupe armé organisé est susceptible d'être interdite par la voie du droit antiterroriste.

À première vue, cette possibilité d'interdire par le droit antiterroriste la participation à un conflit armé non international n'entre pas en contradiction avec les précédentes conclusions sur le *Ius in bello*. Au contraire, elle apparaît conforme au rappel par celui-ci que les États conservent le droit souverain d'interdire et de réprimer la participation à une insurrection. Les États sont donc libres d'utiliser leur droit national, et plus particulièrement leur droit antiterroriste s'ils le souhaitent, pour interdire la participation à un conflit armé non international à l'étranger. Néanmoins, la conclusion de l'absence de contradiction entre les deux *corpus* devra être nuancée lorsque seront traités les régimes d'exclusion du droit antiterroriste en cas d'applicabilité du droit international humanitaire, ainsi que les enjeux de rupture d'égalité devant la loi et d'égalité des belligérants. <sup>839</sup> Effectivement, pour qualifier

---

<sup>836</sup> KRÄHENMANN (S.), « The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination », *op. cit.*, pp. 241-247 ; DECOEUR (H.), « The Criminalisation of Armed Jihad under French Law: Guilt by Association in the Age of Enemy Criminal Law », *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 25 (2017), pp. 299-326 ; BARTELS (R.), « When Do Terrorist Organisations Qualify as Parties to an Armed Conflict under International Humanitarian Law », *op. cit.*, pp. 451-488.

<sup>837</sup> Concernant la Belgique, voir par exemple : Tribunal de Première Instance de Bruxelles, *Affaire Filière syrienne*, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillet 13 ; Tribunal de Première Instance de Bruxelles, *Affaire Filière syrienne*, Jugement, 29.01.2016, feuillet 27.

<sup>838</sup> Concernant la France, voir notamment l'analyse de : DECOEUR (H.), « The Criminalisation of Armed Jihad under French Law: Guilt by Association in the Age of Enemy Criminal Law », *op. cit.*, pp. 299-326

<sup>839</sup> Voir *infra*, pp. 309-348.

un groupe de terroriste, et donc en déduire que la participation à un conflit en son sein est interdite, il faudra d'abord déterminer que les actes de ce groupe sont terroristes, ce que les régimes d'exclusion, *a priori*, ne permettront pas.

Enfin, si cette conclusion ne semble soulever que peu d'interrogations vis-à-vis de la criminalisation d'une participation à un conflit armé au sein d'un groupe non étatique, elle questionne toutefois au regard de la participation à un CANI au sein d'une force armée étatique. En effet, un combattant de cette force, ne bénéficiant pas du privilège du combattant dans un tel type de conflit, pourra être poursuivi pour cette participation. Comme il a déjà été évoqué<sup>840</sup>, si de telles poursuites semblent peu probables dans le cas où les forces armées étrangères interviennent au côté de l'État hôte du conflit, qu'en est-il de la situation où elles interviennent sur le territoire d'un autre État, sans son consentement, pour y combattre un groupe armé organisé ? Les combattants de ces forces seront ici des combattants venus de l'étranger : des « combattants étrangers » ; l'État hôte pourrait souverainement décider de poursuivre leurs actes de violence et de destruction sur son territoire et décider – invoquant la résolution 2178 telle que largement rédigée<sup>841</sup> – de qualifier ces « combattants étrangers » de « combattants terroristes étrangers ». Il est alors important de constater qu'il ne s'agit en aucun cas d'une situation purement théorique : la France intervient aujourd'hui contre l'État islamique, sur le territoire syrien, sans le consentement des autorités syriennes, elle est donc en situation de CANI contre ce groupe<sup>842</sup> et ses combattants ne sont pas couverts par le privilège du combattant. Ils pourraient donc théoriquement être concernés par les évolutions du droit antiterroriste, même si ce n'était sûrement pas l'intention du Conseil de Sécurité en adoptant la résolution 2178.

Pour conclure, en ce qui concerne le voyage, le recrutement, l'entraînement et la participation à un conflit armé à l'étranger, le droit international humanitaire et le droit antiterroriste n'entrent pas en contradiction. En effet, soit le silence de l'un de ces *corpus* sur

---

<sup>840</sup> Voir *supra*, pp. 192-195.

<sup>841</sup> Sur les lacunes terminologiques de la résolution 2178 et les pistes d'interprétation envisageables pour les États, voir *supra*, pp. 86-109.

<sup>842</sup> Sur les enjeux de classification des conflits armés, notamment lorsque l'État hôte ne consent pas à l'intervention d'un État étranger sur son territoire contre un groupe armé organisé, voir notamment : KOUTROULIS (V.), « The fight against the Islamic State and Jus in Bello », *op. cit.*, pp. 836 et suivantes.

un sujet permet à l'autre de réaliser ses pleins effets sans autre obstacle juridique, soit les deux *corpus* se complètent. Mais qu'en est-il cette fois-ci de l'encadrement des actes hostiles qui seront effectivement réalisés durant cette participation ? Que cette dernière soit licite ou non.

### **Section 3 – L’encadrement problématique des activités hostiles de participation à un conflit armé**

Puisque ce qui semble caractériser les « combattants terroristes étrangers » ce sont les actes qui leur permettent de contribuer à intensifier, prolonger et compliquer les conflits armés auxquels ils participent,<sup>843</sup> il est nécessaire, avant de tirer toute conclusion, de connaître les prescriptions des deux *corpus* juridiques potentiellement applicables à ces activités. Autrement dit, il s’agira dans cette section d’exposer comment le droit antiterroriste et le droit international humanitaire réglementent les actes de participation aux hostilités des « combattants étrangers ». Ce travail sera essentiel car c’est de la qualification des actes que pourra être tirée une identification juridique pertinente des volontaires internationaux. Or, il faudra constater une difficulté majeure durant cette section : les deux *corpus*, dans bien des cas, divergent, voire sont contradictoires, sur leur encadrement de ces activités. Dès lors, si les deux *corpus* applicables proposent des conclusions différentes, cela posera problème lors du processus de qualification des actes, qui doit permettre ensuite l’identification en droit de leurs auteurs. Sur quel *corpus* faudra-t-il choisir de se baser pour assurer un travail juridiquement pertinent ? Si la réponse à cette question, justifiée par les enjeux qui seront mis en lumière ici, sera l’objet du chapitre suivant, il convient pour l’instant de présenter ces différences en trois temps.

D’abord, en guise d’observation générale, il faudra mettre en lumière qu’une grande proportion de violences autorisées par le droit des conflits armés, dans un tel contexte particulier et au regard des règles relatives à la conduite des hostilités, seraient, *a contrario*, illicites car constitutives d’actes terroristes sous le prisme du droit antiterroriste (I). Ensuite, il faudra traiter du cas des actes interdits par les deux *corpus*, mais qui ne sont pas qualifiables d’actes terroristes en vertu du droit international humanitaire (II). Enfin, un dernier développement sera consacré au cas particulier de l’interdiction de la terreur en conflit armé, qui n’a pas la même définition en droit antiterroriste que sous l’empire du *Ius in bello* (III).

---

<sup>843</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule p. 2.

## **I. La situation des actes de participation autorisés en droit international humanitaire et illicites en vertu de la lutte contre le terrorisme**

En introduction de ce chapitre a été longuement exposé l'enjeu de la similitude entre les actes visés par le droit antiterroriste et les actes réalisés au cours de tout conflit armé par toute force armée. Dans ce développement, il y sera fait référence afin d'exposer les problématiques que cela soulève dans le cas où le droit antiterroriste et le droit international humanitaire seraient appliqués en parallèle pour qualifier juridiquement ces actes. L'objet du présent propos ne sera toutefois pas de proposer un manuel exhaustif sur les règles de la conduite des hostilités par le *Ius in bello* en conflit armé. La réflexion sera plutôt concentrée sur des éléments particuliers de ce *corpus* qui permettent d'affirmer que, dans le contexte exceptionnel d'un conflit armé régi par le DIH, des actes violents illicites en vertu du droit antiterroriste sont, dans le même temps, autorisés par les règles de la conduite des hostilités, et ne sont *a fortiori* pas des « actes terroristes » en vertu du droit des conflits armés.

Outre les moyens et méthodes de guerre spécifiques comme la famine et la perfidie, dont l'usage est strictement interdit par le DIH, l'illicéité d'un acte réalisé à l'occasion d'un conflit armé n'est pas évaluée par sa seule violence, mais à l'aune des principes directeurs du *Ius in bello*. Pour le dire autrement, c'est par rapport à sa conformité avec, notamment, les principes de distinction<sup>844</sup>, de proportionnalité<sup>845</sup> et de nécessité militaire<sup>846</sup>, que l'acte est évalué. En pratique, cela signifie que l'acte qui vise un combattant ou un objectif militaire légitime<sup>847</sup>, et qui n'entraîne pas de dommages disproportionnés par rapport à l'avantage militaire concrètement attendu, est autorisé par les règles relatives à la conduite des hostilités

---

<sup>844</sup> Applicable en conflit international et non-international, voir : Déclaration de Saint Petersburg, *op. cit.* ; Art. 25, Règlement de La Haye, *op. cit.*; Arts. 48, 51 par. 2 et 52 par. 2, PA I, *op. cit.* ; Art. 13 par. 2 du PA II, *op. cit.* ; HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, pp. 3-10 ; DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, par. 2.9, p. 276.

<sup>845</sup> Arts. 51 par. 5, b) et 57 PA I, *op. cit.* ; concernant les conflits armés non-internationaux, voir la valeur coutumière du principe de proportionnalité dans HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>846</sup> *Ibid.*, art. 35 ; pour plus de détails sur la notion de nécessité militaire, voir PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, par. 1389, p. 394.

<sup>847</sup> *Ibid.*, Art. 52, par. 2 ; HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, règle n°8, pp. 40-44.



en vertu du droit des conflits armés. Or, de son côté le droit antiterroriste interdit strictement, quel que soit le contexte, d'employer des armes à feu ou des engins explosifs, d'atteindre à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne ou encore de détruire des biens (notamment gouvernementaux) dans l'intention d'entraîner des pertes économiques considérables, de contraindre, déstabiliser ou détruire les structures fondamentales d'un État ou enfin d'intimider ou terroriser une population. Ainsi, pour qualifier un acte durant un conflit armé, le droit antiterroriste ne prend pas en considération les enjeux particuliers d'un tel contexte, comme la nécessité militaire. Tous les actes de violence sont interdits, quelle que soit leur justification militaire et quelle que soit la qualité de l'auteur et de la cible.<sup>848</sup>

En guise d'illustration, l'incompatibilité entre les deux *corpus* est souvent matérialisée à travers le cas de l'« *attaque à l'explosif qui serait menée dans le contexte d'un conflit armé contre une caserne militaire* ». <sup>849</sup> En vertu du droit antiterroriste, cette attaque, réalisée dans l'intention de tuer les militaires présents, de détruire les infrastructures et/ou de contraindre ou déstabiliser un État, constitue une infraction terroriste ; quel que soit le nombre de victimes et quelle que soit leur qualité de civil ou de combattant. *A contrario*, l'attaque sera autorisée en DIH si elle respecte les principes de la conduite des hostilités. De fait, l'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique et les dommages ou destructions causés aux biens lorsqu'ils sont dirigés contre un combattant ou un objectif militaire légitime – ce que constitue inévitablement une caserne militaire – ne seront pas interdits si cela n'est pas « *manifestement excessifs par rapport à [...] l'avantage militaire concret et direct attendu* ». <sup>850</sup> Dans cette situation, l'action violente sera conforme au DIH du fait du contexte particulier de conflit armé alors que, ne tenant pas compte que dans un tel contexte ces actes

---

<sup>848</sup> Ce propos sera nuancé au regard de la mise en œuvre des régimes d'exclusion du droit antiterroriste puisque, précisément, les activités des individus agissant en qualité de membre d'une force armée ne seront pas concernées. Toutefois il fallait procéder à cette analyse pour comprendre la mise en œuvre de ces régimes particuliers et pour constater les problématiques en jeu lorsqu'aucun régime n'est expressément pas prévu.

<sup>849</sup> WÉRY (M.), « La jurisprudence relative à la clause d'exclusion prévue à l'article 141bis du Code pénal : la difficile application du droit international humanitaire par les cours et tribunaux belges », *op. cit.*, p. 3.

<sup>850</sup> Art. 8, par. 2, al. b), iv), Statut de Rome, *op. cit.* ; Arts. 51, par. 5, al. b) et 57, par. 2, al. a) iii), PA I, *op. cit.* ; Art. 3, par. 8, Protocole II à la Convention sur les armes classiques, tel qu'il a été modifié (1996), *op. cit.* ; Par. 46, al. d), Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer, 12.06.1994 ; Art. 5.5, Circulaire du Secrétaire général de l'ONU, Document ST/SGB/1999/13, *op. cit.* ; HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, pp. 62-68, règle n°14.

constitueront l'essence même de l'action des forces armées, le droit antiterroriste l'interdira strictement. Finalement, si les définitions du droit antiterroriste sont appliquées aux activités des membres des forces armées en période de conflit armé, alors tous les membres de toutes les forces étatiques et non étatiques, seront, en droit, des terroristes car responsables d'actes terroristes. En conflit armé, contrairement au droit antiterroriste le droit international humanitaire n'interdit pas, par exemple :

- la détérioration ou la destruction des infrastructures de transport et de communication lorsqu'elles sont également utilisées à des fins militaires<sup>851</sup> ;
- la détérioration ou la destruction d'infrastructures pouvant engendrer des pertes économiques, lorsque ces infrastructures soutiennent économiquement des opérations militaires<sup>852</sup> ;
- la détérioration ou la destruction d'une centrale électrique qui contribue effectivement à l'action militaire de la partie adverse, ou qui représente pour elle une importance fondamentale pour la conduite de la guerre, en soutenant par exemple les capacités militaires de transport, communication ou de production industrielle de l'armement<sup>853</sup>.

Ainsi, les attaques respectueuses du principe de distinction ne constituent pas des crimes de guerre lorsqu'elles sont justifiées par « *les nécessités du conflit* ». <sup>854</sup> De même, ne

---

<sup>851</sup> Voir notamment HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, p. 43, règle n°8 ; « Pursuant to Title V of the Persian Gulf Conflict Supplemental Authorization and Personnel Benefits Act of 1991 », Final Report to Congress, United States of America, April 1992 (Public Law 102-25), p. 698 [Accessible en ligne, Consulté le 01.07.2019]

<sup>852</sup> *Ibid.*, p. 43, règle n°8.

<sup>853</sup> The Permanent Court of Arbitration, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Western Front, « Aerial bombardment and Related Claims – Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9–13, 14, 21, 25 & 26 », Between the State of Eritrea and the Federal democratic Republic of Ethiopia, The Hague, 19.12.2005, par. 117 ; voir également « Aerial bombardment of hirgigo power station (eritrea's claim 25) », Separate opinion, in The Permanent Court of Arbitration, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Western Front, « Aerial bombardment and Related Claims – Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9–13, 14, 21, 25 & 26 », Between the State of Eritrea and the Federal democratic Republic of Ethiopia, The Hague, 19.12.2005, par. 7, p. 2.

<sup>854</sup> Arts. 21 et 50, CG I, *op. cit.* ; Art. 51, CG II, *op. cit.* ; Arts. 53 et 147, CG IV, *op. cit.* ; Art. 8, par. 2, al. a), iv), Art. 8, par. 3, al. b), xiii) et Art. 8, par. 2, al. e), xii), Statut de Rome, *op. cit.* ; Art. 2, d), Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, tel qu'amendé le 7 juillet 2009 par la résolution 1877 du Conseil de Sécurité [Ci-après « Statut du TPIY »], Nations Unies, 25.05.1993 ; PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire IV*, *op. cit.*, pp. 643-644 ; TPIY, *Le Procureur c. T. Blaskić*, Affaire n°IT-95-14-T, *op. cit.*, para. 180-183 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Kordić et M. Čerkez*, Affaire n°IT-95-14/2-T, *op. cit.*, para. 335-347 ; « Pursuant to Title V of the Persian Gulf Conflict Supplemental Authorization and Personnel Benefits Act of 1991 », *op. cit.*, p. 703 : dans cet exemple, un bunker conçu initialement pour permettre aux

constitue pas une violation grave des lois et coutumes de la guerre, l'attaque « *des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments historiques, des hôpitaux et des lieux où des malades et des blessés sont rassemblés* » lorsque ces biens répondent à la définition de l'objectif militaire.<sup>855</sup>

Enfin, un exemple important de contradiction entre les *corpus* concerne la situation de la résistance à l'occupation étrangère. Effectivement, en vertu du droit antiterroriste, les actes de résistance violents à une occupation seront interdits puisque constituant des atteintes à la vie et à l'intégrité physique, des destructions susceptibles d'engendrer un danger pour la population ainsi que des conséquences économiques et politiques graves. Contrairement à ce que prévoit le DIH en période exceptionnelle de conflit armé, ces actes de résistance seraient criminels en vertu du droit antiterroriste. Ainsi :

« if [counterterrorism] instruments possibly also cover behaviour of non-state armed groups in an armed conflict, they would criminalize as terrorist even the deliberate attack on soldiers or facilities of the occupying power to compel the latter to retreat, even though such behaviour is the very essence of resistance against occupation and is lawful under IHL as long as the attacker belongs to an organized armed group and distinguishes himself from the civilian population. »<sup>856</sup>

Le présent travail ne portant pas spécifiquement sur les règles de conduite des hostilités, il n'est pas envisageable de traiter chaque situation possible de contradiction entre ces règles et le droit antiterroriste. Toutefois, les exemples précités suffisent ici à comprendre l'enjeu central : si la définition de l'acte terroriste issue du droit antiterroriste était appliquée en période de conflit armé, cela reviendrait à rendre illicites des actes que le DIH n'interdit pas. Ce qu'il faut finalement retenir, c'est que le droit antiterroriste ne prend pas en considération les particularités d'un conflit armé, et notamment le fait que les membres des parties belligérantes réaliseront nécessairement des actes objectivement identiques aux actes

---

civils de se protéger des bombardements était en réalité utilisé par l'armée irakienne comme centre de commandement, il pouvait donc être directement pris pour cible conformément aux prescriptions du DIH ; HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier, op. cit.*, pp. 37, 39 et 234-237, règles n°7 et 50.

<sup>855</sup> Art. 8, par. 2, al. b), ix) et Art. 8, par. 2, al. e), iv), Statut de Rome, *op. cit.*

<sup>856</sup> Et aussi longtemps que ces actes de résistance respectent les principes de distinction, de proportionnalité et de nécessité militaire ; SASSÒLI (M.), « Terrorism and War », *op. cit.*, p. 978.

visés par les dispositions de la lutte contre le terrorisme, avec les mêmes intentions. Or, contraindre un État à faire ou ne pas faire quelque chose est le but de tout conflit armé.<sup>857</sup> Ainsi, comme le relève le CICR,

« le but ultime des opérations militaires est de l'emporter sur les forces armées de l'ennemi. Il est donc permis – ou du moins il n'est pas juridiquement interdit – aux parties à un conflit armé d'attaquer les objectifs militaires, y compris le personnel, de la partie adverse. La violence dirigée contre ces objectifs n'est pas interdite en DIH, qu'elle soit infligée par une partie étatique ou non étatique au conflit. »<sup>858</sup>

En conclusion, selon les définitions communément admises de ce qui constitue un acte terroriste, il apparaît que les activités de tout membre d'une force armée partie à un conflit armé répondent à la qualification juridique d'acte terroriste. Or, ces activités sont déjà réglementées par le *Ius in bello* qui, contrairement au droit antiterroriste, ne les interdit pas. Dès lors, si le *corpus* de la lutte contre le terrorisme est effectivement appliqué en conflit armé, la réglementation de certaines activités serait contradictoire, puisqu'elles seraient interdites par un droit et non par l'autre. Il faudrait donc faire face à une impasse juridique où les « combattants étrangers » n'opéreraient plus dans un vide juridique, mais face à un « trop plein » juridique ; les volontaires internationaux seraient confrontés aux règles de deux *corpus* juridiques, qui plus est contradictoires. Face à cela, il faudra trouver une solution dans la proposition que le DIH soit alors prévu comme référence prioritaire pour procéder à la qualification d'un acte réalisé durant un conflit armé ; solution soutenue au sein même de certains *corpus* antiterroristes.<sup>859</sup> Quoi qu'il en soit, il faut noter pour le moment que l'identification des « combattants étrangers » par la qualification juridique de leurs actes se complique face au constat des contradictions entre les deux *corpus* en jeu. Or, s'il s'agissait

---

<sup>857</sup> SASSÒLI (M.), « Terrorism and War », *op. cit.*, p. 975 :

« the more broadly the acts criminalized by a given anti-terrorism instrument are defined (in particular if they include the death, injury and damage that is inherent to all armed conflicts), combined with the simple purpose of compelling a state to do or not to do something (which is the purpose of all armed conflicts), the more necessary it becomes to clarify to what extent the crimes thus defined apply in armed conflicts. »

<sup>858</sup> CICR, « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », 31<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, Novembre/Décembre 2011, Document 31IC/11/5.1.2, p. 22.

<sup>859</sup> Voir *infra*, pp. 294-393.

là des cas particulièrement problématiques, il faut également constater l'existence de points non plus contradictoires, mais au moins divergents.

## **II. La situation des actes illicites sans être terroristes en vertu du droit international humanitaire**

À travers ses résolutions 2170 et 2178, il ne fait aucun doute que le Conseil de Sécurité souhaite s'assurer de la qualification « terroriste » des « combattants étrangers » des groupes armés comme l'État islamique, Jabhat al-Nusra et plus largement les entités de la mouvance Al-Qaida.<sup>860</sup> À ce titre, la résolution 2170 n'emploie le terme qu'associé expressément aux membres de ces groupes<sup>861</sup> ; la résolution 2178, bien que formulée de manière plus générale, « *insiste sur le fait qu'il faut en particulier l'appliquer d'urgence [...] à l'EIIL, au Front el-Nosra et à toute cellule, filiale ou émanation d'Al-Qaida ou groupe dissident de celui-ci* »<sup>862</sup>. Ainsi, s'ils sont expressément visés, c'est effectivement parce qu'ils seraient responsables, entre autres<sup>863</sup>, de meurtres de civils<sup>864</sup>, de massacres<sup>865</sup>, d'enlèvements, de prises d'otages<sup>866</sup>, de violences sexuelles<sup>867</sup>, d'attaques d'écoles et d'hôpitaux<sup>868</sup>, de destructions de sites culturels et religieux<sup>869</sup>, d'actes de torture et de mauvais traitements<sup>870</sup> ou encore d'actes de pillages et de destructions de biens civils<sup>871</sup>. Or, ces actes peuvent effectivement constituer matériellement des actes terroristes en droit

---

<sup>860</sup> Ainsi ces résolutions font toujours nommément référence à ces groupes – ou tout autre groupe qui serait similaire à ceux-ci dans leurs composition, objectifs et modalités d'action – pour justifier l'importance d'adopter le statut de « combattant terroriste étranger » et pour les États de développer leurs réponses légales au phénomène ; voir à cette fin : Résolution S/RES/2170, *op. cit.*, préambule pp. 1-3, para. 1, 3-10, 12-14, 16, 18, 21-22 ; Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, p. 2 et para. 8, 10, 17, 20-21 et 23.

<sup>861</sup> Résolution S/RES/2170, *op. cit.*, préambule p. 2 et para. 7-8.

<sup>862</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, par. 10.

<sup>863</sup> Voir également : Résolution S/RES/2170, *op. cit.*, par. 2 ; Rapport S/2018/1031, « *Premier rapport de l'Équipe d'enquêteurs des Nations Unies chargée de concourir à amener Daech/État islamique d'Iraq et du Levant à répondre de ses crimes* », Conseil de Sécurité des Nations unies, 16.11.2018, par. 9.

<sup>864</sup> Rapport A/HRC/24/46, « *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne* », Conseil des droits de l'Homme, Assemblée Générale, Nations Unies, 16.08.2013, para. 45-52 et 127-133 ; Report A/HRC/28/18, « *The human rights situation in Iraq in the light of abuses committed by the so-called Islamic State in Iraq and the Levant and associated groups* », High Commissioner for Human Rights, United Nations, 13.03.2015, par. 16.

<sup>865</sup> Rapport A/HRC/24/46, *op. cit.*, para. 45-52 ; Report A/HRC/28/18, *op. cit.*, par. 16.

<sup>866</sup> *Ibid.*, par. 65-66.

<sup>867</sup> Report A/HRC/28/18, *op. cit.*, para. 35-43.

<sup>868</sup> Rapport A/HRC/24/46, *op. cit.*, par. 149.

<sup>869</sup> *Ibid.*, para. 151-152.

<sup>870</sup> *Ibid.*, para. 89-93 ; Report A/HRC/28/18, *op. cit.*, para. 48 et suivants.

<sup>871</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, par. 169.

antiterroriste lorsqu'ils sont réalisés avec une intention terroriste.<sup>872</sup> De même, ils peuvent constituer des crimes de guerre et des violations du droit international humanitaire.<sup>873</sup> Plus largement, ce développement invite à observer qu'un grand nombre d'actes violents visés par la qualification d'acte terroriste est également interdit par le *Ius in bello*, même en période de conflit armé. Il faut par exemple penser à l'interdiction par le DIH des prises d'otage<sup>874</sup>, de la perfidie<sup>875</sup>, des représailles, des attaques d'installations contenant des forces dangereuses<sup>876</sup>, des attaques contre les biens indispensables à la survie de la population<sup>877</sup>, la capture d'aéronefs civils<sup>878</sup>, les attaques contre les hôpitaux, les écoles et les lieux culturels et culturels, les attaques visant des civils (et donc les attentats suicides les visant), la torture et les mauvais traitements infligés aux prisonniers, détenus et civils au pouvoir de la partie adverse, les attaques indiscriminées (de biens et installations à caractère civil) ou ayant des effets disproportionnés et enfin l'interdiction de l'emploi d'armes biologiques, chimiques et

---

<sup>872</sup> Voir par exemple : Art. 421-1 Code pénal français, *op. cit.* ; Art. 137 para. 2 et 3 Code pénal belge, *op. cit.* ; Convention internationale contre la prise d'otages, *op. cit.* ; Art. 3, Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, *op. cit.* ; Arts. 1 et 2 Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, *op. cit.* ; Art. 2 par. 1 b) Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, *op. cit.* ; Art. 3 c), d), e), g) et h) Directive (UE) 2017/541, *op. cit.*

<sup>873</sup> Résolution S/RES/2379, Conseil de Sécurité des Nations unies, 21.09.2017, par. 1 ; Rapport A/HRC/24/46, *op. cit.*, para. 52, 93, 149, 160, et 194 ; Report A/HRC/28/18, *op. cit.*, para. 16 and 76.

<sup>874</sup> Art. 147, CG IV, *op. cit.* ; Art. 3 commun aux CG, *op. cit.* ; Art. 2, Statut du TPIY, *op. cit.* ; Art. 8, par. 2, a), viii) et Art. 8, par. 2, c), iii), Statut de Rome, *op. cit.* ; Art. 4, c), Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, tel qu'adopté par la résolution 955 (1994) du Conseil de Sécurité [Ci-après Statut du TPIR], Nations unies, 08.11.1994 ; sur la définition de la prise d'otage, voir TPIY, *Le Procureur c. D. Kordić et M. Čerkez*, Affaire n°IT-95-14/2-T, *op. cit.*, para. 314-320.

<sup>875</sup> La perfidie consiste à tromper la bonne foi de l'adversaire en lui faisant croire indûment que l'on bénéficie d'une protection ; dans le cas du terrorisme, la perfidie peut être déduite du fait pour un individu de se mélanger à la population civile sans s'en distinguer ni porter ouvertement les armes pour faire croire à l'adversaire que l'on bénéficie de la protection contre les attaques accordée aux personnes civiles ; voir par exemple GASSER (H.-P.), « Acts of terror, "terrorism" and international humanitarian law », *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, n°847, September 2002, pp. 556-557 ; SASSOLI (M.), « La définition du terrorisme et le droit international humanitaire », *op. cit.*, p. 36.

<sup>876</sup> Ce terme désigne les barrages, les centrales nucléaires, les centrales électriques ou tout autre installation qui risquerait, en cas d'attaque, d'entraîner des conséquences incontrôlables et allant au-delà des effets destructeurs de l'attaque initiale elle-même. Art. 56, PA I, *op. cit.* ; Art. 15, PA II, *op. cit.* ; HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, pp. 185-189, règle n°42.

<sup>877</sup> Art. 54, par. 2, PA I, *op. cit.* ; Art. 14, PA II, *op. cit.* ; HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, pp. 252-258, règle n°54.

<sup>878</sup> En tant qu'ils bénéficient de la protection générale au profit des biens à caractère civil.

bactériologiques.<sup>879</sup> C'est-à-dire des activités potentiellement terroristes en vertu du droit antiterroriste.<sup>880</sup>

Pourtant, malgré le début de convergence entre les interdictions de chacun des deux *corpus*, il est intéressant de noter que, malgré leur potentielle illicéité en droit international humanitaire, ces actes n'ont juridiquement pas, en vertu de ce droit, la qualité d'actes terroristes. En conséquence, en vertu du DIH, ces actes des « combattants étrangers » ne seront pas qualifiés de terroristes en conflit armé et leurs auteurs ne pourront pas être identifiés comme des « combattants terroristes étrangers ». Ce n'est qu'en vertu du droit antiterroriste que cette qualification et cette identification seront juridiquement possibles.

Néanmoins, l'impossibilité en vertu du *Ius in bello* de qualifier les auteurs de ces actes de « combattants terroristes étrangers » n'empêchera pas qu'ils soient qualifiés de criminels de guerre. Par ailleurs, en ce sens, et contrairement à ce qu'exigera le droit antiterroriste, ces actes seront condamnables même sans preuve chez l'auteur d'une quelconque intention terroriste. En effet, du moment que ces actes sont réalisés intentionnellement et sans respecter les principes de la conduite des hostilités (proportionnalité, nécessité militaire, distinction, précaution), ils constituent des crimes de guerre ou des violations des lois et coutumes de la guerre. Le fait qu'ils aient ou non été réalisés dans l'intention de terroriser la population ou de contraindre, déstabiliser ou détruire un État n'y changera rien, ils sont déjà interdits par le DIH durant un conflit armé.

À cet égard, d'aucuns pourraient avancer que la recherche des éléments de preuve dans le cadre d'un procès pour crime de guerre pourrait être autrement plus complexe du fait de l'éloignement du champ de bataille ou de la disparition pure et simple des preuves matérielles du fait des combats. L'intérêt du droit antiterroriste résidant alors dans les

---

<sup>879</sup> DEYRA (M.), *Le Droit dans la guerre*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>880</sup> Voir par exemple : Art. 421-1 Code pénal français, *op. cit.* ; Art. 137 para. 2 et 3 Code pénal belge, *op. cit.* ; Convention internationale contre la prise d'otages, *op. cit.* ; Art. 3, Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, *op. cit.* ; Arts. 1 et 2 Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, *op. cit.* ; Art. 2 par. 1 b) Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, *op. cit.* ; Art. 3 c), d), e), g) et h) Directive (UE) 2017/541, *op. cit.*



procédures simplifiées et le large panel d'outils pouvant constituer des preuves.<sup>881</sup> Toutefois, il faut opposer ici quelques éléments de réponse :

D'abord, les destructions et violences de la Seconde Guerre mondiale, du Rwanda, de l'ex-Yougoslavie, de la Sierra Leone et du Liban n'ont pas empêché les tribunaux respectifs de condamner les responsables de crimes de guerre.

Ensuite, les procès pour terrorisme en France et en Belgique des « combattants étrangers » partis en Syrie et en Irak montrent sans aucun doute possible que de nombreuses preuves sous forme de vidéos, de photos et de témoignages sont disponibles pour attester de la participation directe de ces individus à certains actes.<sup>882</sup> S'il est possible de prouver dans un tribunal belge ou français qu'un individu a personnellement assisté à, aidé à, planifié, ordonné ou exécuté une infraction terroriste en intégrant l'État islamique, pourquoi ces éléments de preuve ne peuvent-ils plus prouver l'assistance, l'aide, la planification, le commandement ou l'exécution de ce même acte lorsqu'ils constituent un crime de guerre ?

Enfin, la difficulté à trouver des preuves ne peut et ne doit en aucune manière permettre de justifier un système n'exigeant plus de preuves suffisantes pour condamner un individu dans un État de droit, même lorsqu'il s'agit de se battre contre le terrorisme au nom de l'égalité, des libertés, de principes humanitaires et humanistes et de la démocratie. Il faudrait rappeler que l'un des principes directeurs des droits et libertés fondamentales, chèrement défendus dans la « guerre contre le terrorisme », est le droit à un procès équitable où est reconnu que le doute doit bénéficier à l'accusé. S'il n'est pas possible ou trop difficile d'apporter la preuve que le prévenu est personnellement impliqué dans la réalisation d'un crime, il serait particulièrement troublant juridiquement de trouver d'autres solutions pour être certain qu'il soit tout de même condamné.

---

<sup>881</sup> En attestent les propos tenus au sein du Sénat français sur la situation pénale des « combattants (terroristes) étrangers », voir notamment : REICHARDT (A.) et BIGOT (J.), *op. cit.*, pp. 28-34.

<sup>882</sup> Voir notamment les analyses de ces décisions : DECOEUR (H.), « The Criminalisation of Armed Jihad under French Law: Guilt by Association in the Age of Enemy Criminal Law », *op. cit.*, pp. 299-326 ; BARTELS (R.), « When Do Terrorist Organisations Qualify as Parties to an Armed Conflict under International Humanitarian Law », *op. cit.*, pp. 451-488.

Le droit et la justice sont établis pour condamner les responsables de crimes et non pour condamner ceux qu'il faudrait souhaiter voir en être tenus responsables. Dès lors,

« quand une situation de violence équivaut à un conflit armé, il n'y a pas grand intérêt à qualifier ces actes de "terroristes", car ils constituent déjà des crimes de guerre en droit international humanitaire. »<sup>883</sup>

D'ailleurs, l'intérêt d'une application du droit antiterroriste n'est pas limité que pour ces actes. En effet, de manière encore plus pertinente, il est intéressant de constater que l'acte réalisé spécifiquement dans l'intention de répandre la terreur parmi la population civile est lui aussi déjà interdit par le droit international humanitaire. Bien que cela soit selon une définition quelque peu différente.

---

<sup>883</sup> « Défis contemporains posés au droit international humanitaire – terrorisme », CICR, 29.10.2010.

### **III. L'interdiction de la terreur en conflit armé d'après des définitions juridiques différentes selon les corpus**

Il faut terminer cette section par la situation particulièrement intéressante, au regard du sujet de cette étude, de l'interdiction de la terreur en conflit armé. Car en effet, contester l'applicabilité du droit antiterroriste en période de conflit armé ne doit pas être interprété comme dévoilant une quelconque intention de soutenir que la guerre serait par essence chaotique et que la terreur, qui en découlerait nécessairement, ne devrait ou ne pourrait pas être interdite. En ce sens, il faut réaffirmer l'interdiction certaine et absolue de la terreur, y compris en conflit armé, par le droit international humanitaire (A). Par ailleurs, il sera alors possible de relever que la définition plus restrictive de l'acte terroriste proposée par le *Ius in bello* permet une interdiction plus adaptée au contexte particulier des conflits armés (B).

#### **A. L'interdiction certaine et absolue de la terreur en conflit armé par le droit international humanitaire**

La terreur s'immisçant dans les foyers, les esprits et les cœurs des populations civiles victimes de la furie guerrière de chaque faction, clamant immanquablement une légitimité que lui accorderait son dieu, la nature, la morale, le droit ou le peuple lui-même, n'a sans aucun doute jamais été absente de toutes les guerres que s'est livrée l'Humanité.<sup>884</sup> La terreur, définie comme la « peur violente qui paralyse »<sup>885</sup>, la « peur extrême, [l']angoisse profonde »<sup>886</sup>, est certainement indissociable de la guerre. Mais la terreur est parfois plus qu'une conséquence inévitable des conflits armés. Elle en est parfois un mode de conduite, un « instrument » ou une « technique » pour mener les affrontements, pour arriver à ses fins, pour accomplir ses objectifs politiques mais aussi militaires. La terreur constitue parfois un élément central d'une « stratégie de lutte prolongée, destinée à épuiser l'adversaire »<sup>887</sup>, à l'user psychologiquement et moralement et à miner le soutien qui lui serait accordé par la

---

<sup>884</sup> CHALIAND (G.) et BLIN (A.), « Introduction », *op. cit.*, p. 19 : « le terrorisme est avant tout un instrument ou, si l'on préfère, une technique. Et cette technique est aussi vieille que la pratique de la guerre ».

<sup>885</sup> Voir définition proposée par le dictionnaire Larousse. [En ligne, Consulté le 14.11.2019]

<sup>886</sup> Voir définition proposée par le Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales. [En ligne, Consulté le 14.11.2019]

<sup>887</sup> MERARI (A.), « Du terrorisme comme stratégie d'insurrection », *op. cit.*, p. 50.

population.<sup>888</sup> Si elle semble aujourd'hui constituer l'apanage des groupes insurrectionnels, elle n'est pourtant pas inconnue des forces armées étatiques :

« les théoriciens de l'entre-deux-guerres développent une approche qui aboutit à la doctrine des bombardements stratégiques, c'est-à-dire à des bombardements sur les civils destinés à infliger un tel sentiment de terreur aux populations que celles-ci perdent la volonté de combattre et poussent leurs gouvernements à renoncer à la poursuite de la guerre. C'est à cette doctrine que se rattache la décision de bombarder Hiroshima et Nagasaki. »<sup>889</sup>

Élément *a priori* inévitable de la guerre, composante parfois recherchée lors de l'élaboration de certaines stratégies, le droit international humanitaire ne pouvait rester silencieux sur la terreur au cours des conflits armés. En tant que *corpus* juridique encadrant la conduite des hostilités et visant à limiter leurs effets sur la population civile, les textes originels du *Ius in bello* permettent d'affirmer l'interdiction absolue de la terreur comme moyen ou méthode de guerre (1). De plus, la jurisprudence internationale a eu l'occasion de se saisir des prescriptions pertinentes de ce *corpus* pour les développer et les mettre en œuvre à travers le « crime de terrorisation de la population civile » (2).

### **1. L'interdiction absolue par le *Ius in bello* du recours à la terreur en conflit armé**

« Règle 2. – Les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile sont interdits. »<sup>890</sup>

Il n'est pas contestable que le recours à la terreur comme outil permettant d'instaurer un climat général d'insécurité par l'intimidation d'une population civile est strictement et directement interdit, y compris à l'occasion d'un conflit armé. Cette interdiction constituerait

---

<sup>888</sup> CHALIAND (G.) et BLIN (A.), « Le terrorisme dans la guerre, de la Seconde Guerre mondiale aux guerres de libération nationale », *op. cit.*, pp. 275-276.

<sup>889</sup> *Ibid.*, pp. 276-277.

<sup>890</sup> HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, p. 10.

une règle coutumière du droit international humanitaire,<sup>891</sup> aussi bien en conflit armé international qu'en conflit armé non international, et engagerait la responsabilité pénale individuelle des auteurs de tels actes en tant que violation du *Ius in bello*.<sup>892</sup> De valeur coutumière, cette règle s'impose donc à tous les États et tous les acteurs non étatiques des conflits armés, même lorsque ceux-ci ne sont pas partie aux Conventions et Traités dont est tirée cette interdiction.

En conflit armé international, l'article 51 du Protocole additionnel I (1977) énonce l'étendue de la protection dont doivent jouir les populations civiles contre les attaques et précise spécifiquement en son paragraphe 2 que « *sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile.* »<sup>893</sup> La lecture des travaux préparatoires à l'adoption du Protocole dévoile que « *tous les types d'opérations, menées par des forces régulières aussi bien qu'irrégulières, au cours d'un conflit armé* » sont concernés<sup>894</sup> ; cette interdiction vise

« le comportement intentionnel qui a spécifiquement pour but de répandre la terreur et exclut la terreur qui ne serait pas intentionnelle de la part d'un belligérant et la terreur qui

---

<sup>891</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Arrêt, Chambre d'Appel, Affaire n°IT-98-29-A, 30.11.2006, para. 87-90 : notamment,

« la Chambre d'appel confirme donc la conclusion de la Chambre de première instance selon laquelle l'interdiction de répandre la terreur énoncée dans la deuxième phrase de l'article 51 2) du Protocole additionnel I et de l'article 13 2) du Protocole additionnel II "est une interdiction particulière qui entre dans le cadre de l'interdiction générale [coutumière] des attaques contre des civils". »

Voir également : SCSL, *Prosecutor v. A. T. Brima, B. B. Kamara and S. B. Kanu*, Case no SCSL-04-16-T, *op. cit.*, para. 662-663 ; SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Judgment, Trial Chamber I, Case no. SCSL-04-14-T, 02.08.2007, par. 169 ; SCSL, *Prosecutor v. I. H. Sesay, M. Kallon and A. Gbao*, Judgment, Trial Chamber I, Case No. SCSL-04-15-T, 02.03.2009, par. 112 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Arrêt, Chambre d'appel, Affaire n°IT-98-29/1-A, 12.11.2009, par. 30 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Karadzic*, Public redacted version of judgement issued on 24 march 2016 – Vol. I to IV, Trial Chamber, Affaire n° IT-95-5/18-T, 24.03.2016, par. 458.

<sup>892</sup> Voir notamment, TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-A, *op. cit.*, para. 94-95 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-A, *op. cit.*, par. 30 ; GASSER (H.-P.), « Acts of terror, "terrorism" and international humanitarian law », *op. cit.*, pp. 549 et 560-562 ; FLAUSS (J.-F.) (dir.), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, (éd.) Bruylant, (coll.) Droit et Justice, Belgique, 2003, 218 p. 67 ; « La pertinence du droit international humanitaire dans le contexte du terrorisme », CICR, FAQ, 01.01.2011 ; « Défis contemporains posés au droit international humanitaire – terrorisme », CICR, *op. cit.*

<sup>893</sup> Art. 51 par. 2, PA I, *op. cit.*

<sup>894</sup> « Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés – Volume XV », Genève, CICR, 1974-1977, CDDH/215/Rev.1, par. 50, p. 282.

est un simple effet accessoire d'actes de guerre ayant un autre objet essentiel et qui sont, à tous autres égards, licites. »<sup>895</sup>

Il faudra revenir sur l'exclusion de la terreur non intentionnelle. Néanmoins, il est intéressant de noter qu'aucun État n'a formulé de réserve à cet article ; l'importance d'interdire universellement par le droit international humanitaire le recours à la terreur dans la conduite des opérations militaires et la nécessité de poursuivre pénalement les responsables de tels actes, y compris lorsqu'ils sont membres d'une force armée étatique, n'est donc pas contestable.<sup>896</sup> Si cette disposition du PA I intéresse plus particulièrement la conduite des hostilités à proprement parler, il faut également rappeler que les troisième et quatrième Conventions de Genève (1949) interdisent également le recours à l'intimidation et/ou le terrorisme à l'encontre des personnes protégées et des prisonniers de guerre.<sup>897</sup>

Comme l'article 51 du PA I, l'article 13 paragraphe 2 du Protocole additionnel II (1977) prévoit dans des termes identiques que sont interdits en conflit armé non international « *les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile.* »<sup>898</sup> Plus largement, l'article 4 du PA II dispose que « *toutes les personnes qui ne participent pas directement ou ne participent plus aux hostilités [...] ont droit au respect* » et qu'à cet égard « *sont et demeurent prohibés en tout temps et en tout lieu [...] les actes de terrorisme* » contre toutes ces personnes.<sup>899</sup> Concernant ce dernier point, les « *actes terroristes* » sont ici entendus au sens du DIH qui, tout en présentant des similitudes avec les

---

<sup>895</sup> « Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés – Volume XV », CDDH/215/Rev.1, *op. cit.*, par. 51, p. 282.

<sup>896</sup> HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, p. 10 ; À titre illustratif, l'interdiction de la terreur en conflit armé a été spécifiquement intégrée dans les manuels militaires de 33 États et dans les Législations nationales de 27 États, ce qui inclut la France et la Belgique utilisées pour illustrer les propos du présent travail ; pour plus d'informations sur le caractère coutumier, les pratiques étatiques, la liste nominative des États, ainsi que les pratiques internationales, relatives à l'interdiction de la terreur en conflit armé, voir le site internet très complet en la matière du CICR, « IHL Database – Customary International Law », Rubrique « 2. Practice », « By Rule », « Rule 2 » [consulté le 28 août 2019].

<sup>897</sup> Art. 13, CG III, *op. cit.* ; Arts. 27 et 33, CG IV, *op. cit.*

<sup>898</sup> Art. 13 par. 2, PA II, *op. cit.* ; voir « Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés – Volume XIV », Genève, CICR, 1974-1977, CDDH/III/SR.8, par. 54, p. 71.

<sup>899</sup> Art. 4 par. 2 al. d), PA II, *op. cit.*

actes ainsi qualifiés par le droit antiterroriste, contiennent d'importantes différences pour le processus de qualification des actes et d'identification des « combattants étrangers ».<sup>900</sup>

Le recours à la terreur en conflit armé a également été reconnu par le droit international pénal comme une violation du *Ius in bello*. Ainsi, l'article 4 du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) présente comme des « violations graves à l'Article 3 commun aux Conventions de Genève [...] et du Protocole additionnel II [...] les actes de terrorisme » et la menace de commettre de tels actes.<sup>901</sup> Cette violation du droit international humanitaire par les actes de terrorisme est également prévue dans des termes identiques à l'article 3 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone.<sup>902</sup>

Enfin, il faut relever qu'en tant qu'actes prenant pour cible ou impactant la population civile en conflit armé, les actes de terreur, en plus d'être spécifiquement interdits, contreviendront généralement aux principes fondamentaux relatifs à la conduite des hostilités. Ainsi, le principe de distinction, règle de valeur coutumière en conflit armé international et non international, interdit les attaques contre la population civile.<sup>903</sup> Mener des attaques indiscriminées ou directement tournées contre des personnes civiles ou des biens civils est donc susceptible de constituer un crime de guerre ou une violation grave du DIH, au-delà de toute considération relative à un « dessein terroriste » qui motiverait ces attaques. De même, les principes de nécessité militaire<sup>904</sup> et de proportionnalité<sup>905</sup> sont violés lorsque le but principal d'une attaque est d'instaurer un climat de terreur et d'insécurité parmi la population civile, car « le seul but légitime [...] durant la guerre, est l'affaiblissement des

---

<sup>900</sup> Voir *infra*, pp. 285-287.

<sup>901</sup> Art. 4, Statut du TPIR, *op. cit.*

<sup>902</sup> Art. 3, Statut du TSSL, *op. cit.* :

« Le Tribunal spécial est habilité à juger les personnes accusées d'avoir commis ou ordonné que soient commises de graves violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève [...] et du Protocole additionnel II [...]. Ces violations comprennent : [...] d) Les actes de terrorisme ; [...] h) La menace de commettre les actes précités. »

<sup>903</sup> Arts. 48, 51 par. 2 et 52 par. 2 PA I, *op. cit.* ; Art. 13 par. 2 PA II, *op. cit.* ; voir HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier, op. cit.*, pp. 3-10.

<sup>904</sup> Voir art. 35 PA I, *op. cit.* ; pour plus de détails sur la notion de nécessité militaire, voir PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, op. cit.*, par. 1389, p. 394.

<sup>905</sup> Arts. 51 par. 5, b) et 57 PA I, *op. cit.* ; concernant les conflits armés non-internationaux, voir la valeur coutumière du principe de proportionnalité dans HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier, op. cit.*, p. 65.

*forces militaires de l'ennemi* »<sup>906</sup>. Finalement, l'idée est que chercher à terroriser la population civile n'apporterait pas un avantage militaire concret, ceci ne réduisant pas directement les capacités opérationnelles de l'ennemi. Le soutien de la population à la partie adverse ne peut jamais constituer un objectif militaire légitime.<sup>907</sup>

Finalement, « *le DIH condamne le terrorisme dans ses deux aspects : soit comme méthode de combat [...], soit comme méthode de domination sur des personnes au pouvoir d'un belligérant* ». <sup>908</sup> Si la terreur et plus largement le terrorisme constituent alors des moyens et méthodes de guerre spécifiquement interdits par le *Ius in bello*, les traités et conventions de ce dernier y faisant référence ont été complétés par les tribunaux pénaux internationaux, qui en ont précisé les contours.

## **2. Les développements jurisprudentiels du « crime de terrorisation de la population civile » en conflit armé**

Ce sont les jurisprudences du TPIY, du TPIR et du TSSL<sup>909</sup> qui ont précisé les contours de l'acte de terrorisme contre les personnes ne participant pas ou plus aux hostilités, ou de l'acte de répandre la terreur parmi la population civile, durant un conflit armé.

Dans l'*Affaire Galić*<sup>910</sup>, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a d'abord procédé à une clarification terminologique. Le recours à la terreur et les actes de terrorisme contre la population civile en conflit armé constituent ce que le TPIY appelle « *"le crime de terrorisation de la population civile" ou, plus simplement, "le crime de terrorisation", une violation des lois et coutumes de la guerre.* »<sup>911</sup> Cette terminologie sera

---

<sup>906</sup> Déclaration de Saint Petersburg, *op. cit.*

<sup>907</sup> DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés, op. cit.*, pp. 279-280, par. 2.12.

<sup>908</sup> *Ibid.*, p. 457, par. 2.268.

<sup>909</sup> Au moment de cette rédaction la CPI, dont le statut ne prévoit pas de crime de terrorisme ou de terreur, n'a pas rendu de décision sur cette question.

<sup>910</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.* ; c'est à l'occasion de cette affaire que le TPIY a mis en œuvre pour la première fois [voir par. 66 de cette décision] l'interdiction de la terreur en conflit armé. Par la suite, dans d'autres affaires, le Tribunal, mais également les autres Cours spéciales et Tribunaux internationaux se sont constamment référés au travail de cette affaire pour mettre en œuvre, et parfois développer plus en détail, l'interdiction de la terreur en conflit armé ; voir à cette fin les développements suivants immédiatement ; voir également TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Jugement, Chambre de première instance III, Affaire n°IT-98-29/1-T, 12.12.2007, par. 874.

<sup>911</sup> *Ibid.*, par. 65.



par la suite largement reprise et entérinée ; tout acte relatif à la terreur et au terrorisme durant un conflit armé sera ainsi en pratique désigné.

À l'occasion de cette première affaire où il est question de mettre en œuvre devant un tribunal international l'interdiction de la terreur en conflit armé, le TPIY soulève que cette interdiction avait déjà été reconnue à l'occasion du travail de la Commission des responsabilités mise sur pied par les Conférences de la Paix (1919-1920). Les « *"meurtres et massacres ; terrorisme systématique" à l'endroit des civils* » étaient alors qualifiés de crime de guerre, « *la Commission [ayant] indiqué qu'elle avait obtenu la preuve [...] de l'existence d'un "terrorisme systématique, prémédité et exécuté jusqu'au bout"* » de la part de « *l'Allemagne et ses alliés pendant la guerre 1914-1918* »<sup>912</sup> ; la volonté était alors, dès 1919, « *d'incriminer la terrorisation délibérée de la population civile* »<sup>913</sup>. La Commission des responsabilités et les procès qui ont suivi ont toutefois, à l'époque, échoué à clarifier la notion de crime de terreur et de terrorisme.<sup>914</sup> Bien qu'il n'y soit pas spécifiquement criminalisé, le terrorisme en conflit armé a également été reconnu comme interdit par la Charte de Nuremberg en 1945.<sup>915</sup> Enfin, à titre illustratif, les tribunaux internationaux ont pu relever qu'un très grand nombre de législations nationales prévoient l'interdiction de répandre la terreur parmi la population civile comme moyen ou méthode de guerre, attestant de l'universalité de cette interdiction.<sup>916</sup>

C'est alors à l'occasion de l'*Affaire Galić* qu'une définition opérationnelle et autonome de l'interdiction de la terreur, ou plus précisément du « *crime de terrorisation de la population civile* », est élaborée. Le TPIY a alors dégagé de son analyse du droit international humanitaire et des questions de responsabilité pénale individuelle que le crime

---

<sup>912</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, par. 116 ; voir également SCSL, *Prosecutor v. A. T. Brima, B. B. Kamara and S. B. Kanu*, Case no SCSL-04-16-T, *op. cit.*, par. 663.

<sup>913</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-A, *op. cit.*, par. 93 ; voir également SCSL, *Prosecutor v. A. T. Brima, B. B. Kamara and S. B. Kanu*, Case no SCSL-04-16-T, *op. cit.*, par. 662.

<sup>914</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, par. 116.

<sup>915</sup> SCSL, *Prosecutor v. A. T. Brima, B. B. Kamara and S. B. Kanu*, Case no SCSL-04-16-T, *op. cit.*, par. 663 : le Tribunal relève dans cette affaire que « *evidence of terror violence was considered in the context of murder and mistreatment of the civilian population under Article 6 of the Nuremberg Charter.* »

<sup>916</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-A, *op. cit.*, par. 89 ; SCSL, *Prosecutor v. A. T. Brima, B. B. Kamara and S. B. Kanu*, Case no SCSL-04-16-T, *op. cit.*, par. 663. Ces deux décisions proposent de très longues listes de références nationales à laquelle le lecteur est directement renvoyé.

de terrorisation en conflit armé devait remplir les trois critères cumulatifs suivants pour être constitué :

- « 1. Actes de violence dirigés contre la population civile ou des personnes civiles ne participant pas directement aux hostilités, qui entraînent parmi elles la mort ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé.
2. L'auteur a intentionnellement soumis à ces actes de violence la population civile ou des personnes civiles ne participant pas aux hostilités.
3. L'infraction susmentionnée a été commise dans le but principal de répandre la terreur parmi la population civile. »<sup>917</sup>

Ainsi, à l'occasion d'un conflit armé et en vertu du *Ius in bello*, les notions d'acte de terrorisme, d'acte terroriste et de terreur doivent être comprises comme des actes de violence illicites<sup>918</sup> car tournés contre la population civile – alors protégée contre les attaques pendant un conflit – et qui sont réalisés intentionnellement et principalement afin de provoquer « une

---

<sup>917</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, par. 133 ; cette définition sera ensuite entérinée par l'ensemble de la jurisprudence internationale relative à la terreur en conflit armé, voir notamment TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-A, *op. cit.*, par. 100 ; SCSL, *Prosecutor v. A. T. Brima, B. B. Kamara and S. B. Kanu*, Case no SCSL-04-16-T, *op. cit.*, par. 667 ; SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Case no. SCSL-04-14-T, *op. cit.*, par. 170 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-T, *op. cit.*, par. 875 ; SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Judgment, Appeal Chamber, Case no. SCSL-04-14-A, 28.05.2008, par. 350 ; SCSL, *Prosecutor v. I. H. Sesay, M. Kallon and A. Gbao*, Case No. SCSL-04-15-T, *op. cit.*, par. 113 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-A, *op. cit.*, par. 31 ; SCSL, *Prosecutor v. C. G. Taylor*, Judgment, Trial Chamber II, Affaire n°SCSL-03-01-T, 18.05.2012, par. 403 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Karadžić*, Case n° IT-95-5/18-T, *op. cit.*, par. 459 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Mladić*, Jugement – Vol. II, Trial Chamber I, Case n°IT-09-92-T, 22.11.2017, par. 3186.

<sup>918</sup> Il a parfois été affirmé que l'acte matériel ne devait pas nécessairement être déjà interdit en soi par le droit international pénal pour que, lorsque réalisé avec l'intention spécifique de terroriser la population civile, il constitue un crime de terrorisation. Or ceci ne trouve pas à s'expliquer dans ces décisions et entre parfois même en directe contradiction avec les arguments alors avancés. Par exemple, il a pu être expliqué que l'acte de brûler des biens civils pouvait constituer un crime de terrorisation malgré le fait que cet acte ne soit pas un élément du crime de pillage ; si cela est vrai, il n'en demeure pas moins que l'acte de brûler des biens civils constitue une violation de l'interdiction de détruire les biens à caractère civil ; en prenant cet exemple-ci la jurisprudence utilise un acte qui est bien à l'origine illicite en dehors du crime de terrorisation. Voir à cette fin SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Case no. SCSL-04-14-A, *op. cit.*, par. 359 :

« 359. [...] The Appeals Chamber, therefore, agrees with the Prosecution that acts of terrorism need not involve acts that are otherwise criminal under international criminal law. The Appeals Chamber further agrees that acts of burning are acts or threats that are potentially capable of spreading terror, notwithstanding the finding that acts of burning do not satisfy the elements of pillage. »

*peur extrême* »<sup>919</sup> au sein de cette population civile protégée.<sup>920</sup> De plus, la terreur et le terrorisme en droit des conflits armés « *ne comprennent pas les attaques légitimes dirigées contre des combattants* » ou des objectifs militaires légitimes.<sup>921</sup> Autrement dit, les attaques respectueuses des principes de la conduite des hostilités ne peuvent constituer des actes terroristes en vertu du *Ius in bello* en contexte de conflit armé.<sup>922</sup>

En outre, il a été soutenu que la terreur ne doit pas seulement être incidente ou être le résultat d'une « *indifférence aux conséquences* » ; il doit être prouvé que l'auteur « *était conscient que la terreur pourrait en résulter – mais aussi que c'était le résultat qu'il en attendait précisément* ». <sup>923</sup> Cette intention spécifique de répandre la terreur doit également être accompagnée de l'intention plus générale de faire de la population civile la cible de l'acte

---

<sup>919</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, par. 137 ; SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Case no. SCSL-04-14-A, *op. cit.*, par. 352 ; SCSL, *Prosecutor v. I. H. Sesay, M. Kallon and A. Gbao*, Case No. SCSL-04-15-T, *op. cit.*, par. 117 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Mladić*, Case n°IT-09-92-T, *op. cit.*, par. 3188.

<sup>920</sup> ICTY, *Prosecutor v. R. Karadžić*, Case n° IT-95-5/18-T, *op. cit.*, par. 460.

<sup>921</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, par. 135 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-T, *op. cit.*, para. 877 et 888 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Karadžić*, Case n° IT-95-5/18-T, *op. cit.*, par. 460 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Mladić*, Case n°IT-09-92-T, *op. cit.*, par. 3193 : cette dernière affaire est ici particulièrement intéressante en ce que la Chambre de première instance a justement exclu de l'analyse du crime de terrorisation en conflit armé les faits dans lesquels les victimes étaient des combattants :

« the Trial Chamber recalls that a number of victims killed in these incidents were not civilians, and has therefore not considered these victims further in relation to Counts 9 and 10 of the Indictment [i.e. chefs d'accusation relatifs à la violation de l'interdiction de la terreur]. With regard to Scheduled Incident G.4, there were also combatants among the wounded. Similarly, the Trial Chamber finds that even though these combatants were carrying out a civilian activity, they were not hors de combat and, as such, are excluded from the protection of Common Article 3. Thus, it will not further consider non-civilians wounded ».

<sup>922</sup> Sur l'incidence de cette précision quant au phénomène des « combattants étrangers », voir *infra*, pp. 285-287.

<sup>923</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, par. 136 ; SCSL, *Prosecutor v. A. T. Brima, B. B. Kamara and S. B. Kanu*, Case no SCSL-04-16-T, *op. cit.*, par. 668 ; SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Case no. SCSL-04-14-T, *op. cit.*, par. 171 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-T, *op. cit.*, para. 878-879 ; SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Case no. SCSL-04-14-A, *op. cit.*, para. 355-356 ; SCSL, *Prosecutor v. I. H. Sesay, M. Kallon and A. Gbao*, Case No. SCSL-04-15-T, *op. cit.*, para. 118-119 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-A, *op. cit.*, par. 37 ; SCSL, *Prosecutor v. C. G. Taylor*, Affaire n°SCSL-03-01-T, *op. cit.*, par. 405 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Karadžić*, Affaire n°IT-95-5/18-T, *op. cit.*, par. 464 :

« 464. The specific intent for this offence is the intent to spread terror among the civilian population. The prohibition on terror also excludes terror which is not intended by the perpetrator but is merely an incidental effect of acts of warfare which have another primary object and are in all other aspects lawful. »

illicite.<sup>924</sup> La jurisprudence précise néanmoins que le fait que « *d'autres buts aient pu coexister avec celui de répandre la terreur parmi la population civile ne suffit pas à réfuter l'accusation de terrorisation, si l'idée était avant tout de terroriser les civils.* »<sup>925</sup> En d'autres termes, le fait par exemple que l'auteur de l'acte terrorise intentionnellement la population civile dans l'objectif d'atteindre des buts politiques ou religieux n'entre pas en considération et ne peut remettre en cause la qualification de l'acte en crime de terrorisation.<sup>926</sup> De même, avoir, pour objectif final, l'acquisition du contrôle d'un territoire, n'empêche pas de relever qu'un acte avait pour but principal de répandre la terreur, si l'acte a été réalisé avant tout pour terroriser la population, de sorte qu'elle parte ou qu'elle se soumette<sup>927</sup> ; même si l'objectif final est de contrôler une population et les ressources naturelles d'un territoire, le but principal des actes en cause reste de terroriser la population pour arriver à cet objectif.<sup>928</sup>

Ensuite, la jurisprudence internationale précise que « *le fait de répandre effectivement la terreur n'est pas un élément nécessaire pour que l'infraction soit constituée.* »<sup>929</sup>

---

<sup>924</sup> SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Case no. SCSL-04-14-A, *op. cit.*, par. 353 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Karadžić*, Affaire n°IT-95-5/18-T, *op. cit.*, par. 463 :

« the *mens rea* of terror consists of both general intent and specific intent. As in the case of unlawful attacks on civilians, to have the general intent the perpetrator must willfully make the civilian population or individual civilians the object of acts or threats of violence. »

<sup>925</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-A, *op. cit.*, par. 104 ; SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Case no. SCSL-04-14-T, *op. cit.*, par. 175 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-T, *op. cit.*, par. 879 ; SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Case no. SCSL-04-14-A, *op. cit.*, par. 357 ; SCSL, *Prosecutor v. I. H. Sesay, M. Kallon and A. Gbao*, Case No. SCSL-04-15-T, *op. cit.*, par. 121 ; SCSL, *Prosecutor v. C. G. Taylor*, Affaire n°SCSL-03-01-T, *op. cit.*, par. 405 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Karadžić*, Affaire n°IT-95-5/18-T, *op. cit.*, par. 465 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Mladić*, Case n°IT-09-92-T, *op. cit.*, par. 3188.

<sup>926</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-T, *op. cit.*, par. 879.

<sup>927</sup> SCSL, *Prosecutor v. I. H. Sesay, M. Kallon and A. Gbao*, Case No. SCSL-04-15-A, *op. cit.*, par. 668 :

« whether the goal of the acts of terrorism was to further the enslavement of the civilian population, or further the Common Criminal Purpose of taking control of the territory of Sierra Leone by criminal means, the fact that the acts of terrorism were committed to further another objective would not show that the intent to spread terror was not the principal purpose of the acts of violence. »

<sup>928</sup> SCSL, *Prosecutor v. C. G. Taylor*, Affaire n°SCSL-03-01-T, *op. cit.*, par. 1964:

« 1964. The Prosecution submits that "the ultimate objective of the Indictment Crimes was to forcibly control the territory and population and to pillage the resources of Sierra Leone, in particular diamonds. However, the primary purpose of the criminal means by which these ultimate objectives were to be achieved was terror. »

<sup>929</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, para. 65, 134 et 136 ; TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-A, *op. cit.*, para. 99 et 103-104 ; SCSL, *Prosecutor v. A. T. Brima, B. B. Kamara and S. B. Kanu*, Case no SCSL-04-16-T, *op. cit.*, par. 668 ; SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Case no. SCSL-04-14-T, *op. cit.*, par. 174 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-T, *op. cit.*, par. 880 ; SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Case no. SCSL-04-14-A, *op. cit.*, par. 352 ; SCSL, *Prosecutor v. I. H. Sesay, M. Kallon and A. Gbao*, Case No. SCSL-04-15-T, *op. cit.*, par. 117 ; SCSL, *Prosecutor v. I. H. Sesay, M. Kallon and A. Gbao*, Judgment, Appeal Chamber, Case No. SCSL-04-15-A,

Autrement dit, la preuve que la population civile a effectivement été terrorisée du fait de l'acte en cause n'est pas exigée pour que la responsabilité pénale de son auteur, ayant eu cette intention, soit mise en cause. Il faut toutefois que l'acte en question soit de telle nature qu'il soit effectivement possible d'attendre de celui-ci qu'il terrorise la population ; une analyse au cas par cas est nécessaire.<sup>930</sup> En fin de compte l'intention suffit à qualifier l'acte réalisé de crime de terrorisation ; l'exigence d'une terreur effective ayant été rejetée lors de l'adoption des Protocoles Additionnels aux Conventions de Genève.<sup>931</sup> Cette intention terroriste suffisante doit « être déduite des caractéristiques des actes ou menaces de violence, c'est-à-dire de leur nature, de leurs modalités, de leur chronologie et de leur durée. »<sup>932</sup> L'effectivité de la terreur ou l'indiscrimination des attaques constituent des indices importants mais non nécessaires.<sup>933</sup>

Enfin, le TPIY a pris le soin de préciser que l'acte remplissant les trois critères précédents pouvait être qualifié de crime de terrorisation sans restriction basée sur la nationalité de la victime ou sa localisation géographique. Quelle que soit la population ciblée, son appartenance nationale ou son allégeance à l'une des parties au conflit, tant qu'elle se trouve sur un territoire contrôlé par l'une des parties belligérantes au moment de l'acte, celui-ci peut être qualifié de crime de terrorisation si les trois critères sont remplis.<sup>934</sup>

---

29.10.2009, par. 669 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-A, *op. cit.*, par. 35 ; SCSL, *Prosecutor v. C. G. Taylor*, Affaire n°SCSL-03-01-T, *op. cit.*, par. 404 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Karadžić*, Case n° IT-95-5/18-T, *op. cit.*, par. 461.

<sup>930</sup> SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Case no. SCSL-04-14-A, *op. cit.*, par. 352 :

« the Appeals Chamber is of the view that whilst actual terrorisation of the civilian population is not an element of the crime, the acts or threats of violence alleged must, nonetheless, be such that are at the very least capable of spreading terror. Whether any given act or threat of violence is capable of spreading terror is to be judged on a case-by-case basis within the particular context involved. »

<sup>931</sup> TPIY, Affaire n°IT-98-29-A, *op. cit.*, par. 103.

<sup>932</sup> *Ibid.*, par. 104 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-T, *op. cit.*, par. 881 ; SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Case no. SCSL-04-14-A, *op. cit.*, par. 357 ; SCSL, *Prosecutor v. C. G. Taylor*, Affaire n°SCSL-03-01-T, *op. cit.*, par. 405 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Karadžić*, Affaire n°IT-95-5/18-T, *op. cit.*, para. 464 and 466 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Mladić*, Case n°IT-09-92-T, *op. cit.*, par. 3188.

<sup>933</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-T, *op. cit.*, par. 880 ; SCSL, *Prosecutor v. C. G. Taylor*, Affaire n°SCSL-03-01-T, *op. cit.*, par. 405 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Karadžić*, Affaire n°IT-95-5/18-T, *op. cit.*, par. 466 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Mladić*, Case n°IT-09-92-T, *op. cit.*, par. 3187.

<sup>934</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, para. 119-120 : en vertu des Conventions de Genève (1949) seule la population placée sous le pouvoir de la partie adverse pouvait être victime d'un crime de terrorisation, les évolutions apportées par les Protocoles additionnels (1977) ont étendu le champ d'application.

La jurisprudence internationale a donc grandement précisé les contours du crime de terrorisation en conflit armé, tel qu'interdit par le droit international humanitaire. Elle n'a néanmoins pas dégagé une liste exhaustive d'actes constituant effectivement ce crime. En pratique toutefois, tout acte ou menace<sup>935</sup> de violence contraire aux règles relatives à la conduite des hostilités est susceptible de pouvoir être qualifié d'acte terroriste en conflit armé – au sens donc du crime de terrorisation de la population civile – s'il est réalisé dans l'intention principale de répandre la terreur. Ce crime ne se limite pas aux attaques – ou menaces d'attaques – au sens strict d'opérations militaires de forces armées, mais inclut largement tous les actes ou menaces de violence contre la population civile, en lien avec le conflit et réalisés dans l'intention principale de répandre la terreur.<sup>936</sup> Ces actes peuvent être de « *différentes natures* » et notamment « *prendre la forme d'attaques — ou menaces d'attaques — indiscriminées ou disproportionnées* » et de violences infligeant « *des traumatismes et des troubles psychologiques graves* ». <sup>937</sup> De plus, l'acte ne doit pas nécessairement et uniquement viser des personnes ; la cible peut être des biens publics ou privés, dès lors qu'ils sont ciblés pour provoquer la terreur dans la population civile.<sup>938</sup> Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'acte provoque des blessures à des personnes civiles, pas plus que leur mort.<sup>939</sup> Finalement, les actes matériels pouvant constituer le crime de terrorisation sont

---

<sup>935</sup> SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Case no. SCSL-04-14-T, *op. cit.*, par. 172.

<sup>936</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, par. 141 ; TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-A, *op. cit.*, par. 102 ; SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Case no. SCSL-04-14-A, *op. cit.*, par. 351 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Karadžić*, Case n° IT-95-5/18-T, *op. cit.*, par. 460.

<sup>937</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-A, *op. cit.*, par. 102 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-T, *op. cit.*, para. 876-877 ; SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Case no. SCSL-04-14-A, *op. cit.*, par. 351.

<sup>938</sup> SCSL, *Prosecutor v. A. T. Brima, B. B. Kamara and S. B. Kanu*, Case no SCSL-04-16-T, *op. cit.*, par. 670:

« While the Trial Chamber agrees that it is not the property as such which forms the object of protection from acts of terrorism, the destruction of people's homes or means of livelihood and, in turn, their means of survival, will operate to instil fear and terror. The attacks on, or destruction of, property thus plays an important role in defining the contours of this crime. What places acts of terrorism apart from other crimes directed against property is the specific intent to spread terror among the population. The acts or threats of violence committed in furtherance of such a purpose are innumerable and may well encompass attacks on property through which the perpetrators intend to terrorise the population. »

Voir également SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Case no. SCSL-04-14-T, *op. cit.*, par. 173 ; SCSL, *Prosecutor v. I. H. Sesay, M. Kallon and A. Gbao*, Case No. SCSL-04-15-T, *op. cit.*, par. 114 ; SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Case no. SCSL-04-14-A, *op. cit.*, par. 351.

<sup>939</sup> SCSL, *Prosecutor v. I. H. Sesay, M. Kallon and A. Gbao*, Case No. SCSL-04-15-T, *op. cit.*, par. 117 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-A, *op. cit.*, par. 33 ; SCSL, *Prosecutor v. C. G. Taylor*, Affaire n°SCSL-03-01-T, *op. cit.*, par. 407.

extrêmement variés.<sup>940</sup> À titre d'exemple, la jurisprudence internationale s'est exprimée sur les actes suivants, concluant qu'ils pouvaient constituer des crimes de terrorisation lorsque l'intention principale était de répandre la terreur<sup>941</sup> :

- ***Les tirs et les bombardements systématiques visant la population civile*** ne prenant pas part aux hostilités car ils peuvent créer un climat de terreur et d'insécurité ; les civils n'osant par exemple alors plus sortir sachant qu'ils seront spécifiquement pris pour cible malgré leur statut de personnes protégées.<sup>942</sup>
- ***Les arrestations et la détention systématiques et/ou massives illicites de personnes civiles*** peuvent constituer un crime de terrorisation « *puisque personne, même les plus*

---

<sup>940</sup> ICTY, *Prosecutor v. R. Karadžić*, Case n° IT-95-5/18-T, *op. cit.*, par. 461 :

« the nature of the acts or threats of violence [...] can vary. The Appeals Chamber has held that causing death or serious injury to body or health represents only one of the possible modes of commission of terror and thus is not an element of the offence *per se*. What is required [...] is that the victims suffer grave consequences resulting from the acts or threats of violence, which may include but are not limited to death and/or serious injury to body or health. »

Voir également : TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-A, *op. cit.*, par. 33 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Mladić*, Case n°IT-09-92-T, *op. cit.*, par. 3187.

<sup>941</sup> Ces exemples ne sont utilisés qu'à titre d'illustration des types d'actes pouvant être qualifiés de terroristes en vertu du DIH ; il ne s'agit pas ici de présupposer des éléments factuels disponibles dans les affaires citées et sur la suffisance des preuves qui ont été avancées à l'occasion de ces cas pour prouver ou non la culpabilité des prévenus. Ainsi par exemple, dans l'*Affaire Galić* précisément, l'un des juges a formulé une opinion dissidente mettant justement en cause la suffisance ou la validité des éléments de preuve ayant mené à la décision, sans remettre pour autant en cause que ces types d'actes pouvaient matérialiser un crime de terrorisation, voir TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Opinion individuelle et partiellement dissidente du Juge Nieto-Navia, Chambre de première instance I, Affaire n°IT-98-29-T, 05.12.2003, para. 116 et suivants.

<sup>942</sup> Par exemple : TPIY, *Le Procureur c. R. Karadžić et R. Mladić*, Acte d'accusation initial, Affaire n°IT-95-5, 24.07.1995, par. 44 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Dukić*, Acte d'accusation, Affaire n°IT-96-20-I, 29.02.1996, par. 7, les faits reprochés étaient constitutifs d'une terrorisation de la population civile en « *violation des lois ou coutumes de la guerre* » en ce que,

« à Sarajevo, les forces militaires [...], de façon généralisée et systématique, ont délibérément ou au hasard tiré sur des cibles civiles ne présentant aucun intérêt militaire en vue de [...] terroriser et de démoraliser la population civile ».

Voir également TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, para 564-597 ; TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-A, *op. cit.*, par. 106 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-T, *op. cit.*, para. 905-913 ; SCSL, *Prosecutor v. I. H. Sesay, M. Kallon and A. Gbao*, Case No. SCSL-04-15-T, *op. cit.*, par. 1127 ; TPIY, *Le Procureur c. R. Karadžić*, Troisième acte d'accusation modifié, Affaire n°IT-95-5/18-PT, 21.10.2009, par. 15 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Karadžić*, Affaire n°IT-95-5/18-T, *op. cit.*, par. 6048 :

« for three and a half years, the civilians of Sarajevo lived in the extreme fear of being targeted by sniper and mortar fire and [...] this in fact subjected them to terror. [S]helling occurred on an almost daily basis [...]. No place in the city was safe for the civilian population, including their own homes. The civilians [...] were shot while fetching water, walking in the city, and when using public transport. Children were sniped while playing in front of their houses, walking with their parents or walking home from school, and even when cycling. Hospitals were not spared; civilians were the subject of sniper and mortar fire while receiving treatment and medical staff exposed themselves to the same danger [...]. The Chamber found that terror was used intentionally as the SRK wanted to show to the civilian residents of Sarajevo that nobody was safe and that they were helpless. The shelling and sniping campaign ultimately resulted in a large number of civilian casualties. »

*innocents, n'[est] plus assuré de sa liberté, et qu'une fois arrêté, nul, fût-il parfaitement innocent, ne [peut] plus être assuré de sa santé ou de sa vie.* »<sup>943</sup>

- ***Les tortures et mauvais traitements systématiques infligés aux personnes civiles.***<sup>944</sup> Il faut inclure le travail forcé<sup>945</sup>, l'esclavage<sup>946</sup>, les violences sexuelles<sup>947</sup> et tout autre acte portant atteinte à la liberté, à la dignité ou à l'intégrité physique et mentale des personnes civiles.<sup>948</sup>
- ***La saisie ou la destruction des propriétés, biens privés et moyens de subsistances ainsi que les expulsions et exécutions sommaires de civils,*** telles que cela instaure un climat de terreur et d'intimidation généralisé.<sup>949</sup> Le fait par exemple de soumettre à des attaques

---

<sup>943</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, par. 115 ; voir également TPIY, *Le Procureur c. M. Martić*, Affaire n°IT-95-11-T, *op. cit.*, par. 443.

<sup>944</sup> *Idem.* ; SCSL, *Prosecutor v. I. H. Sesay, M. Kallon and A. Gbao*, Case No. SCSL-04-15-T, *op. cit.*, para. 1357-1358.

<sup>945</sup> Voir notamment SCSL, *Prosecutor v. I. H. Sesay, M. Kallon and A. Gbao*, Case No. SCSL-04-15-T, *op. cit.*, par. 1490.

<sup>946</sup> Voir notamment *Ibid.*, para. 1122, 1129-1130 et 1359-1360.

<sup>947</sup> *Ibid.*, para. 1340 et 1347-1356 :

« 1347. The Chamber observes that sexual violence was rampantly committed against the civilian population in an atmosphere in which violence, oppression and lawlessness prevailed. The Chamber finds that the nature and manner in which the female population was a target of the sexual violence portrays a calculated and concerted pattern on the part of the perpetrators to use sexual violence as a weapon of terror. These fighters employed perverse methods of sexual violence against women and men of all ages ranging from brutal gang rapes, the insertion of various objects into victims' genitalia, the raping of pregnant women and forced sexual intercourse between male and female civilian abductees. In one instance, the wife of TF1-217 was raped by eight rebels as he and his children were forced to watch. TF1-217 was ordered to count each rebel as they consecutively raped his wife, "he had no power not to" as the rapists laughed and mocked him. [...] » [Nous soulignons]

<sup>948</sup> SCSL, *Prosecutor v. I. H. Sesay, M. Kallon and A. Gbao*, Case No. SCSL-04-15-T, *op. cit.*, para. 1124-1125:

« 1124. [...] AFRC/RUF fighters publicised these crimes, notably by impaling B.S. Massaquoi's severed head on a pole in Kenema Town, using a civilian's intestines as a checkpoint, and singing as they took a captured civilian to be killed.

1125. The Chamber is satisfied that these crimes were intended to illustrate the gruesome repercussions of collaborating or being perceived to collaborate with enemies of the RUF and so to terrorise and subdue the population. [...] »

<sup>949</sup> TPIY, *Le Procureur c. R. Karadžić et R. Mladić*, Acte d'accusation initial, Affaire n°IT-95-5, *op. cit.*, par. 14 :

« des soldats [...] ont sommairement exécuté des [civils] en divers endroits autour de la base [...] où ils s'étaient réfugiés. Les corps des victimes sommairement exécutées ont été abandonnés sur des terrains et dans des bâtiments à proximité [...]. Ces massacres arbitraires ont suscité une terreur et une panique telles parmi les Musulmans qui étaient restés sur place que certains se sont suicidés et que tous les autres ont accepté de quitter l'enclave. » [Nous soulignons]

Voir également TPIY, *Le Procureur c. D. Kordić et M. Čerkez*, Affaire n°IT-95-14/2-T, *op. cit.*, par. 205 ; TPIY, *Le Procureur c. M. Martić*, Jugement, Chambre de première instance I, Affaire n°IT-95-11-T, 12.06.2007, par. 443 :

« ces attaques suivaient [...] le même scénario, à savoir que les Croates étaient tués ou chassés. En effet, ces attaques étaient suivies par des actes de violence et d'intimidation généralisés ainsi que des atteintes à la propriété privée et publique visant la population croate, notamment l'emprisonnement dans des centres de détention [...]. La menace explicite exprimée dans



« des lieux connus pour être fréquentés dans le cadre de la vie quotidienne, notamment les marchés, les points de distribution d'eau ou les transports en commun » peut « être révélateur de l'intention de répandre la terreur ». <sup>950</sup>

Pour conclure, c'est certainement dans l'*Affaire Dragomir Milosević* que le TPIY résume le mieux la description du crime de terrorisation de la population civile en conflit armé en vertu des lois et coutumes de la guerre :

« en résumé, les éléments constitutifs de la terrorisation et des attaques illicites dirigées contre les civils sont les mêmes, à cette réserve près que le crime de terrorisation suppose un élément moral supplémentaire, à savoir agir dans le "but principal de répandre la terreur". La terrorisation constitue dès lors une forme "aggravée" des attaques illicites dirigées contre les civils. » <sup>951</sup>

Tout acte illicite tourné contre la population civile dans l'intention de provoquer chez elle « une peur extrême » <sup>952</sup> est hautement susceptible de constituer un crime de terrorisation, interdit en conflit armé par le droit international humanitaire. Une illustration pertinente de ceci réside dans l'*Affaire Charles Taylor* à propos du conflit interne de la Sierra Leone (1991-2002) où les crimes de guerre et autres violations du *Ius in bello* reprochés au prévenu au titre des chefs d'accusation n°2 à 11 ont été présentés comme les actes justement constitutifs du chef d'accusation n°1 : le crime de terrorisation de la population civile. <sup>953</sup>

---

l'ultimatum [du prévenu] a donc été mise à exécution sur l'ensemble du territoire [...] : les crimes graves et généralisés qui étaient commis ont créé un climat de terreur dans lequel les Croates et autres non-Serbes ne pouvaient plus vivre. »

SCSL, *Prosecutor v. I. H. Sesay, M. Kallon and A. Gbao*, Case No. SCSL-04-15-T, *op. cit.*, para. 1122 et 1361.

<sup>950</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-T, *op. cit.*, para. 881 et 907.

<sup>951</sup> *Ibid.*, par. 882.

<sup>952</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, par. 137 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Mladić*, Case n°IT-09-92-T, *op. cit.*, par. 3188.

<sup>953</sup> SCSL, *Prosecutor v. C. G. Taylor*, Affaire n°SCSL-03-01-T, *op. cit.*, par. 402 : le chef d'accusation n°1 de crime de terrorisation est matérialisé par les actes en cause dans tous les autres chefs d'accusation formulés à l'encontre du prévenu, c'est-à-dire Homicide (n°2 et 3), Violences sexuelles (n°4, 5 et 6), Violences physiques (n°7 et 8), utilisation d'Enfants soldats (n°9), Enlèvements et Travail forcé (n°10) et Pillage (n°11) ; il faut néanmoins remarquer que si tous ont été reconnus comme susceptibles de matérialiser théoriquement le crime de terrorisation, les faits dans cette affaire n'ont pas permis de le confirmer pour tous les chefs d'accusation et tous les actes de l'espèce, voir para. 1963-2192 de cette même affaire.

Au regard de ces développements, il faut en conclure que le *Ius in bello* contient bien des dispositions relatives aux terrorismes. Le cœur de la lutte contre le terrorisme, à savoir la lutte contre les individus dont l'intention est de s'en prendre à une population civile en créant un climat de terreur en son sein, semble opérer y compris à l'occasion des conflits armés, en vertu du droit international humanitaire, comme le droit antiterroriste en temps de paix. Néanmoins, l'interdiction du terrorisme en conflit armé telle que développée à travers le crime de terrorisation n'est pas tout à fait similaire aux définitions généralement disponibles de l'infraction terroriste en temps de paix – et que la résolution 2178 du Conseil de Sécurité des Nations unies semble vouloir faire appliquer en conflit armé. Ainsi, l'étendue plus restrictive de la notion d'acte terroriste en DIH est plus adaptée au contexte particulier des conflits armés.

## **B. La définition restrictive du terrorisme en droit international humanitaire plus adaptée au contexte des conflits**

Au regard des différents développements précédents, il faut constater une divergence essentielle entre les deux *corpus* dans la définition qu'ils donnent respectivement de l'acte terroriste.

En vertu du droit antiterroriste, semble généralement être qualifié de terroriste tout acte illicite de violence réalisé à l'encontre de personnes ou d'infrastructures civiles et/ou militaires dans l'intention de répandre la terreur parmi la population ou dans l'intention de contraindre, déstabiliser ou détruire un État ou une organisation internationale.<sup>954</sup>

Or, pour sa part, le droit international humanitaire réserve la qualification de terroriste aux actes contraires aux prescriptions de la conduite des hostilités et réalisés avec comme intention unique et spécifique « *le but [...] de répandre la terreur parmi la population civile.* »<sup>955</sup> Ainsi, le *Ius in bello* n'inclut pas « *les attaques légitimes dirigées contre des*

---

<sup>954</sup> Voir par exemple : Arts. 1 et 2, Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, *op. cit.* ; Art. 2, Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, *op. cit.* ; Arts. 1 et 3, Directive (UE) 2017/541, *op. cit.* ; Art. 421-1, Code pénal français, *op. cit.* ; Art. 137, Code pénal belge, *op. cit.* ; Section 1., Terrorism Act 2000, United Kingdom, *op. cit.* ; Par. 2331, al. (1) and (5), United States Code, *op. cit.*

<sup>955</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, par. 133.

*combattants* » et les objectifs militaires légitimes dans sa définition de l'acte terroriste.<sup>956</sup> D'ailleurs, à la Conférence diplomatique qui a mené à l'adoption des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève, il avait été spécifiquement prévu que soient exclues de l'élément constitutif de l'acte terroriste en conflit armé

« la terreur qui ne serait pas intentionnelle de la part d'un belligérant et la terreur qui est un simple effet accessoire d'actes de guerre ayant un autre objet essentiel et qui sont, à tous autres égards, licites. »<sup>957</sup>

En ce sens, le TSSL avait opportunément noté que :

« civilian populations are usually frightened by war and that legitimate military actions may have a consequence of terrorising civilian populations. This offence is not concerned with these types of terror: it is meant to criminalise acts or threats that are specifically undertaken for the purpose of spreading terror in the protected population. »<sup>958</sup>

Autrement dit, dans sa définition du terrorisme, le DIH tient compte de la nature particulière d'un conflit armé, de ses violences inhérentes susceptibles de répandre la terreur, mais sans que cela ait constitué l'intention de leurs auteurs. La peur incidente à toute opération militaire ne permet ainsi pas de qualifier un acte de terroriste en droit des conflits armés.<sup>959</sup> De plus, en excluant les actes visant les structures et les institutions d'un État, la définition plus restreinte de l'acte terroriste qui en découle permet de prendre en compte que ceux-ci sont inévitables durant un conflit armé et que les interdire serait possible en théorie, mais voué à l'échec en pratique.<sup>960</sup> C'est pourquoi, finalement, le *Ius in bello* apparaît, a

---

<sup>956</sup> *Ibid.*, par. 135 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-T, *op. cit.*, para. 877 et 888 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Karadžić*, Case n° IT-95-5/18-T, *op. cit.*, par. 460 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Mladić*, Case n°IT-09-92-T, *op. cit.*, par. 3193 : cette dernière affaire est ici particulièrement intéressante en ce que la Chambre de première instance a justement exclu de l'analyse du crime de terrorisation en conflit armé les faits dans lesquels les victimes étaient des combattants :

« the Trial Chamber recalls that a number of victims killed in these incidents were not civilians, and has therefore not considered these victims further in relation to Counts 9 and 10 of the Indictment [i.e. chefs d'accusation relatifs à la violation de l'interdiction de la terreur]. With regard to Scheduled Incident G.4, there were also combatants among the wounded. Similarly, the Trial Chamber finds that even though these combatants were carrying out a civilian activity, they were not hors de combat and, as such, are excluded from the protection of Common Article 3. Thus, it will not further consider non-civilians wounded ».

<sup>957</sup> CDDH/215/Rev.1, *op. cit.*, par. 51, p. 282.

<sup>958</sup> SCSL, *Prosecutor v. I. H. Sesay, M. Kallon and A. Gbao*, Case No. SCSL-04-15-T, *op. cit.*, par. 120.

<sup>959</sup> Voir par exemple : TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-T, *op. cit.*, par. 888.

<sup>960</sup> SASSÒLI (M.), « Terrorism and War », *op. cit.*, p. 975.

*priori*, plus adapté pour qualifier des activités d'actes terroristes dans le contexte particulier d'un conflit armé.

Les situations juridiques des actes hostiles ayant été présentées, il est maintenant intéressant de se pencher sur la réglementation juridique des activités humanitaires vis-à-vis du DIH et du droit antiterroriste.

## **Section 4 – La délicate double réglementation des activités humanitaires durant un conflit armé à l'étranger**

Laisser entrer le droit antiterroriste dans la réglementation des activités des conflits armés aurait des effets importants sur le régime juridique des activités humanitaires.<sup>961</sup>

Telles que définies aujourd'hui, les activités dites « terroristes » en vertu du droit antiterroriste couvrent un large spectre d'actes allant des violences armées, à toute assistance ou soutien à un groupe lui-même qualifié de terroriste, sans tenir compte des particularités d'un conflit armé.<sup>962</sup> À l'inverse, le *Ius in bello* présente comme apport majeur la reconnaissance d'un droit indiscriminé à l'assistance humanitaire pour toute personne dans le besoin et impactée par les hostilités d'un conflit armé.<sup>963</sup> Dès lors, si ce droit n'est pas choisi, au détriment des *corpus* antiterroristes, pour encadrer toutes les activités réalisées durant un conflit armé, des activités en principe protégées et autorisées pourraient désormais être interdites. En effet, les activités humanitaires bénéficiant à des groupes armés dits « terroristes », et aux populations qui se trouvent sous leur contrôle ou qui leur prêtent allégeance, seraient criminalisées. Par ailleurs, cette criminalisation serait probablement inconstante puisque les activités humanitaires au profit de ces groupes resteraient protégées et autorisées pour les États qui ne les considèrent pas comme terroristes. Il s'agit là par exemple du cas de l'Armée syrienne libre qui est terroriste pour le régime syrien mais pas pour la coalition internationale.<sup>964</sup>

Cette situation serait profondément contraire à la philosophie et à la raison d'être même du *Ius in bello*, que les États ont élaboré et universellement accepté : un droit qui passe

---

<sup>961</sup> Les conséquences sur les acteurs humanitaires ont déjà été évoquées et serviront le présent propos ; voir *supra*, pp. 216-220.

<sup>962</sup> Voir par exemple : « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, *op. cit.*, pp. 26-28 ; FRATERMAN (J. A.), « Criminalising Humanitarian Relief: Are U.S. Material Support for Terrorism Laws Compatible with International Humanitarian Law? », *International Law and Politics*, 2014, pp. 401-402 ; MACKINTOSH (K.) and DUPLAT (P.), « Study of the Impact of Donor Counter-Terrorism Measures on Principled Humanitarian Action », UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs and the Norwegian Refugee Council, July 2013, pp. 20, 39-44.

<sup>963</sup> Voir notamment : Art. 9 CG III, *op. cit.* ; Arts. 10 et 23 CG IV, *op. cit.* ; Art. 70 PA I, *op. cit.* ; Art. 18 PA II, *op. cit.*

<sup>964</sup> Voir *supra*, pp. 101-102.

au-delà des idéologies, et des intérêts des États et des parties belligérantes, pour préserver un enjeu humanitaire supérieur.<sup>965</sup> Les populations civiles déjà victimes des affrontements se verraient refuser l'assistance humanitaire nécessaire à leur survie, sous prétexte que l'une des parties au conflit défend une cause présumée illégitime. Car la « *désignation comme "terroriste" d'un groupe armé non étatique partie à un conflit armé non international a de fortes chances* » de provoquer une criminalisation des actions humanitaires dans ce conflit par l'entremise du droit antiterroriste.<sup>966</sup> L'assistance aux populations qui se trouvent aux mains d'une partie « terroriste » et l'aide aux blessés et détenus des groupes terroristes seraient perçues comme des actes criminels d'assistance ou de participation à un groupement terroriste. Ainsi, la mise en œuvre du droit antiterroriste au lieu du droit international humanitaire

« est susceptible de rendre pénalement répréhensible l'action [humanitaire] et de créer des obstacles [à son] financement. L'interdiction, dans certaines législations pénales, d'actes non précisés d'"appui matériel", de "services" et d'"assistance" à des organisations terroristes ou d'"association" avec de telles organisations pourrait ainsi, dans la pratique, aboutir à la criminalisation des activités essentielles des organisations humanitaires et de leur personnel, activités qui visent à répondre aux besoins des victimes des conflits armés ». <sup>967</sup>

Ce commentaire sur l'imprécision des législations pénales est particulièrement pertinent vis-à-vis de la jurisprudence belge sur les « combattants étrangers ». <sup>968</sup> Il faut savoir que l'une des missions données au CICR lors des conflits armés est d'assurer le contact entre les familles et les membres des forces armées détenus en apportant notamment son assistance

---

<sup>965</sup> Voir *infra*, pp. 342-348.

<sup>966</sup> CICR, 32<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *op. cit.*, pp. 26-27.

<sup>967</sup> *Idem*.

<sup>968</sup> Cette dernière sera étudiée en détail ultérieurement et il ne s'agira donc ici que de tirer un exemple pratique utile au présent propos ; pour plus d'informations, voir *infra* pp. 309-336.

pour que les familles séparées puissent se retrouver.<sup>969</sup> Or, précisément, dans la décision du 27 janvier 2016, le Tribunal de première instance de Bruxelles a estimé qu'en

« permettant à des combattants qui se trouvaient en Syrie de contacter leurs familles en Belgique, le prévenu [...] posa également un acte de participation à l'activité des groupes terroristes auxquels ces personnes appartenaient, car aussi minime ait été cette participation, elle permit à ces combattants de garder le moral, en restant en contact avec leurs familles, et ainsi poursuivre leur œuvre djihadiste. »<sup>970</sup>

Il s'agit donc de l'illustration exacte de ce que craint le CICR. En excluant l'application du droit international humanitaire auxdits groupes, malgré le contexte de conflit armé, et en appliquant le droit antiterroriste dont les infractions sont très larges et imprécises, des activités qui étaient licites seront désormais illicites. Et ce, sur le seul fondement que la cause de ces individus est illégitime et ne leur donne pas droit au bénéfice du *Ius in bello*.

Un autre exemple concerne plus précisément l'assistance humanitaire par des membres de ces groupes. Le 29 janvier 2016, un prévenu a été condamné pour participation à un groupe terroriste.<sup>971</sup> Or, il prétend « *n'avoir exercé que des activités humanitaires* » en tant que membre du groupe.<sup>972</sup> La décision du tribunal n'offre pas d'informations précises sur ce qu'auraient pu être ces activités, pas plus qu'elle ne prouve, à l'inverse, que le prévenu n'a pas apporté une assistance humanitaire mais a participé à des combats. Pourtant, la simple appartenance à ce groupe a permis de le condamner pour terrorisme. Sans application du *Ius in bello* et la place centrale qu'il procure au droit à l'assistance humanitaire, les éventuels cas d'activités humanitaires ne sont plus protégés contre les poursuites, et peuvent devenir criminels du seul fait de la partie qu'ils concernent. C'est pourtant contre cette idée même que le droit international humanitaire a été développé : pour assurer un minimum d'humanité dans un contexte particulièrement déshumanisé.

Du risque causé par la criminalisation de l'action humanitaire en conflit armé lorsqu'elle concernerait des groupes étiquetés « terroristes », il faudrait craindre le retrait des

---

<sup>969</sup> Voir par exemple : CICR, 32<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *op. cit.*, p. 26.

<sup>970</sup> Tribunal de Première Instance de Bruxelles, *op. cit.*, 27.01.2016, feuillet 34.

<sup>971</sup> Tribunal de Première Instance de Bruxelles, 29.01.2016, *op. cit.*

<sup>972</sup> *Ibid.*, feuillet 27.

organismes humanitaires de certaines zones de combat. Avec le danger de provoquer l'absence totale d'assistance à des populations dans le besoin, car placées en territoires contrôlés par des groupes terroristes.<sup>973</sup> De plus, il est à craindre que certains de ces organismes perdent leur neutralité en suivant l'interdiction d'assister les populations selon la partie belligérante qui les contrôle.<sup>974</sup> À long terme, des groupes armés, dans d'autres conflits, pourraient vouloir entraver le travail de ces organismes qui choisissent les populations « méritantes » en fonction des intérêts étatiques et des choix des autorités dans l'appellation de « terroriste » de certains groupes ; au détriment uniquement des populations civiles dans le besoin.

Pour terminer, criminaliser l'assistance humanitaire en lien avec des groupes armés impliqués dans un conflit et qualifiés de terroristes est directement contraire aux appels des Nations unies selon lesquels

« il est important que "toutes les parties" à un conflit acceptent et facilitent les opérations de secours humanitaires, ce qui veut dire que les groupes armés non étatiques devraient coopérer avec les organisations humanitaires pour faciliter la fourniture de l'aide. »<sup>975</sup>

Finalement, d'un côté, tous les groupes doivent coopérer, mais de l'autre côté, il n'est pas possible d'apporter assistance à ces groupes car, du fait de la cause qu'ils défendent, tous leurs actes, ou ceux d'entités tiers à leur encontre, sont forcément criminels. Au-delà de l'assistance humanitaire même, proposer des formations et des conseils sur les questions humanitaires en conflit armé à des groupes armés « terroristes » serait contraire à la législation antiterroriste.<sup>976</sup>

Finalement, il paraît essentiel que l'immunité des activités humanitaires en période de conflit soit réaffirmée. Le caractère exceptionnel d'un contexte de conflit armé doit être pris en compte, y compris en ce qui concerne les actes qui pourraient être considérés comme un soutien aux groupements qualifiés de terroristes et impliqués dans un conflit, tel que le

---

<sup>973</sup> MODIRZADEH (N. K.), LEWIS (D. A.) et BRUDERLEIN (C.), « Dialogue humanitaire et lutte contre le terrorisme : antagonisme des normes et émergence d'un nouveau paysage politique », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 93, N°2, 2011, p. 249.

<sup>974</sup> *Ibid.*, pp. 249-250.

<sup>975</sup> *Ibid.*, p. 230.

<sup>976</sup> *Ibid.*, p. 233.



droit international humanitaire le prévoit. D'ailleurs, reconnaître la compétence exclusive du *Ius in bello* serait ici conforme aux exigences du Conseil de Sécurité des Nations unies, ayant récemment rappelé aux

« États, lorsqu'ils élaborent et appliquent des mesures visant à lutter contre le financement du terrorisme, de tenir compte des effets qu'elles pourraient avoir sur les activités exclusivement humanitaires, y compris médicales, menées par des acteurs humanitaires impartiaux, de manière conforme au droit international humanitaire »<sup>977</sup>

Ce qui était également prévu par l'Union européenne. Dans sa Directive de 2017 sur la lutte contre le terrorisme, elle rappelle en effet que

« les activités humanitaires menées par des organisations humanitaires impartiales reconnues par le droit international, y compris le droit international humanitaire, ne relèvent pas du champ d'application de la présente directive ».<sup>978</sup>

Finalement, il est important de retenir que si les activités strictement humanitaires, impartiales et neutres, sont licites et protégées par le droit international humanitaire en conflit armé, elles pourraient aisément être considérées comme illicites par le droit antiterroriste car considérées comme du soutien au terrorisme. Sur la question des activités humanitaires, les deux *corpus* entrent donc potentiellement en contradiction. Ceci constitue alors sans aucun doute une raison de plus pour trouver une méthodologie qui permettrait une qualification des actes des « combattants (terroristes) étrangers » pertinente en droit, car consciente des enjeux humanitaires et militaires des conflits armés.

---

<sup>977</sup> Résolution S/RES/2462, Conseil de Sécurité des Nations Unies, 28.03.2019, par. 24.

<sup>978</sup> Directive (UE) 2017/541, *op. cit.*, préambule par. 38.

En guise de conclusion, ce chapitre a mis en lumière le cadre juridique mis en place par les deux *corpus* juridiques potentiellement applicables aux activités des « combattants étrangers » et plusieurs conclusions ont pu être tirées.

D’abord, que le droit international humanitaire et les dispositions de lutte contre le terrorisme, lorsqu’il s’agit d’encadrer des activités liées à un conflit armé, réglementent les mêmes actes.

Ensuite, que les deux *corpus* n’opposent pourtant pas la même qualification juridique à ces mêmes actes ; que leurs conclusions juridiques respectives soient complémentaires, divergentes ou contradictoires.

Enfin, que ces différences se dressent alors parfois comme un obstacle au processus d’identification des étrangers des conflits armés en « combattants terroristes étrangers ». En effet, ce processus découlerait du constat que l’individu étudié est l’auteur d’actes illicites car qualifiés de terroristes. Or, certains actes illicites en droit antiterroriste sont, en contexte particulier de conflit armé, licites et non terroristes en vertu du droit international humanitaire. De plus, la définition de l’acte illicite car terroriste en vertu du *Ius in bello* s’est avérée plus restrictive que celle donnée par le droit antiterroriste, faisant donc entrer moins de personnes dans la catégorie de terroriste. Enfin, certains actes illicites dans les deux *corpus* n’obtiennent toutefois pas la qualification de terroriste en contexte de conflit armé selon le DIH. Ainsi leurs auteurs étrangers ne peuvent pas être identifiés comme des « combattants terroristes étrangers » en vertu du *corpus* dont l’application est automatique et obligatoire en conflit armé : le droit international humanitaire.

Finalement, le contexte juridique présent ne propose pas une cohérence suffisante sur ce qu’il faut considérer, en période de conflit armé, comme un acte illicite, encore moins sur ce qu’il faut entendre par acte terroriste. En conséquence de quoi, si un « combattant terroriste étranger » est un individu qui est, notamment, responsable d’actes terroristes durant un conflit armé, selon lequel des deux *corpus* faut-il procéder à la qualification de ses actes ? La réponse à cette question doit être l’objet d’un dernier chapitre.

## CHAPITRE II – « Combattant étranger » ou « combattant terroriste étranger » ? Méthodologie de qualification juridique de leurs actes imputables durant les conflits armés

Les activités des « combattants étrangers » sont visées par le droit international humanitaire – en tant qu’acteurs des conflits armés – et par le droit antiterroriste qui lutte contre le terrorisme transnational. Les volontaires internationaux devraient être identifiés comme des « combattants terroristes étrangers » lorsque responsables d’actes juridiquement qualifiables de terroristes. Néanmoins, ce processus d’identification, fondé sur la qualification juridique de leurs actes, se heurte à un obstacle : les contradictions et les divergences entre les deux *corpus* juridiques. En effet, le DIH et le droit antiterroriste, en période de conflit armé, n’opposent pas à ces activités la même qualification juridique. En pratique, ces deux ensembles juridiques ne définissent pas comme « terroristes » les mêmes actes. Plus spécifiquement, tous les actes dits terroristes en vertu du droit antiterroriste ne le sont pas en vertu du *Ius in bello*. Dès lors, comment savoir quels « combattants étrangers » sont réellement identifiables comme des « combattants terroristes étrangers » ? Faut-il se fier à ce que prévoit le droit antiterroriste ou le droit international humanitaire pour qualifier et encadrer leurs actes ? Répondre à cette seconde question est indispensable pour répondre à la première, et alors être capable de déterminer le statut juridique de chaque « combattant étranger » en droit international. À cette fin, ce quatrième et dernier chapitre aura précisément pour rôle de proposer une méthodologie juridique pertinente qui tienne compte de tous les éléments et enjeux qui ont été analysés jusqu’à présent.

Dans un premier temps, au regard des contradictions entre les deux *corpus*, il faut commencer par exposer les fondements juridiques sur lesquels justifier, en droit, une répartition pertinente de leurs compétences respectives vis-à-vis des activités imputables aux « combattants étrangers » lors de leur participation à des conflits armés. Il faudra alors

démontrer que, en vertu du principe de la *lex specialis* et des régimes d'exclusion présents au sein même de certains *corpus* antiterroristes, et en cas de chevauchement problématique, c'est le droit international humanitaire qui devrait être mis en œuvre pour procéder à la qualification juridique d'une activité réalisée à l'occasion d'un conflit armé (**Section 1**). Dans un second temps, il sera alors possible de mettre en œuvre cette préséance accordée au *Ius in bello* en dégagant une méthodologie pratique d'analyse des actes des « combattants étrangers », construite autour de la mise en œuvre de ses champs d'application, *ratione loci* et *ratione temporis*, ainsi que du concept de *nexus* entre un acte et un conflit armé. Par cette méthode il sera alors possible de proposer la qualification juridique la plus pertinente de chaque acte d'un « combattant étranger », permettant de conclure s'il peut être ou non identifiable, en droit international, comme un « combattant terroriste étranger » (**Section 2**).

### **Section 1 – Les fondements juridiques d’une préséance accordée au *Ius in bello* pour qualifier les activités des « combattants étrangers » en conflit armé**

Dans les cas où les deux *corpus* divergent ou, se contredisent, sur ce qu’il faut qualifier d’acte illicite car terroriste en période de conflit armé, la priorité devrait être reconnue au droit international humanitaire en ce qui concerne les activités des « combattants étrangers ».

Il faut insister sur le choix du terme « priorité », plutôt qu’« exclusivité », car il ne s’agira aucunement de soutenir l’extinction généralisée, de principe, du droit antiterroriste dans le contexte particulier d’un conflit armé. Ce droit restera ainsi applicable à certains actes, même dans un tel contexte. Il ne sera mis sous silence que lorsque l’acte en cause sera déjà qualifié, autrement, par le droit des conflits armés.

Cette position est juridiquement fondée sur les prescriptions du droit international public, mais également sur de nombreux *corpus* antiterroristes eux-mêmes. En effet, les règles relatives à l’interprétation du droit international, associées aux régimes d’exclusion du droit antiterroriste au profit du droit international humanitaire, permettent de soutenir qu’en cas de chevauchement contradictoire, ce dernier devrait être le *corpus* compétent pour qualifier les activités des « combattants étrangers » pendant un conflit armé (I). Par ailleurs, il faudra également constater que les enjeux juridiques pratiques du processus de qualification de ces activités permettent de soutenir la pertinence d’une reconnaissance de la préséance du *Ius in bello* durant les conflits armés, au détriment du droit antiterroriste (II).

## **I. La solution d'une qualification fondée sur la compétence spéciale du droit international humanitaire en contexte de conflit armé**

L'affirmation selon laquelle, en conflit armé, la qualification des activités attribuées aux « combattants étrangers » devrait résulter en priorité de l'application des prescriptions du droit international humanitaire se justifie selon deux fondements juridiques.

En droit international public, le principe « *lex specialis derogat legi generali* » prévoit qu'en cas d'incompatibilité, la règle spéciale prime sur la règle générale. Il s'agit donc d'affirmer ici que le DIH, en tant que droit spécialement et uniquement adopté pour encadrer les conflits armés en tenant compte des particularités de ces contextes, prévaut sur le droit antiterroriste, adopté initialement pour réglementer généralement des activités violentes d'une particulière gravité en temps de paix. Ainsi, c'est en vertu du principe de la *lex specialis* qu'il faut soutenir qu'en cas d'incompatibilité, le droit international humanitaire doit être choisi pour procéder à la qualification juridique des activités des « combattants étrangers » en période de conflit armé (A).

Cette utilisation du principe de la *lex specialis* est par ailleurs renforcée en droit par sa transposition directe au sein de certains *corpus* antiterroristes – y compris ceux vers lesquels renvoie la résolution 2178 du CSNU. Ainsi, cela constitue, dans le corps même du droit antiterroriste, la reconnaissance que le *Ius in bello* devrait être prioritaire lorsqu'il s'agit d'encadrer des activités de conflits armés ; attestant par là même de la pertinence des conclusions sur les enjeux de similitude dans la nature des actes visés par ces deux *corpus*. Un second argument consistera alors à analyser les régimes contraignants d'exclusion du droit antiterroriste au profit du droit international humanitaire pour qualifier et encadrer les activités des membres – y compris étrangers – de forces armées parties à un conflit armé (B).

### **A. La proposition d'une priorité reconnue au droit international humanitaire en contexte de conflit armé fondée sur le principe de la *lex specialis***

Le principe de la *lex specialis* est une règle d'interprétation du droit selon laquelle « *chaque fois que deux normes ou plus traitent de la même matière, priorité devrait être*

*donnée à la norme la plus spécifique* » lorsque ces normes se contredisent.<sup>979</sup> Il s'agit donc d'un principe précisément prévu pour surmonter les incompatibilités entre *corpus* juridiques. Ainsi, tel qu'il a été mis en œuvre dans les relations entre DIH et Droits humains, et tel qu'explicité par la Commission du droit international, ce principe est pertinent comme fondement juridique pour régler les problématiques de contradiction entre le droit international humanitaire et le droit antiterroriste.

Selon la Commission du droit international, lorsque deux *corpus* se contredisent, il faut s'intéresser à leurs raisons d'être respectives pour identifier celui qui a été adopté précisément pour encadrer le contexte en jeu.<sup>980</sup> En cas d'incompatibilité, la norme la plus spécialisée sur la question devra être préférée, car traitant le sujet en profondeur et tenant compte des circonstances particulières liées au contexte.<sup>981</sup>

En droit international, le *Ius in bello* est aujourd'hui largement admis comme constitutif de la *lex specialis* en contexte juridique particulier des conflits armés.<sup>982</sup> Le droit international humanitaire tire notamment cette qualité du fait qu'il est, au moins en partie, si

---

<sup>979</sup> Rapport de la Commission du droit international, « Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », Cinquante-huitième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. 2, Part. II, Document A/CN.4/SER.A/2006/Add.1(Part 2), Nations Unies, 2006, p. 186.

<sup>980</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>981</sup> Report, « Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law », Report of the Study Group of the International Law Commission, United Nations, General Assembly, International Law Commission, 58<sup>th</sup> Session, Document A/CN.4/L.682, 13.04.2006, par. 60 : « *special rules are better able to take account of particular circumstances.* »

<sup>982</sup> CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, par. 25 ; Rapport de la Commission du droit international, Soixante-troisième session du 26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011, Chapitre 6 – Effets des conflits armés sur les traités, Assemblée générale, Nations unies, Soixante-sixième session, Documents officiels A/66/10, Supplément n°10, p. 111 ; RONA (G.), « Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the War on Terror », *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 27, N°2, Summer/Fall, 2003, p. 56 et note de bas de page n°3 ; O'CONNELL (M. E.), « The Choice of Law against Terrorism », *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 4, N°2, 2010, p. 354 ; VORHEES (R. E.), « Compensating Terrorists for Torture: An Anomalous Outcome under International Humanitarian Law », *Air Force Law Review*, 75, 2016, p. 3 ; SASSOLI (M.), « Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains ? », dans AUER (A.), FLÜCKIGER (A.) et HOTTELIER (M.), *Les droits de l'homme et la constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Genève, Schulthess, 2007, p. 382 ; Site internet « Casebook.icrc.org », Glossary « A to Z », article « *Lex Specialis* » [Consulté le 01.07.2019].

ce n'est entièrement<sup>983</sup>, constitué de normes de *ius cogens*<sup>984</sup> – un *corpus* « de normes expressément non susceptible de dérogation »<sup>985</sup>. Mais cette qualité de *lex specialis* découle principalement du fait qu'il est spécialement prévu pour régler les conflits armés.<sup>986</sup> Ainsi, à l'occasion de son analyse des normes de la lutte contre le terrorisme, l'Office des Nations unies contre les drogues et le crime relevait que « *in the case of armed conflict, as a matter of principle, the relevant norms of international humanitarian law prevail as lex specialis.* »<sup>987</sup> De fait, le droit des conflits armés est adopté expressément et seulement dans ce but alors que le droit antiterroriste, branche du droit pénal général, est adopté d'abord contre les violences criminelles sporadiques réalisées en temps de paix. Une analogie pourrait être faite avec ce que notait le CICR sur la relation entre le DIH et les Droits humains :

« les droits de l'homme sont réputés s'appliquer en tous temps (et constituent donc la *lex generalis*), alors que le DIH ne s'applique qu'en cas de conflit armé (et constitue donc la *lex specialis*). »<sup>988</sup>

Comme le droit des droits de l'homme, le droit antiterroriste est ici applicable en tout temps contrairement au *Ius in bello* qui ne s'applique qu'en contexte spécifique de conflit armé. Si ce constat est un premier indice, c'est surtout le contenu des règles, et leur niveau de précision, qui permet d'affirmer que le DIH est la *lex specialis* en conflit armé, vis-à-vis du droit antiterroriste. Effectivement, comme l'a rappelé le Conseil des Droits de l'Homme des Nations Unies, le principe de la *lex specialis* implique qu'en cas de conflit entre des normes, la plus détaillée et la plus spécifique d'entre-elles au regard de la situation en cause

---

<sup>983</sup> Voir notamment DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, para. 1.34-1.44, pp. 107-115.

<sup>984</sup> Rapport de la Commission du droit international, Document A/CN.4/SER.A/2006/Add.1(Part 2), 2006, *op. cit.*, p. 191 : « *Les exemples les plus fréquemment cités de normes de jus cogens les règles fondamentales du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés* ».

<sup>985</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>986</sup> SASSÒLI (M.), « Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains ? », *op. cit.*, pp. 377 et 380.

<sup>987</sup> « Universal Legal Framework Against Terrorism », United Nations Office on Drugs and Crime, Counter-Terrorism Legal Training Curriculum – Module 2, United Nations, Vienna, 2017, p. 50.

<sup>988</sup> CICR, 31<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Document 31IC/11/5.1.2, *op. cit.*, p. 16.



devrait être choisie.<sup>989</sup> Or, lorsqu'il s'agit d'encadrer les activités hostiles et humanitaires dans le contexte particulier d'un conflit armé, il n'est pas contestable que le droit antiterroriste est considérablement moins détaillé et précis que le *Ius in bello*.

Deux exemples d'actes réalisés en période de conflit armé semblent notamment intéressants, en ce que la situation qui en découle pourrait être transposée aux autres activités des conflits armés.

Le premier exemple concerne l'interdiction générale par le droit antiterroriste d'employer des explosifs contre un bâtiment, qu'il soit ou non utilisé par le public, quel qu'en soit le contexte, quelles que soient les conditions de réalisation et qu'il y ait ou non des victimes, lorsque l'emploi est conduit dans l'une des multiples intentions suivantes : terroriser la population ou contraindre un État à accomplir un acte ou le contraindre à ne pas l'accomplir ou déstabiliser une institution politique ou sociétale ou économique ou de détruire l'une de ces mêmes institutions ou viser l'un de ces buts à l'encontre d'une Organisation internationale.<sup>990</sup> De même, il est interdit d'atteindre à la vie d'une personne, qu'il s'agisse d'une personne civile, d'un policier, d'un membre d'une force armée ou d'une personne politique, d'un « simple » citoyen, du ministre des armées ou même du chef de l'État, avec l'une des multiples intentions précitées. Rien de plus n'est précisé par le droit antiterroriste applicable en tout temps, sans prendre en compte la possible existence d'un contexte particulier, comme un conflit armé. *A contrario*, le droit des conflits armés réglemente aussi l'utilisation d'explosifs contre des biens, civils comme militaires, et réglemente l'atteinte à la vie des individus, civils comme militaires. Cependant, le DIH précise dans quelles conditions, du fait du contexte particulier du conflit armé, ces deux types d'actes sont criminels.<sup>991</sup> Ainsi, par exemple, seule la destruction des biens ne constituant pas

---

<sup>989</sup> « Outcome of the expert consultation on the issue of protecting the human rights of civilians in armed conflict – Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights », Human Rights Council, United Nations, General Assembly, 11<sup>th</sup> Session, Document A/HRC/11/31, 04.06.2009, par. 13 :

« the *lex specialis* principle meant simply that, in situations of conflicts of norms, the most detailed and specific rule should be chosen over the more general rule, on the basis of a case-by-case analysis ».

<sup>990</sup> Voir *supra*, pp. 232-234.

<sup>991</sup> En ce sens, voir également les développements précédents relatifs aux actes autorisés par le DIH ainsi qu'à la définition restrictive qu'il donne du terrorisme en conflit armé pour tenir compte des particularités de ce contexte ; voir *supra*, pp. 258-287.

des objectifs militaires légitimes est interdite ; ou lorsque celle-ci entraîne des dégâts disproportionnés par rapport à l'avantage militaire attendu. Le droit international humanitaire ne rend pas illicite des destructions qu'il est inévitable d'attendre dans un contexte particulier de conflit armé. De même, atteindre à la vie d'un individu n'est illicite que lorsque cela viole le principe très spécifique de la distinction : seuls les individus participants aux hostilités peuvent être attaqués.<sup>992</sup> Le niveau de précision est d'ailleurs encore plus élevé du fait qu'il n'est possible d'attaquer ces derniers individus qu'à condition que le moyen et la méthode envisagés pour cette attaque n'entraînent pas des maux superflus.

Le second exemple concerne l'infraction terroriste constituée par tout acte, de quelque nature qu'il soit, qui porterait assistance à un groupe ou à un individu qualifié de terroriste. Quel que soit le contexte juridique – paix ou guerre – dans lequel cet acte est réalisé, il est interdit par le droit antiterroriste. Or, en contexte de conflit armé, le *Ius in bello* protège contre les attaques, et les poursuites pénales, les actes d'assistance à caractère exclusivement humanitaire. En vertu du DIH, il n'est ainsi pas possible de condamner un individu pour avoir porté secours et soigné un individu appartenant à la partie adverse – même lorsqu'elle est qualifiée de terroriste – ou des personnes civiles favorables à cette partie ; de même pour avoir fourni à ces individus des denrées alimentaires et sanitaires. Autrement dit, d'un côté le droit antiterroriste interdit tout acte réalisé en faveur d'un groupe dit « terroriste » en période de paix ou de conflit, de l'autre côté le DIH autorise ces actes, dans le cas particulier d'un conflit armé, s'ils sont de nature exclusivement humanitaire.

Finalement, il faut noter que lorsque les deux *corpus* réglementent les mêmes actes, le niveau de précision des réglementations est bien plus élevé au sein du droit international humanitaire que du droit antiterroriste, ce qui devrait donner priorité au premier.<sup>993</sup> Plus largement, en conclusion, pour les actes dont la qualification par les deux *corpus* est contradictoire, la solution du *Ius in bello* devrait être privilégiée en tant que *lex specialis* en conflit armé. En ce sens, il doit être relevé que cette solution est conforme aux

---

<sup>992</sup> Arts. 48, 51 par. 2 et 52 par. 2 PA I, *op. cit.* ; Art. 13 par. 2 PA II, *op. cit.* ; voir HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, pp. 3-10.

<sup>993</sup> Van SCHAACK (B.), « Finding the Tort of Terrorism in International Law », *Review of Litigation*, Vol. 28, N° 2, 2008, p. 461.

recommandations de l'OSCE relatives à la lutte contre le phénomène des « combattants terroristes étrangers ». L'organisation demande ainsi aux États membres qu'ils interprètent et appliquent leurs mesures antiterroristes de sorte qu'elles soient conformes au droit des conflits armés ; les États devraient en effet

« distinguish “foreign terrorist fighting” from participation in armed conflict consistently with international humanitarian law (IHL), and apply and interpret [foreign terrorist fighters]-related measures consistently with, and in a way that does not undermine, the broader legal framework, including IHL »<sup>994</sup>

En guise de remarque conclusive, il faut relever que la signification du principe de la *lex specialis* n'est pas que seul le droit international humanitaire est désormais applicable en conflit armé et que tous les autres *corpus* juridiques sont entièrement éteints ; son seul effet est de faire « *prévaloir une règle en relation avec une autre par rapport à une question donnée.* »<sup>995</sup> Le principe ne permet alors que de régler les situations de conflit de normes ; les autres *corpus* restent applicables en conflit armé, mais leur étendue est limitée.<sup>996</sup> En ce sens, une règle du droit antiterroriste peut toujours être mise en œuvre durant un conflit armé, sauf lorsqu'elle est contredite par une règle plus spécifique du *Ius in bello*.<sup>997</sup> En pratique, cela signifie que des règles du droit antiterroriste restent applicables durant un conflit armé lorsqu'elles ne contredisent pas une norme du droit international humanitaire ou lorsque ce dernier ne régleme pas l'acte en cause.<sup>998</sup>

---

<sup>994</sup> « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, *op. cit.*, p. 21.

<sup>995</sup> SASSÒLI (M.), « Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains ? », *op. cit.*, p. 382.

<sup>996</sup> GABOR (R.), « Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the War on Terror », *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 27, N°2, Summer/Fall, 2003, p. 56 ; « Application of International Humanitarian Law and Criminal Law to Terrorism Cases in Connection with Armed Conflicts », Discussion Paper, Secretariat of the Terrorism Division, Information Society and Action against Crime Directorate, DG I, Committee of experts on terrorism (CODEXTER), Council of Europe, Strasbourg, 13.03.2017, pp. 11-13.

<sup>997</sup> SASSÒLI (M.), « Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains ? », *op. cit.*, p. 382.

<sup>998</sup> Ainsi, le droit antiterroriste reste applicable pour qualifier les actes qui n'ont pas un *nexus* suffisant avec le conflit armé pour être effectivement régis par le DIH ; de même, le voyage n'étant pas un acte régi par le DIH, le droit antiterroriste peut être mis en œuvre pour encadrer le déplacement des « combattants étrangers » .

La solution d'accorder la préséance au *Ius in bello* en cas de contradiction avec le droit antiterroriste est donc conforme au droit international public. En outre, cette solution est d'autant plus justifiée qu'elle semble avoir été directement transcrite au sein même d'un très grand nombre d'instruments de la lutte contre le terrorisme.

### **B. La priorité au droit international humanitaire en conflit armé expressément reconnue dans les *corpus* antiterroristes**

Les membres y compris étrangers des forces armées étatiques et non étatiques parties à un conflit armé international et non international ne peuvent pas être visés par les *corpus* antiterroristes. Ceci découle des régimes d'exclusion du droit antiterroriste que contiennent les Conventions internationales et la Directive de l'UE relatives à la lutte contre le terrorisme qui prévoient en des termes similaires que

« les activités des forces armées en période de conflit armé, au sens donné à ces termes en droit international humanitaire, qui sont régies par ce droit ne sont pas régies par la présente Convention [ou Directive] ». <sup>999</sup>

Cette exclusion est également présente en droit pénal belge<sup>1000</sup> et dans la Convention de l'Organisation de l'Union Africaine sur la Prévention et la Lutte contre le Terrorisme

---

<sup>999</sup> Art. 19, par. 2, Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, *op. cit.* ; voir également Art. 12, Convention internationale contre la prise d'otage, *op. cit.* ; Art. 4, par. 2, Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, *op. cit.* ; Art. 26, par. 5, Convention européenne pour la prévention du terrorisme, *op. cit.* ; Directive (UE) 2017/541, *op. cit.*, par. 37, préambule ; Art. 2, par. 1<sup>er</sup>, a), Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, *op. cit.* : en ce que pour définir l'infraction terroriste elle renvoie directement à la définition donnée par la Convention pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (1997) contenant cette clause d'exclusion. Enfin, il faut noter qu'en son article 2 la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (Rome, *op. cit.*, 10.03.1988) luttant notamment contre le terrorisme maritime exclut de son champ d'application les actes réalisés contre des navires de guerre ou les navires utilisés comme tels or, si elle ne précise pas si cet article concerne les périodes de conflit armé, elle ne l'exclut pas non plus.

<sup>1000</sup> Art. 141 bis, Code pénal belge, *op. cit.* : « le présent titre ne s'applique pas aux activités des forces armées en période de conflit armé, tels que définis et régis par le droit international humanitaire ».

(1999) qui concerne plus spécifiquement les actes de « *lutte armée contre le colonialisme, l'occupation, l'agression et la domination par des forces étrangères* ». <sup>1001</sup>

Or, ces régimes ne sont autres que des transcriptions expresses du principe de la *lex specialis* entre le droit international humanitaire et le droit antiterroriste en période de conflit armé. <sup>1002</sup> En effet, ils ont pour effet direct de rendre inapplicable la définition de l'acte terroriste en vertu du droit antiterroriste lorsque le *Ius in bello* régleme déjà l'acte en cause. Ces régimes permettent donc de prévenir les potentiels conflits de normes entre les deux *corpus*, comme le permet le principe de la *lex specialis*.

Ces régimes contraignants <sup>1003</sup>, au bénéfice des membres y compris étrangers des forces armées durant un conflit armé, doivent être mis en œuvre lorsque leurs activités sont déjà régies par le droit international humanitaire. Autrement dit, ne pourront être qualifiées d'actes terroristes, en vertu du droit antiterroriste, toutes les activités des membres d'une force armée réalisées « *en période de conflit armé* » qui sont déjà « *régies par [le] droit [international humanitaire]* ». Ces régimes apparaissent donc comme des instruments conformes au principe de la *lex specialis* et particulièrement pertinents dans l'objectif de procéder à la qualification juridique des actes des « combattants étrangers » lorsque le *Ius in bello* et le droit antiterroriste se chevauchent. Par eux, sont exclus du champ d'application du droit antiterroriste tous les actes à l'égard desquels le DIH est compétent. En conséquence les « combattants étrangers » membres de forces armées belligérantes ne devraient pas pouvoir être identifiés comme des « combattants terroristes étrangers » en vertu du droit antiterroriste appliqué à leurs activités régies par le droit international humanitaire. <sup>1004</sup> Il faut

---

<sup>1001</sup> Art. 3, par. 1, Convention de l'Organisation de l'Union africaine sur la Prévention et la Lutte contre le Terrorisme, Alger, 14.07.1999 :

« la lutte menée par les peuples en conformité avec les principes du droit international, pour la libération ou leur auto-détermination, y compris la lutte armée contre le colonialisme, l'occupation, l'agression et la domination par des forces étrangères, ne sont pas considérés comme des actes terroristes. »

<sup>1002</sup> En ce sens les Nations unies relèvent la qualité de *lex specialis* du DIH en conflit armé après avoir mis en lumière ces régimes d'exclusion du droit antiterroriste au sein des Conventions internationales, voir « Universal Legal Framework Against Terrorism », United Nations Office on Drugs and Crime, *op. cit.*, p. 50.

<sup>1003</sup> Ces régimes n'ont pas été remis en cause par le constat de l'applicabilité de la résolution 2178 durant les conflits armés ; voir *supra*, pp. 110-121.

<sup>1004</sup> Sont alors considérées comme régies par le DIH aux fins de ces régimes d'exclusion les activités disposant d'un *nexus* suffisant avec le conflit et entrant dans ses champs de compétence *ratione loci* et *ratione temporis* ; Voir *infra*, pp. 362-392.

inclure dans la notion d'activité régie par le *Ius in bello* les actes conformes à celui-ci, mais également les actes qui constituent des crimes de guerre ou des violations des lois et coutumes de la guerre.<sup>1005</sup> Autrement dit, une activité contraire au droit international humanitaire reste régie par ce droit ; il n'est pas possible d'avancer le caractère illicite d'un acte, même au regard du droit des conflits armés, pour soutenir qu'il n'est plus régi par ce dernier.

Enfin, ces régimes d'exclusion, comme le principe de la *lex specialis*, ne reconnaissent qu'une simple priorité au droit international humanitaire, non pas une pleine exclusivité. En effet, si toutes les activités régies par le droit des conflits armés sont concernées, il faut bien préciser que seules ces activités déclenchent l'application des régimes d'exclusion. Ainsi, même en conflit armé, les activités non régies par le *Ius in bello* peuvent toujours être soumises au droit antiterroriste. C'est en ce sens qu'ont été interprétés ces régimes ; la Cour de Justice de l'Union européenne a, par exemple, rendu un arrêt le 14 mars 2017 par lequel elle a affirmé qu'un tel régime n'empêchait pas de qualifier de terroristes les activités d'une force armée partie à un conflit armé lorsque ces activités n'étaient pas régies par le DIH.<sup>1006</sup> Étaient ainsi concernées des activités de financement, or le *Ius in bello* ne régit pas ces questions. Cette décision permet par ailleurs d'éclairer l'article 2 de la Convention internationale pour la répression du terrorisme. En effet, cet article reprend, indirectement, en son paragraphe 1<sup>er</sup> alinéa a), le régime d'exclusion ; néanmoins, l'alinéa b) de ce même article permet de soutenir qu'est terroriste l'acte qui

« fournit ou réunit des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés [...] en vue de commettre : [...] b) tout autre acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités

---

<sup>1005</sup> Voir *infra*, p. 372.

<sup>1006</sup> DUBUISSON (F.), « La définition du « terrorisme » : débats, enjeux et fonctions dans le discours juridique », *Confluence méditerranée*, 2017/3, n°112, Automne 2017, p. 35 ; voir CJUE, *A, B, C et D c. Minister van Buitenlandse Zaken*, Arrêt de la Cour, Grande Chambre, Affaire n°C-158/14, 14.03.2017 :

« Il convient à cet égard de rappeler que la position commune 2001/931 et le règlement n°2580/001 n'ont pas pour objectif de sanctionner les actes de terrorisme, mais bien de lutter contre le terrorisme en prévenant le financement des actes de terrorisme ».

Cette interprétation de l'arrêt de la CJUE semble par ailleurs être confirmée dans : Cour d'appel de Bruxelles, *Affaire PKK*, Arrêt, Chambre des mises en accusation, N°2017/2911, 14.09.2017.

dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ». <sup>1007</sup>

Si cet alinéa semble créer une exception à l'exclusion prévue pour les conflits armés, comme a relevé sur cette Convention en 2011 le Tribunal spécial pour le Liban,

« à la différence d'autres conventions sur le terrorisme, elle traite d'actes qui [...] précèdent les actes terroristes violents ou constituent des signes avant-coureurs de ces derniers ; il est, par conséquent, important d'incriminer un comportement de cet ordre comme élément du terrorisme en temps de conflit armé, étant donné que le financement des attentats visant des civils ne prenant pas une part active aux hostilités n'est pas en soi interdit aux termes du droit de la guerre ». <sup>1008</sup>

Les prescriptions de cette Convention continuent donc en réalité de produire des effets en période de conflit armé en ce qu'elles concernent des actes non régis par le *Ius in bello*.

Pour conclure, non seulement ces régimes d'exclusion sont un obstacle direct à la mise en œuvre des définitions des instruments antiterroristes pour qualifier les actes des « combattants étrangers », mais ils illustrent en pratique la mise en œuvre du principe de la *lex specialis* comme solution juridique pertinente. En vertu de ces régimes et plus largement de ce dernier principe, les actes des « combattants étrangers » ne devraient pas être qualifiés de terroristes par le droit antiterroriste lorsque, réalisés à l'occasion d'un conflit armé, ils sont déjà régis par le *Ius in bello*. En conséquence, les volontaires internationaux qui peuvent être identifiés par le statut de « combattant terroriste étranger » devraient être ceux qui réalisent des actes terroristes tels que définis par le DIH en conflit armé, ou des actes non régis par ce droit et donc qualifiables d'actes terroristes en droit antiterroriste. Finalement, connaissant la réglementation effectivement prévue par chacun de ces deux *corpus* aux activités des « combattants étrangers » <sup>1009</sup>, il reste à déterminer ce qu'est un acte régi par le droit des conflits armés. Toutefois, avant de présenter la méthodologie juridique qui permettra d'y parvenir, il semble opportun de renforcer les présentes conclusions en s'attardant sur les enjeux juridiques justifiant une généralisation de l'application du principe de la *lex specialis*

---

<sup>1007</sup> Art. 2, 1., b), Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, *op. cit.*

<sup>1008</sup> TSL, Affaire n°STL-11-01/I, *op. cit.*, par. 108.

<sup>1009</sup> Voir *supra*, pp. 231-293.

– y compris lorsqu’aucun régime juridique d’exclusion n’est expressément prévu –, de même qu’une interprétation de ces régimes comme couvrant effectivement tous les actes des « combattants étrangers » déjà régis par le droit international humanitaire.<sup>1010</sup>

---

<sup>1010</sup> « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, *op. cit.*, p. 21 : pour rappel, l’OSCE recommande aux États de :

« apply and interpret [foreign terrorist fighters]-related measures consistently with, and in a way that does not undermine, the broader legal framework, including IHL »



## **II. Les enjeux juridiques favorables à une généralisation de la priorité donnée au droit international humanitaire en contexte de conflit armé**

La proposition d'écarter le droit antiterroriste au profit du droit international humanitaire pour encadrer les activités des conflits armés est théoriquement justifiée en droit, mais trouve également des explications juridiques dans sa mise en œuvre. Il s'agit effectivement d'une solution juridiquement pertinente au regard de son importance pratique vis-à-vis de l'encadrement effectif des activités, y compris terroristes, durant les conflits armés. Ceci est important car cela permettrait de justifier la généralisation de cette solution, y compris à travers le seul principe de la *lex specialis*, pour les situations où aucun régime d'exclusion ne serait spécifiquement compétent. Deux arguments juridiques semblent alors pouvoir être présentés en faveur de cette solution.

D'une part, continuer à mettre en œuvre le droit antiterroriste impliquerait d'introduire, au cœur de l'encadrement des conflits armés, des considérations subjectives liées à la lutte contre le terrorisme et à la « guerre contre le terrorisme ». Or, ceci impliquerait un encadrement différencié pour les activités de certains acteurs des conflits armés seulement. Il faudra alors constater d'importantes problématiques juridiques dans l'encadrement des conflits armés impliquant des « combattants (terroristes) étrangers » si deux *corpus* contradictoires étaient superposés (A).

D'autre part, ces problématiques devront être lues à la lumière du constat du manque de réelle plus-value qu'il y aurait à soutenir l'applicabilité du droit antiterroriste durant un conflit armé. Pour le dire autrement, il faudra constater que la pertinence du droit international humanitaire pour effectivement réglementer et criminaliser le terrorisme, tel que semble le souhaiter le Conseil de Sécurité des Nations unies, justifie que le droit antiterroriste, au regard des problématiques qu'il apporterait, ne soit pas appliqué (B).

### **A. Les problématiques juridiques de la superposition contradictoire du *Ius in bello* et du droit antiterroriste pour encadrer les activités des conflits armés**

Il faut noter deux problématiques juridiques principales, liées l'une à l'autre, à ce que soit maintenue l'application du droit antiterroriste aux actes des conflits armés déjà régis par le droit international humanitaire : le risque de résurgence de la théorie de la guerre juste dans

l'encadrement des conflits armés (1) et les risques juridiques que celui-ci entraînerait sur l'effectivité de l'encadrement des conflits armés dans lesquels des « combattants terroristes étrangers » seraient impliqués (2).

**1. Le risque de résurgence de la théorie de la guerre juste dans l'encadrement des conflits armés : illustration par la jurisprudence belge sur les « combattants étrangers »**

La théorie de la guerre juste est une théorie séculaire du droit international relatif aux contextes conflictuels armés. Elle couvre deux aspects du droit international relatif au recours à la force armée : le *Ius ad bellum*<sup>1011</sup> et le *Ius in bello*.<sup>1012</sup>

Dans son premier aspect, cette théorie implique que seules certaines guerres seraient justes car conduites au nom d'une cause légitime.<sup>1013</sup> Si le contexte juridique du principe de l'interdiction du recours à la force armée en droit international semble avoir aujourd'hui rejeté la théorie, certains voient son retour notamment à travers la rhétorique liée à la « guerre contre le terrorisme ».<sup>1014</sup> Si cet aspect de la théorie est important, c'est parce que ses considérations ont une incidence directe sur son second volet relatif au *Ius in bello*. Dans ce second aspect, la théorie ne concerne plus la légitimité d'entrer en conflit, mais la régulation des activités durant ce conflit. La théorie permet de moduler et de conditionner la reconnaissance des droits et obligations, en vertu du *Ius in bello*, d'un acteur d'un conflit armé en fonction de la justesse ou de la légitimité de la cause qu'il défend. Ainsi, seuls les civils prêtant allégeance à, et les membres de, la partie belligérante dont la cause est juste, bénéficient de ces droits et obligations ; *a contrario*, aucun droit et aucune protection ne

---

<sup>1011</sup> Droit du recours à la force armée ou droit relatif à l'interdiction du recours à la force armée ; sur cette notion, voir par exemple : Site internet du CICR, « Jus ad bellum et jus in bello », 29.10.2010. [En ligne, Consulté le 06.11.2019] ; KOLB (R.), *Ius contra bellum – Le droit international relatif au maintien de la paix*, (éd.) Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, Précis, Collection de droit international public, 2009, 435 p.

<sup>1012</sup> HILL (H.), « Can Just War Theory Survive the War on Terror », *Journal of the Institute of Justice and International Studies*, Vol. 10, N°1, 2010, p. 78 ; BOUCHER (D.), « The just war tradition and its modern legacy: Jus ad bellum and jus in bello », *European Journal of Political Theory*, Vol. 11, N°2, 2011, pp. 92-93.

<sup>1013</sup> *Ibid.*, pp. 78-79 : au cours de l'histoire, les causes qui ont pu être avancées pour légitimer une guerre ont été variées ; la théorie a principalement été développée et mise en avant par les juristes de la chrétienté afin de justifier les croisades et les guerres de religion.

<sup>1014</sup> *Ibid.*, pp. 79-80 ; CRAWFORD (N. C.), « Just War Theory and the U.S. Counterterror War », *Perspectives on Politics*, Vol. 1, No. 1, March 2003, pp. 5-25.

seraient accordés aux membres et civils de la partie dont la cause est présentée comme illégitime ou injuste.<sup>1015</sup> La problématique étant alors qu'au cours d'un conflit, l'autre, l'ennemi, est toujours présenté comme illégitime.

Aujourd'hui, l'application du *Ius in bello* est juridiquement détachée de toute considération liée au *Ius ad bellum* et plus largement à la théorie de la guerre juste, avec laquelle ses principes ne sont pas compatibles.<sup>1016</sup> Il n'est plus possible d'avancer l'injustice ou l'illégitimité d'une cause pour refuser d'appliquer l'intégralité du *Ius in bello*.<sup>1017</sup> Toutes les parties doivent respecter, dans leur intégralité, les règles de la conduite des hostilités et de la protection des personnes civiles et *hors de combat*.<sup>1018</sup> En ce sens, les développements du DIH ont permis une certaine objectivisation de sa mise en œuvre.<sup>1019</sup> Ainsi, lorsque les critères d'existence d'un conflit armé sont remplis, toutes les règles du droit international humanitaire applicables à ce conflit doivent être mises en œuvre à l'encontre et au bénéfice de toutes les parties belligérantes, quelles que soient les motivations morales, politiques ou idéologiques en jeu et quand bien même une partie pourrait avoir violé le droit international

---

<sup>1015</sup> BUGNION (F.), « Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 45 ; DUGARD (J.), « International Terrorism and the Just War », *Stanford Journal of International Studies*, 12, 1977, p. 22 : une large liberté étant donc accordée dans les moyens et méthodes envisageables pour les combattre :

« when a belligerent's cause was deemed to be just, God was on its side, and military action on its behalf became the instrument of God's will and retribution. Accordingly, there was no room for a *jus in bello* [...], and the most barbarous methods were permitted, and used, to subject the unjust opponent to the imputed wrath of God. This was particularly true in the case of wars in the name of Christianity, when the restraints of chivalry were jettisoned in the interests of the only "true" faith. »

Ainsi, comme l'illustre la terminologie de « guerre sainte » et l'argumentaire en faveur des croisades, la justesse d'une cause était mise en avant par les États et les peuples pour justifier les pires atrocités, l'ennemi qui sert une cause injuste étant responsable des souffrances qui en résultent, BUGNION (F.), « Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 40 :

« throughout history, whenever States and peoples have taken up arms, they have affirmed that they were doing so for a just cause. All too often, this has been used as an argument to refuse mercy to their opponents and to justify the worst atrocities. The enemy was accused of serving an unjust cause and was held responsible for the privation, suffering and bereavement that every war leaves in its wake. Defeat was sufficient proof of guilt and the conquered, whatever their number, could be massacred or enslaved. "Holy wars", "crusades", "just wars": history shows that the belligerents who are loudest in proclaiming the sanctity of their cause are often guilty of the worst excesses. »

<sup>1016</sup> MOUSSA (J.), « Le jus ad bellum peut-il l'emporter sur le jus in bello ? Réaffirmer la séparation de ces deux branches du droit », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 872, 31.12.2008, pp. 967-968.

<sup>1017</sup> BUGNION (F.), « Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law », *op. cit.*, pp. 58 et 61.

<sup>1018</sup> *Ibid.*, p. 61 ; BOUCHER (D.), « The just war tradition and its modern legacy: Jus ad bellum and jus in bello », *op. cit.*, p. 107 ; DUGARD (J.), « International Terrorism and the Just War », *op. cit.*, p. 23 :

« during the war, both sides are bound to observe the rules of war, as the legality of the conflict cannot affect the applicability of rules designed to introduce humanitarian considerations into conflicts. »

<sup>1019</sup> BUGNION (F.), « Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 52.

et/ou le droit interne d'un État en prenant les armes.<sup>1020</sup> De fait, a été rejetée l'idée d'une théorie de la guerre juste modulant l'applicabilité des règles du DIH ; les termes « juste » et « injuste » n'apparaissant d'ailleurs dans aucun de ses instruments.<sup>1021</sup> Les dispositions du droit des conflits armés ne sont jamais accompagnées de critères limitant l'étendue de leur applicabilité en fonction de la « justesse » d'une participation. Ainsi, l'application de ce *corpus* repose aujourd'hui sur le principe de l'égalité des belligérants devant le droit international humanitaire.<sup>1022</sup> Or, celui-ci implique que les acteurs étatiques comme les acteurs non étatiques, dans le conflit qui les oppose, sont soumis aux mêmes règles de la conduite des hostilités, quelle que soit la légitimité de leur cause.<sup>1023</sup> Lorsqu'un acte est régi par le *Ius in bello*, il l'est de la même manière pour tous.

Pourtant, dans le contexte de la « guerre contre le terrorisme », l'égalité des belligérants est bouleversée par un hypothétique retour de la théorie de la guerre juste, au détriment de la protection des personnes contre les violences des conflits.<sup>1024</sup> En outre, la jurisprudence belge sur la question des « combattants étrangers » est particulièrement intéressante en ce sens. Le poids des considérations idéologiques de la lutte contre le terrorisme a conduit à une mauvaise interprétation du droit des conflits armés, entraînant l'exclusion de celui-ci pour certains « combattants étrangers » seulement : ceux dont le

---

<sup>1020</sup> DUGARD (J.), « International Terrorism and the Just War », *op. cit.*, pp. 22-23 ; BUGNION (F.), « Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 57.

<sup>1021</sup> BOUCHER (D.), « The just war tradition and its modern legacy: Jus ad bellum and jus in bello », *op. cit.*, p. 94 :

« the international Committee of the Red Cross [...] makes no judgements about whether a war is just, and on whose side right may reside. Furthermore, in most of the important documents constraining war the words 'just' and 'unjust' do not appear. »

<sup>1022</sup> MEYROWITZ (H.), *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, *op. cit.* ; voir *infra*, pp. 336-349.

<sup>1023</sup> Art. 96, par. 3, PA I, *op. cit.* ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, *J. C. Abella c. Argentina*, Case n°11.137, *op. cit.*, para. 173-174 ; DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, par. 3.1, pp. 631 ; MELZER (N.), *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>1024</sup> Sur les réminiscences de la théorie de la guerre juste dans le contexte de la « guerre contre le terrorisme » et plus largement de la lutte contre le terrorisme, voir notamment BOUCHER (D.), « The just war tradition and its modern legacy: Jus ad bellum and jus in bello », *op. cit.*, pp. 93 and 107 ; FINAUD (M.), « L'abus de la notion de "combattant illégal" : une atteinte au droit international humanitaire », *op. cit.*, pp. 862-889 ; DÖRMANN (K.), « The legal situation of "unlawful/unprivileged combatants" », *International review of the Red Cross*, Vol. 85, N°849, March 2003, pp. 45-74 ; TIGROUDJA (H.), « Quel(s) droit(s) applicable(s) à la "guerre au terrorisme" », *Annuaire français de droit international*, Vol. 48, 2002, pp. 93-97 ; CANTEGREIL (J.), « La doctrine du "combattant ennemi illégal" », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Vol. 1, N°1, 2010, pp. 81-106.

combat était prétendument injuste. En effet, la construction des argumentaires juridiques y est particulièrement lacunaire.

Le traitement jurisprudentiel du phénomène des « combattants étrangers » belges est ainsi d'un intérêt particulier. Effectivement, malgré l'existence d'un régime d'exclusion expressément transcrit à l'article 141*bis* du code pénal belge<sup>1025</sup>, le poids idéologique lourd de la « guerre contre le terrorisme » a impacté sa mise en œuvre qui n'a pas permis, comme cela aurait dû être le cas, de réserver au DIH le rôle de qualifier les actes imputés aux prévenus « combattants étrangers ». Cet échec, alors qu'une disposition expresse existait, montre alors l'importance de rappeler et réaffirmer la nécessité de généraliser la proposition d'une application du principe de la *lex specialis* réservant la priorité au droit international humanitaire seul pour analyser et qualifier, dans un premier temps, les actes des « combattants étrangers ». C'est alors seulement lorsque les activités en jeu seront effectivement présentées comme non régies par celui-ci que le droit antiterroriste devrait pouvoir entrer en scène.

C'est à l'occasion de cinq affaires<sup>1026</sup> que la justice belge a eu à se prononcer sur l'applicabilité de l'article 141*bis* au bénéfice des prévenus ayant quitté la Belgique pour se battre à l'étranger. Les juges belges devaient alors déterminer si les activités en cause étaient bien celles de membres de forces armées partie à un conflit armé régies par le DIH. Les entités en question étaient alors l'État islamique, Jabhat al-Nusra, Majlis Shura al-Mujahidin, la Katiba al-Mujahidin et le PKK. Finalement, la question était de savoir si les individus qui rejoignaient ces groupes pouvaient être identifiés en droit comme des « combattants

---

<sup>1025</sup> Art. 141*bis*, Code pénal belge, *op. cit.* : pour rappel, cet article dispose que le droit antiterroriste, et donc sa définition de l'infraction terroriste, « ne s'applique pas aux activités des forces armées en période de conflit armé, tels que définis et régis par le droit international humanitaire. »

<sup>1026</sup> Toutes les décisions des juridictions de Belgique ne sont pas rendues publiques et nous n'avons pu qu'accéder aux décisions suivantes : Tribunal correctionnel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, 11.02.2015 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, Jugement, *op. cit.*, 06.11.2015 ; Cour d'Appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, Arrêt, 27.01.2016 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 27.01.2016 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Affaire PKK*, *op. cit.*, 03.11.2016.

étrangers » soumis aux statuts et aux règles du DIH, ou s'ils devaient être identifiés comme des « combattants terroristes étrangers » soumis au droit antiterroriste.

Ces jurisprudences ont été plusieurs fois commentées, car elles soulèvent de nombreux problèmes juridiques dans leur construction.<sup>1027</sup> Il faudra alors concentrer la présente analyse sur les éléments témoignant d'une hypothétique résurgence de la théorie de la guerre juste. Ce constat peut être fait au regard du traitement réservé à certains « combattants étrangers » auxquels l'application du *Ius in bello* a été refusée car, en pratique, ce sont avant tout des considérations liées au droit antiterroriste qui ont été mises en avant. Ainsi, les conclusions déjà problématiques dans la construction lacunaire des argumentaires relatifs aux groupes État islamique, Jabhat al-Nusra, Majlis Shura al-Mujahidin et Katiba al-Mujahidin (a) sont empreintes d'une terminologie attestant du poids de considérations idéologiques et particulièrement contestables au regard des conclusions qui ont concerné le PKK (b).

**a. La mise en œuvre lacunaire des critères du droit international humanitaire conduisant à la contestable application parallèle du droit antiterroriste**

Les jurisprudences belges relatives à l'État islamique, Jabhat al-Nusra, Majlis Shura al-Mujahidin et Katiba al-Mujahidin<sup>1028</sup> ont conduit à refuser d'appliquer à ces groupes, bien qu'impliqués dans le conflit armé syrien, le droit international humanitaire pour leur opposer

---

<sup>1027</sup> Voir notamment les articles suivants sur la question : VENET (O.), « Infractions terroristes et droit humanitaire : l'article 141bis du Code pénal », *op. cit.*, pp. 169-172 ; BARTELS (R.), « When Do Terrorist Organisations Qualify as Parties to an Armed Conflict under International Humanitarian Law », *op. cit.*, pp. 451-488 ; WÉRY (M.), « La jurisprudence relative à la clause d'exclusion prévue à l'article 141bis du Code pénal : la difficile application du droit international humanitaire par les cours et tribunaux belges », *op. cit.* ; KOUTROULIS (V.), « Le jugement du Tribunal correctionnel d'Anvers dans l'affaire dite "Sharia 4 Belgium" et l'article 141bis du Code pénal belge », dans JACOBS (A) et FLORE (D.) (dir.), *Les combattants européens en Syrie*, (éd.) L'Harmattan, Comité International des Pénalistes Francophones, Liège, 2015, pp. 85-103 ; Van STEENBERGHE (R.), « Droit international humanitaire et Législation belge antiterroriste : L'article 141bis du Code pénal dans les dossiers syriens et kurdes », *Revue belge de droit international*, 2018/1, pp. 269-293 ; TROPINI (J.), « La rupture de l'équilibre juridique de l'article 141bis du code pénal belge par la jurisprudence sur les "combattants étrangers" », *op. cit.*

<sup>1028</sup> Il s'agit donc dans ce développement des affaires précitées suivantes : Tribunal correctionnel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, 11.02.2015 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, Jugement, *op. cit.*, 06.11.2015 ; Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, Arrêt, 27.01.2016 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 27.01.2016.

le droit antiterroriste. Or, ceci résulte de nombreuses interprétations juridiquement erronées des critères prévus pour mettre en œuvre le droit international humanitaire (i), ainsi que du constat inévitable d'un trop grand silence sur de nombreux critères qui auraient dû être analysés dans le cadre d'une argumentation juridique objective et complète (ii). Ceci, mis en parallèle d'une analyse de la terminologie des décisions et du traitement du PKK<sup>1029</sup>, conduit à la conséquence d'une superposition de deux *corpus* contradictoires, influencée par des considérations liées à la théorie de la guerre juste.

i) L'interprétation erronée des critères prévus pour contrôler l'applicabilité du droit international humanitaire

Si le processus de qualification du conflit armé est déjà lui-même problématique,<sup>1030</sup> c'est plus particulièrement sur la mise en œuvre de la notion de groupe armé organisé partie à un conflit qu'il faut s'attarder ici, en ce que l'interprétation et l'application de trois critères, notamment, sont erronées.

Le premier problème réside dans le fait que le niveau attendu, par la jurisprudence belge, afin que les entités soient suffisamment organisées pour obtenir la qualité de groupe armé organisé<sup>1031</sup> partie à un conflit armé, semble être celui d'une organisation aussi poussée

---

<sup>1029</sup> Voir *infra*, pp. 331-336.

<sup>1030</sup> Voir notamment : WÉRY (M.), « La jurisprudence relative à la clause d'exclusion prévue à l'article 141bis du Code pénal : la difficile application du droit international humanitaire par les cours et tribunaux belges », *op. cit.*, pp. 3-5 ; KOUTROULIS (V.), « Le jugement du Tribunal correctionnel d'Anvers dans l'affaire dite "Sharia 4 Belgium" et l'article 141bis du Code pénal belge », *op. cit.*, pp. 94-97 ; Van STEENBERGHE (R.), « Droit international humanitaire et Législation belge antiterroriste : L'article 141bis du Code pénal dans les dossiers syriens et kurdes », *op. cit.*, pp. 274-277.

<sup>1031</sup> Sur le critère de l'organisation suffisante pour qu'une entité obtienne la qualité de groupe armé organisé partie à un conflit armé, voir *supra*, pp. 157-163.

qu'une force armée étatique<sup>1032</sup>, ce qui est contraire à ce qu'a soutenu la jurisprudence internationale<sup>1033</sup>.

Une seconde problématique concerne l'argument selon lequel la clandestinité, *a priori* inhérente à tout groupe terroriste, serait un obstacle aux critères du port ouvert des armes et de signes distinctifs, et à l'identification de membres responsables pour la conduite des subordonnés ; critères effectivement nécessaires à l'obtention de la qualité de groupe armé organisé en DIH.<sup>1034</sup> Or, ce raisonnement comporte trois erreurs :

(a) Agir dans une certaine clandestinité n'est pas un obstacle en soi à l'obtention de cette qualité. Le TPIY a reconnu à l'Armée de Libération du Kosovo une organisation suffisante, bien que son état-major soit clandestin.<sup>1035</sup> Les tribunaux belges relevaient d'ailleurs précisément de cette jurisprudence qu'un groupe clandestin « *n'en était pas moins capable de coordonner l'action de ses forces* » et que cela ne pouvait permettre d'exclure son organisation.<sup>1036</sup> Il est alors problématique qu'ils considèrent ensuite que « *ces caractéristiques font [...] intrinsèquement obstacle* » à l'obtention de la qualité de groupe organisé.<sup>1037</sup>

---

<sup>1032</sup> Voir notamment : WÉRY (M.), « La jurisprudence relative à la clause d'exclusion prévue à l'article 141bis du Code pénal : la difficile application du droit international humanitaire par les cours et tribunaux belges », *op. cit.*, pp. 8-11 ; BARTELS (R.), « When Do Terrorist Organisations Qualify as Parties to an Armed Conflict under International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 478 ; Van STEENBERGHE (R.), « Droit international humanitaire et Législation belge antiterroriste : L'article 141bis du Code pénal dans les dossiers syriens et kurdes », *op. cit.*, p. 278 ; KOUTROULIS (V.), « Le jugement du Tribunal correctionnel d'Anvers dans l'affaire dite "Sharia 4 Belgium" et l'article 141bis du Code pénal belge », *op. cit.*, p. 100 :

« le Tribunal correctionnel semble exiger que ces groupes disposent d'une organisation très proche de celle des forces armées étatiques. Cette approche se distingue clairement de celle adoptée par les tribunaux pénaux internationaux, qui ont fait preuve de flexibilité dans l'interprétation des critères relatifs à l'organisation d'un groupe armé. »

<sup>1033</sup> Voir notamment : TPIY, *Le Procureur c. F. Limaj, H. Bala et I. Musliu*, Affaire n°IT-03-66-T, *op. cit.*, par. 89 ; TPIY, *Le Procureur c. R. Haradinaj, I. Balaj et L. Brahimaj*, Affaire n°IT-04-84-T, *op. cit.*, par. 60 ; voir également PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, par. 4463, p. 1376.

<sup>1034</sup> Voir notamment : Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015, pp. 32-33 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillets 13-14 ; Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>1035</sup> TPIY, *Le Procureur c. F. Limaj, H. Bala et I. Musliu*, Affaire n°IT-03-66-T, *op. cit.*, para. 46 et 132.

<sup>1036</sup> Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015, p. 30 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillet 11.

<sup>1037</sup> Voir par exemple : *Ibid.*, p. 32.



(b) La clandestinité ne permettrait pas d'identifier les responsables hiérarchiques à poursuivre pénalement pour les crimes des membres du groupe, selon les tribunaux belges.<sup>1038</sup> Or, la lecture des décisions montre que cette incapacité d'identification découlerait de l'utilisation de noms de guerre et de noms qui ne sont pas légaux.<sup>1039</sup> Cependant, ne pas connaître l'identité légale n'est pas « *préjudiciable à leur qualité de groupes armés* » organisés.<sup>1040</sup> Ces noms de guerre permettent bien d'identifier physiquement ceux qui les portent – et de remonter jusqu'à leur nom légal si nécessaire.<sup>1041</sup> L'essentiel est de savoir qui sont les supérieurs, peu importe leur nom. Mais surtout, cet argument est directement contredit par le travail des juges eux-mêmes lorsqu'ils procèdent ensuite à l'identification des dirigeants et membres des groupes, pour prononcer des condamnations en vertu du droit antiterroriste.<sup>1042</sup> Or, ceci est particulièrement problématique car ce travail n'est pas effectué lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le DIH. Si

---

<sup>1038</sup> Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015, pp. 32-33 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillets 13-14 ; Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>1039</sup> Tribunal correctionnel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, feuillets 35-36 ; Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, pp. 57-58.

<sup>1040</sup> KOUTROULIS (V.), « Le jugement du Tribunal correctionnel d'Anvers dans l'affaire dite "Sharia 4 Belgium" et l'article 141bis du Code pénal belge », *op. cit.*, p. 100 ; Il est d'ailleurs intéressant de noter à ce propos que le TPIY a condamné des individus qui étaient également connus au cœur des hostilités sous un pseudonyme, voir par exemple : Duško Tadic alias « Dule », Affaire n°IT-94-1-T, 07.05.1997 ; Mladen Naletilić alias « Tuta » et Vinko Martinović alias « Stela », Affaire n°IT-98-34-A, 03.05.2006 ; Zdravko Mucić alias « Pavo » et Esad Landžo alias « Zenga », Affaire n°IT-96-21-A, 20.02.2001.

<sup>1041</sup> LI (D.), « Jihad in a World of Sovereigns: Law, Violence, and Islam in the Bosnia Crisis », *op. cit.*, pp. 14-15 : l'auteur relève ici que l'utilisation de noms de guerre inspirés de l'idéologie des combattants durant le conflit armé en Bosnie permettait de les identifier socialement et donc de retrouver ensuite leur nom légal.

<sup>1042</sup> Par exemple sont précisément identifiés [certains noms doivent être anonymisés] : - Abû Bakr al-Baghdadi comme le chef suprême de l'État islamique ; - Abu Mohammed al-Julani comme chef de Jahbat al-Nusra ; - Umar al-Shihani, chef du groupe Katiba al-Muhajirin ; - xxxx xxxx, chef d'un groupe de neuf combattants au sein de Jahbat al-Nusra ; - xxxx xxxx, chef de Majlis Shura Al Mujahidin ; - xxxx xxxx et xxxx xxxx, dirigeants et membres actifs en Syrie du groupe Sharia4Belgium lié à Jahbat al-Nusra et Majlis Shura Al Mujahidin ; - xxxx xxxx, « un des émirs en charge du groupe des combattants européens », au sein de Majlis Shura al-Mujahidin ; - xxxx xxxx, responsable au sein de l'État islamique en Syrie ; - xxx xxx, émir d'un groupe de combattants belges et français ; - xxxx xxxx, bras droit de xxxx xxxx ; - xxxx xxxx, responsable d'un groupe de 50 combattants de Jahbat al-Nusra ; - xxxx xxxx, chef de la Katiba des français en Syrie. Voir : Tribunal correctionnel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, 11.02.2015, feuillets 35, 49-50 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015, pp. 26, 59, 112 et 130 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, Jugement, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillets 7 et 14 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 27.01.2016, feuillet 9 ; Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, pp. 48 et 63 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Affaire Filière syrienne*, Jugement, 29.01.2016, feuillet 60.

l'identification est possible pour considérer les prévenus comme membres ou responsables de groupes terroristes, pourquoi serait-elle impossible lorsqu'il s'agit d'identifier ces mêmes individus comme responsables des mêmes groupes alors analysés vis-à-vis de la qualité de groupe armé organisé ?

(c) L'argument de la clandestinité et donc de la désorganisation du fait de l'absence de port ouvert des armes et de signes distinctifs est également contestable. Afin de prouver la participation à des activités terroristes par les prévenus, il est systématiquement démontré que des photos et vidéos les exposent portant des uniformes militaires et des armes de guerre lors d'attaques sous le drapeau ou avec les insignes de leur groupe.<sup>1043</sup> Encore une fois, soit il y a port des armes et d'uniformes, soit il n'y a pas ; cela ne peut pas changer selon que l'on prouve l'infraction terroriste ou la participation à un groupe armé partie à un conflit armé.

Le troisième et dernier critère dont l'analyse est problématique est celui de la capacité à respecter le *Ius in bello*. Les tribunaux belges le présentent à juste titre comme un élément permettant de constater l'organisation suffisante d'une entité pour être un groupe armé organisé au sens du droit des conflits armés.<sup>1044</sup> Or, les tribunaux constatent que les groupes commettent de nombreuses violations du DIH et en concluent, « *indiscutablement que les membres de ces groupes ne sont pas capables et ne veulent pas être capables de respecter le droit humanitaire international* ». <sup>1045</sup> Ces groupes ne pourraient donc obtenir la qualité de partie à un conflit. Cependant, le raisonnement est encore erroné, comme le sera alors la conclusion.

D'une part, le critère de capacité à respecter le DIH a mal été interprété. Ce n'est pas l'incapacité à faire respecter des règles en interne qui a été prouvée, mais l'ineffectivité du

---

<sup>1043</sup> Voir par exemple : Tribunal correctionnel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, 11.02.2015, feuillet 56 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015, pp. 28, 66, 90, 107, 116, 125 et 126 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, Jugement, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillets 17 et 52 ; ou encore pour l'exemple d'une autre décision où l'article 141bis n'a pas été invoqué mais où les mêmes groupes sont en jeu : Tribunal de première instance de Liège, *Filière syrienne*, Jugement, 19.06.2015, pp. 6-7.

<sup>1044</sup> Tribunal correctionnel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, 11.02.2015, feuillets 36-37 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015, pp. 29-30 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, Jugement, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillets 10 et 12 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 27.01.2016, feuillet 6.

<sup>1045</sup> Souligné dans le texte : *Idem*.

respect et l'absence de volonté de respecter ce *corpus*. Les argumentaires insistent ainsi sur le constat que les groupes « *rejetent tout traité international relatif [...] au droit humanitaire international* »<sup>1046</sup> et qu'ils perçoivent leurs violations de celui-ci comme « *des actes tout à fait justifiés [faisant] partie de leur pratique quotidienne* »<sup>1047</sup> puisqu'ils sont « *tous adeptes du mouvement jihadiste salafiste violent* ».<sup>1048</sup> Les juges relèveront alors que de toute manière les groupes « *ne veulent pas être capables de respecter* » le DIH.<sup>1049</sup> Cependant, c'est bien l'absence de volonté que les juges ont ainsi prouvé et non l'absence de capacité. C'est « *l'infrastructure minimale indispensable* »<sup>1050</sup> pour que des règles soient imposées en interne qui aurait dû être recherchée, car elle permettrait alors d'imposer également les règles du droit des conflits armés. La capacité doit être évaluée au regard de cette infrastructure interne et non de l'application effective des règles.<sup>1051</sup> Or ici les juges n'ont fait que relever la réalisation de violations du *Ius in bello* pour en déduire l'absence de capacité à le respecter.<sup>1052</sup> À cet égard, il est intéressant d'évoquer l'affaire *Boskoski-Tarčulovski* du TPIY à l'occasion de laquelle la Défense avait également avancé que

« le caractère "terroriste" des activités de l'ALN et les violations du [DIH] commises militaient contre la reconnaissance de l'ALN en tant que partie à un conflit armé, car cela montrait [qu'elle] n'avait pas l'autorité requise pour contrôler les forces sur le terrain ». <sup>1053</sup>

Cependant, la Chambre de première instance avait répondu que « *certaines attentats terroristes nécessitent une grande planification et supposent l'existence d'une structure de*

---

<sup>1046</sup> Tribunal correctionnel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, feuillet 37 ; Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>1047</sup> *Idem*.

<sup>1048</sup> *Ibid.*, feuillet 36.

<sup>1049</sup> *Ibid.*, feuillets 36-37 : souligné dans le texte.

<sup>1050</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, par. 4470, p. 1377.

<sup>1051</sup> FLAUSS (J.-F.) (dir.), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, *op. cit.*, pp. 49-50.

<sup>1052</sup> WÉRY (M.), « La jurisprudence relative à la clause d'exclusion prévue à l'article 141bis du Code pénal : la difficile application du droit international humanitaire par les cours et tribunaux belges », *op. cit.*, p. 16 :

« c'est donc la circonstance que le DIH n'est pas respecté – voire est rejeté – qui est prise en compte, plus que l'aptitude à le mettre en œuvre [...]. Ces éléments ne suffisent cependant pas à établir que le groupe ne possède pas la capacité de respecter le droit international humanitaire. »

<sup>1053</sup> TPIY, *Le Procureur c. L. Boskoski et J. Tarčulovski*, Affaire n°IT-04-82-T, *op. cit.*, par. 204.

*commandement pour leur mise en œuvre.* »<sup>1054</sup> En conséquence de quoi le simple constat de violations répétées du droit international humanitaire, mêmes terroristes, ne suffisait pas à rejeter la qualité de force armée organisée partie à un conflit armé. Le TPIY concluait ainsi que

« tant que le groupe armé a la capacité organisationnelle de respecter les obligations découlant du [DIH], le fait qu'il se livre à des violations systématiques [...] ne signifie pas qu'il n'a pas le niveau d'organisation requis [...]. La Chambre ne peut tout simplement pas conclure à un manque d'organisation du groupe armé du fait de violations fréquentes du [DIH] par les membres de ce groupe. »<sup>1055</sup>

Finalement, l'incapacité d'un groupe à respecter le droit des conflits armés ne peut pas être déduite de la nature terroriste de ses méthodes et objectifs, même foncièrement contraires au *corpus*, à la démocratie et aux droits fondamentaux.<sup>1056</sup> En ce sens, il faut noter que le droit des conflits armés a été appliqué « à une "*Wehrmacht*" violant systématiquement le [DIH] dans les territoires qu'elle occupait »<sup>1057</sup> ; car en pratique,

« le DIH s'applique indépendamment de la licéité des moyens utilisés par les parties – question régie par le DIH, mais dont son applicabilité ne peut pas dépendre. Même un conflit armé mené avec des moyens "terroristes" reste un conflit armé. »<sup>1058</sup>

D'autre part, ce premier constat est d'autant plus problématique qu'en réalité les éléments appuyant l'existence d'un système de discipline interne ont été soit arbitrairement écartés, soit passés sous silence. Effectivement, puisque c'est un tel système qui doit être recherché – indépendamment de son utilisation effective pour faire respecter le DIH – de nombreux indices permettent de soutenir son existence, contrairement à ce qui a été affirmé<sup>1059</sup>. De fait, pour condamner ensuite les prévenus sur le fondement du terrorisme, les

---

<sup>1054</sup> TPIY, *Le Procureur c. L. Boskoski et J. Tarčulovski*, Affaire n°IT-04-82-T, *op. cit.*, par. 204.

<sup>1055</sup> *Ibid.*, para. 205 et 280 : il faut d'ailleurs ajouter que la commission de crimes par des membres d'un groupe armé n'a pas pour effet de faire perdre au groupe entier sa qualité de groupe armé organisé.

<sup>1056</sup> VENET (O.), « Infractions terroristes et droit humanitaire : l'article 141bis du Code pénal », *op. cit.*, p. 171.

<sup>1057</sup> SASSÒLI (M.), « La "guerre contre le terrorisme", le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *op. cit.*, p. 14.

<sup>1058</sup> SASSÒLI (M.), « La définition du terrorisme et le droit international humanitaire », *op. cit.*, p. 31.

<sup>1059</sup> Les juges affirment notamment qu'il n'y a pas de chefs identifiables (ce qui a déjà été commenté) et qu'ils sont autoproclamés, qu'il n'y a pas de discipline interne, que les membres ne se connaissent pas, qu'ils sont libres d'aller et venir comme ils veulent, d'accepter ou non des missions, ou encore de constituer librement des unités ; voir notamment : Tribunal correctionnel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*,

juges vont démontrer que les groupes sont structurés, avec des chefs prenant des décisions impliquant des sanctions en cas d'irrespect, que des entraînements et des formations sont obligatoires, que les membres sont totalement soumis à un émir – même lorsque leur vie est en jeu – et que les désertions sont passibles de prison.<sup>1060</sup> Il est encore plus surprenant d'observer qu'a été notée l'existence d'un « *tribunal sharia* » chargé de sanctionner les membres au sein de l'EI, tout en affirmant arbitrairement que cela ne peut constituer un organe disciplinaire.<sup>1061</sup> Pourtant, ce groupe disposerait de juges et de policiers chargés de condamner et faire exécuter les sentences à l'encontre notamment des membres manquant aux règlements<sup>1062</sup> ; ce qui devrait aller en faveur du constat d'une discipline interne effective. D'ailleurs, afin de condamner les prévenus pour terrorisme, la jurisprudence relève que ces tribunaux internes sont bien chargés d'autoriser chaque arrivée et chaque départ, afin d'éviter les espions.<sup>1063</sup> Enfin, ces groupes n'auraient pas de hiérarchie interne car les chefs seraient autoproclamés.<sup>1064</sup> Or, en DIH, une « *autorité de fait* » suffit ; que la désignation d'un chef résulte de la contrainte, le hasard ou la loi, l'existence d'une autorité prenant en pratique des décisions suffit pour que le groupe soit hiérarchisé.<sup>1065</sup> De plus, il aurait pu être noté que de nombreux anciens officiers irakiens ont rejoint les rangs de l'EI et y exercent des

---

11.02.2015, feuillets 14 et 35-36 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015, p. 33 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, Jugement, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillets 13-14 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 27.01.2016, feuillets 6 et 9 ; Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, pp. 56-57.

<sup>1060</sup> Voir notamment : Tribunal correctionnel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, 11.02.2015, feuillet 40 ; Tribunal correctionnel d'Anvers, *Filière syrienne*, Jugement, 18.05.2015, p. 11 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015, pp. 77, 80, 164 et 168 ; Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>1061</sup> Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, p. 57 ; BARTELS (R.), « When Do Terrorist Organisations Qualify as Parties to an Armed Conflict under International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 478.

<sup>1062</sup> ARIF (K.), *Rapport d'information sur les moyens de Daech*, *op. cit.*, p. 78 :

« Daech [...] met en place de nouveaux juges, des juges islamistes appelés *cadis* [...] formés spécifiquement [...] "chaque *cadi* est assisté par un "secrétaire" (*kâtib*) qui consigne les jugements et par un policier (*shurti*) chargé du suivi de leur exécution, en cas de non-respect [...]. Ce dernier est le "bras armé de la justice islamique" selon l'expression consacrée au sein de [Daech]". »

<sup>1063</sup> Tribunal de Première Instance de Bruxelles, *Affaire Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.01.2016, feuillet 110.

<sup>1064</sup> Tribunal Correctionnel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, 11.02.2015, feuillet 14 ; Tribunal de Première Instance de Bruxelles, Jugement, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillet 9.

<sup>1065</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, par. 4463, p. 1376 ; TPIY, *Le Procureur c. L. Boskoski et J. Tarčulovski*, Affaire n°IT-04-82-T, *op. cit.*, par. 268.

fonctions de commandement<sup>1066</sup> ; indice intéressant qui aurait dû être pris en compte. De surcroît, la structure hiérarchique de l’EI, à cette date, est connue et peut être déclinée ainsi : - Abou Bakr al-Baghdadi au sommet, « *secondé par un émir [...] spécialiste militaire de haut rang, et un conseil militaire* » ; - des *walis*, forcément irakien ou syrien, « *à la tête [de 21] wilayas, équivalent de provinces, en Irak ou en Syrie[,] subdivisions administratives [qui] jouent un rôle militaire* » ; - des *katibas*, dont les chefs peuvent être étrangers, composés de dizaines à centaines de combattants, sous les ordres des *walis*, à l’exception de certaines *katibas* d’élites placées sous l’autorité directe du calife.<sup>1067</sup> Il s’agit là d’une description relativement lointaine du groupe désorganisé, déstructuré et indiscipliné faite par la jurisprudence belge.

Pour conclure, cette analyse des critères du droit des conflits armés par les tribunaux belges est problématique. Lorsque les critères n’ont pas simplement été mal interprétés ou définis vis-à-vis de ce que prévoit le *Ius in bello*, certaines informations n’ont été utilisées que lorsqu’elles permettaient de prouver le caractère terroriste du groupe et non pour évaluer son organisation suffisante. C’est en ce sens que commence à apparaître l’influence de la théorie de la guerre juste dans le processus de qualification des « combattants étrangers ». D’autant plus que ces problèmes relevés au sein des jurisprudences analysées sont amplifiés par le constat d’un trop grand nombre de critères et d’indices passés sous silence, alors qu’ils auraient probablement conduits à des conclusions jurisprudentielles différentes.

ii) Le surprenant silence sur de trop nombreux critères favorables à des conclusions jurisprudentielles différentes

Une seconde problématique ne concerne plus les critères du DIH mal interprétés ou mal appliqués, mais le trop grand silence gardé sur des faits qui pourtant constituent des indices utiles, comme soutenus par les tribunaux belges eux-mêmes. Il faut parler ici du faisceau d’indices de la jurisprudence internationale prévu pour contrôler l’organisation suffisante d’une entité. Il s’agit d’une série d’éléments non exhaustifs pouvant être pris en

---

<sup>1066</sup> Voir notamment ARIF (K.), *Rapport d’information sur les moyens de Daech*, op. cit., p. 60 ; MANNA (H.), *Daech – L’État de la barbarie*, op. cit., p. 58.

<sup>1067</sup> *Ibid.*, pp. 59-60

compte, sachant que, comme le reconnaissent les tribunaux belges<sup>1068</sup>, aucun élément n'est obligatoire – une absence n'entraînant pas nécessairement la conclusion de l'insuffisante organisation du groupe.<sup>1069</sup> Si aucun élément n'est indispensable, il s'agit toutefois ici de relever les éléments qui auraient pu être pertinents et qui n'ont pas été pris en compte dans les décisions analysées. Or, ceci est surprenant eu égard, notamment, à la publicité de certaines informations et sachant que les considérer aurait très probablement mené à des conclusions divergentes.

Pour commencer, il faut relever que les entraînements et les formations dispensés par les groupes sont évoqués afin de prouver l'existence de groupes terroristes, mais sont passés sous silence lors de l'évaluation de l'applicabilité du droit des conflits armés.<sup>1070</sup> Or, la jurisprudence internationale présente ces éléments comme des indices de discipline, d'organisation interne et de capacité à mener des opérations militaires concertées.<sup>1071</sup> Et justement, au sein de l'État islamique par exemple, « *toutes les recrues bénéficient d'une formation militaire initiale de six semaines*<sup>1072</sup>, *dispensée dans un camp syrien. [...] À l'issue [...], les recrues peuvent poursuivre [...] une spécialisation pour devenir tireur d'élite, artificier...* ». <sup>1073</sup> Cette formation est parfois caractérisée d'« *entraînement militaire de niveau professionnel [...] qui ne peut se comparer qu'avec la situation en Bosnie lors de la guerre de Yougoslavie* ». <sup>1074</sup> Or, cette guerre a justement conduit aux jurisprudences

---

<sup>1068</sup> Voir notamment Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015, p. 31 ; Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>1069</sup> Sur le faisceau d'indices, voir *supra*, pp. 158-159.

<sup>1070</sup> Pour les éléments de preuve concernant les entraînements et les formations dispensés au sein desdits groupes : Tribunal correctionnel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, 11.02.2015, feuillets 43 et 45 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015, pp. 66, 107, 116 et 126 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, Jugement, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillet 50 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 27.01.2016, feuillet 37 ; Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, p. 48 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Affaire Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.01.2016, feuillet 97.

<sup>1071</sup> TPIY, *Le Procureur c. R. Haradinaj, I. Balaj et L. Brahimaj*, Affaire n°IT-04-84-T, *op. cit.*, par. 60.

<sup>1072</sup> À titre anecdotique, les réservistes français intègrent les forces armées françaises après seulement une dizaine de jours de formation.

<sup>1073</sup> ARIF (K.), *Rapport d'information sur les moyens de Daech*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>1074</sup> Rapport sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, Sénat, République Française, n°9, session ordinaire 2014-2015, 09.10.2014, p. 13.

internationales du TPIY et notamment à l'élaboration du faisceau d'indices dont il est ici question.

Ensuite, la question de la capacité des groupes à recruter aurait également dû être prise en compte.<sup>1075</sup> La Cour d'appel d'Anvers avait d'ailleurs noté que Majlis Shura al Mujahidin était passé de quelques dizaines à une centaine de combattants, sans pour autant utiliser ces informations pour l'évaluation de l'applicabilité du droit international humanitaire.<sup>1076</sup> À savoir qu'il s'agit d'un sous-groupe de l'État islamique, qu'il faut donc évaluer cette évolution eu égard au recrutement de celui-ci également : « environ 1000 combattants par mois parmi les populations locales », plus « 400 recrues étrangères », en début d'année 2016.<sup>1077</sup> C'est-à-dire entre 20.000 et 35.000 membres, dont 12.000 étrangers, ces « effectifs opérationnels [s'apparentant] « à ceux d'une unité motorisée d'infanterie » » de l'armée française.<sup>1078</sup> De son côté, Jabhat al-Nusra aurait au moins 2.000 à 3.000 « combattants étrangers »,<sup>1079</sup> pour un total d'environ 5.000 à 10.000 membres.<sup>1080</sup> Or ceci n'a pas été pris en compte pour évaluer l'applicabilité du droit des conflits armés.

Il aurait également été opportun de s'intéresser à la capacité des groupes à assurer un contrôle territorial.<sup>1081</sup> Expressément mentionné dans le faisceau d'indices du TPIY, cet élément n'est absolument pas étudié dans les jurisprudences belges, bien qu'une allusion soit faite à la ville de Kafr Hamra, car « cette localité a servi de base semi-permanente à un nombre important de volontaires/combattants belges ».<sup>1082</sup> Finalement, ces groupes « clandestins et déstructurés » sont tout de même capables de contrôler des villes et d'en faire des lieux essentiels de transit de combattants. De plus, cette analyse aurait pu être complétée

---

<sup>1075</sup> TPIY, *Le Procureur c. R. Haradinaj, I. Balaj et L. Brahimaj*, Affaire n°IT-04-84-T, *op. cit.*, par. 60 ; TPIY, *Le Procureur c. L. Boskoski et J. Tarčulovski*, Affaire n°IT-04-82-T, *op. cit.*, par. 268, 284-285, 288-289.

<sup>1076</sup> Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>1077</sup> ARIF (K.), *Rapport d'information sur les moyens de Daech*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>1078</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>1079</sup> *Idem.*

<sup>1080</sup> PHILLIPS (C.), « Guerre civile en Syrie : la diversité de l'opposition au régime syrien », *Institut Européen de la Méditerranée*, 2013, p. 29.

<sup>1081</sup> TPIY, *Le Procureur c. R. Haradinaj, I. Balaj et L. Brahimaj*, Affaire n°IT-04-84-T, *op. cit.*, par. 60 ; TPIY, *Le Procureur c. L. Boskoski et J. Tarčulovski*, Affaire n°IT-04-82-T, *op. cit.*, par. 268, 284-285, 288-289.

<sup>1082</sup> Tribunal de première instance de Bruxelles, Jugement, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillet 53.



par des informations extérieures. Par exemple, un rapport des Nations unies<sup>1083</sup> met en lumière la capacité de l'EI et de Jabhat al-Nusra à contrôler et administrer de vastes zones.<sup>1084</sup> En effet, l'État islamique a contrôlé jusqu'à 78.000 km<sup>2</sup> de territoire syrien et irakien, soit environ 5 à 8 millions d'habitants.<sup>1085</sup> Comment un groupe désorganisé et clandestin, dont personne ne connaît l'identité des membres et où ces derniers agissent comme bon leur semble, pourrait assurer son emprise sur un tel territoire et une population si importante, tout en résistant aux forces armées de la « *coalition internationale [...] constituée par 22 pays arabes et occidentaux sous l'égide des États-Unis* », d'une autre « *coalition de 41 pays majoritairement musulmans* », de l'Irak, de la Syrie et de la Russie ?<sup>1086</sup>

Cette capacité de contrôle territorial aurait dû être complétée par l'analyse de la capacité à élaborer une stratégie militaire efficace, leur permettant de conserver le contrôle sur des zones géographiques importantes durant plusieurs années.<sup>1087</sup> En effet, les « *combattants de Daech utilisent des tactiques, des techniques et des procédures professionnelles, transmises par les anciens cadres de l'armée irakienne, [...]. Cette maîtrise [...] rendant [...] toute reconquête plus difficile. Ces méthodes et techniques sont diffusées et partagées entre les wilayas* ». <sup>1088</sup> Leur mainmise sur des parties de territoire échappant complètement au contrôle des autorités souveraines est si importante, que cela inquiète les Nations unies.<sup>1089</sup>

Pour terminer, le cas de la capacité d'un groupe à communiquer et à s'exprimer d'une seule voix sur ses projets, ses intentions, ses capacités et ses actions, est également

---

<sup>1083</sup> Rapport A/HRC/24/46, « *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne* », *op. cit.*, p. 6, par. 33.

<sup>1084</sup> Voir à ce propos l'analyse de la qualification du conflit syrien dans KOUTROULIS (V.), « *The fight against the Islamic State and Jus in Bello* », *op. cit.*, p. 835.

<sup>1085</sup> ARIF (K.), *Rapport d'information sur les moyens de Daech*, *op. cit.*, p. 70 ; sur la capacité de contrôle du territoire, voir également : Letter dated 25 June 2014 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed to the Secretary-General, United Nations, Security Council, Document S/2014/440, 25.06.2014, pp. 2-3.

<sup>1086</sup> ARIF (K.), *Rapport d'information sur les moyens de Daech*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>1087</sup> TPIY, *Le Procureur c. R. Haradinaj, I. Balaj et L. Brahimaj*, Affaire n°IT-04-84-T, *op. cit.*, par. 60 ; TPIY, *Le Procureur c. L. Boskoski et J. Tarčulovski*, Affaire n°IT-04-82-T, *op. cit.*, par. 268, 284-285, 288-289.

<sup>1088</sup> ARIF (K.), *Rapport d'information sur les moyens de Daech*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>1089</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule, p. 2.

intéressant.<sup>1090</sup> La jurisprudence belge elle-même a relevé que cette capacité était un indice utile.<sup>1091</sup> Malgré cela, elle ne l'évalue pas pour lesdits groupes. Bien qu'elle note ensuite, pour qualifier les groupes de terroristes, qu'ils font effectivement des communiqués officiels, attestant notamment d'une capacité à parler d'une seule voix.<sup>1092</sup>

D'autres éléments auraient pu être pris en compte pour évaluer les groupes au regard du faisceau d'indices plus complet développé par la jurisprudence internationale.<sup>1093</sup> Toutefois, face à l'analyse qui vient d'être faite de l'argumentaire belge, ainsi que des lacunes précédemment soulevées, il est déjà possible de penser que les conclusions sont erronées. En ne s'arrêtant que sur l'absence de hiérarchie avec des grades officiels et un « *haut commandement* »<sup>1094</sup>, les tribunaux belges n'ont pas procédé avec diligence à l'analyse complète et nécessaire de l'ensemble des indices disponibles.

Finalement, le propos ici n'est pas nécessairement de conclure que les groupes en question étaient avec certitude des forces armées organisées parties à un conflit armé. Il doit néanmoins être relevé que l'analyse jurisprudentielle est trop parcellaire. Un nombre important d'indices utiles a été ignoré. Cela pourrait résulter d'oublis ou d'un manque d'accès à l'information. Toutefois, cette réalité s'inscrit en parallèle de refus d'utiliser à cette fin des informations pourtant retenues ensuite pour condamner les prévenus pour terrorisme.

---

<sup>1090</sup> TPIY, *Le Procureur c. R. Haradinaj, I. Balaj et L. Brahimaj*, Affaire n°IT-04-84-T, *op. cit.*, par. 60 ; TPIY, *Le Procureur c. L. Boskoski et J. Tarčulovski*, Affaire n°IT-04-82-T, *op. cit.*, par. 268, 284-285, 288-289.

<sup>1091</sup> Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015, p. 30.

<sup>1092</sup> *Ibid.*, p. 134 ; Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>1093</sup> Voir par exemple sur la capacité d'acquisition d'armements militaires de l'EI, dans ARIF (K.), *Rapport d'information sur les moyens de Daech*, *op. cit.*, pp. 48-49 :

« en mai 2016, on estimait [à] au moins 60 000 fusils d'assaut : [...] des M16 d'origine américaine, des AKM 7.62 fabriqués en URSS [60s-70s], des M80 d'origine chinoise, un fusil croate de sniper de type EM-992 ainsi que des armes de poing semi-automatiques de type Browning ou Glock d'origine belge ou croate. [Des] moyens antichars avec des centaines de lance-roquettes [...] et plusieurs dizaines de missiles [...] ; [des] lance-roquettes de modèle M79 90 mm d'origine yougoslave (modèle proche du lance-roquettes antichar de 89 mm modèle F1 français) ; des systèmes antichars Kornet d'origine russe [...] 100 blindés légers, moins de 40 chars de combat, moins de 40 pièces d'artillerie lourde et moins de 100 mortiers avec des mortiers de calibre de 120 mm ou des canons de 23 millimètres antiaériens [...]. Daech aurait également en sa possession des chars de combat T-55 (soviétique) ou de type T-72 (char russe produit à partir de 1994). En outre, Daech posséderait entre 3 000 et 5 000 véhicules tout terrain et un peu moins de 1 000 camions de transport ».

Finalement les capacités suivantes sont totalement passées sous silence alors qu'elles sont des indices centraux dans l'évaluation de l'organisation d'un groupe armé : - à communiquer et s'exprimer d'une seule voix ; - à acquérir des armes de guerre en grande quantité ; - à offrir une formation militaire ; - à recruter de nombreux nouveaux membres ; - à mettre en place de véritables stratégies militaires.

<sup>1094</sup> Tribunal correctionnel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, feuillets 35-36 ; Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, pp. 57-58.

Ce travail, contestable en droit, implique en outre des conclusions surprenantes : est-il réellement concevable de soutenir que l'État islamique et Jabhat al-Nusra ne sont pas des groupes armés parties à un conflit armé ?<sup>1095</sup> Ceci est d'autant plus équivoque qu'il faut lire les erreurs juridiques précitées à la lumière d'une terminologie dans ces décisions particulièrement connotées et empreintes de considérations idéologiques ; terminologie attestant inévitablement d'une place centrale accordée à des considérations liées à la lutte contre le terrorisme et à la théorie de la guerre juste dans l'évaluation des critères du droit international humanitaire face au phénomène des « combattants étrangers ».

**b. Les marqueurs de la théorie de la guerre juste à travers la terminologie et la décision isolée sur le groupe armé du Parti des travailleurs du Kurdistan**

En pratique, l'argumentaire est particulièrement problématique, et semble démontrer l'influence de la théorie de la guerre juste, parce que ses lacunes sont ponctuées par une terminologie influencée par des considérations idéologiques (i) qui semblent confirmées par la décision concernant le PKK (ii)

**i) Les marques directes de la théorie de la guerre juste à travers la terminologie idéologique employée dans les argumentaires**

Au regard de la construction terminologique des décisions sur l'État islamique, Jabhat al-Nusra, Majlis Shura al-Mujahidin et Katiba al-Mujahidin, le refus de leur reconnaître une organisation suffisante pourrait s'expliquer<sup>1096</sup> par le constat qu'ils ne combattraient pas du bon côté, pour une cause légitime.<sup>1097</sup>

La place centrale de l'idéologie dans le raisonnement en cause tient en premier lieu au vocable employé pour contextualiser les violences. La terminologie choisie atteste d'une

---

<sup>1095</sup> Voir notamment : BARTELS (R.), « When Do Terrorist Organisations Qualify as Parties to an Armed Conflict under International Humanitarian Law », *op. cit.*, pp. 478-479 ; KOUTROULIS (V.), « The fight against the Islamic State and Jus in Bello », *op. cit.*

<sup>1096</sup> Il faut insister qu'il n'est pas ici affirmé que les juges ont été consciemment ou volontairement partiaux.

<sup>1097</sup> BARTELS (R.), « When Do Terrorist Organisations Qualify as Parties to an Armed Conflict under International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 478 ; Van STEENBERGHE (R.), « Droit international humanitaire et Législation belge antiterroriste : L'article 141bis du Code pénal dans les dossiers syriens et kurdes », *op. cit.*, pp. 284-285.

analyse largement influencée par le discours profondément antiterroriste actuel, marqué par la nécessité du XXI<sup>ème</sup> siècle de lutter fermement et sans équivoque contre le radicalisme et le fondamentalisme islamiste. De fait, lors de la contextualisation afin d'évaluer les critères du droit international humanitaire, chaque analyse est toujours accompagnée d'adjectifs pour criminaliser, délégitimer et décrédibiliser les causes poursuivies par les groupes en question.<sup>1098</sup> Or, ce processus pourrait expliquer en partie pourquoi, malgré de nombreux indices favorables à une reconnaissance de la qualité de groupe armé organisé, il en a été décidé autrement. Ainsi, lors de l'évaluation de l'applicabilité du droit des conflits armés, les enjeux politiques, religieux, ethniques ou culturels ne doivent en principe pas entrer en ligne de compte. Pourtant, tout au long des raisonnements, il est rappelé : que les groupes des prévenus sont impliqués dans une « rébellion à caractère djihadiste » en marge d'une contestation « laïque » ou modérée<sup>1099</sup> ; qu'il s'agit de groupes internationalement qualifiés de terroristes<sup>1100</sup> ; qu'il est triste et « révélateur » de constater que les prévenus n'ont pas rejoint l'Armée syrienne libre qui, elle, se bat contre la tyrannie<sup>1101</sup> ; que par contre ils ont tous rejoint des « groupements salafistes djihadistes » tous terroristes<sup>1102</sup> ; que l'intention « n'était pas de se rendre en Syrie pour y combattre un régime sanguinaire et y restaurer les libertés publiques, mais pour s'y livrer au djihad dans des groupes terroristes afin d'imposer par la force et la terreur un régime salafiste sunnite régi par la charia »<sup>1103</sup> ; que leur ennemi n'est pas « un opposant "classique" » mais « le "chiite" ou le "kouffar" »<sup>1104</sup> ; ou encore que

---

<sup>1098</sup> À juste titre ou non, là n'est pas le propos.

<sup>1099</sup> Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015, p. 26 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, Jugement, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillets 6-7.

<sup>1100</sup> *Ibid.*, pp. 27-28 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, Jugement, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillet 8.

<sup>1101</sup> *Ibid.*, pp. 28-29 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, Jugement, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillets 8-9.

<sup>1102</sup> Il faut par ailleurs noter qu'à ce stade des décisions, la preuve du caractère terroriste de ces groupes n'a pourtant pas encore été faite, mais cela n'empêche pas les juges de les présenter ainsi ; voir notamment Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015, p. 28 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, Jugement, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillet 9 ; Cour d'Appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>1103</sup> Tribunal correctionnel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, feuillets 36-37 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015, p. 28 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, Jugement, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillet 9 ; Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>1104</sup> *Ibid.*, feuillet 37 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015, p. 28 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, Jugement, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillet 9 ; Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, p. 56.

les groupes s'occupent « *uniquement de la lutte contre les incroyants* », non « *d'actions militaires* », et emploient des méthodes et moyens terroristes<sup>1105</sup>. Tant de considérations qui n'ont pas lieu d'être en matière d'analyse d'applicabilité du *Ius in bello*<sup>1106</sup>, et qui pourtant sont présentes dans toute cette analyse jurisprudentielle. Il y aurait donc en Syrie, d'un côté, l'Armée syrienne libre impliquée dans une rébellion modérée pour renverser la tyrannie, et de l'autre, les groupes terroristes criminels et fanatiques impliqués dans un djihad violent.

En second lieu, après une contextualisation quelque peu subjective déjà empreinte d'appréciations idéologiques des combats desdits groupes, l'introduction du paragraphe « *3/ Application en l'espèce* » est particulièrement révélatrice de la place de l'idéologie dans le raisonnement qui va suivre. Alors que doivent être mis en œuvre les seuls critères du droit international humanitaire, il est de nouveau affirmé que

« les groupes rejoints [...] sont ou ont été affiliés à Al-Qaïda, prônent l'instauration d'un État islamique, régit par la sharia, sur le territoire de différents états et n'hésitent pas, pour ce faire, à commettre des attentats suicides, des enlèvements avec demande de rançon... ».<sup>1107</sup>

Cette affirmation, formulée alors que devaient être appliqués en l'espèce les critères du droit des conflits armés, au sein desquels ne sont pas censées entrer en considération ces informations, apparaît comme un rappel que, malgré le principe de l'objectivité des critères du *Ius in bello*, il ne faudrait surtout pas oublier ce que sont idéologiquement ces groupes. De fait, quand bien même les critères d'organisation, et un nombre important d'éléments du faisceau d'indices seraient respectés, il est rappelé que

« les faits, commis par [ces groupes] ne peuvent, en aucun cas, être considérés comme des actes des forces/groupes armés organisés dans un conflit armé »<sup>1108</sup>.

Par conséquent, l'analyse semble être fondée, en réalité, sur la nature des méthodes et moyens « terroristes » employés pour accomplir un but « terroriste », plus que sur les

---

<sup>1105</sup> Tribunal correctionnel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, feuillets 35-36 ; Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>1106</sup> Voir *supra*, pp. 309-311.

<sup>1107</sup> Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015, p. 32 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, Jugement, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillet 13.

<sup>1108</sup> Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, p. 56.

critères du DIH – dont les analyses sont par ailleurs largement problématiques. Or, précisément, le but terroriste ainsi que les méthodes et moyens sont en principe spécifiquement écartés du contrôle d'applicabilité du droit des conflits armés.<sup>1109</sup> De plus, il est essentiel de rappeler que l'article 141*bis* du Code pénal belge, en jeu ici et matérialisant l'application du principe de la *lex specialis*, est justement prévu pour déterminer lequel, du droit international humanitaire ou du droit antiterroriste, doit être appliqué pour procéder à la qualification des actes en cause. Or il apparaît ici que le raisonnement est inversé : les groupes et leurs actes sont déjà présentés comme terroristes, au regard de la lutte internationale contre le terrorisme, et cela sert à écarter l'application du *Ius in bello*.

Cette problématique dans l'analyse des critères du DIH trouve de plus écho dans le déséquilibre du travail effectué pour évaluer les entités au regard des notions de groupe armé organisé d'un côté, et de groupe terroriste de l'autre. Une petite dizaine de pages pour la première, contre une centaine pour la seconde. Qui plus est, il faut mettre ceci en perspective du constat que certaines informations, qui ont servi à prouver les actes terroristes en vertu du droit antiterroriste, ont été écartées ou présentées comme absentes lorsque l'analyse concernait le droit des conflits armés. De fait, lorsque des informations sont disponibles pour poursuivre des individus en vertu d'un *corpus*, ces mêmes informations ne peuvent être inexistantes lorsqu'il s'agit d'appliquer l'autre règlement.

Enfin, il ne ferait aucun doute à travers ces décisions que ces groupes sont des entités terroristes et non des forces armées parce qu'ils violent le DIH qu'ils ne veulent pas respecter. Pourtant, des groupes labellisés terroristes se sont déjà vu reconnaître cette qualité par le passé. Il est d'autant plus intéressant de faire cette observation que le groupe qu'utilise la jurisprudence belge, pour écarter l'application du *Ius in bello* au profit d'entités labellisées « terroristes », s'est précisément déjà vu reconnaître la qualité de groupe armé organisé. Ainsi, être un groupe affilié à Al Qaida impliquerait nécessairement d'être qualifié de

---

<sup>1109</sup> CICR, 31ème Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Document 31IC/11/5.1.2, *op. cit.*, p. 11 ; WÉRY (M.), « La jurisprudence relative à la clause d'exclusion prévue à l'article 141bis du Code pénal : la difficile application du droit international humanitaire par les cours et tribunaux belges », *op. cit.*, p. 12 ; BARTELS (R.), « When Do Terrorist Organisations Qualify as Parties to an Armed Conflict under International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 456.

« *groupement à caractère terroriste et non de force armée* ». <sup>1110</sup> Or, le cas d'Al Qaida a justement été utilisé par le TPIY pour démontrer que le caractère terroriste des actes commis par un groupe ne disqualifiait pas ce dernier de la qualité de force armée partie à un conflit. Il a de fait été relevé « *que les États-Unis étaient en conflit armé avec le groupe non étatique connu sous le nom d'Al-Qaida* » <sup>1111</sup> ; reconnaissant ainsi à ce groupe la qualité de force armée partie au conflit afghan. <sup>1112</sup> Il semble pourtant difficile de soutenir que ce dernier n'est pas en parallèle un groupe dit « terroriste ». Pareillement, le TPIY a relevé qu'au moins neuf arrêts de la Cour suprême israélienne <sup>1113</sup> avaient reconnu la qualité de partie à un conflit armé à des « *"organisation terroristes palestiniennes" depuis la première intifada [...]. La Cour [remarquant qu'] à l'heure actuelle, une organisation terroriste peut disposer de moyens militaires considérables. Parfois [...] plus importants qu'un État.* » <sup>1114</sup> Sur ce sujet, le rapport de la Commission d'enquête sur le Liban de 2006 soutient que le Hezbollah est un groupe armé non étatique partie à un conflit armé contre Israël et que le fait que les autorités le qualifient de terroriste n'a aucune incidence. <sup>1115</sup> Enfin, il faut relever que la Cour pénale internationale a reconnu la qualité de groupe armé organisé à Al-Qaida au Maghreb Islamique. <sup>1116</sup>

---

<sup>1110</sup> Tribunal de première instance de Bruxelles, Jugement, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillet 13.

<sup>1111</sup> TPIY, *Le Procureur c. L. Boskoski et J. Tarčulovski*, Affaire n°IT-04-82-T, *op. cit.*, para. 182 et 188.

<sup>1112</sup> Cour Suprême des États Unis, *Salim Ahmed Hamdan c. Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, Arrêt, Affaire 126 S.Ct.2749, 29.06.2006, pp. 66-68.

<sup>1113</sup> TPIY, *Le Procureur c. L. Boskoski et J. Tarčulovski*, Affaire n°IT-04-82-T, *op. cit.*, par. 189 ; voir plus précisément la note 767 où il est notamment fait référence aux arrêts suivants : *Ajuri v. IDF Commander*, HCJ 7015/02 ; HCJ 7019/02, Israël, Cour suprême, Arrêt du 3 septembre 2002 ; *The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al.*, Israël, Cour suprême, arrêt du 14.12.2006, HCJ 769/02, par. 16 ; *El Saka v. The State of Israel* (non publié), HCJ 9255/00 ; *Kn'aan v. The Commander of IDF Forces in the Judea and Samaria Area* (non publié), HCJ 2461/01 ; *Barake v. The Minister of Defence*, 56(2) PD, HCJ 9293/01 ; *Almandi v. The Minister of Defence*, 56(3) PD 30, HCJ 3451/02 ; *Ibrahim v. The Commander of IDF Forces in the West Bank* (non publié), HCJ 8172/02 ; *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HJC 7957/04."

<sup>1114</sup> TPIY, *Le Procureur c. L. Boskoski et J. Tarčulovski*, Affaire n°IT-04-82-T, *op. cit.*, par. 189.

<sup>1115</sup> Report A/HRC/3/2, « *Report of the Commission of Inquiry on Lebanon pursuant to Human Rights Council resolution S-2/1* », Human Rights Council, General Assembly, 23.11.2006, para. 8, 9, 57 et 62.

<sup>1116</sup> CPI, *Le Procureur c. Al Hassan*, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Chambre préliminaire I, Affaire n°ICC-01/12-01/18, 13.11.2019, para. 208-214 et 227.

Finalement, l'impact de considérations idéologiques liées à la théorie de la guerre juste dans le contrôle d'applicabilité du DIH à ces groupes trouve son paroxysme à travers la jurisprudence sur le PKK.

ii) La présence de la théorie de la guerre juste illustrée par la jurisprudence contradictoire sur le Partiya Karkerên Kurdistan

En 2016, la justice belge a rendu une décision dans laquelle l'article 141*bis* a été appliqué au PKK, le Parti des travailleurs du Kurdistan. Les membres d'une cellule belge de ce groupe étaient alors poursuivis pour terrorisme et participation aux activités d'un groupe terroriste ; notamment pour avoir recruté et entraîné des mineurs au combat.<sup>1117</sup> Les arguments et le raisonnement du Tribunal sont alors particulièrement évocateurs concernant les éventuels risques d'un retour à la théorie de la guerre juste, en ce qu'ils sont en contradiction directe avec les jurisprudences précédentes.

Dans cette affaire, l'historique du mouvement est retracé pour constater son organisation en deux branches : une militaire et une politique.<sup>1118</sup> Son objectif, à travers la violence, et notamment le terrorisme<sup>1119</sup>, est l'obtention de l'autonomie pour la communauté kurde.<sup>1120</sup> L'analyse du groupe n'est donc pas restreinte à ses actes terroristes, mais également à ses revendications politiques, et à ses organes. Il est ainsi possible de constater l'ampleur et l'importance de sa lutte ; ceci permettant de différencier le terrorisme de la simple criminalité organisée.<sup>1121</sup> Or, ce travail n'a pas été fait pour les groupes des décisions précédentes ; pourtant des éléments similaires auraient été constatés. Par exemple, il est noté que le PKK a pour objectif d'établir un État indépendant, ce qui est également le but de l'État islamique mais qui n'avait pas été relevé.<sup>1122</sup>

---

<sup>1117</sup> Tribunal de première instance de Bruxelles, *Affaire PKK*, *op. cit.*

<sup>1118</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>1119</sup> PICARD (E.), « Les Kurdes et l'autodétermination. Une problématique légitime à l'épreuve de dynamiques sociales », *Revue française de science politique*, Vol. 49, N°3, 1999, p. 428.

<sup>1120</sup> *Idem.*

<sup>1121</sup> BOVENKERK (F.) et ABOU CHAKRA (B.), « Terrorisme et criminalité organisée », *Forum sur le crime et la société*, Vol. 4, N°1-2, 2004, pp. 3-18.

<sup>1122</sup> BARTELS (R.), « When Do Terrorist Organisations Qualify as Parties to an Armed Conflict under International Humanitarian Law », *op. cit.*, pp. 481-482 : cependant le projet politique du PKK n'aurait pas non



Contrairement aux décisions précédentes, l'évaluation de l'existence d'un conflit n'est ici pas limitée au territoire de la Turquie, mais étendue au territoire belge et au territoire irakien.<sup>1123</sup> Effectivement, cette affaire concernant une cellule belge – comme *Sharia4Belgium* des affaires précédentes – les juges avaient, à juste titre, estimé nécessaire d'évaluer la potentielle existence d'un conflit armé sur le territoire belge dans le contrôle d'applicabilité de l'article 141*bis*. Or, ce même travail a été rejeté dans les décisions qui concernaient l'État islamique et Jabhat al-Nusra en notant de manière expéditive qu'il n'y avait tout simplement pas de conflit armé sur le territoire belge<sup>1124</sup>, que ceci n'était tout bonnement « *pas contestable* »<sup>1125</sup> et que l'analyser n'était pas nécessaire. Or, l'existence d'un conflit armé ne se conclut que d'une observation factuelle des critères objectifs préétablis<sup>1126</sup> qui n'ont ici jamais été en œuvre. Ceci est dès lors problématique, puisque certains prévenus revendiquaient justement qu'ils appartenaient à des branches de forces armées parties aux conflits syrien et irakien s'étendant à la Belgique.<sup>1127</sup>

En plus de constater l'existence d'une structure de commandement, le tribunal note le nombre important d'affrontements ainsi que l'utilisation d'armes lourdes ; sont par exemple notées l'utilisation d'armes anti-aériennes et des attaques d'artilleries.<sup>1128</sup> Cela correspond effectivement aux critères relatifs au faisceau d'indices et pourtant, encore une fois, cela n'a pas été contrôlé pour les groupes comme l'EI.

Enfin, le tribunal soutient l'importance de s'informer auprès d'organismes faisant autorité dans le processus de qualification d'un conflit armé. Il note ainsi l'intérêt du CICR

---

plus dû entrer en ligne de compte dans le contrôle d'applicabilité du DIH comme l'auteur le note à cette référence.

<sup>1123</sup> Tribunal de première instance de Bruxelles, *Affaire PKK*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>1124</sup> Tribunal correctionnel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, feuillet 32 ; Affirmation confirmée en appel, voir Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>1125</sup> Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015, p. 34 ; Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 27.01.2016, feuillet 9.

<sup>1126</sup> Voir *supra*, pp. 17-18.

<sup>1127</sup> Dans l'Affaire *Sharia4Belgium* notamment, ses membres revendiquent qu'ils constituent une cellule de l'État islamique, une force armée partie à un conflit armé, et dont certains actes présumés terroristes ont été commis sur le territoire belge comme prolongation des conflits syrien et irakien. S'il n'est pas affirmé ici que ceci est fondé, il faut toutefois soutenir que les tribunaux auraient dû objectivement évaluer cette affirmation.

<sup>1128</sup> Tribunal de première instance de Bruxelles, *Affaire PKK*, *op. cit.*, p. 11.

pour les affrontements du PKK contre l'armée turque, que le Comité qualifie de conflit armé.<sup>1129</sup> Ce qui n'a pas été fait pour les conflits armés en Irak et en Syrie.

Ces éléments mettent donc en lumière un travail complet de contextualisation et de qualification de la situation juridique du PKK. Un travail en conformité avec l'ensemble du DIH. Pourquoi alors le même travail n'a pas été effectué pour les groupes État islamique et Jabhat al-Nusra ? Une trace de réponse semble apparaître à la lecture de deux derniers arguments centraux, et faisant la différence entre le PKK et les autres groupes.

D'une part, le tribunal affirme que l'inscription du PKK sur les listes des groupes terroristes ne doit pas être prise en compte. En effet, il note que ces listes restent subjectives dans leur composition, tous les États n'étant pas d'accord pour qualifier de « terroristes » tous les groupes s'y trouvant.<sup>1130</sup> Cette remarque est alors intéressante et surprenante, puisque l'un des arguments concernant la qualification de l'État islamique et Jabhat al-Nusra avait justement été d'utiliser leur inscription sur les listes internationales des groupes terroristes.<sup>1131</sup> La subjectivité du qualificatif n'avait alors pas été critiquée cette fois-ci. Pourtant, le TPIY et la Cour de Justice de l'Union européenne ont tous deux eu l'occasion de rappeler que ces listes des entités terroristes avaient effectivement une valeur uniquement politique<sup>1132</sup> qui n'entraînait pas comme conséquence l'impossibilité qu'un acte terroriste au sens du droit de l'UE constitue également un acte de force armée partie à un conflit armé.<sup>1133</sup> Ainsi,

« the fact that an armed group is designated as a terrorist organisation, often for political reasons, does not preclude this entity from at the same time constituting a party to an armed conflict; and have rights and obligations as such. »<sup>1134</sup>

---

<sup>1129</sup> Tribunal de première instance de Bruxelles, *Affaire PKK*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>1130</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>1131</sup> Voir notamment Tribunal de Première Instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, *op. cit.*, 29.07.2015, p. 27 ; Tribunal de Première Instance de Bruxelles, Jugement, *op. cit.*, 06.11.2015, feuillet 8.

<sup>1132</sup> TPIY, *Le Procureur c. L. Boskoski et J. Tarčulovski*, Affaire n°IT-04-82-T, *op. cit.*, par. 192.

<sup>1133</sup> CJUE, *A, B, C et D contre Minister van Buitenlandse Zaken*, Affaire C-158/14, *op. cit.*, para. 96-98 ; WÉRY (M.), « La jurisprudence relative à la clause d'exclusion prévue à l'article 141bis du Code pénal : la difficile application du droit international humanitaire par les cours et tribunaux belges », *op. cit.*, pp. 18-19.

<sup>1134</sup> BARTELS (R.), « When Do Terrorist Organisations Qualify as Parties to an Armed Conflict under International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 483.

Ceci se justifie par le fait que

« tout groupe armé est [...] généralement considéré comme terroriste par certains États – au moins celui contre lequel il lutte. Tenir compte du fait qu'un groupe figure sur une liste de ce type pour envisager la mise en œuvre de l'article 141bis conduit donc presque inmanquablement à écarter son applicabilité. »<sup>1135</sup>

D'autre part, le second argument essentiel pour justifier la qualité de groupe organisé du PKK est certainement que, comme le note le tribunal, il joue un rôle central incontestable dans la lutte contre l'État islamique.<sup>1136</sup> Le PKK est donc l'allié de la coalition internationale dont fait partie la Belgique ; du moins, le PKK et la Belgique ont le même ennemi.

En résumé, les groupes État islamique, Jabhat al-Nusra, Majlis Shura al-Mujahidin et Katiba al Mujahidin ne peuvent obtenir la qualité de force armée, car ils sont inscrits sur les listes des groupes terroristes, parce qu'ils sont nécessairement clandestins et déstructurés, qu'ils violent les droits de l'homme et le DIH qu'ils n'ont donc pas la capacité de respecter, et qu'ils ne combattent pas contre un régime sanguinaire pour restaurer les libertés publiques, mais pour le djihad au nom du salafisme. À l'opposé, le PKK est un groupe armé organisé, malgré le fait que pour la « *Turquie, Daech est désormais présenté comme une menace terroriste de même niveau que le PKK* », et que Jabhat al-Nusra semble « *bénéficiaire d'une certaine indifférence voire d'une relative bienveillance* »<sup>1137</sup> par ce même État. D'ailleurs, l'Union européenne a inscrit le PKK sur ses listes des groupes terroristes<sup>1138</sup>, mais cela semble sans incidence. En effet, pour le tribunal cette inscription subjective, tout comme la notion de terrorisme, est sans conséquence sur la possibilité pour un groupe, du moins pour le Parti des travailleurs Kurdes, d'obtenir la qualité de partie suffisamment organisée à un conflit armé. Quand bien même les kurdes sont également responsables d'exactions

---

<sup>1135</sup> WÉRY (M.), « La jurisprudence relative à la clause d'exclusion prévue à l'article 141bis du Code pénal : la difficile application du droit international humanitaire par les cours et tribunaux belges », *op. cit.*, p. 19.

<sup>1136</sup> Tribunal de première instance de Bruxelles, *Affaire PKK*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>1137</sup> ARIF (K.), *Rapport d'information sur les moyens de Daech*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>1138</sup> Voir Annexe, « 2. Groupes et entités », point 17, Décision du Conseil 2009/62/CE, Union Européenne, Journal officiel, 29.01.2009 ; voir également « Le PKK : quel terrorisme ? », *Club du millénaire et Institut de Relations Internationales et Stratégiques*, Avril 2013, 12 p.

contraires au DIH et aux Droits de l'homme<sup>1139</sup> ; ceci n'étant *a priori* plus une preuve de l'incapacité d'un groupe à respecter le *Ius in bello*, et donc à être suffisamment organisé pour constituer une partie au conflit armé. Il faut enfin relever qu'à l'inverse des décisions sur les autres groupes, le tribunal semble ici avoir fait preuve de plus de largesse dans l'interprétation et le contrôle de l'application de l'article 141*bis*, et donc du DIH, en ce qu'il conclut à son applicabilité alors qu'il n'a pas contrôlé deux des critères de la clause : - que l'individu soit effectivement membre d'une force armée belligérante ; - que l'activité en cause soit effectivement régie par le droit international humanitaire.<sup>1140</sup>

En conclusion, au regard de ce qui vient d'être exposé, il apparaît que le processus de qualification juridique des « combattants étrangers » est effectivement rendu problématique par l'influence des considérations subjectives liées à la lutte contre le terrorisme. Alors même qu'un régime d'exclusion du droit antiterroriste au profit du droit international humanitaire existait, il semble que la rhétorique de la « guerre contre le terrorisme » puisse impacter directement l'analyse juridique des actes des « combattants étrangers ». Ceux dont la cause est perçue, par une société à un instant donné, comme illégitime ne devraient pas être soumis au droit international humanitaire mais au droit antiterroriste. Ceci illustrant alors, comme il était annoncé, l'ouverture d'une brèche au profit d'une résurgence de la théorie de la guerre juste dans l'encadrement des acteurs des conflits armés. Or, cela apparaît problématique pour la clarté et la stabilité de l'encadrement des conflits armés impliquant des « combattants étrangers », puisque les décisions relatives notamment à l'État islamique signifient en pratique que dans les conflits où il est partie, le droit antiterroriste s'appliquera en plus du droit international humanitaire, et en contradiction avec celui-ci.

---

<sup>1139</sup> Rapport A/HRC/24/46, « Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne », *op. cit.*, p. 10 ; ABRAHAMS (F.) et al., *Under Kurdish Rule: Abuses in PYD-run Enclaves of Syria*, New York, Human Rights Watch, 2014 ; « Syrie : Des abus sont commis dans les enclaves sous contrôle kurde », *Human Rights Watch*, 19.06.2014 ; « Iraq: Armed Groups Using Child Soldiers », *Human Rights Watch*, 22.12.2016 ; « Double attentat meurtrier à Istanbul : la revendication kurde », *lesechos.fr*, 11.12.2016 ; « Turquie : un groupe radical kurde revendique le double attentat d'Istanbul », *France24*, 11.12.2016 ; « Le PKK revendique le meurtre de policiers turcs », *LeFigaro.fr*, 22.07.2015.

<sup>1140</sup> Van STEENBERGHE (R.), « Droit international humanitaire et Législation belge antiterroriste : L'article 141*bis* du Code pénal dans les dossiers syriens et kurdes », *op. cit.*, pp. 289 et 291.

**2. Les risques juridiques sur l'effectivité de l'encadrement des conflits armés impliquant des « combattants (terroristes) étrangers »**

En pratique, de telles décisions ont pour effet de maintenir les considérations liées à la lutte contre le terrorisme, et plus largement de maintenir l'application du droit antiterroriste en parallèle et au détriment de l'application du *Ius in bello*, à certains acteurs des conflits armés. Il s'agit donc d'une situation parfaitement contradictoire avec la solution préconisée en début de section. Ainsi, choisir de généraliser ces jurisprudences impliquerait pour ces acteurs que, alors que leurs entités constituent bien des parties belligérantes à un conflit, ils ne seraient pas soumis au droit international humanitaire mais plutôt au droit antiterroriste parce que leurs motivations et méthodes seraient terroristes et illégitimes. Or, en plus d'être contraire aux régimes d'exclusion lorsqu'ils existent et au principe de la *lex specialis* comme principe d'interprétation de normes contradictoires en droit international, cette solution présente d'importantes problématiques juridiques. D'une part, il faut relever des risques juridiques quant aux enjeux de clarté et de stabilité de l'encadrement des conflits armés impliquant des « combattants terroristes étrangers » alors soumis à un droit différent, malgré leur qualité de membre d'une force armée belligérante (a). D'autre part, c'est la pérennité du respect du *Ius in bello* par ces forces qui est remise en question lorsque leurs activités liées au conflit ne sont plus régies par ce *corpus* mais par le droit antiterroriste (b).

**a. Les conséquences juridiques sur la clarté et la stabilité de l'encadrement des conflits armés impliquant des « combattants terroristes étrangers » soumis à un droit différent**

Le risque d'une solution superposant le droit antiterroriste et le droit international humanitaire, plutôt que d'en reconnaître un prioritaire, est d'ébranler le cadre juridique actuel de l'encadrement des conflits armés. D'autant plus si ce sont des considérations inspirées de la théorie de la guerre qui servent de curseur pour moduler l'application concomitante des deux *corpus*. L'effective régulation juridique des violences des conflits armés serait particulièrement atteinte, au détriment aussi bien des victimes que des acteurs non étatiques comme étatiques. En effet, l'encadrement de chaque acte dépendrait alors à la fois de ce que chaque État définit individuellement comme une infraction terroriste, de ce qu'en disent les Conventions internationales sur le terrorisme et de ce que prévoit le *Ius in bello* pour ce même acte. Ceci résulte alors souvent en des situations de parfaite contradiction dans ce que

préconisent les *corpus*. Or, appliquer un droit différent en conflit armé lorsqu'il sera question de « combattants terroristes étrangers » remettrait en cause aussi bien les qualifications juridiques actuelles des actes bénéficiant aux victimes de ces conflits, que celles des actes de ces individus eux-mêmes et des actes réalisés contre eux. De plus, puisque les acteurs des conflits armés sont identifiés en fonction de la qualification de leurs actes au regard des deux *corpus*, d'importantes conséquences sur l'établissement de leurs statuts juridiques durant un conflit armé en découleront.

En ce sens, en appliquant le droit antiterroriste au lieu du *Ius in bello*, de nombreux actes autorisés en vertu de ce dernier dans le contexte particulier d'un conflit armé seraient désormais illicites ; les actes concernés étant aussi bien des actes de violence<sup>1141</sup> que des actes humanitaires<sup>1142</sup>. Sans priorité accordée au droit international humanitaire, ils seront alors, dans un conflit armé où les deux *corpus* sont appliqués en parallèle :

- illicites pour la partie belligérante qui considère ces actes comme étant régis par le droit antiterroriste car réalisés par des entités et individus menant une cause illégitime ;
- autorisés<sup>1143</sup> pour la partie belligérante qui considère ces actes comme déjà régis par le droit des conflits armés car les auteurs mèneraient une lutte légitime.

En conséquence, la qualification juridique d'un acte de ce conflit armé serait inévitablement soumise à des considérations subjectives découlant d'une lutte contre les « combattants terroristes étrangers » permettant l'intrusion du droit antiterroriste dans la réglementation des conflits.<sup>1144</sup> Or, la problématique n'est pas tant que des actes autrefois autorisés seront désormais interdits. Le résultat d'une telle approche serait en effet qu'au même moment, un même acte réalisé dans un même contexte sera illicite selon les uns et

---

<sup>1141</sup> Voir *supra*, pp. 258-287.

<sup>1142</sup> Voir *supra*, pp. 288-293.

<sup>1143</sup> Dans la mesure où ils respectent les prescriptions du DIH relatives à la conduite des hostilités et à l'impartialité et la neutralité des activités humanitaires.

<sup>1144</sup> Sur les enjeux de subjectivité, il faut renvoyer à l'analyse des conclusions de la jurisprudence belge sur le traitement des « combattants étrangers » et aux développements sur les enjeux de subjectivité de l'appellation terroriste, réciproquement : pp. 309-335 et pp. 93-106.

autorisé selon les autres. Ceci empêchant alors la constance, la clarté et l'unicité de l'encadrement des conflits armés. Il peut être de nouveau évoqué ici l'exemple de l'attaque d'une caserne militaire ne faisant aucune victime civile : le DIH l'autorise en tant que la caserne constituera un objectif militaire légitime, alors que le droit antiterroriste l'interdit.

Pour évoquer cette problématique de l'instabilité engendrée par la superposition des *corpus* dans l'encadrement des conflits armés, il paraît intéressant d'analyser ses conséquences sur la qualification des activités des forces armées luttant contre des groupes armés comptant dans leurs rangs des « combattants terroristes étrangers » et à l'encontre et au bénéfice desquels le droit international humanitaire serait écarté. Une telle superposition aurait par exemple des conséquences directes sur la qualification des attaques de la coalition internationale contre les groupes armés comptant des volontaires internationaux, comme l'EI et Jabhat al-Nusra en Syrie et en Irak.

En effet, le contexte juridique de conflit armé où les activités seraient régies par le DIH permet aux membres des forces armées étatiques de cette coalition de neutraliser et/ou détruire les combattants – au sens large – et les biens – constituant des objectifs militaires – de la partie adverse. Seul le *Ius in bello* permet de telles atteintes à des biens et à la vie des personnes, à travers et dans la mesure du respect des principes de distinction<sup>1145</sup>, de proportionnalité<sup>1146</sup> et de nécessité militaire<sup>1147</sup>. Alors, seuls les membres des forces armées et les civils participants aux hostilités peuvent être pris pour cible.<sup>1148</sup> Concernant cette dernière catégorie de civils particuliers, ils ne peuvent faire l'objet d'attaque que dans des conditions très limitées et uniquement durant leur stricte participation directe aux

---

<sup>1145</sup> En conflit international et non-international ; voir : Déclaration de Saint Petersburg, *op. cit.* ; Art. 25, Règlement de La Haye, *op. cit.* ; Arts. 48, 51 par. 2 et 52 par. 2, PA I, *op. cit.* ; Art. 13 par. 2 du PA II, *op. cit.* ; HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier, op. cit.*, pp. 3-10 ; DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés, op. cit.*, par. 2.9, p. 276.

<sup>1146</sup> Arts. 51 par. 5, b) et 57 PA I, *op. cit.* ; concernant les conflits armés non-internationaux, voir la valeur coutumière du principe de proportionnalité dans HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier, op. cit.*, p. 65.

<sup>1147</sup> Voir art. 35 PA I, *op. cit.* ; pour plus de détails sur la notion de nécessité militaire, voir PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, op. cit.*, par. 1389, p. 394.

<sup>1148</sup> Voir les précisions précédentes sur les trois principes et : DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés, op. cit.*, pp. 275 et suivantes ; HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier, op. cit.*, p. 27, règle coutumière n°6.

hostilités.<sup>1149</sup> Les autres individus, non membres d'une force armée ou qui ne participent pas directement aux hostilités, ne peuvent être attaqués. Or, la solution proposée notamment par la jurisprudence belge consiste, en vertu du droit antiterroriste, à refuser la qualité de membre d'une force armée partie à un conflit armé aux membres de l'EI et Jabhat al-Nusra. Dès lors, cette solution a pour conséquence de remettre directement en cause la légalité des bombardements massifs de ces entités conduits par la coalition internationale.<sup>1150</sup> En effet, seul le DIH autorise des attaques directes en conflit armé et seulement à l'encontre des individus qui ont la qualité de membres combattants d'une force armée. Cette qualité n'ayant pas été reconnue aux membres des groupes EI et Jabhat al-Nusra, seul le statut individuel de civil participant directement aux hostilités est encore applicable pour les cibler. Or, sous ce statut à la mise en œuvre très stricte, ne constituent par exemple plus des cibles légitimes les lieux de repos et de vie de ces individus, quand bien même tous ces individus auraient pu dans le passé participer à une attaque. De même, transporter des armes d'un point de stockage A au point de stockage B, sans les utiliser directement dans une opération militaire et sans se diriger vers le front, n'est pas constitutif d'une participation directe aux hostilités. Les attaquer ne pourra résulter que d'une analyse individuelle systématique de leur participation effective aux hostilités au moment de l'attaque. En ce sens, toutes les personnes ayant fait l'objet d'attaques par la coalition constituaient-elles bien des objectifs militaires légitimes du fait d'une participation individuelle directe aux hostilités ?<sup>1151</sup> Même en reconnaissant l'applicabilité du DIH au contexte général de conflit armé dans lequel ces personnes évoluent sans leur reconnaître la qualité de membre d'une force armée, prendre pour cible des individus lorsqu'ils ne participent pas directement aux hostilités est constitutif d'une

---

<sup>1149</sup> MELZER (N.), *Guide interprétatif sur la notion de Participation directe aux Hostilités en droit international humanitaire*, op. cit., pp. 48-67 et 68-71 ; DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, op. cit., pp. 285-286.

<sup>1150</sup> « Qui participe à la coalition contre l'Etat islamique ? », *LeMonde.fr*, 15.09.2014 ; SALLON (N.), « Les forces françaises ont tué au moins 2 500 djihadistes de l'EI en Irak et Syrie », *LeMonde.fr*, 13.12.2016 ; « Syrie : les frappes françaises ont tué 30 djihadistes de Daech », *LExpress.fr*, 30.09.2015 ; « Syrie : 100 combattants d'Al-Qaïda tués par un bombardement américain », *RTBFInfo*, 21.01.2017 ; « Six F16 belges s'envolent pour la Syrie et l'Irak avec plusieurs missions, dont "l'attaque de cibles qui appartiennent à Daesh" », *RTLINFO.be*, 27.06.2016.

<sup>1151</sup> Voir par exemple : SALLON (N.), « Les forces françaises ont tué au moins 2 500 djihadistes de l'EI en Irak et Syrie », op. cit. ; « Syrie : les frappes françaises ont tué 30 djihadistes de Daech », op. cit. ; « Syrie : 100 combattants d'Al-Qaïda tués par un bombardement américain », op. cit. ; « Six F16 belges s'envolent pour la Syrie et l'Irak avec plusieurs missions, dont "l'attaque de cibles qui appartiennent à Daesh" », op. cit.



exécution extrajudiciaire, ce qui est strictement interdit et constitue potentiellement un crime de guerre.<sup>1152</sup> En ce sens d'ailleurs, il faut ajouter que sous l'empire du droit antiterroriste, alors présenté comme fondement juridique de la lutte contre ces entités, le droit international des droits de l'homme impose que leurs membres soient arrêtés et jugés par un tribunal compétent et impartial.<sup>1153</sup> Or, de fait, les bombardements de leurs groupes en Syrie et en Irak ne résultent pas d'une condamnation prononcée par un tel tribunal ayant fait la preuve de la culpabilité pénale de chacun des individus ciblés. De plus, le droit antiterroriste, ne permet pas de lancer purement et simplement une attaque dans le but spécifique de tuer les membres de groupes terroristes. Pour terminer, il faut ajouter à cette possible remise en cause que celle-ci ne sera pas constante. En effet, ces bombardements resteraient potentiellement autorisés dans le contexte du conflit par et pour ceux qui considèrent ces groupes armés comme des parties belligérantes dont les membres sont pleinement soumis au DIH, alors qu'ils seraient probablement illicites pour ceux qui considéreront le droit antiterroriste compétent au détriment du *Ius in bello* pour encadrer la situation de ces mêmes groupes.

Enfin, l'impact sur la clarté de la réglementation des actes réalisés à l'occasion de ces conflits armés, ainsi que de leur qualification effective en droit, auraient une incidence sur le processus d'identification de leurs auteurs acteurs de ces conflits. En effet, si la qualification des actes comme terroristes ou non permet d'identifier leurs auteurs comme eux-mêmes terroristes ou non, laisser le libre choix entre le droit antiterroriste ou le droit international humanitaire pour procéder à cette première qualification, mènerait inévitablement à des conclusions divergentes. Dans un même contexte, de la même manière qu'il a été relevé que des actes seraient interdits car terroristes pour les uns et autorisés car conformes au DIH pour les autres, les auteurs de ces actes seraient alors terroristes selon les premiers et non pour les seconds. Or, en plus d'être problématique vis-à-vis de la clarté du processus de qualification, ceci pourrait concerner les membres des forces armées étatiques en opération extérieure. Ainsi, un État A pourrait prévoir que les activités des forces armées d'un État B, même en conflit armé, répondent à sa définition de l'acte terroriste. Or, en application de la résolution

---

<sup>1152</sup> Voir par exemple Art. 8, 2., c), iv), Statut de Rome, *op. cit.*

<sup>1153</sup> SASSÒLI (M.), « Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains ? », *op. cit.*, pp. 394-395.

2178 du CSNU, qui ne prévoit pas l'inapplicabilité du statut crée aux membres des forces armées étatiques parties à un conflit armé et qui permettrait d'appliquer le droit antiterroriste dans ce contexte, l'État A pourra mettre en œuvre son droit antiterroriste pour identifier comme « combattants terroristes étrangers » les membres des forces armées de l'État B envoyés en opération extérieure, donc à l'étranger, sur le territoire d'un État dont ils n'ont pas la nationalité et où ils n'ont pas de résidence habituelle. Or, par exemple, les États-Unis et l'Iran considèrent déjà, en vertu de leur droit antiterroriste respectif, que les forces armées de l'autre sont terroristes.<sup>1154</sup> Le risque soulevé ici n'est donc pas seulement théorique. Dès lors, non seulement il est improbable que c'eût été l'intention des États par l'adoption de la résolution 2178, mais cela déréglementerait totalement les conflits impliquant par exemple les deux États précités. Ainsi, à suivre la jurisprudence belge et à permettre de mettre en œuvre le droit antiterroriste au détriment du *Ius in bello*, les forces armées iraniennes et américaines, qualifiables *a priori* de terroristes, ne seraient pas soumises au DIH dans les conflits armés où elles sont parties. Ce même constat concerne les groupes armés non étatiques comme l'Armée syrienne libre, l'État islamique et le PKK. Ces groupes qualifiés différemment par les États seraient, dans les conflits armés dans lesquels ils sont impliqués, soumis au DIH selon certains États et soumis au droit antiterroriste selon d'autres États. Comment faudra-t-il choisir laquelle des deux qualifications est valable juridiquement s'il n'est pas préalablement prévu et reconnu qu'un *corpus* supplantera l'autre en cas d'incompatibilité ?

Si le principe de la *lex specialis* – ou l'interprétation et l'application des régimes d'exclusion en ce sens – n'est pas généralisé comme proposé précédemment<sup>1155</sup>, alors cela signifie que les parties sont libres, face à un conflit, d'appliquer le DIH ou le droit antiterroriste pour procéder à l'identification juridique des acteurs en appliquant l'un de ces deux *corpus* pour qualifier les actes reprochés. Dès lors, une même partie se verra appliquer, en même temps, le droit antiterroriste par des États, et le droit international humanitaire par d'autres États, pour les mêmes actes. Les effets pouvant être contradictoires, ce qui rend compliquée, voire impossible, l'effectivité de la réglementation de ces actes. Selon

---

<sup>1154</sup> Voir *supra*, p. 103.

<sup>1155</sup> Voir *supra*, pp. 297-307.

l'interlocuteur, dans un même conflit un même acte réalisé par le même acteur ne sera pas juridiquement qualifié de la même manière ; en conséquence de quoi l'auteur de l'acte ne sera pas identifié de la même manière. En ce qui concerne alors le présent travail, il sera toujours impossible de déterminer quel volontaire international est un « combattant étranger » identifié par les statuts du droit international humanitaire seulement et lequel est identifié par le droit antiterroriste comme un « combattant terroriste étranger ».

Pour conclure, une solution par la qualification des actes en cause afin de procéder à l'identification juridique des « combattants étrangers » n'est pas viable si le droit international humanitaire n'est pas reconnu comme *lex specialis* à l'égard du droit antiterroriste en période de conflit armé. En effet, sans cela, se référer aux actes pour déterminer qui est concerné par le statut de « combattant terroriste étranger » ne ferait qu'engendrer encore plus d'inconnues et d'instabilité juridique. Des acteurs des conflits disposant déjà d'un statut séculaire détaillé se verraient potentiellement soumis à un nouveau statut contradictoire ; selon les considérations politiques de chaque État, des groupements se verraient dans un même temps juridiquement qualifiés par, et donc soumis à, des *corpus* différents et contradictoires ; des acteurs humanitaires autrefois protégés en contexte de conflit armé verraient potentiellement leurs activités être criminalisées selon la partie au conflit bénéficiant de leurs aides. Or, ceci rendra particulièrement incertain et instable l'encadrement des conflits armés concernés et aurait des effets sur la pérennité même du respect du *Ius in bello*, de ses apports humanitaires majeurs et essentiels qu'il a permis de préserver même en période de guerre, lors de ces conflits qui impliqueraient des « combattants étrangers ».

**b. Les effets sur la pérennité du respect du *Ius in bello* par les groupes armés organisés également soumis au droit antiterroriste**

La mise en œuvre du *Ius in bello*, donc par lui l'encadrement des conflits armés, repose notamment sur le principe de l'égalité des belligérants.<sup>1156</sup> Cela ne signifie pas que les acteurs étatiques et non étatiques sont égaux sur le plan de leur éventuel droit à prendre les

---

<sup>1156</sup> MEYROWITZ (H.), *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, op. cit.

armes.<sup>1157</sup> Mais ce principe implique que tous les acteurs, étatiques ou non, ont les mêmes droits et les mêmes obligations en vertu et devant le droit des conflits armés.<sup>1158</sup> Pour le dire autrement, les moyens et méthodes de guerre interdits par ce droit le sont pour tous et ceux autorisés également, quelle que soit la cause qu'ils défendent.<sup>1159</sup> Ce principe de l'égalité des belligérants peut alors être interprété à la lumière du principe de non-réciprocité du DIH<sup>1160</sup> ; c'est-à-dire que celui-ci s'applique de la même manière à tous les acteurs<sup>1161</sup>, que ceux-ci respectent ou non ses prescriptions dans la conduite des hostilités.<sup>1162</sup>

Le principe de l'égalité des belligérants apparaît alors en opposition directe avec l'idée d'une application du droit antiterroriste pour certains belligérants et donc de la théorie de la guerre juste dans la mise en œuvre du DIH. Ainsi, en conflit armé, chacun présentera toujours sa cause comme juste et celle de l'ennemi comme illégitime. Moduler alors l'application du droit des conflits armés en fonction de la légitimité d'une cause rendrait inévitablement son application systématiquement impossible.<sup>1163</sup> Ainsi, sans préjuger du bien-fondé de ces positions, au moins une partie des populations afghane, irakienne et libyenne se sont elles-mêmes vues comme les victimes d'agressions illégitimes, illégales et injustes.<sup>1164</sup> De plus, une application différenciée du DIH, selon des considérations de guerre juste, serait contraire au principe d'humanité ; fondement essentiel de ce *corpus* selon lequel

---

<sup>1157</sup> BUGNION (F.), « Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 49 : le droit international humanitaire « *does not place the aggressor on the same footing as the victim of the aggression as it has no competence to do so.* »

<sup>1158</sup> Art. 96, par. 3, PA I, *op. cit.* ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, *J. C. Abella c. Argentina*, Case n°11.137, *op. cit.*, para. 173-174 ; DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.* ; MELZER (N.), *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>1159</sup> CICR, « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », 28<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, Décembre 2003, p. 20 ; DUGARD (J.), « International Terrorism and the Just War », *op. cit.*, p. 22 ; BUGNION (F.), « Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law », *op. cit.*, pp. 49 et 52 ; BOUCHER (D.), « The just war tradition and its modern legacy: Jus ad bellum and jus in bello », *op. cit.*, p. 106 ; MELZER (N.), *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>1160</sup> HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier, Volume 1 : Règles*, Bruxelles, Bruylant, CICR, 2006, pp. 655-657, règle n°140 ; MELZER (N.), *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>1161</sup> En tenant compte que le DIH prévoit également des dispositions spécifiques à chaque type d'acteur.

<sup>1162</sup> MELZER (N.), *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>1163</sup> BUGNION (F.), « Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 52.

<sup>1164</sup> BOUCHER (D.), « The just war tradition and its modern legacy: Jus ad bellum and jus in bello », *op. cit.*, p. 106.

les victimes de la guerre doivent être respectées en toutes circonstances, quelle que soit la partie à laquelle elles appartiennent et l'idéologie que celle-ci promeut.<sup>1165</sup>

Au regard de ces précisions, permettre l'introduction du droit antiterroriste dans l'encadrement de certaines activités réalisées par certains individus dans le contexte d'un conflit armé contrevient au principe de l'égalité des belligérants devant le DIH.<sup>1166</sup> Cela a notamment été mis en lumière vis-à-vis de la rhétorique développée, dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme », autour de la notion des « combattants illégaux ».<sup>1167</sup> Il était en effet argumenté, à l'occasion du conflit armé en Afghanistan (2001), que certains participants ainsi qualifiés, parce qu'ils combattaient pour une cause dite injuste ou illégitime, ne devaient pas bénéficier du DIH. La rupture de l'égalité des belligérants devant le *Ius in bello* résultait alors de la pratique incidente voulant que ces « combattants illégaux » puissent, en vertu du DCA, être pris pour cible par ceux dont la cause était juste, mais qu'ils ne puissent, en vertu d'une mauvaise interprétation du DIH motivée par la lutte contre le terrorisme, bénéficier des protections que ce droit prévoit.<sup>1168</sup> Or, si ces enjeux ont été largement contestés, il faut observer qu'ils semblent être de nouveau d'actualité à travers le traitement antiterroriste réservé aux « combattants étrangers ». Comme l'a montré l'analyse de la jurisprudence belge, certains dont la cause injuste serait démontrée par leurs actes terroristes tels que définis par le droit antiterroriste ne devraient alors pas être soumis au droit

---

<sup>1165</sup> BUGNION (F.), « Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 55 :

« the principle of the equality of the belligerents before the laws and customs of war must be upheld. Its application corresponds to a requirement of humanity because the principle of humanity insists on respect for the victims of war in all circumstances, irrespective of the side to which they belong. »

<sup>1166</sup> BOUCHER (D.), « The just war tradition and its modern legacy: Jus ad bellum and jus in bello », *op. cit.*, p. 107 : ce mouvement s'observe notamment depuis les attentats du 11 septembre 2001 et le développement de la rhétorique de la « guerre contre le terrorisme » en ce qu'elle défend que

« combatants of non-state actors, of rogue states, and in territories where sovereignty has broken down, have no justifiable claim to the protection of the laws of war constitutes a change of direction in which wars of terror are by definition 'unjust', and legitimate at least the partial suspension of the laws of war. »

<sup>1167</sup> *Idem.*

<sup>1168</sup> Sur la notion de « combattant illégal », voir notamment : *Ibid.*, p. 93 ; FINAUD (M.), « L'abus de la notion de "combattant illégal" : une atteinte au droit international humanitaire », *Revue générale de droit international public*, 2006-4, pp. 862-889 ; DÖRMANN (K.), « The legal situation of "unlawful/unprivileged combatants" », *op. cit.*, pp. 45-74 ; TIGROUDJA (H.), « Quel(s) droit(s) applicable(s) à la "guerre au terrorisme" », *op. cit.*, pp. 93-97 ; CANTEGREIL (J.), « La doctrine du "combattant ennemi illégal" », *op. cit.*, pp. 81-106.

international humanitaire. Alors même que ces individus sont pris pour cibles par la coalition internationale qui met en œuvre le droit des conflits armés à leur rencontre.

Pour terminer, il est important de relever que cette application différenciée du *Ius in bello* est contraire au principe de l'égalité des belligérants et qu'elle pourrait, en conséquence, impacter la pérennité de ce *corpus*. De fait, si la priorité ne lui est pas reconnue dans ce contexte particulier de conflit, y compris au bénéfice des membres des groupes non étatiques éventuellement étiquetés « terroristes », quel intérêt ont ces derniers à s'y soumettre ? Quel est l'intérêt pour eux d'accepter les limites sur les méthodes et moyens de guerre que le droit international humanitaire préconise si, quoi qu'il advienne, ils seront poursuivis en vertu des *corpus* très larges de la lutte contre le terrorisme ? De fait, assurer la compétence du droit des conflits armés permettrait

« également de garantir un meilleur respect des règles de droit humanitaire sur le terrain : les individus qui prennent part à un conflit risqueraient en effet de ne pas chercher à se conformer au DIH s'ils sont, peu importe leur comportement, susceptibles d'être poursuivis pour des faits de terrorisme. »<sup>1169</sup>

Ainsi, il sera particulièrement difficile de convaincre un combattant de respecter des règles dont il se verra ensuite privé du bénéfice.<sup>1170</sup> De plus, généraliser la solution de la jurisprudence belge en écartant la mise en œuvre du droit international humanitaire, pour qualifier de terroristes certains groupes, alors que les critères du *Ius in bello* leur étaient objectivement applicables et alors que des groupes rebelles « alliés » se le voient appliquer<sup>1171</sup>, engendrerait un sentiment d'injustice et d'impunité dangereux pour le respect de ce *corpus* et pour la préservation de son but de protection de toutes les victimes de

---

<sup>1169</sup> WÉRY (M.), « La jurisprudence relative à la clause d'exclusion prévue à l'article 141bis du Code pénal : la difficile application du droit international humanitaire par les cours et tribunaux belges », *op. cit.*, p. 3.

<sup>1170</sup> BUGNION (F.), « Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 54 : « no amount of legal argument will persuade a combatant to respect the rules when he himself has been deprived of their protection » ; si l'auteur parlait ici plus particulièrement des membres des forces armées étatiques, cette réflexion paraît tout à fait transposable aux combattants d'un groupe rebelle ou terroriste.

<sup>1171</sup> Voir notamment à ce propos les problèmes liés à la généralisation du qualificatif terroriste des « combattants étrangers » par les puissances occidentales vis-à-vis des groupes armés non-étatiques alliés et accueillant également des étrangers dans leur rang, dans TUCK (H.), SILVERMAN (T.) and SMALLEY (C.), « Shooting in the right direction : anti-ISIS Foreign Fighters in Syria & Iraq », *Institute for Strategic Dialogue*, 2016, 59, 55 p.

violences armées en période de conflit.<sup>1172</sup> Ainsi, comment attendre d'un groupe terroriste qu'il se plie aux règles qu'édicte les autorités si ces dernières, leur opposant les armes, refusent précisément d'appliquer ce droit dont la violation avait justifié l'emploi initial de la force ; l'inégalité devant le droit accentuant le refus de s'y plier. Le CICR a en ce sens pu réaffirmer l'importance, pour la préservation du but humanitaire du *Ius in bello* et la protection des victimes des conflits, que les actes non prohibés par le DIH ne soient pas qualifiés d'actes terroristes<sup>1173</sup> ; qualifier les groupes de terroristes pour les sortir du champ d'application du DIH « *au bout du compte pourrait faire obstacle aux négociations de paix et aux efforts de réconciliation* »<sup>1174</sup> car « *une étiquette de "terroriste" peut donner [...] une raison supplémentaire de ne pas respecter le droit humanitaire* »<sup>1175</sup>. Ceci menant à un déferlement illimité de violences compliquant d'autant plus la réconciliation future des peuples et le retour à la paix. Par ailleurs, c'est ce que les discussions lors de l'adoption de la résolution 2178 ont rappelé qu'il fallait éviter. En effet, il avait été opportunément noté que :

« all the measures we take to counter the threat of foreign terrorist fighters must respect international human rights law, international refugee law and international humanitarian law. Otherwise, we shall only heighten the sense of injustice and impunity, which fuels radicalization and the spread of terrorism. »<sup>1176</sup>

En refusant arbitrairement<sup>1177</sup> de reconnaître le bénéfice d'un *corpus* juridique, dont les critères d'application sont remplis, à certains groupes qui seraient moins méritants et illégitimes, l'effet incitant de l'égalité face au DIH est supprimé.<sup>1178</sup> Ceci a d'ailleurs été

---

<sup>1172</sup> BARTELS (R.), « When Do Terrorist Organisations Qualify as Parties to an Armed Conflict under International Humanitarian Law », *op. cit.*, pp. 478 et 484.

<sup>1173</sup> *Ibid.*, pp. 478-479.

<sup>1174</sup> CICR, 32<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *op. cit.*, p. 23.

<sup>1175</sup> « Défis contemporains posés au droit international humanitaire – terrorisme », CICR, *op. cit.*

<sup>1176</sup> « *Threats to international peace and security caused by terrorist acts* », Security Council, Document S/PV.7272, *op. cit.*, p. 16.

<sup>1177</sup> Car en opposition avec l'application automatique dès lors que les critères objectifs adoptés sont remplis.

<sup>1178</sup> Sur les effets négatifs d'une qualification d'un groupe comme « terroriste » sur l'avancée des négociations en faveur d'une acceptation des règles du DIH et d'une construction de la paix, voir par exemple le cas du groupe « Tigres de libération de l'Îlam tamoul » (Liberation Tigers of Tamil Eelam – LTTE) au Sri Lanka : SHERRIFF (A.), HAUCK (V.) and ROCCA (C.), « Glass half full : Study on EU lessons learnt in mediation

relevé par le *Committee of Experts on Terrorism* du Conseil de l'Europe dans un document destiné à guider les États membres dans leur lutte contre le phénomène des « combattants (terroristes) étrangers ». <sup>1179</sup> De même, dans les nouveaux commentaires des Conventions de Genève, le CICR a ainsi relevé que

« le refus de considérer que des groupes désignés de "terroristes" par un État puissent être parties à un conflit armé non international au sens du droit humanitaire, présente le risque que les groupes armés non étatiques ne soient pas enclins à se conformer à cette branche du droit. Cela réduit la capacité du droit humanitaire d'atteindre son but protecteur. » <sup>1180</sup>

En conclusion, préserver l'applicabilité du DIH aux activités, mêmes « terroristes », des « combattants étrangers » lorsque réalisées en contexte de conflit armé permet de sécuriser les avancées humanitaires et de renforcer leur chance d'être respectées à l'avenir. Ainsi, « *il est essentiel pour la survie du [DIH] et conforme à sa lettre et à son esprit de reconnaître son applicabilité juridique dans un tel cas* » <sup>1181</sup>, bien que l'ennemi soit décrit comme un terroriste guidé par la haine, la barbarie et l'extrémisme. De la même manière qu'il a été appliqué aux soldats allemands alors qu'ils « *défendaient en outre un régime qui a tué six millions de juifs en raison de leur seule appartenance raciale.* » <sup>1182</sup>

D'aucuns pourraient alors avancer qu'exclure l'application du droit antiterroriste aurait comme conséquence de provoquer une impunité généralisée des « combattants étrangers » qui parfois se livrent effectivement à des violences particulièrement dévastatrices,

---

and dialogue », *European Centre for Development Policy Management*, 01.11.2013, pp. 22-23 [En Ligne, Consulté le 13.11.2019] :

« although the EU (together with the international community) did undermine the dialogue process by blacklisting [as terrorist] the LTTE, one of the major parties, at a crucial point in the process. »

<sup>1179</sup> « Application of International Humanitarian Law and Criminal Law to Terrorism Cases in Connection with Armed Conflicts », Council of Europe, *op. cit.*, p. 15.

<sup>1180</sup> Site internet du CICR, « Article 3 : conflits de caractère non international », Commentaires de 2018, *op. cit.*, par. 868 ; voir également sur les conséquences quant à l'incitation au respect du DIH par les groupes rebelles : DEPRez (C.) et WITORSKI (I.), « Des combattants qui n'en sont pas vraiment : les Européens partis se battre en Syrie et en Irak vus par le droit international humanitaire », dans JACOBS (A.) et FLORE (D.) (dir.), *Les combattants européens en Syrie*, *op. cit.*, p. 73 ; SASSOLI (M.), « La définition du terrorisme et le droit international humanitaire », *op. cit.*, p. 38 ; CICR, 32<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *op. cit.*, p. 23.

<sup>1181</sup> SASSOLI (M.), « La "guerre contre le terrorisme", le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *op. cit.*, p. 14.

<sup>1182</sup> *Idem.*



qui plus est dans des États avec lesquels ils n'ont initialement aucune relation. Cependant, cette croyance doit être fermement combattue car elle ne tirerait sa valeur que d'une peur irrationnelle, fondée sur une mauvaise connaissance et maîtrise de droit international humanitaire. En effet, reconnaître la priorité de ce dernier sur le droit antiterroriste ne signifie pas que les actes criminels ne seront pas poursuivis. D'une part, parce que la solution juridique préconisée par cette thèse ne met pas purement et entièrement le droit antiterroriste sous silence. D'autre part, parce que cela signifie seulement que c'est sur le fondement du *Ius in bello* lui-même que le terrorisme des conflits devrait être encadré. Le droit des conflits armés proposant à cette fin une solution juridique pertinente.

## **B. L'affirmation de la pertinence du *Ius in bello* pour encadrer le terrorisme en conflit armé conformément aux obligations internationales des États**

Il apparaît d'autant plus opportun de mettre en œuvre la solution d'une priorité reconnue au droit international humanitaire sur le droit antiterroriste en application du principe de la *lex specialis* que cette solution permet une réponse juridique pertinente assurant d'éviter les risques précédemment soulevés. En effet, tout en procurant un encadrement du terrorisme « à l'occasion d'un conflit armé » tenant compte des enjeux particuliers d'un tel contexte (1), elle permet aux États de respecter leurs obligations internationales (2).

### **1. L'encadrement du terrorisme par le *Ius in bello* adapté aux objectifs de la lutte contre les « combattants terroristes étrangers » pendant un conflit armé**

Les actes de violence dont le but est de créer un climat de terreur et de terroriser la population civile sont interdits par le DIH, y compris pendant un conflit armé.<sup>1183</sup> Dès lors si, comme officiellement annoncé, l'un des objectifs de la lutte contre les « combattants terroristes étrangers », telle que préconisée par les Nations unies, est de « protéger la population civile [...] qui [subit] les activités violentes »<sup>1184</sup> et les activités terroristes constituant des « violations du droit international humanitaire »<sup>1185</sup>, lorsque réalisées à

---

<sup>1183</sup> Voir *supra*, pp. 270-287.

<sup>1184</sup> Résolution S/RES/2170, *op. cit.*, préambule, p. 3.

<sup>1185</sup> *Ibid.*, par. 1 ; Résolution S/RES/2379, *op. cit.*, préambule p. 1 et par. 1 ; Lettre datée du 28 Décembre 2018, adressée au Président du Conseil de Sécurité par la Présidente du Comité du Conseil de Sécurité créé par la

l'occasion des conflits armés qu'ils « *contribuent à intensifier [...] prolonger et [...] compliquer* »<sup>1186</sup>, alors le droit des conflits armés apparaît comme une solution juridique pertinente.

Comme il a été soutenu, par l'adoption du statut de « combattant terroriste étranger », ce sont les activités des groupes comme l'État islamique que le CSNU vise. Or, les activités *a priori* reprochées à ces groupes, comme il ressort notamment des travaux des Nations unies, correspondent en pratique aux actes constitutifs du crime de terrorisation de la population civile en droit international humanitaire.<sup>1187</sup> Pour rappel, seraient notamment reprochés des meurtres, des massacres, des violences sexuelles, des actes de torture et de mauvais traitements ou encore des actes de pillages et de destructions de biens civils. De nombreuses sources font ainsi état de ce type d'actes que réaliseraient ces groupes armés et leurs membres, parfois étrangers<sup>1188</sup>, sur les territoires syriens et irakiens, parfois sur les territoires d'États parties à ces conflits sans en être les hôtes.<sup>1189</sup> *L'Équipe d'enquêteurs des Nations*

---

résolution 1373 (2001) concernant la lutte antiterroriste, Nations unies, Doc. S/2018/1177, Annexe : « Additif aux principes directeurs relatifs aux combattants terroristes étrangers (2018) », 28.12.2018, par. 39.

<sup>1186</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule, p. 2.

<sup>1187</sup> Sur la définition du crime de terrorisation de la population civile par le DIH, voir *supra*, pp. 270-287.

<sup>1188</sup> Voir par exemple : Rapport A/HRC/24/46, *op. cit.*, par. 33 ; Report A/HRC/28/18, *op. cit.*, par. 37.

<sup>1189</sup> Voir par exemple : Résolution S/RES/2379, *op. cit.*, préambule p. 1 ; Tribunal Correctionnel d'Anvers, Jugement, 11.02.2015, feuillet 35 ; Cour d'Appel d'Anvers, Affaire *Sharia4Belgium*, Arrêt, 27.01.2016, p. 56 ; « Syrie : meurtre délibéré de civils par l'Etat islamique », *Human Rights Watch*, 03.07.2015 ; DEARDEN (L.), « Isis claims responsibility for Brussels attacks 'in revenge for Belgium's role fighting militants in Syria and Iraq' », *Independent.co.uk*, 22.03.2016 ; DEARDEN (L.), « Istanbul bomb attack : at least 11 people killed in blast 'targeting police bus' during rush hour in Turkey », *Independent.co.uk*, 07.06.2016 ; GUISNEL (J.), « Daech nie sciemment les lois de la guerre », *LePoint.fr*, 04.12.2015 ; OSBORNE (S.), « Isis leader Abu Bakr al-Baghdadi's escaped ex-wife says he was 'a normal family man' », *Independent.co.uk*, 31.03.2016 ; « A Palmyre, découverte d'un charnier de 42 civils et soldats tués par Daech », *L'Express.fr*, 02.04.2016 ; « Allemagne. Une attaque au couteau et à la hache revendiquée par Daech », *CourrierInternational.com*, 19.07.2016 ; « Attentats de Janvier 2015 : Coulibaly, Daesh... les révélations du FBI », *20Minutes.fr*, 07.04.2016 ; « États-Unis : la tuerie d'Orlando revendiquée par Daech », *L'Express.fr*, 12.06.2016 ; « Davutoglu : "Le kamikaze est un étranger membre de DAESH" », *TRT.net*, 12.01.2016.

*Unies chargée de concourir à amener Daech/État islamique d'Iraq et du Levant à répondre de ses crimes*<sup>1190</sup> a rendu un rapport par lequel elle relève que

« entre juin 2014 et décembre 2017, l'EIIL [...] a mené ses activités en toute impunité, commettant de graves atteintes [...] au droit pénal international et au droit international humanitaire, actes susceptibles de constituer des crimes de guerre ». <sup>1191</sup>

Au nombre desquels

« une kyrielle de violences commises contre les populations placées sous le contrôle de l'EIIL : exécutions, tortures, amputations, attaques ethniques et confessionnelles, viols et esclavage sexuel [...]. Des milliers d'enfants ont été victimes ou témoins des atrocités [...], voire contraints de perpétrer certains de ces actes. À ce jour, plus de 200 charniers renfermant les dépouilles de milliers d'hommes, de femmes et d'enfants ont été découverts [...]. Théâtre de crimes de grande ampleur, ces lieux témoignent de pertes humaines inimaginables, de souffrances indicibles et d'une cruauté effroyable. » <sup>1192</sup>

Tous ces actes sont expressément présentés comme pouvant constituer des crimes de guerre et des violations du *Ius in bello*. <sup>1193</sup> De fait, il faut remarquer que ce sont précisément ces types d'actes, engendrant les mêmes violences et les mêmes conséquences, qui ont été présentés comme susceptibles de constituer des crimes de terrorisation en droit international humanitaire par la jurisprudence internationale. <sup>1194</sup> Par conséquent, si l'intention de terroriser la population civile est prouvée <sup>1195</sup>, la possibilité n'est pas qu'hypothétique de voir être

---

<sup>1190</sup> Instaurée par la Résolution S/RES/2379, *op. cit.*

<sup>1191</sup> Rapport S/2018/1031, « Premier rapport de l'Équipe d'enquêteurs des Nations Unies chargée de concourir à amener Daech/État islamique d'Iraq et du Levant à répondre de ses crimes », Conseil de Sécurité des Nations unies, 16.11.2018, par. 8.

<sup>1192</sup> *Ibid.*, par. 9.

<sup>1193</sup> Résolution S/RES/2379, *op. cit.*, par. 1 ; Rapport A/HRC/24/46, *op. cit.*, para. 52, 93, 149, 160, et 194 ; Report A/HRC/28/18, *op. cit.*, para. 16 and 76.

<sup>1194</sup> La pratique du siège, les bombardements systématiques de villes, les attaques contre les civils, le travail forcé et l'esclavage, les violences sexuelles, les exécutions extrajudiciaires et les meurtres, les détentions arbitraires et illégales, les départs forcés, les destructions de biens, les tortures et mauvais traitements, les pillages et les prises d'otages, tous ces actes ont été spécifiquement présentés par les différentes décisions des tribunaux internationaux *ad hoc* comme pouvant constituer les éléments matériels du crime de terrorisation de la population civile, voir *supra*, pp. 270-287.

<sup>1195</sup> Il n'est évidemment pas dans l'ambition de ce travail doctoral de contrôler l'existence d'une telle intention lors de la commission de chaque acte de chaque étranger membre d'un groupe armé comme l'État islamique, ni plus que tout autre membre de n'importe quelle force armée étatique ou non, impliqué dans un conflit armé quelque part dans le monde. Ce contrôle devra résulter d'une analyse au cas par cas de chaque situation et pour chaque prévenu au cours des procédures pénales.

qualifiés d'actes terroristes en conflit armé, par le *Ius in bello*, ces violences reprochées aujourd'hui aux « combattants étrangers » de ces groupes. Par ailleurs, il est intéressant de noter que, contrairement aux termes de la résolution 2178, le Conseil de Sécurité ne se limite plus à parler d'actes terroristes, mais parle également « [d']actes susceptibles de constituer des crimes de guerre »<sup>1196</sup>. C'est-à-dire des actes entrant dans la compétence du droit international humanitaire et devant engendrer des poursuites pénales de la part des États pour crime de guerre, conformément aux obligations internationales de ceux-ci<sup>1197</sup>.

L'état actuel des définitions des actes visés par le droit antiterroriste rend problématique son application en conflit armé. Sans réserver la compétence au droit international humanitaire, tous les actes de tous les acteurs pourraient tomber sous le coup d'une définition de l'acte terroriste, entraînant des risques pour la clarté de l'encadrement des conflits et la pérennité du *Ius in bello*. C'est pourquoi l'interdiction de la terreur par ce *corpus* semble pertinente dans le cas où, comme l'impose la résolution 2178, le terrorisme devrait être interdit et sanctionné « notamment à l'occasion d'un conflit armé »<sup>1198</sup>.

Les moyens et méthodes dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population sont interdits par le *Ius in bello* et sanctionnés par le droit international pénal. À travers cette interdiction, le terrorisme est défini restrictivement comme la violence intentionnelle dirigée « dans le but principal de répandre la terreur parmi la population ».<sup>1199</sup> Ainsi, seuls les actes visant les personnes civiles sont inclus dans la définition et seulement lorsque l'intention principale est de les terroriser ; ne sont donc pas incluses « les attaques légitimes dirigées contre des combattants mais uniquement les attaques illégitimes dirigées contre des civils. »<sup>1200</sup> Contrairement aux définitions proposées en temps de paix, le terrorisme en conflit n'inclut ni les attaques contre les membres des forces armées

---

<sup>1196</sup> Rapport S/2018/1031, *op. cit.* par. 8.

<sup>1197</sup> Voir *infra*, pp. 355-361.

<sup>1198</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule, p. 2.

<sup>1199</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, par. 133 :

« 1. Actes de violence dirigés contre la population civile ou des personnes civiles ne participant pas directement aux hostilités, qui entraînent parmi elles la mort ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé.

2. L'auteur a intentionnellement soumis à ces actes de violence la population civile ou des personnes civiles ne participant pas aux hostilités.

3. L'infraction susmentionnée a été commise dans le but principal de répandre la terreur parmi la population civile. »

<sup>1200</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, par. 135.

de la partie adverse<sup>1201</sup>, ni celles contre les objectifs militaires légitimes<sup>1202</sup> ou les actes dont le but est de contraindre, déstabiliser ou détruire l'État.<sup>1203</sup> Ce dernier point est essentiel en ce qu'il permet d'écarter les considérations de légitimité idéologiques, politiques, religieuses ou morales de la définition du terrorisme en temps de paix. Le TPIY relève que les poursuites du terrorisme en vertu du droit international humanitaire permettent ainsi de se fonder

« sur le régime juridique établi par les Conventions de Genève et les Protocoles additionnels et non pas sur les initiatives prises au niveau international pour lutter contre les formes "politiques" de terrorisme. »<sup>1204</sup>

Il ajoute alors qu'il n'est pas question en conflit armé et par le *Ius in bello* de

« débattre de la violence terroriste à caractère "politique" et des tentatives visant à réprimer celle-ci par le biais d'instruments internationaux. »<sup>1205</sup>

Ainsi,

« la pression politique [comme critère de l'acte terroriste] trouve son expression dans plusieurs conventions internationales traitant d'actes de "terreur" ou de "terrorisme" qui ne relèvent pas du droit international humanitaire. »<sup>1206</sup>

---

<sup>1201</sup> Par exemple : ICTY, *Prosecutor v. R. Mladić*, Case n°IT-09-92-T, *op. cit.*, par. 3193 : « *the Trial Chamber recalls that a number of victims killed in these incidents were not civilians, and has therefore not considered these victims further* ».

<sup>1202</sup> Au sens donné à ce terme par le DIH ; l'attaque contre le Pentagone du 11 septembre 2001 en tant qu'objectif militaire par définition ne pourrait pas être qualifié de terroriste au sens du DIH, contrairement aux attaques du World Trade Center, voir DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, p. 827, par. 4.200.

<sup>1203</sup> CICR, 31<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Document 31IC/11/5.1.2, *op. cit.*, p. 22 :

« en effet, le but ultime des opérations militaires est de l'emporter sur les forces armées de l'ennemi. Il est donc permis – ou du moins il n'est pas juridiquement interdit – aux parties à un conflit armé d'attaquer les objectifs militaires, y compris le personnel, de la partie adverse. La violence dirigée contre ces objectifs n'est pas interdite en DIH, qu'elle soit infligée par une partie étatique ou non étatique au conflit. »

<sup>1204</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, par. 87, note de bas de page n°150.

<sup>1205</sup> *Ibid.*, par. 133, note de bas de page n°222.

<sup>1206</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-T, *op. cit.*, par. 879, voir note de bas de page n°3029.

De cette manière, le traitement du terrorisme par le droit international humanitaire apparaît plus objectif et respectueux de l'état de droit<sup>1207</sup> et de l'égalité devant la loi<sup>1208</sup> ; ce que recommandent le CSNU<sup>1209</sup>, l'UE<sup>1210</sup> et l'OSCE<sup>1211</sup> dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et le phénomène des « combattants (terroristes) étrangers » plus particulièrement. Ce respect serait nécessaire pour garantir des « *mesures antiterroristes efficaces* ». <sup>1212</sup> Finalement, appliquer cette solution permettrait en pratique : d'une part, que les actes reprochés aujourd'hui et visés par la résolution 2178 des étrangers membres de groupes armés tels que l'État islamique et Al-Qaida soient couverts dès lors qu'ils sont réalisés dans l'intention de terroriser la population. Ce qui semble être le cas, ces groupes utilisant intentionnellement la terreur pour soumettre la population, soumettre les territoires à leur contrôle, renverser le pouvoir et les institutions aujourd'hui en place et instaurer un système politique différent et/ou contraindre certains États à agir ou cesser d'agir d'une façon donnée. Finalement, les actes si réprouvés de ces entités sont encore interdits s'ils sont traités à travers le prisme du droit international humanitaire au lieu du droit antiterroriste en conflit armé. D'autre part, cela permettrait également d'inclure les membres des groupes armés tels que

---

<sup>1207</sup> Rapport sur le « Rétablissement de l'État de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit », Secrétaire général des Nations unies, Doc. S/2004/616, 23.08.2004, par. 6 ; sur le concept de l'état de droit, voir : MOINE (A.), « L'état de droit, un instrument international au service de la paix », *Civitas Europa*, IRENEE, Université de Lorraine, 2016/2, N°37, pp. 65-93.

<sup>1208</sup> Sur l'égalité devant la loi, voir : Art. 2 par. 1, Art. 15 et Art. 26, par. 1, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, *op. cit.* ; Art. 1, Art. 7 et Art. 11, par. 2, Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, Nations unies, 10.12.1948 ; Art. 7, par. 1, Convention européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 04.11.1950 ; Art. 9, Convention Américaine relative aux Droits de l'homme, Costa Rica, 22.11.1969 ; Art. 20, Charte des droits fondamentaux, Union européenne, 07.12.2000 ; Art. 2, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Version consolidée), Journal officiel de l'UE, Doc. C326/47, 26.10.2012 ; voir également TPIY, *Le Procureur c. Delalić (Z.) et autres*, Arrêt, Chambre d'appel, Affaire n°IT-96-21-A, 20.02.2001, par. 605.

<sup>1209</sup> Voir par exemple : Résolution S/RES/1624, Conseil de Sécurité des Nations unies, 14.09.2005, préambule et par. 4 ; Résolution S/RES/2179, Conseil de Sécurité des Nations unies, 14.10.2019, préambule ; Résolution S/RES/2368, Conseil de Sécurité des Nations unies, 20.07.2017, préambule ; Résolution S/RES/2396, Conseil de Sécurité des Nations unies, 21.12.2017, préambule ; Annexe : « Additif aux principes directeurs relatifs aux combattants terroristes étrangers (2018) », Doc. S/2018/1177, *op. cit.*, par. 35.

<sup>1210</sup> Directive (UE) 2017/541, *op. cit.*, préambule para. 1 et 35.

<sup>1211</sup> « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, *op. cit.*, pp. 28 et 36.

<sup>1212</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule, pp. 1-2 ; voir également « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, *op. cit.*, pp. 73-74.

l'Armée syrienne libre ou le PKK et les autres groupes armés pro-kurdes, lorsqu'ils emploient dans leur lutte des moyens et méthodes terroristes en vertu du *Ius in bello* ; des actes qui pourraient leur être vraisemblablement reprochés<sup>1213</sup>. De même, puisque seule l'intention de terroriser la population est un critère, les membres des forces étatiques en conflit à l'étranger ne pourront être qualifiés de terroristes par le simple fait qu'ils réalisent des actes contraignant, déstabilisant ou détruisant un autre État<sup>1214</sup>. *A contrario*, les régimes d'exclusion au profit du droit international humanitaire ne les immuniseront plus contre la possibilité de poursuivre leurs actes terroristes au sens de celui-ci ; ils pourraient être qualifiés de « combattants terroristes étrangers » mais en vertu du droit des conflits armés et en subir les conséquences pénales lorsqu'à l'occasion de leur combat à l'étranger ils emploient des moyens et méthodes destinés à répandre la terreur parmi la population. Finalement, le terrorisme « *notamment à l'occasion d'un conflit armé* » serait donc effectivement encadré par le même *corpus* juridique, pour tous, de la même façon en respect de l'égalité des belligérants, de l'égalité devant la loi et de l'état de droit.

En conclusion, avec cette solution, un volontaire international pourrait effectivement être identifié comme un « combattant terroriste étranger » non plus en fonction de la partie qu'il soutient et la cause que celle-ci défend, mais en fonction des actes concrets qu'il réalise. Le droit international humanitaire permettrait toujours, tenant compte des spécificités d'un tel contexte, d'identifier comme « combattants terroristes étrangers » ceux qui réalisent des actes terroristes en conflit armé. Car il faut également constater que les modalités prévues d'engagement de la responsabilité individuelle en droit international pénal permettent aux

---

<sup>1213</sup> Voir par exemple l'ensemble des références à ces groupes faites au sein du Rapport A/HRC/24/46, *op. cit.*, 16.08.2013.

<sup>1214</sup> Pour autant que ces mêmes actes n'ont pas pour but principal la terreur.

États de mettre en œuvre leurs obligations internationales de répression à la fois du terrorisme et des crimes de guerre.

## **2. Les modalités de poursuite des violations du droit international humanitaire conformes aux obligations internationales des États**

Par le combat contre le phénomène des « combattants terroristes étrangers », les Nations unies demandent aux États de lutter contre l'impunité en s'assurant qu'ils « répondent [de leurs] violations du droit international humanitaire ». <sup>1215</sup> En pratique, la résolution 2178 avait ainsi pour objectif de s'assurer que les États criminaliseraient les comportements terroristes en tout temps, même lorsqu'ils se fondent dans le contexte généralement chaotique de violences exacerbées d'un conflit armé. De fait, la résolution était introduite comme suit :

« le terrorisme, sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations, constitue une des menaces les plus graves contre la paix et la sécurité internationales [...] quels qu'en soient les motivations, le moment et les auteurs » <sup>1216</sup>

C'était alors semble-t-il la nouvelle dimension du terrorisme transnational impactant les conflits armés qui motivait la nouvelle lutte contre les « combattants terroristes étrangers » plus spécifiquement. La solution de prendre comme référence juridique le *Ius in bello* est alors d'autant plus intéressante qu'elle permet aux États de combattre à la fois le terrorisme en conflit armé et de mettre en œuvre leurs obligations relatives à la poursuite des violations des lois et coutumes de la guerre.

En droit international, les États ont l'obligation de rechercher et de poursuivre tous les responsables de crime de guerre. <sup>1217</sup> Toutes les violations des lois et des coutumes de la

---

<sup>1215</sup> Résolution S/RES/2170, *op. cit.*, para. 1 et 3 ; Résolution S/RES/2396, *op. cit.*, par. 19 ; Annexe : « Additif aux principes directeurs relatifs aux combattants terroristes étrangers (2018) », Doc. S/2018/1177, *op. cit.*, par. 39 ; Rapport S/2019/612, « Neuvième rapport du Secrétaire général sur la menace que représente l'EIL (Daech) pour la paix et la sécurité internationales et sur l'action menée par l'Organisation des Nations Unies pour aider les États Membres à contrer cette menace », Conseil de Sécurité, Nations unies, 31.07.2019, para. 64-68.

<sup>1216</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule p. 1.

<sup>1217</sup> Voir notamment : Art. 49, CG I, *op. cit.* ; Art. 50, CG II, *op. cit.* ; Art. 129, CG III, *op. cit.* ; Art. 146, CG IV, *op. cit.* ; Art. 85, par. 1, PA I, *op. cit.* ; TPIY, *Le Procureur c. T. Blaskić*, Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, Chambre d'appel, Affaire n°IT-95-14-AR 108bis, 29.10.1997, par. 29 ; Résolution S/RES/1296,



guerre sont concernées, y compris donc le recours à la terreur. Par conséquent, interpréter le statut de « combattant terroriste étranger » eu égard à la définition du terrorisme en droit international humanitaire assurerait que les États mettent en œuvre la lutte contre le terrorisme en conflit armé, tout en respectant leur obligation de poursuivre pénalement les responsables de crimes de guerre. Par cette solution, les États ont l'obligation de poursuivre les « combattants terroristes étrangers » tels que caractérisés par leurs actes qualifiés de crime de terrorisation de la population civile en conflit armé, quelle que soit la qualification politique du groupe par un État ; quand bien même l'auteur d'un tel crime n'est pas membre d'une entité qualifiée nationalement ou internationalement de terroriste, il doit être poursuivi en vertu de l'interdiction de la terreur en DIH. D'ailleurs, il faut noter en ce sens qu'un grand nombre d'États ont directement intégré comme crime, dans leur législation nationale, le fait de répandre la terreur parmi la population civile en conflit armé.<sup>1218</sup> La solution juridique ici préconisée est donc conforme aux droits internes de ces États.

À titre de remarque, les présents propos ne concernent pas que les étrangers membres d'une force armée. Cette obligation internationale des États concerne également la poursuite des crimes de guerre – notamment de terrorisme – réalisés par des personnes civiles. Puisque les régimes d'exclusion ne les concernent pas, il est intéressant de noter qu'ils pourront être poursuivis sur les fondements des deux *corpus*, le droit international humanitaire restant applicable pour leurs actes étroitement liés avec le conflit.<sup>1219</sup>

---

Conseil de Sécurité des Nations unies, 19.04.2000, par. 17 ; DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, par. 4.380.

<sup>1218</sup> TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-A, *op. cit.*, par. 89 ; SCSL, *Prosecutor v. A. T. Brima, B. B. Kamara and S. B. Kanu*, Case no SCSL-04-16-T, *op. cit.*, par. 663. Ces deux décisions proposent de très longues listes de références nationales auxquelles le lecteur est directement renvoyé. De même, le site internet du CICR relatif au droit international humanitaire proposant un important travail de recensement des pratiques nationales interdisant la terreur en conflit armé, il est utile de s'y référer : ICRC, IHL-database, « Customary IHL », « 2. Practice », « Practice Relating to Rule 2. Violence Aimed at Spreading Terror among the Civilian Population ». [Consulté le 18.11.2019]

<sup>1219</sup> Lors des développements suivants sur le *nexus* il faudra constater que les civils non membres d'une force armée peuvent être tenus responsables de crimes de guerre voir notamment : CASSESE (A.), « The Nexus Requirement for War Crimes », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, N°5, December 2012, pp. 1416-1417 :

« Although the crimes in question were committed by a civilian against other civilians, this fact does not *per se* exclude the characterization of the offences as war crimes. »

Par ailleurs, cette solution paraît conforme aux prescriptions de la résolution 2379 (2017) du Conseil de Sécurité mettant en place une Équipe spéciale chargée d'assurer que des poursuites pénales soient engagées contre les crimes dont sont responsables les membres de groupes tels que l'EI – dont font partie des « combattants étrangers » ; pour se faire, le « *Conseiller spécial encouragera dans le monde entier le lancement de poursuites pour les crimes de guerre [...] commis par l'EIIL (Daech)* »<sup>1220</sup>. Or, qui dit crime de guerre dit DIH.

Pour terminer, le Conseil de Sécurité des Nations unies exige que les étrangers des conflits armés impliqués dans des actes terroristes soient poursuivis dès qu'ils commettent, organisent ou préparent de tels actes.<sup>1221</sup> Autrement dit, comme il l'a précisé par la résolution 2379 vis-à-vis des membres de l'État islamique, leur responsabilité pénale individuelle doit pouvoir être mise en cause s'ils ont commandité, planifié ou autrement participé à la réalisation d'actes contraires au *Ius in bello*.<sup>1222</sup> C'est pourquoi il apparaît opportun de relever que les formes de responsabilité pénale individuelle qui existent en droit international pénal, pour les violations des lois et coutumes de la guerre, permettent d'engager la responsabilité de ces mêmes individus en vertu des mêmes modes d'implication dans un acte de terreur.

En conflit armé non international et international, l'acte réalisé dans l'intention de répandre la terreur engage la responsabilité pénale individuelle de son auteur, « *combattant régulier ou irrégulier, militaire ou civil* »<sup>1223</sup>. Ainsi, en droit international pénal, il est possible d'engager la responsabilité d'un individu pour crime de guerre à travers les différentes modalités, qui toutes ont valeur de coutume internationale<sup>1224</sup>. Elle peut ainsi être engagée

« pour avoir planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou aidé et encouragé à planifier, à préparer ou à exécuter un crime. [Cela] s'applique à la fois à l'individu qui a perpétré lui-même un acte illégal et à son supérieur hiérarchique impliqué dans cet acte,

---

<sup>1220</sup> Résolution S/RES/2379, *op. cit.*, par. 3.

<sup>1221</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, par. 6(a).

<sup>1222</sup> Résolution S/RES/2379, *op. cit.*, préambule pp. 1-2 et par. 1.

<sup>1223</sup> DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, par. 4.64 ; HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, règle n°151, pp. 727-733.

<sup>1224</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-T, *op. cit.*, para. 663-669 ; TPIY, *Le Procureur c. T. Blaskić*, Affaire n°IT-95-14-T, *op. cit.*, par. 264 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Kordić et M. Čerkez*, Affaire n°IT-95-14/2-T, *op. cit.*, par. 373.

non pour y avoir participé physiquement, mais pour avoir ordonné ou incité à commettre cet acte. Ainsi, un supérieur qui donne l'ordre de tuer un civil sera tenu responsable [...], au même titre qu'un dirigeant politique qui planifie l'exécution de certains civils ou groupes de civils et transmet ces instructions à un commandant militaire. »<sup>1225</sup>

En résumé, les modalités d'engagement de la responsabilité sont multiples. Il y a la perpétration directe personnelle, qui inclut l'omission coupable<sup>1226</sup> ; la planification, qui est « *définie comme supposant qu'une ou plusieurs personnes envisagent de programmer la commission d'un crime, aussi bien dans ses phases de préparation que d'exécution* »<sup>1227</sup> ; l'incitation, qui consiste à « *provoquer autrui à commettre une infraction* »<sup>1228</sup> ; la complicité, aussi appelée aide ou encouragement, qui implique une assistance en transport, logement, fourniture d'armes ou tout autre forme de soutien au profit de l'auteur principal, avec la connaissance de ce que l'aide apporte à la réalisation du crime<sup>1229</sup> ; la responsabilité du supérieur civil ou militaire, qui consiste en l'ordre ou l'incitation à la commission d'un crime du fait d'une supériorité hiérarchique, *de lege* ou *de facto*, sur l'auteur, ainsi qu'en l'absence de mesure appropriée pour empêcher *a priori* et sanctionner *a posteriori* un

---

<sup>1225</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-A, *op. cit.*, par. 186 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Kordić et M. Čerkez*, Affaire n°IT-95-14/2-T, *op. cit.*, para. 364-367 ; TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, para. 168 et 171.

<sup>1226</sup> Voir notamment : TPIY, *Le Procureur c. D. Kordić et M. Čerkez*, Affaire n°IT-95-14/2-T, *op. cit.*, par. 376.

<sup>1227</sup> TPIR, *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, Jugement, Chambre de première instance I, Affaire n°ICTR-96-4-T, 02.09.1998, par. 480 ; TPIY, *Le Procureur c. T. Blaskić*, Affaire n°IT-95-14-T, *op. cit.*, par. 279 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Kordić et M. Čerkez*, Affaire n°IT-95-14/2-T, *op. cit.*, par. 386 ; TPIY, *Le Procureur c. R. Brdanin*, Jugement, Chambre de première instance II, Affaire n°IT-99-36-T, 01.09.2004, par. 268 ; SCSL, *Prosecutor v. C. G. Taylor*, Affaire n°SCSL-03-01-T, *op. cit.*, para. 469-470 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Karadžić*, Affaire n°IT-95-5/18-T, *op. cit.*, par. 571.

<sup>1228</sup> TPIR, *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, Affaire n°ICTR-96-4-T, *op. cit.*, para. 481-482 ; TPIY, *Le Procureur c. T. Blaskić*, Affaire n°IT-95-14-T, *op. cit.*, par. 280 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Kordić et M. Čerkez*, Affaire n°IT-95-14/2-T, *op. cit.*, par. 387 ; TPIY, *Le Procureur c. R. Brdanin*, Affaire n°IT-99-36-T, *op. cit.*, par. 269 ; SCSL, *Prosecutor v. C. G. Taylor*, Affaire n°SCSL-03-01-T, *op. cit.*, para. 471-473 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Karadžić*, Affaire n°IT-95-5/18-T, *op. cit.*, par. 572.

<sup>1229</sup> À savoir que le silence peut être considéré comme une complicité s'il traduit une forme d'encouragement ; voir notamment : TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-T, *op. cit.*, para. 689-692 ; TPIR, *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, Affaire n°ICTR-96-4-T, *op. cit.*, para. 484-485 ; TPIY, *Le Procureur c. T. Blaskić*, Affaire n°IT-95-14-T, *op. cit.*, para. 283-288 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Kordić et M. Čerkez*, Affaire n°IT-95-14/2-T, *op. cit.*, par. 373 ; TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, par. 168 ; TPIY, *Le Procureur c. R. Brdanin*, Affaire n°IT-99-36-T, *op. cit.*, para. 271-274 ; SCSL, *Prosecutor v. C. G. Taylor*, Affaire n°SCSL-03-01-T, *op. cit.*, para. 482-487 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Karadžić*, Affaire n°IT-95-5/18-T, *op. cit.*, para. 574-577.

crime<sup>1230</sup> ; et enfin le dessein criminel commun, ou entreprise criminelle commune, qui est constitué lorsqu'une pluralité d'individus partage et met en œuvre un « *projet, dessein ou objectif commun* » criminel<sup>1231</sup>.

Finalement, la responsabilité pénale d'un individu pour violation du droit international humanitaire peut être engagée selon une importante variété de modalités permettant d'assurer que toute personne impliquée dans un tel crime soit poursuivie. Or, ces modalités entrent entièrement en accord avec les comportements visés par la résolution 2178 à travers le statut de « combattant terroriste étranger ». Ainsi, en vertu du DIH, la responsabilité pénale individuelle des étrangers des conflits armés, membres ou non d'une force armée, peut être engagée lorsqu'ils réalisent directement et personnellement des crimes de terrorisation, mais aussi lorsqu'ils participent à une entreprise criminelle commune dont le but serait par exemple la réalisation de ces crimes, le suivi ou l'encadrement d'entraînements dans le but que les recrues réalisent ces actes contraires au DIH ou encore le financement de tels comportements puisque ceci peut être considéré comme une aide à des fins de violations du *Ius in bello*. Pour finir, la responsabilité du commandement peut être engagée si les ordres qu'il donne ou les comportements qu'il encourage ou laisse faire, permettent la réalisation du but terroriste de son unité, de son groupe ou de sa force armée.

---

<sup>1230</sup> Règle coutumière en CAI et CANI ; à savoir que l'omission ou l'inaction peuvent consister un encouragement de la part du supérieur ; voir : Art. 82 par. 2 PA I, *op. cit.* ; Art. 6, par. 3, Statut du TPIR, *op. cit.* ; Art. 7, par. 3, Statut du TPIY, *op. cit.* ; Art. 28, Statut de Rome, *op. cit.* ; TPIR, *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, Affaire n°ICTR-96-4-T, *op. cit.*, para. 483 et 486-491 ; TPIY, *Le Procureur c. T. Blaskić*, Affaire n°IT-95-14-T, *op. cit.*, para. 281-282 et 294-339 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Kordić et M. Čerkez*, Affaire n°IT-95-14/2-T, *op. cit.*, para. 367-371, 388 et 401-447 ; TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, para. 168, 173 et 700-724 ; TPIY, *Le Procureur c. R. Brdanin*, Affaire n°IT-99-36-T, *op. cit.*, para. 270 et 275-283 ; TPIY, *Le Procureur c. M. Martić*, Affaire n°IT-95-11-T, *op. cit.*, para. 441 ; CPI, *Le Procureur c. J.-P. Bemba Gombo*, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, Chambre préliminaire II, Affaire n°ICC-01/05-01/08, 15.06.2009, par. 407 ; SCSL, *Prosecutor v. C. G. Taylor*, Affaire n°SCSL-03-01-T, *op. cit.*, para. 474-481 et 488-502 ; ICTY, *Prosecutor v. R. Karadžić*, Affaire n°IT-95-5/18-T, *op. cit.*, para. 573 et 578-590 ; Résolution A/RES/48/143, Assemblée générale, Nations unies, 05.01.1994, par. 5 ; Résolution A/RES/49/205, Assemblée générale, Nations unies, 23.12.1994, par. 6.

<sup>1231</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-A, *op. cit.*, para. 227-229 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Kordić et M. Čerkez*, Affaire n°IT-95-14/2-T, *op. cit.*, par. 397-399 ; TPIY, *Le Procureur c. R. Brdanin*, Affaire n°IT-99-36-T, *op. cit.*, para. 260-263 ; TPIY, *Le Procureur c. M. Martić*, Affaire n°IT-95-11-T, *op. cit.*, para. 435-436 ; SCSL, *Prosecutor v. C. G. Taylor*, Affaire n°SCSL-03-01-T, *op. cit.*, par. 459 ;

Dès lors, ces éléments peuvent être analysés à la lumière des législations nationales française et belge par exemple dont les droits antiterroristes ont été développés et mis en œuvre pour poursuivre dans le cadre du phénomène des « combattants (terroristes) étrangers » ceux qui dirigeaient ou participaient à un « groupement terroriste » – pour la Belgique – ou à une « entreprise criminelle terroriste » – pour la France.<sup>1232</sup> Or, il semble tout à fait possible d'arriver aux mêmes résultats avec les modalités de responsabilité en droit international pénal pour violation du droit des conflits armés telles qu'elles ont été présentées.

Pour conclure, les étrangers membres d'une force armée partie à un conflit, en tant qu'individus soumis au droit international humanitaire, peuvent voir leur responsabilité pénale individuelle engagée pour leurs actes contraires à ce droit car réalisés dans le but de terroriser la population civile. Finalement, en qualité de criminels de guerre dans le cas où ils seraient coupables d'avoir réalisé, « *planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou aidé et encouragé à planifier, à préparer ou à exécuter un crime* »<sup>1233</sup> pouvant être qualifié de terroriste en vertu du *Ius in bello*, ils sembleraient pouvoir correspondre à la cible de la résolution 2178 et du statut de « combattant terroriste étranger ». Cette solution est d'autant plus intéressante qu'elle permet de réprimer effectivement les actes terroristes réalisés à l'occasion d'un conflit armé, conformément aux obligations des États en droit international, tout en tenant compte des spécificités d'un contexte de conflit armé inévitablement caractérisé par des violences armées. Finalement, au regard des risques relatifs à la stabilité de l'encadrement des conflits armés, à la pérennité du *Ius in bello* et à la pertinence de celui-ci pour réglementer et criminaliser le terrorisme en conflit armé, la solution d'une réglementation des actes des « combattants étrangers » fondée sur une priorité accordée au droit international humanitaire durant le contexte particulier d'un conflit armé semble juridiquement intéressante. Néanmoins, cette solution n'a pas pour objectif d'accorder une exclusivité stricte au droit des conflits armés sur le droit antiterroriste. Le seul constat que l'acte en cause est réalisé à l'occasion d'un conflit armé ne permet pas de reconnaître une

---

<sup>1232</sup> Concernant ces deux droits nationaux, voir les développements spécifiques précédents : pp. 68-84.

<sup>1233</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-A, *op. cit.*, par. 186 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Kordić et M. Čerkez*, Affaire n°IT-95-14/2-T, *op. cit.*, para. 364-367 ; TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Affaire n°IT-98-29-T, *op. cit.*, para. 168 et 171.

unique compétence au droit international humanitaire. Encore faut-il que l'activité en cause soit effectivement régie par ce droit, comme le prévoient astucieusement les régimes d'exclusion transposant textuellement la solution ici proposée de la mise en œuvre du principe de la *lex specialis*. Dès lors, il est nécessaire de pouvoir déterminer quelle est cette activité ; de préciser ce qu'il faut entendre par activité régie par le droit international humanitaire. À cette fin, il convient d'appliquer la méthodologie suivante.

## **Section 2 – La méthodologie juridique pour qualifier les activités des « combattants (terroristes) étrangers » durant un conflit armé**

Un conflit armé peut être l'occasion pour certains de réaliser des crimes de droit commun, y compris des actes terroristes. Profitant d'une situation chaotique qui déstabilise les institutions et l'ordre public, certains individus, membres ou non de forces armées, pourraient chercher à dissimuler leurs actes dans la masse des violences d'une guerre. Le droit international humanitaire n'a ni pour compétence ni pour ambition d'encadrer ces actes purement criminels. Il ne régleme que les violences liées à la conduite des hostilités, sans se substituer totalement et définitivement, pendant toute la durée du conflit, au droit pénal. Ceci est alors conforme à la proposition du recours au principe de la *lex specialis*. C'est également conforme à l'esprit des régimes précités d'exclusion du droit antiterroriste au profit du droit des conflits armés ; ils prévoient ainsi, dans des termes similaires, que ne seront pas soumises à la qualification d'actes terroristes « *les activités des forces armées en période de conflit armé, au sens donné à ces termes en droit international humanitaire, qui sont régies par ce droit* »<sup>1234</sup>. Ce qu'il faut comprendre, c'est que durant un conflit armé, certaines activités sont régies uniquement par le DIH, alors que d'autres, même en conflit armé, ne sont pas régies par ce droit. Dès lors, il faut chercher à déterminer quelles sont les activités concernées par chacune de ces deux catégories. En conséquence de quoi, il sera enfin possible de conclure qui sont les « combattants étrangers » identifiables comme des « combattants terroristes étrangers » en vertu du droit antiterroriste, quels sont ceux identifiables également comme des « combattants terroristes étrangers » mais en vertu du droit international humanitaire, et enfin quels sont ceux uniquement identifiables par l'un des

---

<sup>1234</sup> Nous soulignons : voir : Art. 19, par. 2, Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, *op. cit.* ; Art. 12, Convention internationale contre la prise d'otage, *op. cit.* ; Art. 4, par. 2, Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, *op. cit.* ; Art. 26, par. 5, Convention européenne pour la prévention du terrorisme, *op. cit.* ; Directive (UE) 2017/541 *op. cit.*, par. 37, préambule ; Art. 2, par. 1<sup>er</sup>, a), Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, *op. cit.* ; Art. 141bis, Code pénal belge, *op. cit.*

statuts de ce dernier. Et dès lors le statut juridique de chaque « combattant étranger » en droit international sera connu.

L'étape consistant à déterminer si les actes en cause sont régis par le droit international humanitaire a notamment posé problème à l'occasion de la jurisprudence belge. Dans l'*Affaire Sharia4Belgium* par exemple, le Tribunal s'est contenté d'affirmer que les groupes et leurs membres « *ne s'occupent pas d'actions militaires au sens du droit humanitaire international mais d'actes terroristes* ». <sup>1235</sup> Il n'a pourtant pas expliqué en quoi ces actes de « *décapitations, attentats-suicides, meurtres sectaires, tortures, et pillages généralisés* » <sup>1236</sup> ne sont pas régis par le droit des conflits armés de sorte que l'application de l'article 141*bis* devait être rejetée. Pour ce faire, il aurait pu se référer au test du *nexus*. Ce test, développé par la justice pénale internationale, repris notamment pour traiter de la participation directe aux hostilités <sup>1237</sup>, des drones <sup>1238</sup> et des cyberattaques <sup>1239</sup>, consiste à évaluer l'importance du lien entre un acte et le conflit armé à l'occasion duquel il est réalisé. S'il y a encore des débats sur l'étendue de ce test, les éléments soulevés par les différents courants et leurs voies de convergence sont déjà utiles pour éclairer le présent sujet ; malgré l'absence de définition contraignante du *nexus*, la jurisprudence internationale et les doctrines disponibles proposent un travail et un ensemble d'éléments suffisants et pertinents pour proposer de traiter de la question des « combattants étrangers » et de la réglementation de leurs activités par ce prisme (I). Par ailleurs, ce test du *nexus* devra être complété par une analyse des champs de compétence du droit international humanitaire. En effet, dans le contexte du terrorisme transnational et des conflits débordant à l'étranger, au sein desquels s'inscrivent les « combattants étrangers », il est nécessaire de s'interroger sur la question de

---

<sup>1235</sup> Tribunal Correctionnel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, feuillets 35-36 ; voir également Cour d'Appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>1236</sup> Cour d'Appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>1237</sup> La reprise du concept de *nexus* est à l'origine du troisième critère doctrinal de la notion de participation directe aux hostilités, il faut parler alors de lien de belligérance (« *belligérant nexus* »), voir ICRC Expert meeting, « Second Expert Meeting on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 25.

<sup>1238</sup> Voir par exemple : LUBELL (N.) and DEREJKO (N.), « A Global Battlefield: Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, N°1, March 2013.

<sup>1239</sup> Voir par exemple : LILES (L.), « The Civilian Cyber Battlefield: Non-State Cyber Operators' Status under the Law of Armed Conflict », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 39, N°4, Summer 2014, pp. 1091-1122.



l'étendue géographique du *Ius in bello*, et plus largement des conflits armés ; ceci est nécessaire pour s'assurer que les activités en cause entrent bien dans son champ de compétence *ratione loci*, et qu'elles sont donc effectivement régies par le droit des conflits armés (II). Pour terminer, la méthodologie ici préconisée exigera également de s'attarder rapidement sur la compétence temporelle du droit international humanitaire ; par l'analyse de son champ d'application *ratione temporis*, il sera possible de déterminer à partir de quand et jusqu'à quand les « combattants étrangers », notamment candidats et revenants, voient leurs activités être régies par le droit des conflits armés (III).

## **I. La proposition de recourir au test du *nexus* pour déterminer le *corpus* compétent pour régir les actes des « combattants étrangers » durant un conflit armé**

« *This relationship between armed conflict and conduct, termed 'nexus' (or 'link'), serves to distinguish between war crimes, on the one side, and 'ordinary' crimes committed during – but unrelated to – an armed conflict, on the other.* »<sup>1240</sup>

Le test du *nexus*, puisqu'il permet de déterminer si un acte est un crime de guerre car régi par le droit international humanitaire du fait de son lien étroit avec le conflit armé à l'occasion duquel il est réalisé, est particulièrement intéressant pour traiter des actes des « combattants étrangers ». <sup>1241</sup> Il a d'ailleurs été présenté par le *Committee of Experts on Terrorism* du Conseil de l'Europe dans ses recommandations aux États pour traiter le phénomène. <sup>1242</sup> Si le test fait ressortir un lien suffisamment étroit entre le conflit et un acte, cela signifie que l'acte est régi par le DIH. <sup>1243</sup> *A contrario*, les violences insuffisamment liées au conflit et à la conduite des hostilités ne sont pas régies par ce *corpus* et pourront donc être soumises, par exemple, au droit antiterroriste. Le contrôle du *nexus* est donc un outil utile pour mettre en œuvre la solution précédemment proposée du principe de la *lex specialis* et

---

<sup>1240</sup> CASSESE (A.), « The Nexus Requirement for War Crimes », *op. cit.*, p. 1395.

<sup>1241</sup> LUBELL (N.) and DEREJKO (N.), « A Global Battlefield: Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict », *op. cit.*, p. 76 ; Van STEENBERGHE (R.), « Droit international humanitaire et Législation belge antiterroriste : L'article 141*bis* du Code pénal dans les dossiers syriens et kurdes », *op. cit.*, pp. 290-291 :

« tout acte, même de violence, commis dans un conflit armé par des membres de forces armées ne tombe pas nécessairement dans le champ d'application du droit international humanitaire. Conformément à la jurisprudence internationale, il faut nécessairement qu'un lien (*nexus*) existe entre l'acte en question et le conflit armé. »

<sup>1242</sup> « Application of International Humanitarian Law and Criminal Law to Terrorism Cases in Connection with Armed Conflicts », Council of Europe, *op. cit.*, p. 10.

<sup>1243</sup> SASSÒLI (M.), « Terrorism and War », *op. cit.*, p. 976.

pour appliquer les régimes d'exclusion du droit antiterroriste au profit du droit des conflits armés.<sup>1244</sup>

Le concept de *nexus* a été développé par la jurisprudence internationale et n'est donc pas conventionnel.<sup>1245</sup> C'est à l'occasion des procès des criminels de guerre de la Seconde Guerre mondiale qu'il a pris forme. Il a ainsi pu être jugé que des médecins ayant réalisé des expériences sur des prisonniers de guerre et des civils pouvaient être considérés pénalement responsables de crimes de guerre car

« these experiments were not the isolated and casual acts of individual doctors and scientists working solely on their own responsibility, but were the product of coordinated policy-making and planning at high governmental, [...] conducted as an integral part of the total war effort. They were ordered, sanctioned, permitted, or approved by persons in positions of authority who under all principles of law were under the duty to know about these things and to take steps to terminate or prevent them. »<sup>1246</sup>

Autrement dit, ce n'est pas tant la qualité de l'auteur d'un acte qui importe que les caractéristiques de cet acte, parmi lesquelles le lien particulier qui le rattache au conflit armé et à la conduite des hostilités. Par conséquent, si l'analyse du *nexus* permet d'évaluer si l'acte d'une personne civile est suffisamment lié au conflit pour qu'il soit régi par le DIH<sup>1247</sup>, elle permet, *a fortiori*, de déterminer si l'activité d'un membre d'une force armée partie à ce conflit est régie par ce droit ; aux fins notamment de la mise en œuvre des régimes d'exclusion précités. Il faut alors relever rapidement ici que le champ d'application *ratione*

---

<sup>1244</sup> BARTELS (R.), « When Do Terrorist Organisations Qualify as Parties to an Armed Conflict under International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 475 : l'auteur analyse ici le test du *nexus* vis-à-vis du phénomène des « combattants étrangers » et énonce :

« the nexus requirement in international criminal law is used to determine whether certain conduct can qualify as a war crime, but in effect, what is being determined is whether IHL was applicable to the conduct, as that has to be the case for provisions of this body of law to be violated. In turn, the nexus requirement, normally used to assess whether certain prohibited conduct is sufficiently associated with an armed to qualify as a war crime, [...] can also be used to assess the personal scope of IHL. »

<sup>1245</sup> CASSESE (A.), « The Nexus Requirement for War Crimes », *op. cit.*, p. 1397.

<sup>1246</sup> Trial of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law N°10, « *The Medical Case* », Nuremberg Military Tribunal, Vol. II, October 1946 – April 1949, p. 181 ; voir à ce propos CASSESE (A.), « The Nexus Requirement for War Crimes », *op. cit.*, pp. 1400-1401.

<sup>1247</sup> Van der WILT (H.), « War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, N°5, December 2012, pp. 1118-1119.

*personae* du droit international humanitaire couvre tous les membres d'une force armée étatique et non étatique, étrangers ou non, ainsi que les personnes civiles.<sup>1248</sup>

Le concept a ensuite été repris et détaillé par la jurisprudence des tribunaux internationaux *ad hoc* de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda. Si la jurisprudence du premier a été globalement constante<sup>1249</sup>, celle du TPIR a d'abord été hésitante sur les critères de suffisance du lien avant d'adopter définitivement une position similaire à celle du TPIY<sup>1250</sup>. De son côté, bien que le concept de *nexus* ne soit pas expressément repris dans son statut,<sup>1251</sup> la Cour pénale internationale le considère en pratique comme un élément nécessaire à la qualification d'un crime de guerre et fonde ses décisions sur les travaux des deux TPI.<sup>1252</sup>

Aujourd'hui, le concept de *nexus* est généralement admis par la doctrine et la jurisprudence, tant internationale que nationale. Ainsi, pour qu'un acte constitue un crime de guerre en tant qu'activité régie par le DIH car liée à un conflit interne ou international, cet acte doit être « *étroitement lié aux hostilités* ».<sup>1253</sup> Lorsqu'existe un doute sur la nature d'un

---

<sup>1248</sup> TPIR, *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, Affaire n°ICTR-96-4-T, *op. cit.*, para. 630-634.

<sup>1249</sup> CASSESE (A.), « The Nexus Requirement for War Crimes », *op. cit.*, pp. 1404-1405.

<sup>1250</sup> Les raisons des hésitations étant sans conséquence sur les éléments qui intéressent le présent sujet, il ne sera pas utile de les développer. Pour plus d'information, voir : CASSESE (A.), « The Nexus Requirement for War Crimes », *op. cit.*, pp. 1407 and 1409 ; Van der WILT (H.), « War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict », *op. cit.*, pp. 1118-1119 ; TPIR, *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, Affaire n°ICTR-96-4-T, *op. cit.*, para. 631 ; TPIR, *Le Procureur c. C. Kayishema et O. Ruzindana*, Jugement, Chambre de Première Instance II, Affaire n°ICTR-95-1-T, 21.05.1999, para. 169 ; TPIR, *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, Arrêt, Chambre d'Appel, Affaire n°ICTR-96-4-A, 01.06.2001, para. 444.

<sup>1251</sup> ABTAHI (H.), « Crimes against Humanity and the Armed Conflict Nexus: From Nuremberg to the ICC », *European Society of International Law*, Conference Paper No. 1/2013, Amsterdam Research Forum, 23-25 May 2013, p. 6.

<sup>1252</sup> Voir notamment : CPI, *Le Procureur c. T. Lubanga Dyilo*, Affaire n°ICC-01/04-01/06-803, *op. cit.*, para. 286-288 ; CPI, *Le Procureur c. O. H. A. Al Bashir*, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Chambre préliminaire I, Affaire n°ICC-02/05-01/09, 04.03.2009, para. 71 ; CPI, *Le Procureur c. J.-P. Bemba Gombo*, Affaire n°ICC-01/05-01/08, *op. cit.*, para. 285, 296, 306 et 321 ; CPI, *Le Procureur c. C. Mbarushimana*, Affaire n°ICC-01/04-01/10, *op. cit.*, para. 240-241 ; CPI, *Le Procureur c. T. Lubanga Dyilo*, Affaire ICC-01/04-01/06, *op. cit.*, para. 1018.

<sup>1253</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-T, *op. cit.*, para. 573 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Kunarac, R. Kovas et Z. Vukovic*, Jugement, Chambre de première instance, Affaire n°IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, 22.02.2001, para. 568 ; TPIY, *Le Procureur c. M. Krnojelac*, Jugement, Chambre de Première Instance II, Affaire n° IT-97-25-T, 15.03.2002, para. 51 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Kunarac, R. Kovas et Z. Vukovic*, Arrêt, Chambre d'Appel, Affaire n°IT-96-23 et IT-96-23/1-A, 12.06.2002, para. 57-58 ; TPIY, *Le Procureur c. M. Vasiljević*, Jugement, Chambre de Première Instance II, Affaire IT-98-32-T, 29.11.2002, para. 25 et 57 ; TPIY, *Le Procureur c. M. Naletilić et V. Martinović*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°IT-98-34-T, 31.03.2003, para. 225 ; TPIY, *Le Procureur c. R. Brdanin*, Affaire n° IT-99-36-T, *op. cit.*, para. 123 et 128 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Affaire n°IT-98-29/1-T, *op. cit.*, para. 870 123 et 128 ; TPIR, *Le Procureur*

acte – crime de guerre ou un simple crime opportuniste profitant du contexte de conflit – il existe un consensus en faveur de la mise en œuvre d’une évaluation factuelle de son lien avec le conflit pour déterminer s’il est ou non régi par le droit international humanitaire. En l’absence de critères conventionnels préétablis, la jurisprudence internationale a alors identifié une série d’indices<sup>1254</sup> qui, sans qu’ils doivent être systématiquement présents, permettent d’établir qu’un acte est effectivement suffisamment lié au conflit pour être de la compétence du droit international pénal et du *Ius in bello*. Il faudra alors procéder à une analyse des éléments pratiquement disponibles sur le terrain pour contrôler le *nexus* au cas par cas.<sup>1255</sup> Si plusieurs actes sont reprochés à un même individu, le test devra être fait pour chacun d’eux ; le fait qu’un acte ne soit pas lié au conflit n’implique pas automatiquement que les autres actes du même auteur ne le sont pas.<sup>1256</sup>

Dans l’*Affaire Kunarac*, généralement citée comme ayant le plus fait avancer cette question, la Chambre d’appel a relevé qu’un lien suffisant existe lorsqu’il est possible d’établir que les actes en cause « *sont déterminés par le contexte [du] conflit armé, ou en dépendent* »<sup>1257</sup>, qu’ils sont justifiés, expliqués ou autrement rendus possibles par ce conflit. Ainsi,

« il faut, à tout le moins, que l’existence du conflit armé ait considérablement pesé sur la capacité de l’auteur du crime à le commettre, sa décision de le commettre, la manière dont

---

*c. G. A. N. Rutaganda*, Jugement et Sentence, Chambre de Première Instance I, Affaire n° ICTR-96-3-T, 06.12.1999, para. 104-105 ; TPIR, *Le Procureur c. C. Kayishema et O. Ruzindana*, Affaire n° ICTR-95-1-T, *op. cit.*, par. 169 ; TPIR, *Le Procureur c. A. Musema*, Jugement et Sentence, Chambre de Première Instance I, Affaire n° ICTR-96-13-T, 27.01.2000, para. 260-262 ; TPIR, *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, Affaire n° ICTR-96-4-A, *op. cit.*, par. 444 ; TPIR, *Le Procureur c. E. Ntakirutimana et Gé. Ntakirutimana*, Jugement portant condamnation, Chambre de Première Instance I, Affaires n° ICTR-96-10-T et ICTR-96-17-T, 21.02.2003, par. 858 ; TPIR, *Le Procureur c. L. Semanza*, Jugement et Sentence, Chambre de Première Instance III, Affaire n° ICTR-97-20-T, 15.05.2003, para. 368-369 ; TPIR, *Le Procureur c. G. A. N. Rutaganda*, Arrêt, Chambre d’Appel, Affaire n° ICTR-96-3-A, 26.05.2003, par. 170 ; SCSL, *Prosecutor v. A. T. Brima, B. B. Kamara and S. B. Kanu*, Case no SCSL-04-16-T, *op. cit.*, para. 246-247 ; voir également la doctrine, notamment CASSESE (A.), « The Nexus Requirement for War Crimes », *op. cit.*, p. 1395 ; Van der WILT (H.), « War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict », *op. cit.*, p. 1116.

<sup>1254</sup> CASSESE (A.), « The Nexus Requirement for War Crimes », *op. cit.*, p. 1413.

<sup>1255</sup> *Idem.*

<sup>1256</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n° IT-94-1-T, *op. cit.*, par. 573 ; TPIR, *Le Procureur c. G. A. N. Rutaganda*, Affaire n° ICTR-96-3-T, *op. cit.*, para. 104-105 ; TPIR, *Le Procureur c. G. A. N. Rutaganda*, Affaire n° ICTR-96-3-A, *op. cit.*, par. 170.

<sup>1257</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Kunarac, R. Kovas et Z. Vukovic*, Affaire n° IT-96-23 et IT-96-23/1-A, *op. cit.*, par. 58.

il l'a commis ou le but dans lequel il l'a commis. Partant, s'il peut être établi [...] que l'auteur du crime a agi dans l'optique de servir un conflit armé ou sous le couvert de celui-ci, cela suffit pour conclure que ses actes étaient étroitement liés au dit conflit. »<sup>1258</sup>

Parmi les éléments arguant d'un lien suffisant, il est alors possible de relever

« le fait que l'auteur du crime est un combattant, le fait que la victime n'est pas un combattant, le fait que la victime appartient au camp adverse, le fait que l'acte pourrait être considéré comme servant l'objectif ultime d'une campagne militaire, et le fait que la commission du crime participe des fonctions officielles de son auteur ou s'inscrit dans leur contexte. »<sup>1259</sup>

Constitue également des éléments qui peuvent être pris en compte : le fait que l'acte « a été commis au cours des hostilités » ou alors « dans une région occupée ou contrôlée par l'un des belligérants »<sup>1260</sup> ; le fait que l'acte sert « la cause des belligérants »<sup>1261</sup> ou qu'il existe un lien particulier entre le conflit et l'auteur de l'acte<sup>1262</sup> ; que l'acte ne tire pas seulement une opportunité du conflit mais est aussi lié aux méthodes et objectifs du conflit<sup>1263</sup> ; le fait pour les combattants et les membres des « forces qui les accompagnent » qu'ils « tirent parti de leur pouvoir » conféré par le contexte des hostilités, est présenté comme permettant « indéniablement » de rattacher l'acte au conflit armé<sup>1264</sup>.

---

<sup>1258</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Kunarac, R. Kovas et Z. Vukovic*, Affaire n°IT-96-23 et IT-96-23/1-A, *op. cit.*, par. 58 ; voir à ce propos Van der WILT (H.), « War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict », *op. cit.*, pp. 1117-1118.

<sup>1259</sup> *Ibid.*, par. 59.

<sup>1260</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-T, *op. cit.*, par. 573.

<sup>1261</sup> TPIY, *Le Procureur c. M. Vasiljević*, Affaire IT-98-32-T, *op. cit.*, par. 57 ; voir également CASSESE (A.), « The Nexus Requirement for War Crimes », *op. cit.*, p. 1397.

<sup>1262</sup> CASSESE (A.), « The Nexus Requirement for War Crimes », *op. cit.*, p. 1408.

<sup>1263</sup> Van der WILT (H.), « War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict », *op. cit.*, p. 1125, note de bas de page n°46.

<sup>1264</sup> TPIY, *Le Procureur c. R. Brdanin*, Arrêt, Chambre d'Appel, Affaire n° IT-99-36-A, 03.04.2007, par. 256.

La jurisprudence a également insisté sur le fait que l'absence de certains indices au cas d'espèce ne peut automatiquement mener à la conclusion de l'insuffisance du lien.<sup>1265</sup> Ainsi, il n'est pas nécessaire,

« que le crime présumé soit commis durant les combats ou qu'il fasse partie d'une politique ou d'une pratique officiellement avalisée ou tolérée par l'un des belligérants, ou que l'acte serve en fait une politique liée à la conduite de la guerre, ou qu'il soit dans l'intérêt effectif d'une partie au conflit ».<sup>1266</sup>

De même, il n'est pas exigé que l'activité en cause soit un « *acte planifié ou le fruit d'une politique quelconque* » bien précis attestant d'un « *lien de cause à effet* » particulier.<sup>1267</sup> S'il faut que le conflit armé ait facilité la réalisation de l'acte, il n'est pas nécessaire que cet acte ait bénéficié à l'effort de guerre.<sup>1268</sup> Pour terminer sur ces indices, et anticipant les prochains développements plus complets à ce sujet, il faut noter qu'il

« peut exister un lien étroit entre les actes des accusés et le conflit armé même si les crimes ne sont pas contemporains des combats effectifs et ne sont pas commis au même endroit [...] il suffirait, par exemple, que les crimes allégués soient étroitement liés aux hostilités se déroulant dans d'autres parties des territoires contrôlés par les parties au conflit. »<sup>1269</sup>

Autrement dit, l'éloignement géographique d'avec les hostilités ne permet pas, *a priori*, d'exclure la possibilité d'un lien suffisant entre l'acte et le conflit armé pour que l'activité soit régie par le droit international humanitaire.<sup>1270</sup>

---

<sup>1265</sup> TPIR, *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, Affaire n°ICTR-96-4-A, *op. cit.*, par. 444.

<sup>1266</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-T, *op. cit.*, par. 573 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Kunarac, R. Kovas et Z. Vukovic*, Affaire n°IT-96-23 et IT-96-23/1-A, *op. cit.*, par. 58.

<sup>1267</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Kunarac, R. Kovas et Z. Vukovic*, Affaire n°IT-96-23 et IT-96-23/1-A, *op. cit.*, par. 58.

<sup>1268</sup> Van der WILT (H.), « War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict », *op. cit.*, pp. 1127-1128.

<sup>1269</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Kunarac, R. Kovas et Z. Vukovic*, Affaire n°IT-96-23 et IT-96-23/1-A, *op. cit.*, par. 57 ; voir également TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-T, *op. cit.*, par. 573 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Kunarac, R. Kovas et Z. Vukovic*, Affaire n°IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, *op. cit.*, par. 568 ; TPIY, *Le Procureur c. M. Vasiljević*, Affaire IT-98-32-T, *op. cit.*, par. 25 ; TPIY, *Le Procureur c. M. Naletilić et V. Martinović*, Affaire n°IT-98-34-T, *op. cit.*, par. 177 ; TPIY, *Le Procureur c. R. Brdanin*, Affaire n° IT-99-36-T, *op. cit.*, par. 123.

<sup>1270</sup> LUBELL (N.) and DEREJKO (N.), « A Global Battlefield: Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict », *op. cit.*, pp. 75-76 ; CASSESE (A.), « The Nexus Requirement for War Crimes », *op. cit.*, p. 1416 :

« Pursuant to the case law of the ICTR, ICTY and international law generally, geographic and temporal concurrence with the armed conflict is not a prerequisite to the nexus requirement. »

Finalement, « *la seule question, à déterminer dans les circonstances de chaque espèce, est de savoir si les infractions étaient étroitement liées au conflit armé considéré dans son ensemble.* »<sup>1271</sup> Mais que faut-il en déduire vis-à-vis de l'encadrement des activités des « combattants étrangers » lorsqu'il y a concurrence entre le DIH et le droit antiterroriste ?

Utiliser le test du *nexus* permet de déterminer quand un acte est régi par le *Ius in bello* : lorsqu'un lien suffisant le relie au conflit armé à l'occasion duquel il est réalisé. Dès lors, le test permet de savoir si l'acte d'un « combattant étranger » est régi par le droit international humanitaire en vertu de la *lex specialis* et des régimes d'exclusion, ou s'il devrait être qualifié via le droit antiterroriste. Or, la jurisprudence belge ne s'était pas fondée sur ce lien suffisant mais sur le caractère criminel des actes des « combattants étrangers » pour rejeter la mise en œuvre du régime d'exclusion issu de l'article 141*bis* du Code pénal. Ainsi, il avait été soutenu que les prévenus « *ne s'occup[ai]ent pas d'actions militaires au sens du droit humanitaire international mais d'actes terroristes* » ; ce qui permettait d'en conclure que les actes en cause n'étaient pas régis par le DIH.<sup>1272</sup> Pourtant, le développement du concept de *nexus* montre que c'est le rapport entre un acte et la conduite des hostilités durant un conflit armé qui permet de savoir si un acte est régi par le *Ius in bello*, pas son caractère criminel. D'ailleurs, le test du *nexus* a justement été développé pour traiter des actes criminels et déterminer si leurs auteurs devaient être poursuivis pour violation du droit international humanitaire. Il est donc parfaitement erroné d'utiliser le caractère criminel d'un acte pour l'exclure de la compétence de ce droit.

Le test du *nexus* permet donc d'éclairer la formule : « *activités [...] régies par* » le DIH des régimes d'exclusion. Il est donc utile pour s'assurer de soumettre les actes des « combattants étrangers » au *corpus* pertinent. D'ailleurs, dans les affaires présentées aux TPIY et TPIR, les actes en cause étaient justement bien souvent des actes de tortures, de pillages<sup>1273</sup>, de violences sexuelles et/ou de meurtres de personnes protégées.<sup>1274</sup> Ces actes

---

<sup>1271</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-T, *op. cit.*, par. 573.

<sup>1272</sup> Tribunal Correctionnel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, feuillets 35-36 ; voir également Cour d'Appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>1273</sup> Voir par exemple : TPIY, *Le Procureur c. M. Naletilić et V. Martinović*, Affaire n°IT-98-34-T, *op. cit.*, par. 618.

<sup>1274</sup> CASSESE (A.), « The Nexus Requirement for War Crimes », *op. cit.*, pp. 1416-1417.



ont alors été qualifiés de crimes de guerre – parfois également de crimes contre l’humanité et crimes de génocide – en ce que leurs liens avec le conflit armé en cours étaient suffisamment étroits pour entrer dans la compétence du DIH, autrement dit être régis par lui.

Enfin, un acte peut être un crime de guerre, donc être régi par le *Ius in bello*, s’il dispose d’un lien suffisamment étroit avec le conflit armé, même si, par exemple : il est réalisé dans un but d’intimidation ou de vengeance et que cette intimidation ou vengeance servent justement, dans le conflit, les motifs et/ou les méthodes de la partie belligérante<sup>1275</sup> ; il est réalisé contre des civils ne prenant pas part aux hostilités et n’étant pas armés<sup>1276</sup>, et/ou alors que tous les membres non combattants de la communauté ou du groupe visé sont considérés par la partie belligérante en cause comme des ennemis à éliminer<sup>1277</sup> ; il s’agit d’un pillage aux fins de gains personnels et qu’il s’inscrit dans un cadre plus large de pillages et d’épurations ethniques mis en place officiellement par une partie au conflit<sup>1278</sup>. En conséquence, l’applicabilité du droit international humanitaire ne peut être écartée sur le seul fondement que les groupes comme l’État islamique réalisent des pillages, des épurations ethniques, des attaques de personnes civiles, des actes d’intimidation ou encore des violences sexuelles ; d’une part il faudrait d’abord démontrer que ces actes ne font pas pleinement partie de la politique et stratégie de conduite des hostilités de ces groupes, d’autre part le droit des conflits armés peut justement être invoqué pour les poursuivre pénalement.

En conclusion, le test relatif au *nexus* permet de soutenir que l’acte d’un « combattant étranger » doit être qualifié vis-à-vis du droit international humanitaire lorsque le test est

---

<sup>1275</sup> CASSESE (A.), « The Nexus Requirement for War Crimes », *op. cit.*, p. 1399 : si l’auteur parle ici plus spécifiquement des situations de conflit armé international, il note à la page précédente que cette réflexion est juridiquement valable pour les CANI également.

<sup>1276</sup> *Ibid.*, p. 1401:

« [...] medical experiments of this type amounted to war crimes when committed against civilians of the opposing side in the conflict (i.e. protected persons). There was no need to show that these civilians were up in arms against Germany or its allies [...] and no requirement that the medical experiments were directly linked to the war efforts. » [Nous soulignons]

<sup>1277</sup> *Ibid.*, p. 1415 : l’auteur commente ici la jurisprudence du TPIR en notant que celle-ci doit, pour évaluer le lien entre l’acte et le conflit, prendre en considération que la qualité de civile des victimes n’exclut pas la suffisance du lien et la qualification en crime de guerre car tous les membres de l’ethnie Tutsi étaient officiellement considérés par la partie adverse comme des complices du *Rwandan Patriotic Front*, ce que donc les auteurs des actes en causes soutenaient, permettant d’établir un lien suffisant entre les actes et le conflit armé.

<sup>1278</sup> *Ibid.*, p. 1404.

positif, et qualifié au regard du droit antiterroriste en cas de test négatif. Si le test est en principe conçu pour déterminer si un acte est un crime de guerre ou un crime de droit commun, ce qu'il implique en réalité est qu'il permet de savoir si l'acte est régi ou non par le droit international humanitaire.<sup>1279</sup> Néanmoins, dans le cadre du traitement du phénomène des « combattants étrangers », le test du *nexus* n'est pas suffisant lorsqu'il s'agit de contrôler si un acte est régi par le *Ius in bello*. En effet, puisque les « combattants étrangers » s'inscrivent inévitablement dans un phénomène susceptible de leur faire traverser des frontières, il est également nécessaire de clarifier la compétence géographique du droit international humanitaire vis-à-vis de leurs actes et en fonction de leur possible éloignement du champ de bataille.

---

<sup>1279</sup> BARTELS (R.), « When Do Terrorist Organisations Qualify as Parties to an Armed Conflict under International Humanitarian Law », *op. cit.*, p. 475.

## **II. La détermination du *corpus* effectivement applicable au regard du champ d'application *ratione loci* du droit international humanitaire**

Le champ d'application *ratione loci* du droit international humanitaire est un sujet complexe qui n'est établi par aucune base conventionnelle qui permettrait de se prononcer avec certitude.<sup>1280</sup> Il s'agit ainsi d'une problématique du DIH actuelle, à laquelle le traitement du phénomène des « combattants étrangers » s'ajoute. La mobilité inhérente de participation de ces individus et la menace qu'ils représentent pour l'État qu'ils rejoignent, mais également pour les États de la région et leur État d'origine<sup>1281</sup>, ne font que renforcer le besoin de préciser l'étendue géographique du droit des conflits armés pour savoir lesquels de leurs actes, en fonction du lieu de leur réalisation, sont effectivement régis par ce *corpus*. Finalement, la question est de savoir si le *Ius in bello* perd sa compétence à régir les actes des membres d'une force armée partie à un conflit armé à mesure que leur lieu de réalisation s'éloigne du front. En l'absence de consensus, il ne sera pas toujours possible de proposer une réponse définitive. Néanmoins, tout en faisant preuve de prudence, il sera possible de dégager, des positions dominantes issues de la jurisprudence internationale, de la pratique et de la doctrine actuelle, des éléments suffisants pour proposer une solution juridique pertinente. Cette solution permettra en effet, eu égard aux régimes d'exclusion et au principe de la *lex specialis*, de déterminer si leur mise en œuvre est impactée selon la localisation géographique de l'acte en cause par rapport au conflit armé.

À titre de remarque, il faut d'une part noter qu'il ne sera ici question que d'évaluer la compétence du droit international humanitaire pour régir l'acte tel qu'il est conduit et non pas de s'interroger sur la licéité de l'acte au regard du *Ius ad bellum*. D'autre part, l'analyse de l'application territoriale du droit des conflits armés devra nécessairement s'accompagner

---

<sup>1280</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-AR, *op. cit.*, para. 68-69 ; KOUTROULIS (V.), « The fight against the Islamic State and Jus in Bello », *op. cit.*, p. 844.

<sup>1281</sup> « Mise en œuvre de la résolution 2178 (2014) du Conseil de Sécurité par les États affectés par le phénomène des combattants terroristes étrangers », *op. cit.*, p. 19 ; « Combattants étrangers en Syrie et en Irak », Conseil de l'Europe, *op. cit.*, p. 2 ; Annexe : « Menace mondiale liée aux combattants terroristes étrangers : analyse et recommandations », Doc. S/2015/358, Nations unies, *op. cit.*, par. 16.

d'un résultat positif au test du *nexus*<sup>1282</sup> ; un lien suffisant entre l'acte et le conflit devra également être obligatoirement constaté, en parallèle, pour affirmer que l'acte en cause est régi par le *Ius in bello* ; le contrôle du *nexus* dépend de, et influence, l'étendue géographique du DIH, et réciproquement.<sup>1283</sup>

La question du champ d'application *ratione loci* du DIH vis-à-vis du phénomène des « combattants étrangers » sera analysée selon l'organisation classique des trois situations territoriales généralement utilisées par la doctrine, bien qu'elles disposent d'éléments de réponse communs. Ainsi, la première situation concernera l'application du droit international humanitaire aux actes réalisés loin du cœur des hostilités, mais tout de même sur le territoire de l'État hôte du conflit international ou non international (A). Par la deuxième situation, il faudra traiter la question de l'application du DIH aux actes réalisés sur le territoire d'États parties au conflit mais non hôtes de celui-ci ; ceci concernant alors principalement le cas des conflits non internationaux où des États tiers interviennent, comme c'est le cas en Syrie et au Mali par exemple (B). La troisième situation enfin sera consacrée à la compétence du *Ius in bello* pour encadrer des actes réalisés sur le territoire d'un État tiers, ni hôte ni partie belligérante au conflit (C).

**A. Situation n°1 – *La compétence du droit international humanitaire si l'acte du « combattant étranger » est réalisé sur un territoire isolé de l'État hôte du conflit armé***

Lorsqu'il a fallu que le TPIR et le TPIY se prononcent sur le *nexus* d'un acte avec le conflit armé, ils ont également été confrontés à la question plus générale de l'étendue du champ d'application *ratione loci* du droit international humanitaire. Or, certains éléments de

---

<sup>1282</sup> LUBELL (N.) and DEREJKO (N.), « A Global Battlefield: Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict », *op. cit.*, p. 76 :

« While the application of IHL to hostilities is both necessary and uncontroversial, its application beyond the primary geographical area of battle must be on the basis of a clear nexus to the prevailing armed conflict, subject to the criteria in the following analysis. »

<sup>1283</sup> Il a en outre déjà été relevé que l'éloignement territorial du front ne permet pas d'exclure par principe un lien suffisant entre le conflit et l'acte pour que ce dernier soit régi par le DIH : TPIY, *Le Procureur c. D. Kunarac, R. Kovas et Z. Vukovic*, Affaire n°IT-96-23 et IT-96-23/1-A, *op. cit.*, par. 57 ; voir également TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-T, *op. cit.*, par. 573 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Kunarac, R. Kovas et Z. Vukovic*, Affaire n°IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, *op. cit.*, par. 568 ; TPIY, *Le Procureur c. M. Vasiljević*, Affaire IT-98-32-T, *op. cit.*, par. 25 ; TPIY, *Le Procureur c. M. Naletilić et V. Martinović*, Affaire n°IT-98-34-T, *op. cit.*, par. 177 ; TPIY, *Le Procureur c. R. Brdanin*, Affaire n° IT-99-36-T, *op. cit.*, par. 123.

réponse font consensus : l'application de ce droit n'est pas restreinte « *au voisinage des hostilités effectives* » mais s'étend à « *l'extérieur du contexte géographique étroit du théâtre effectif des combats* ». <sup>1284</sup> La jurisprudence internationale <sup>1285</sup> et la doctrine <sup>1286</sup> ont ainsi confirmé que

« le droit international humanitaire [s'applique] sur l'ensemble du territoire des États belligérants ou, dans le cas de conflits internes, sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non. » <sup>1287</sup>

En conflit armé international, le *Ius in bello* est compétent pour régir tous les actes réalisés sur tous les territoires des États parties ; en conflit armé non international, il est applicable sur tous les territoires contrôlés par les parties étatiques et non étatiques, même sur ceux qui ne sont pas au cœur des hostilités.

L'élément primordial dans ces cas était finalement l'existence d'un *nexus* suffisant afin de déterminer si, malgré l'éloignement géographique au sein même du territoire hôte, un acte était régi par le droit des conflits armés ; celui-ci étant compétent pour encadrer les actes réalisés « *sur l'ensemble du territoire de l'État où se déroulent les hostilités, dès lors que les conditions matérielles objectives [de son] application [...] sont réunies.* » <sup>1288</sup> Cette position est soutenue par le CICR vis-à-vis de l'application territoriale du DIH dans le cadre du conflit armé syrien et des groupes armés comptant dans leurs rangs des étrangers. Ainsi, le *Ius in bello* est applicable partout en Syrie où des affrontements entre les parties au conflit ont

---

<sup>1284</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-AR, *op. cit.*, para. 68-69.

<sup>1285</sup> TPIR, *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, Affaire n°ICTR-96-4-T, *op. cit.*, para. 635-636 ; TPIR, *Le Procureur c. C. Kayishema et O. Ruzindana*, Affaire n°ICTR-95-1-T, *op. cit.*, para. 182-183 ; TPIR, *Le Procureur c. G. A. N. Rutaganda*, Affaire n°ICTR-96-3-T, *op. cit.*, para. 102-103 ; TPIR, *Le Procureur c. A. Musema*, Affaire n°ICTR-96-13-T, *op. cit.*, para. 283-284 ; TPIR, *Le Procureur c. I. Bagilishema*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°ICTR-95-1A-T, 07.06.2001, par. 101 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Kunarac, R. Kovac et Z. Vukovic*, Affaire n°IT-96-23 & IT-96-23/1-A, *op. cit.*, par. 568 ; TPIR, *Le Procureur c. L. Semanza*, Affaire n°ICTR-97-20-T, *op. cit.*, par. 367.

<sup>1286</sup> CICR, 32<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *op. cit.*, p. 16 ; LUBELL (N.) and DEREJKO (N.), « A Global Battlefield: Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict », *op. cit.*, p. 74 ; KOUTROULIS (V.), « The fight against the Islamic State and Jus in Bello », *op. cit.*, p. 845.

<sup>1287</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-AR, *op. cit.*, par. 70.

<sup>1288</sup> TPIR, *Le Procureur c. G. A. N. Rutaganda*, Affaire n°ICTR-96-3-T, *op. cit.*, par. 102.

effectivement lieu.<sup>1289</sup> De même, la pratique des États semble confirmer cette interprétation.<sup>1290</sup>

En conclusion, les actes, même criminels, des étrangers membres d'une force armée partie à un conflit armé, réalisés sur le territoire de l'État hôte, sont régis par le DIH même lorsqu'ils prennent place loin du cœur des hostilités, à condition qu'ils répondent aux exigences du *nexus*. Le contrôle de ce lien est particulièrement similaire à ce qui a pu être fait au sein des TPIY et TPIR. Néanmoins, cette conclusion ne présuppose pas de la licéité en DIH de ces actes, celui-ci pouvant justement les régir pour les interdire ou les restreindre. Il faut ainsi noter, par exemple, qu'un acte très éloigné du front et visant à attaquer un membre isolé de la partie adverse devra respecter des exigences, relatives aux principes de proportionnalité et de nécessité militaire, plus élevées que si l'attaque vise un groupe isolé de plusieurs membres adverses, ou même un seul individu au cœur des hostilités. De plus, le DIH ne permettra parfois pas une plus grande marge de manœuvre à l'attaquant que ce qu'aurait permis le droit commun, et notamment le droit des droits de l'homme.<sup>1291</sup>

**B. Situation n°2 – *La compétence du droit international humanitaire si l'acte du « combattant étranger » est réalisé sur le territoire d'un État partie mais non hôte du conflit***

Les TPI n'ayant pas eu à se prononcer spécifiquement sur la question, cette deuxième situation est plus délicate. Néanmoins, la réponse faite dans les cas de la situation précédente propose des outils juridiquement utiles. En effet, les interprétations jurisprudentielles de

---

<sup>1289</sup> ICRC Operational Update, « Syria: ICRC and Syrian Arab Red Crescent maintain aid effort amid increasing fighting », Site internet du CICR, 17.07.2012 [Consulté le 09.08.2019] :

« the ICRC concludes that there is currently a non-international (internal) armed conflict occurring in Syria opposing Government Forces and a number of organised armed opposition groups operating in several parts of the country (including, but not limited to, Homs, Idlib and Hama). Thus, hostilities between these parties wherever they may occur in Syria are subject to the rules of international humanitarian law. »

<sup>1290</sup> KOUTROULIS (V.), « The fight against the Islamic State and *Jus in Bello* », *op. cit.*, p. 845 : l'auteur soulève ici que cette solution a été largement adoptée dans le cadre du conflit armé interne afghan, les États qui avaient initialement une position divergente l'ayant fait évoluer dans ce sens.

<sup>1291</sup> Voir notamment : SASSOLI (M.) and OLSON (L. M.), « The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, n°871, p. 613 ; CHESNEY (R.), « Guest Post from the ICRC's Daniel Cahen Responding to My Post on Syria/LOAC », *Lawfare*, 17.07.2012.

l'application *ratione loci* du droit des conflits armés avaient pour objectif d'intégrer le plus largement possible les territoires où seraient réalisés des actes étroitement liés au conflit ; les parties belligérantes ne devaient pas pouvoir restreindre trop fortement l'étendue territoriale du DIH afin de se soustraire aux obligations qui en découlent.<sup>1292</sup>

Le TPIY a affirmé que « *le droit international humanitaire [s'applique] sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non* ». <sup>1293</sup> Il apparaît ainsi clairement que l'élément important est que le territoire où a été réalisé l'acte lié au conflit soit contrôlé par l'une des parties belligérantes. De plus, le TPIR a lui soutenu, bien que cela concernait à l'époque l'étendue de l'applicabilité du droit international humanitaire au sein de l'État hôte, que l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève et l'article 2 du PA II devaient être interprétés comme assurant l'application du DIH « *à toutes les personnes affectées par un conflit armé* ». <sup>1294</sup> Ainsi, c'est à un « *critère personnel [...] et non géographique* » qu'il faudrait se référer. <sup>1295</sup> Par conséquent, ces éléments peuvent permettre d'affirmer que le *Ius in bello* régit les actes réalisés sur le territoire d'un État qui est partie au conflit mais qui n'en était originellement pas l'hôte. <sup>1296</sup> De fait le CICR a reconnu cette applicabilité étendue du droit international humanitaire en précisant notamment qu'en vertu

« du principe d'égalité des belligérants, les États prêtant assistance qui participent à un conflit armé non international extraterritorial ne devraient pas être en mesure de se protéger des opérations une fois qu'ils sont devenus parties à un tel conflit armé au-delà

---

<sup>1292</sup> LUBELL (N.) and DEREJKO (N.), « A Global Battlefield: Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict », *op. cit.*, p. 74 :

« the extension of IHL beyond the immediate geographical and temporal spheres of hostilities is necessary to prevent attempts by the Parties to an armed conflict to evade the reach of IHL by relocating individuals and directing operations away from the immediate sphere of hostilities. »

<sup>1293</sup> Nous soulignons ; TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-AR, *op. cit.*, par. 70.

<sup>1294</sup> TPIR, *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, Affaire n°ICTR-96-4-T, *op. cit.*, par. 635 : la Chambre reprend ainsi expressément le texte du PA II mais précise dans le même temps que l'article 3 commun doit être interprété dans le même sens.

<sup>1295</sup> PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, par. 4490, pp. 1383-1384 ; ZEGVELD (L.), *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, 2002, p. 136.

<sup>1296</sup> SCHMITT (M. N.), « Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict », *International Law Studies*, U.S. Naval War College, Vol. 90, 2014, pp. 10-11 ; SASSÒLI (M.), « Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law », *HPCR Occasional Paper Series*, Harvard, winter 2006, p. 9.

de leurs frontières. Cela serait contraire à l'objectif du DIH consistant à conférer les mêmes droits – et, bien entendu, les mêmes obligations – à toutes les parties à un conflit. »<sup>1297</sup>

Finalement, c'est le fait que des personnes soient affectées par le conflit armé dans un territoire contrôlé par l'État partie et que l'acte en cause soit étroitement lié au conflit qui rend applicable le DIH<sup>1298</sup> ; pas seulement que l'acte ait été réalisé sur le territoire de l'État initialement hôte du conflit. Cette interprétation extensive du champ d'application du *Ius in bello* serait effectivement en accord avec son but et son objet :

« étant donné que son objectif est de fournir certaines protections minimales aux personnes [...] pendant des affrontements armés intenses entre les États et les groupes armés non étatiques ou entre ces groupes, il est logique que ces mêmes protections s'appliquent lorsque de telles violences franchissent le territoire de plus d'un État ». <sup>1299</sup>

Ces considérations impliquent que les actes des membres de groupes comme l'État islamique réalisés par exemple sur les territoires français et belge sont régis par le DIH. En effet, les États intervenant militairement contre l'EI en Syrie doivent être juridiquement qualifiés de parties belligérantes<sup>1300</sup> or, puisque le DIH est compétent pour régir les actes réalisés « sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie »<sup>1301</sup>, il faut considérer que les attaques étroitement liées au conflit et conduites par l'État islamique sur les territoires de ces États, *a priori* sous leur contrôle, sont régies par le *Ius in bello*.<sup>1302</sup> Le libre choix – politique ou stratégique – de ces États d'employer des mesures relatives au maintien de

---

<sup>1297</sup> CICR, 32<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *op. cit.*, pp. 17-18.

<sup>1298</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-T, *op. cit.*, par. 573 :

« 573. S'agissant de l'applicabilité du [DIH] aux faits allégués dans l'Acte d'accusation [...] : Même si des actions militaires substantielles n'ont pas eu lieu dans la région [...] aux date et lieu où les [actes] ont été commis [...] le droit international humanitaire s'applique. Il suffit que les [actes] présumés aient été étroitement liés aux hostilités se déroulant dans d'autres parties des territoires contrôlés par les parties au conflit. »

<sup>1299</sup> Site internet du CICR, « Article 3 : conflits de caractère non international », Commentaires de 2018, *op. cit.*, para. 467-470.

<sup>1300</sup> Voir notamment : « Non-international armed conflicts in Syria » in *Rulac.org*, Browse, Conflicts [En Ligne, Consulté le 14.11.2019]

<sup>1301</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-AR, *op. cit.*, par. 70 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Kunarac, R. Kovac et Z. Vukovic*, , Affaire n°IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, *op. cit.*, par. 57.

<sup>1302</sup> KOUTROULIS (V.), « The fight against the Islamic State and *Jus in Bello* », *op. cit.*, p. 848 :

« States members of the coalition conducting airstrikes against ISIL in Iraq and Syria certainly qualify as belligerent parties in the NIAC against ISIL. Thus, it is plausible to consider attacks by ISIL in the territory of one of these states as falling within the context of the on-going armed conflict between the coalition and ISIL and, therefore, as regulated by IHL. »



l'ordre, régies par le droit des droits de l'Homme, n'impacte pas<sup>1303</sup> l'applicabilité objective du DIH aux actes à la fois des forces de l'ordre et des individus ciblés membres des groupes armés parties au conflit armé contre la France et la Belgique en Syrie.<sup>1304</sup>

Cette conclusion semble inévitable. Dans un conflit armé international, si l'État A envahit l'État B de sorte que sa supériorité militaire fait que les combats prennent uniquement place sur le territoire de B, le DIH reste applicable aux potentiels actes hostiles, mêmes rares, que l'État B pourrait réussir à réaliser sur le territoire de A.<sup>1305</sup> Dès lors, de la même manière, si un conflit a lieu entre l'État X et le groupe armé Y sur le territoire de l'État Z, il n'existe aucun fondement juridique permettant d'avancer que le DIH ne s'appliquerait pas sur le territoire de X, sur le seul fondement de l'éloignement territorial, dans le cas où le groupe armé Y trouverait la capacité de réaliser des actes hostiles sur ce territoire X.

En conséquence, pour les « combattants étrangers », cela implique que leurs actes, réalisés en qualité de membre d'un groupe armé organisé partie à un conflit armé, sur le territoire d'un État partie au conflit sans en être hôte, et dont le *nexus* avec le conflit est suffisant, entrent dans le champ d'application territoriale du DIH ; de sorte que le principe de la *lex specialis* et les régimes d'exclusion du droit antiterroriste peuvent être mis en œuvre. Ces conclusions concernent notamment les « combattants étrangers » de l'État islamique en conflit armé contre la France<sup>1306</sup> sur le territoire syrien et qui pourraient réaliser des actes

---

<sup>1303</sup> Dans la mesure où les manœuvres réalisées dans le cadre du droit des droits de l'homme et du maintien de l'ordre en temps de paix sont également conformes aux prescriptions du DIH relatives à l'encadrement des moyens et méthodes de guerre, voir KOUTROULIS (V.), « The fight against the Islamic State and *Jus in Bello* », *op. cit.*, p. 849 :

« Considering that the geographical scope of application of IHL extends to the territory of the states intervening in the fight against ISIL means that, in these states as well, an attack against an ISIL fighter will have to be examined both under IHL and IHRL. »

<sup>1304</sup> *Idem.* : l'auteur parle ici du choix des autorités françaises et belges d'utiliser leurs forces de police respectives, et de limiter leurs actions dans le cadre du maintien de l'ordre en temps de paix, pour appréhender les auteurs des attentats dont ont été la cible leur pays.

<sup>1305</sup> LUBELL (N.) and DEREJKO (N.), « A Global Battlefield: Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict », *op. cit.*, p. 66 : l'auteur soulève ici que dans le conflit armé international opposant les États-Unis à l'Irak en 2003, aucun acte hostile n'avait lieu sur le territoire des États-Unis, pourtant le DIH aurait été applicable si l'armée irakienne avait pu réaliser des attaques sur le sol de la partie adverse.

<sup>1306</sup> La France est effectivement activement partie à un conflit armé non international contre l'EI en Syrie ; voir notamment : « Non-international armed conflicts in Syria » in *Rulac.org, op. cit.* ; PLUMMET (W.), « Face à Daech, qui fait quoi dans la coalition... pour quels résultats ? », *op. cit.* ; « Qui participe à la coalition contre l'État islamique ? », *LeMonde.fr*, 15.09.2014 ; « Syrie : la France va protéger ses forces spéciales engagées aux côtés des Kurdes », *Latribune.fr*, Reuters, 14.10.2019.

étroitement liés à ce conflit sur le territoire français considéré comme un territoire contrôlé par une partie au conflit, la France<sup>1307</sup>. La même conclusion doit être avancée pour la Belgique<sup>1308</sup>, d'autant plus qu'elle dispose de sa propre clause d'exclusion dans son droit national.

Ainsi, il est particulièrement intéressant de constater que les attentats de Paris (2015) et de Bruxelles (2016), au-delà du simple fait que le groupe État islamique les ait revendiqués, lui sont officiellement attribués en qualité de groupe armé partie au conflit armé non international qu'il mène, principalement en Syrie, notamment contre la France, la Belgique et les États-Unis, qui en sont eux-mêmes des parties belligérantes.<sup>1309</sup> Bien que ce travail n'ait pas les moyens et l'ambition<sup>1310</sup> d'évaluer l'organisation, la planification et l'exécution de ces attentats, pour déterminer s'ils font effectivement partie de la stratégie de conduite des hostilités du groupe, ces attributions officielles, découlant du travail des services de polices et de renseignement, sont des indices pertinents dans le cadre d'un contrôle du *nexus* ; elles

---

<sup>1307</sup> En vertu de l'article 55 de la Constitution de la République Française, le Droit international auquel la France a souscrit en ratifiant un Traité ou une Convention internationale a une valeur supérieure au droit national or la France n'a pas formulé de réserve à propos de la clause d'exclusion du droit antiterroriste au profit du DIH dans les Conventions internationales précitées et qu'elle a ratifiées. De même en ce qui concerne le droit de l'UE : la France a transposé en droit national la Directive (UE) 2017/541 précitée sans émettre de réserve vis-à-vis de l'exclusion de la définition de l'infraction terroriste des activités des forces armées parties à un conflit armé et régies par le DIH. Sur ces points, consulter le site internet *Legifrance.gouv.fr* [Consulté le 14.11.2019]

<sup>1308</sup> Par sa participation aux bombardements de la coalition internationale contre des groupes armés en Syrie, la Belgique acquière la qualité de partie belligérante au conflit armé, voir par exemple : « Non-international armed conflicts in Syria » in *Rulac.org*, *op. cit.* ; PLUMMET (W.), « Face à Daech, qui fait quoi dans la coalition... pour quels résultats ? », *op. cit.* ; « La Belgique étend ses frappes contre l'Etat islamique à la Syrie », *op. cit.* ; « La Belgique félicitée pour la première mission de ses F-16 en Irak », *op. cit.* ; « La Belgique s'engage contre Daech en Syrie. Et pour cause... », *LeVif.be*, 13.05.2016 ; « Conflit en Syrie : Le gouvernement décide d'élargir à la Syrie le mandat des F-16 », *LaLibre.be*, 13.05.2016 ; « Le gouvernement donne son accord pour faire la guerre à l'État islamique en Irak », *LeSoir.be*, 24.09.2014 ; « Qui participe à la coalition contre l'État islamique ? », *LeMonde.fr*, 15.09.2014.

<sup>1309</sup> Voir notamment : « State Department Terrorist Designations of Abdullah Ahmed al-Meshedani, Basil Hassan, and Abdelilah Himich », *U.S. Department of State*, [En ligne ; Consulté le 07.12.2016] ; « Conseil de Sécurité : le Secrétaire général adjoint aux affaires politiques décrit la menace de Daech qui s'étend géographiquement et au-delà des zones de conflit », Nations Unies, Couverture des réunions et Communiqués de presse, Doc. CS/12862, 08.06.2017 ; BOUTIN (B.), CHAUZAL (G.) DORSEY (J.) and others, « The Foreign Fighters Phenomenon in the European Union – Profiles, Threats & Policies », *op. cit.*, p. 9 ; CALLIMACHI (R.), « ISIS Operative Suspected in Paris and Brussels Attacks Is Identified », *TheNewYorkTimes*, 22.11.2016 ; « Raqqa : le sort d'un cerveau présumé du 13-Novembre en question », *Rfi.fr*, 15.10.2017.

<sup>1310</sup> Le but de ce travail n'est pas de se prononcer sur la qualification juridique d'actes particuliers, mais de trouver une méthodologie juridique qui le permettrait.

sont utiles pour déterminer si ces actes réalisés loin du front mais sur des territoires contrôlés par les parties belligérantes<sup>1311</sup> sont suffisamment liés au conflit pour être régis par le *Ius in bello*. Il faut d'ailleurs compléter ces positions officielles en notant que dans le cadre du conflit en Syrie et pour faire face à la menace que des partisans de groupes comme l'État islamique pourraient représenter sur les territoires français et belge, les forces armées de la France et de la Belgique ont également été déployées sur ces territoires. De plus, la réalisation d'attaques contre tout ressortissant de ces États et sur leurs territoires fait partie intégrante de la politique et de la stratégie militaire adoptées par le groupe armé État islamique ; ceci étant considéré par les tribunaux internationaux comme des indices forts d'un *nexus* effectif entre un conflit et des attaques. Ainsi, puisque ces attaques auraient été commanditées et planifiées directement par des membres – parfois « combattants étrangers » – de ce groupe armé partie à un conflit armé, elles devraient être régies par le *Ius in bello* et donc activer les régimes d'exclusion du droit antiterroriste au profit de celui-ci.

En conclusion, le droit international humanitaire régit les actes des étrangers membres d'une force armée – étatique ou non étatique – partie à un conflit armé, réalisés sur le territoire d'un État non hôte mais partie au conflit en ce qu'ils sont accomplis dans une zone contrôlée par l'une des parties et à condition qu'ils répondent positivement aux exigences du *nexus*.<sup>1312</sup> Sur ce point, il faut noter que le contrôle sera d'ailleurs probablement plus exigeant, le lien étant possiblement plus difficile à prouver lorsque l'acte est réalisé loin du cœur des combats. Alors, les « combattants étrangers », pour ces actes, ne pourront être identifiés en vertu du droit antiterroriste. *A contrario*, les actes réalisés en dehors du territoire hôte – en France ou en Belgique vis-à-vis des exemples qui ont été pris précédemment – et qui n'ont pas un *nexus* suffisant ne seront pas régis par le DIH, leurs auteurs inscrits dans le phénomène des « combattants étrangers » pourront donc être soumis aux *corpus* antiterroristes et être, probablement, identifiés comme des « combattants terroristes étrangers ».

---

<sup>1311</sup> Il semble difficile de soutenir que Paris et Bruxelles n'étaient pas en territoire contrôlé par les États dont ces villes sont les capitales respectives.

<sup>1312</sup> Il faut préciser que cela ne signifie pas que les actes commis en France ou ailleurs par les membres de l'État islamique sont licites et ne peuvent faire l'objet de poursuites pénales, seulement qu'ils sont régis par le droit international humanitaire et non le droit antiterroriste, que leur criminalité (probable) doit donc être évaluée au regard du *Ius in bello*.

**C. Situation n°3 – *La compétence limitée du droit international humanitaire si l'acte du « combattant étranger » est réalisé sur le territoire d'un État tiers non partie et non hôte du conflit***

Cette troisième situation est une conséquence directe de ladite « guerre contre le terrorisme » où chaque membre d'un groupe « terroriste » impliqué dans un conflit armé, où qu'il se trouve dans le monde, serait considéré comme un objectif militaire légitime.<sup>1313</sup>

C'est principalement à travers la doctrine relative à l'usage des drones pour procéder à des attaques ciblées que cette position a pu être argumentée. De même, l'augmentation des cas de conflits qui débordent sur les territoires d'États tiers a conduit à la nécessité de s'interroger sur l'étendue du champ d'application du DIH dans de telles situations.<sup>1314</sup>

Comme exposé à travers les jurisprudences précitées, l'idée serait alors que l'application du DIH n'est pas tant le résultat de considérations territoriales mais plutôt de considérations relatives aux personnes et au lien rattachant l'acte au conflit. En effet, puisqu'il a été reconnu que le DIH continuait à régir des actes réalisés très loin du front, dans des zones ne connaissant habituellement pas d'affrontement<sup>1315</sup>, voire sur des territoires d'autres États parties<sup>1316</sup>, pourquoi ne devrait-il pas continuer à s'appliquer aux actes réalisés sur le territoire d'un État tiers ? L'idée serait alors d'assurer que les membres d'une force armée ne puissent pas utiliser la traversée d'une frontière pour se protéger des attaques en rejoignant le territoire d'un État non partie au conflit, tout en continuant à participer aux hostilités en planifiant ou procédant à des attaques sur ce territoire – ou depuis ce territoire – en transmettant des ordres ou en réalisant tout autre acte constituant une participation directe aux hostilités.<sup>1317</sup>

Si procéder à une attaque sur le territoire d'un État tiers engendrera probablement des conséquences en *Ius ad bellum* vis-à-vis de la violation de la souveraineté qu'une telle attaque

---

<sup>1313</sup> KOUTROULIS (V.), « The fight against the Islamic State and Jus in Bello », *op. cit.*, p. 850.

<sup>1314</sup> Voir notamment : Site internet du CICR, « Article 3 : conflits de caractère non international », Commentaires de 2018, *op. cit.*, para. 474-475.

<sup>1315</sup> Voir *supra*, pp. 375-377.

<sup>1316</sup> Voir *supra*, pp. 377-382.

<sup>1317</sup> LUBELL (N.) and DEREJKO (N.), « A Global Battlefield: Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict », *op. cit.*, p. 82 ; TYNNE (K.), « Targeting the Terrorist Enemy: The Boundaries of an Armed Conflict

représente<sup>1318</sup>, il n'en demeure pas moins qu'aux regards des conclusions précédentes sur le concept de *nexus*, si l'acte est étroitement lié au conflit il devrait être régi par le DIH.<sup>1319</sup> Il n'existe ainsi pas plus de dispositions conventionnelles expresses qui empêchent ce corpus d'être appliqué à des actes éloignés du conflit mais sur le territoire hôte, que de dispositions qui rejettent son applicabilité aux actes étroitement liés au conflit mais réalisés sur un territoire tiers. D'ailleurs, il pourrait arriver que l'acte réalisé sur ce territoire tiers soit en pratique géographiquement bien plus proche du cœur des hostilités s'il est réalisé à la frontière des États, qu'un acte réalisé à l'extrémité opposée du territoire hôte.<sup>1320</sup> Ainsi, aussi bien la cible extraterritoriale de l'attaque que le pilote du drone basé à des milliers de kilomètres sur le territoire d'un autre État et à partir duquel il déclenche le missile sont soumis au droit des conflits armés.<sup>1321</sup> C'est d'ailleurs ce qui est déjà appliqué concernant les attaques de cibles terrestres à partir de navires et de sous-marins : bien qu'éloignés du « front », dans des eaux n'appartenant pas nécessairement à l'État hôte du conflit, ces actes continuent d'être régis par le droit international humanitaire.<sup>1322</sup>

---

against Transnational Terrorists », *Australian International Law Journal*, Vol. 16, N°1, 2009, p. 183 ; SCHMITT (M. N.), « Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict », *op. cit.*, pp. 11-12.

<sup>1318</sup> CICR, 31<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Document 3 IIC/11/5.1.2, *op. cit.*, p. 25.

<sup>1319</sup> LUBELL (N.) and DEREJKO (N.), « A Global Battlefield: Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict », *op. cit.*, pp. 81-82 ; TYNNE (K.), « Targeting the Terrorist Enemy: The Boundaries of an Armed Conflict against Transnational Terrorists », *op. cit.*, p. 183.

<sup>1320</sup> *Idem.* :

« a drone strike against armed and active members of group X holed up in a camp in a remote mountainous region of state A itself would be considered part of the armed conflict, even if this was fifty or one hundred miles away from the main battlefield area where most of the hostilities have been taking place. But if the reason for excluding the extraterritorial operation from the scope of the armed conflict is based on distance from the primary battlefield, why does the same distance-based reasoning not apply in internal situations? The cross-border element certainly affects the *ius ad bellum*, but other than that the conflict between state A and group X remains the same, as do the other facts set out above. Distance cannot therefore be the primary determinant for the applicability of IHL. »

<sup>1321</sup> *Ibid.*, pp. 85-86 :

« often located thousands of miles from the prevailing hostilities, the drone operators during armed conflict are, as a result of their status or activities, subject to the application of IHL and liable to attack. »

Voir également : Humanitarian Policies and Conflict Research, *Manual On International Law Applicable To Air And Missile Warfare*, Harvard University, Cambridge University Press, 2013, Section F, Règle 29 (vi), p. 15.

<sup>1322</sup> Quelles que soient les eaux dans lesquelles des navires s'affrontent, même s'il ne s'agit des eaux territoriales d'aucune des forces armées à laquelle ces navires appartiennent, leurs actes sont régis par le DIH s'ils sont étroitement liés au conflit qui a lieu sur l'un ou l'autre des territoires : LUBELL (N.) and DEREJKO (N.), « A Global Battlefield: Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict », *op. cit.*, pp. 85-86.

Finalement, cette position doctrinale mènerait à la conclusion que les attaques contre les membres (y compris étrangers) d'une partie à un conflit armé, et les opérations de ceux-ci à l'encontre de la partie adverse, réalisées sur le territoire d'un État tiers resteraient régies par le DIH, et seraient hors du champ de compétence du droit antiterroriste ; dès lors que le *nexus* serait suffisant.<sup>1323</sup> Néanmoins, cette conclusion doit être en grande partie nuancée.

Le CICR, tout en reconnaissant que les victimes de ces actes des conflits débordant ne devraient pas être privées du bénéfice du *Ius in bello* de ce seul fait, s'est principalement opposé au développement de cette doctrine en soutenant qu'elle n'était pas conforme aux fondements du DIH.<sup>1324</sup> De plus, il faut rappeler que la jurisprudence internationale n'a reconnu l'applicabilité du DIH que sur « *l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie* ». <sup>1325</sup> Quand bien même l'acte aurait un *nexus* clair avec le conflit, encore faudrait-il prouver que cette portion de territoire sur laquelle il est exécuté, qui appartient donc à un État tiers non impliqué dans le conflit, est effectivement contrôlée par l'une des parties belligérantes. Si cela reste envisageable par exemple lorsque la cible est un groupe entier présent dans une zone où cet État tiers n'a pas vraiment de présence<sup>1326</sup>, une telle conclusion semble rester très peu probable, surtout si la cible est un individu isolé<sup>1327</sup>. Par ailleurs, il faut aussi relever que reconnaître ici l'applicabilité du DIH n'aurait pas nécessairement pour effet d'accorder une marge de manœuvre plus large aux belligérants pour procéder à une attaque

---

<sup>1323</sup> Site internet du CICR, « Article 3 : conflits de caractère non international », Commentaires de 2018, *op. cit.*, para. 474-475 :

« la pratique des États semble indiquer que le franchissement d'une frontière internationale ne modifie pas le caractère non international du conflit armé. [...] De telles situations semblent aussi être reconnues par le Statut du TPIR de 1994 qui étend la compétence du Tribunal à la poursuite des "personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins" ».

<sup>1324</sup> CICR, 31<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Document 31IC/11/5.1.2, *op. cit.*, p. 24 ; CICR, 32<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *op. cit.*, p. 19 ; KOUTROULIS (V.), « The fight against the Islamic State and Jus in Bello », *op. cit.*, pp. 850-851.

<sup>1325</sup> TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-AR, *op. cit.*, par. 70.

<sup>1326</sup> Par exemple dans des zones montagneuses très reculées et faiblement habitées.

<sup>1327</sup> Encore que, un tireur de précision isolé pourrait en pratique disposer d'un contrôle plus effectif sur un territoire qu'une unité entière d'infanterie séparée d'éventuels soutiens d'unités d'artillerie ou aérienne.

sur ces territoires.<sup>1328</sup> De fait, l'éloignement géographique, l'isolement de la cible d'éventuels soutiens militaires, l'absence d'affrontements ou de présences militaires ennemies importantes, à l'opposé de la présence de populations et de biens à caractère civil dans l'environnement immédiat de la cible, entraîneraient probablement des exigences particulièrement élevées en matière de nécessité militaire et de proportionnalité. Enfin, il faut rappeler l'inexistence juridique d'un soi-disant conflit global, constitué par la « guerre contre le terrorisme », qui permettrait de reconnaître une étendue territoriale illimitée des conflits armés engagés contre des « groupes terroristes » et donc une application également illimitée géographiquement du DIH.<sup>1329</sup> Une telle position engendrerait des risques accrus pour les populations civiles en ce que ce *corpus* permet un usage de la force plus élevé que le droit du maintien de l'ordre. Autrement dit, arguer l'application du *Ius in bello* sur ces territoires qui ne connaissaient à l'origine pas d'affrontement permettrait un emploi de la force armée que n'autorisait pas le droit des droits de l'homme et qui ferait alors courir aux populations un danger supplémentaire « justifié » par la mise en œuvre du DIH : ce qui serait manifestement contraire au but de ce *corpus* qui est justement de réduire au maximum les effets des conflits armés que subissent les populations civiles. Dès lors, cette application illimitée géographiquement du droit des conflits armés semble problématique au regard de l'obligation en droit international d'interpréter une disposition internationale « *de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ». <sup>1330</sup> Étendre sans limite le territoire sur lequel la force létale peut être licite en DIH serait certainement contraire au but de ce droit de limiter la violence, même en conflit.

---

<sup>1328</sup> TYNNE (K.), « Targeting the Terrorist Enemy: The Boundaries of an Armed Conflict against Transnational Terrorists », *op. cit.*, p. 183 :

« The fact that those persons are geographically separate from the conflict would not prohibit their being directly involved (although the geographical remoteness may raise questions of the proportionality of targeting such persons). » [Nous soulignons]

Voir également : KOUTROULIS (V.), « The fight against the Islamic State and Jus in Bello », *op. cit.*, p. 848.

<sup>1329</sup> LUBELL (N.) and DEREJKO (N.), « A Global Battlefield: Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict », *op. cit.*, pp. 86-87 ; SCHMITT (M. N.), « Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict », *op. cit.*, pp. 12-18.

<sup>1330</sup> Art. 31, al. 1, Convention de Vienne sur le droit des traités, 23.05.1969 [Entrée en vigueur : 27.01.1980 ; Ratifications : 116 ; Signatures : 45].

Pour conclure sur la question de l'applicabilité territoriale du droit international humanitaire, les positions juridiques suivantes devraient être soutenues à propos des actes des « combattants étrangers » membres d'une force armée partie à un conflit armé :

Dans le cas des situations n°1 et n°2, le *Ius in bello* régit les actes liés au conflit armé réalisés sur le territoire de l'État hôte du conflit, mais également sur l'ensemble du territoire des autres États parties au conflit. Autrement dit, l'encadrement par le DIH des activités des groupes armés organisés comme l'État islamique ou Jabhat al-Nusra, ainsi que des forces armées étatiques françaises, belges ou de tout autre État partie à un conflit contre ces groupes, concerne tous les actes réalisés sur les territoires syriens et irakiens, mais également les territoires de ces États. Ces activités qui disposeraient d'un *nexus* suffisant avec le conflit armé sont régies par le *Ius in bello* et bénéficient des clauses d'exclusion et du principe de la *lex specialis* lorsque deux dispositions de *corpus* différents entrent en contradiction. Ces actes ne peuvent être qualifiés d'actes terroristes par les *corpus* antiterroristes internationaux et nationaux ; les « combattants étrangers » seront donc identifiés, pour ces actes, par les statuts prévus par le droit international humanitaire et éventuellement, lorsque ce dernier permettra tout de même de qualifier leurs actes de crimes de guerre de terrorisation de la population civile, par le statut de « combattant terroriste étranger ».

En ce qui concerne la situation n°3, la doctrine dominante semble rejeter l'idée que les actes d'une force armée partie à un conflit armé réalisés sur le territoire d'un État tiers à ce conflit soient effectivement régis par le DIH. Ils ne pourraient donc pas, dans ce cas, bénéficier des clauses d'exclusion. Pourtant, la pratique de certains États, notamment sur les attaques ciblées, tend à remettre en cause cette doctrine.<sup>1331</sup> Dès lors, dans le cas où les États continueraient sur cette voie, la solution suivante serait probablement la plus viable au regard du droit et de la pratique : il devrait être à la charge des combattants – en vertu de leurs obligations de précaution en DIH<sup>1332</sup> – et des juges – lorsqu'il s'agira de qualifier

---

<sup>1331</sup> SCHMITT (M. N.), « Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict », *op. cit.*, pp. 11-12

<sup>1332</sup> Art. 2, al. 3, Convention (IX) concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre, La Haye, 18.10.1907 ; Art. 57, par. 1, PA I, *op. cit.* ; Art. 13, par. 1, PA II, *op. cit.* ; Art. 3, par. 10, Protocole II à la Convention sur les armes classiques, tel qu'il a été modifié (1996), *op. cit.* ; Art. 7, Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, *op. cit.*, ; HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier*, *op. cit.*, pp. 69 et suivantes, règle n°15.



juridiquement des actes lors d'éventuels procès – de déterminer si les éléments pratiquement disponibles, à propos des activités effectivement réalisées sur le territoire d'un État tiers, permettent de conclure à l'existence d'un *nexus* avec le conflit, que l'individu ciblé participait effectivement aux hostilités, malgré la distance, et que lui et/ou les attaquants exerçaient effectivement une forme de contrôle suffisant sur la portion de territoire où l'attaque a eu lieu.<sup>1333</sup> De plus, le contrôle du lien suffisant avec le conflit devrait être renforcé : des actes très violents et très similaires à des actes hostiles du conflit, réalisés parfois par des membres d'un groupe effectivement partie au conflit, ne seront pas toujours suffisamment liés au conflit pour être régis par le DIH.<sup>1334</sup>

Les considérations liées au champ d'application géographique du droit international humanitaire sont particulièrement en jeu dans le traitement juridique des actes réalisés par, ou à l'encontre, des « combattants étrangers », du fait qu'ils sont susceptibles de voyager avant, pendant ou après leur participation au conflit. Or, si le droit des conflits armés peut s'appliquer lorsqu'ils se trouvent loin du théâtre principal des hostilités, cela entraîne quelques réflexions juridiques à propos du champ d'application *ratione temporis* de ce *corpus*. Celles-ci doivent alors être abordées avant de proposer une conclusion générale sur la méthodologie de l'identification des « combattants étrangers ».

---

<sup>1333</sup> LUBELL (N.) and DEREJKO (N.), « A Global Battlefield: Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict », *op. cit.*, pp. 86-87 :

« this appreciation however does not endorse the concept of a 'global battlefield' [...]. In assessing whether IHL applies to a particular [act], the foundational analytical step is determining the existence of an armed conflict between the state carrying out the strike and the armed group being targeted [...]. In addition, as neither the battlefield nor hostilities necessarily relocate with individuals who were previously on it or engaged in them, it must also be determined that these individuals are in fact directly participating in hostilities and therefore do not enjoy civilian protection from attack (including the requirement of belligerent nexus). » [Nous soulignons]

<sup>1334</sup> TYNNE (K.), « Targeting the Terrorist Enemy: The Boundaries of an Armed Conflict against Transnational Terrorists », *op. cit.*, p. 183 :

« The separate terrorist attacks that occur outside of the armed conflict are potentially unrelated to that conflict; they could be terrible acts of violence, but not armed attacks for the purposes of international law. »

### **III. La détermination du *corpus* effectivement applicable au regard du champ d'application *ratione temporis* du droit des conflits armés**

Il ne s'agira pas ici de traiter de la question générale relative au début et à la fin d'un conflit armé. Ces enjeux, notamment vis-à-vis des difficultés à établir le moment précis à partir duquel un conflit armé est terminé, concernent pareillement les conflits au cours desquels des « combattants étrangers » et leurs forces armées sont impliqués.<sup>1335</sup> De même, puisque la méthodologie ici présentée sert à déterminer à quel moment l'acte d'un « combattant étranger » est régi par le droit international humanitaire, les questions relatives à la fin de l'application des dispositions concernant la détention et l'internement en conflit armé ne seront pas évoquées.<sup>1336</sup> Enfin, puisque le *Ius in bello* commence à s'appliquer dès le début de l'existence factuelle d'un conflit armé<sup>1337</sup>, il sera ici admis que les actes durant la période évidente<sup>1338</sup> des hostilités, réalisés sur un territoire compris dans le champ d'application géographique du droit des conflits armés et attestant d'un *nexus* suffisant avec le conflit, seront régis par ce droit temporellement applicable. Finalement, l'objet ici ne sera pas de déterminer à partir de quand un conflit soumis au droit international humanitaire existe, mais à partir de quand et jusqu'à quand les actes personnels d'un « combattant étranger » peuvent être présentés comme régis par ce *corpus*. Autrement dit, il sera question de traiter l'applicabilité temporelle du *Ius in bello* aux (1) candidats et aux (2) revenants du phénomène des « combattants étrangers ».

---

<sup>1335</sup> Sur ces questions, voir par exemple : Site internet du CICR, « Article 2 : application de la Convention », Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, Commentaires de 2018, para. 274-284 [Consulté le 30.01.2020] ; Site internet du CICR, « Article 3 : conflits de caractère non international », Commentaires de 2018, *op. cit.*, para. 483-502 ; PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, para. 4491-4492, p. 1384 ; TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Affaire n°IT-94-1-AR, *op. cit.*, par. 70.

<sup>1336</sup> En ce qui concerne cette question de l'étendue temporelle de l'application du DIH, voir par exemple : GRIGNON (J), *L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, LGDJ, 2014, 487 p.

<sup>1337</sup> Voir par exemple : PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, par. 4491, p. 1384 ; DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.*, par. 1.233.

<sup>1338</sup> Dans le sens où il est juridiquement et clairement établi qu'un conflit armé a démarré, est en cours et n'est pas terminé, de sorte que le droit international humanitaire est pleinement applicable.

(1) La problématique du candidat comprend dans ce propos les individus qui sont déjà ou souhaitent s'inscrire dans le phénomène, mais ne sont pas encore intégrés au sein de leur force armée étatique par un acte officiel d'incorporation, ou dans leur groupe armé par le commencement de leur fonction de combat continue<sup>1339</sup>. Ce seront donc plus particulièrement les candidats au voyage ou ceux qui sont déjà partis mais pas encore arrivés, qui seront concernés. Dans ce cas, un premier élément de réponse sera simplement que le *Ius in bello* ne comptant pas de dispositions relatives aux voyages, au recrutement ou à l'entraînement aux fins de participation à un conflit armé, que celui-ci soit déjà applicable ou non n'y changera rien ; l'acte du voyage, même en lien avec un conflit, n'est pas régi par le DIH et par conséquent seul le droit antiterroriste est applicable. Puisqu'il n'y a pas de contradiction entre les deux *corpus*, le principe de la *lex specialis* et les régimes d'exclusion ne peuvent et ne doivent pas être invoqués.

En revanche, si durant ce premier déplacement vers un conflit armé à l'étranger ayant déjà déclenché la mise en œuvre du droit international humanitaire, l'individu réalise un acte remplissant les conditions du *nexus* et du champ d'application géographique, alors, au regard de tout ce qui a été soutenu dans les développements précédents, cet acte précis pourra être régi par le *Ius in bello* et entraîner la mise en œuvre du principe de la *lex specialis* et/ou des régimes d'exclusion du droit antiterroriste. Ceci est conforme avec ce qui a été dit sur la continuité du droit national en parallèle du droit international humanitaire pour sanctionner, notamment, le fait de rejoindre une insurrection lors d'un conflit armé non international ; sans que cela n'ait d'impact sur la réglementation d'un acte de participation précis, les États peuvent incriminer le simple fait de vouloir participer à un conflit.

(2) En ce qui concerne maintenant les revenants, l'enjeu principal ici est de déterminer si les actes d'un « combattant étranger », qui a participé à un conflit armé à l'étranger au sein d'un groupe armé organisé, sont toujours soumis au droit international humanitaire lorsqu'il rentre dans son pays d'origine. Leur situation est intéressante en ce qu'un revenant sur

---

<sup>1339</sup> Sur cette dernière question, voir *supra*, pp. 163-167.

neuf<sup>1340</sup> rentrerait dans le but de perpétuer des attaques sur le territoire de son État d'origine.<sup>1341</sup> Plusieurs hypothèses doivent être envisagées.

Dans la première hypothèse, il revient parce que le conflit armé auquel il participait est terminé. Bien qu'il soit parfois difficile de certifier de cette fin, il faut considérer que les « *actes de violence mineurs isolés ou sporadiques* »<sup>1342</sup> ne suffisent pas à maintenir l'existence juridique d'un conflit armé et ils ne seront donc plus soumis au droit international humanitaire. Le principe de la *lex specialis* et/ou les régimes d'exclusion n'auront plus lieu d'être, et le droit antiterroriste sera pleinement applicable pour régir ces actes et donc, éventuellement, permettre d'identifier leurs auteurs comme des « combattants terroristes étrangers ».

Dans la deuxième hypothèse, il revient alors que le conflit armé n'est pas terminé mais cesse de participer à des activités en lien avec le conflit armé. Bien que le droit international humanitaire continue temporellement à s'appliquer, puisque le conflit n'est pas fini, les actes de cet individu n'y seront vraisemblablement plus liés et ne seront donc plus soumis au *Ius in bello*. Le droit antiterroriste lui sera donc *a priori* pleinement applicable. Encore une fois, le droit national pourra, quoi qu'il en soit, être mis en œuvre pour condamner le simple fait de sa participation à une insurrection ; l'interdiction du voyage pourra remplir son office même après le retour, à condition que la prescription n'éteigne pas les possibilités de poursuites.

---

<sup>1340</sup> HEGGHAMMER (T.), « Should I Stay or Should I Go? Explaining Variation in Western Jihadists' Choice between Domestic and Foreign Fighting », *op. cit.*, p. 10.

<sup>1341</sup> « Combattants étrangers en Syrie et en Irak », Conseil de l'Europe, Doc. 13937, *op. cit.*, p. 1 ; De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.), « Introduction », *op. cit.*, pp. 2-3 ; BOUTIN (B.), CHAUZAL (G.) DORSEY (J.) and others, « The Foreign Fighters Phenomenon in the European Union – Profiles, Threats & Policies », *op. cit.*, p. 9 ; MENDELSON (B.), « Foreign Fighters – Recent Trends », *op. cit.*, p. 191 ; HEGGHAMMER (T.), « Should I Stay or Should I Go? Explaining Variation in Western Jihadists' Choice between Domestic and Foreign Fighting », *op. cit.*, p. 10 ; De ROY Van ZUIJDEWIJN (J.) and BAKKER (E.), « Returning Western Foreign Fighters: The case of Afghanistan, Bosnia and Somalia », *op. cit.*, p. 1 ; ZAMMIT (A.), « Australian foreign fighters: risks and responses », *op. cit.*, p. 2 ; FORCESE (C.) and SHERRIFF (L.), « Killing Citizens: Core Legal Dilemmas in the Targeted Killing of Canadian Foreign Terrorist Fighters », *Working Paper Series*, University of Ottawa, October 2016, pp. 9-11 ; LAGNEAU (L.), « Selon le ministre de l'Intérieur, 213 jihadistes partis en Syrie sont revenus en France », Opex360 – Zone militaire, 19.05.2015.

<sup>1342</sup> Site internet du CICR, « Article 3 : conflits de caractère non international », Commentaires de 2018, *op. cit.*, par. 494.

Dans la troisième et dernière hypothèse, l'individu revient alors que le conflit armé n'est toujours pas terminé, mais cette fois-ci sans mettre fin à ses activités en lien avec le conflit armé. Dès lors, les considérations relatives à l'application *ratione temporis* du droit international humanitaire permettent d'affirmer que celui-ci est toujours potentiellement compétent pour régir ses actes puisque le conflit armé n'est pas terminé. Il s'agira alors essentiellement, en pratique, de mettre en œuvre la méthodologie vis-à-vis du *nexus* et du champ d'application géographique pour déterminer si le droit des conflits armés régit encore ses activités, malgré son éloignement. Or, cette question a en pratique déjà été évoquée à l'occasion de l'exemple des attentats de Paris et de Bruxelles.<sup>1343</sup> Il faudra chercher à savoir notamment si l'acte en cause est réalisé, ou non, sur le territoire d'un État partie au conflit dans lequel l'auteur était impliqué avant son voyage et s'il dispose d'un *nexus* suffisant avec le conflit et les hostilités pourtant géographiquement éloignées.

Finalement, ce qu'il faut ici retenir, c'est que les considérations généralement en jeu dans la détermination du champ d'application *ratione temporis* du droit international humanitaire ne sont pas bouleversées par le phénomène des « combattants étrangers ». Si le conflit armé auquel il participe est toujours en cours juridiquement, le droit international humanitaire reste applicable à ses actes sans que son éventuel éloignement géographique du cœur des hostilités n'impacte le champ d'application temporelle de ce *corpus*.

---

<sup>1343</sup> Voir *supra*, pp. 381-382.

## CONCLUSION PRÉLIMINAIRE – L'identification juridique des « combattants étrangers » par la qualification de leurs activités durant un conflit armé

La méthodologie proposée pour qualifier les actes des « combattants étrangers » consiste à mobiliser le test du *nexus* à la lumière des considérations liées aux champs d'application *ratione temporis* et *ratione loci* du droit des conflits armés. En déterminant quels actes de ces volontaires internationaux entrent dans le champ de compétence du *Ius in bello*, parce qu'ils ont notamment un lien suffisamment étroit avec le conflit armé auquel participent leurs auteurs, c'est à la question « *quelles sont les activités des membres d'une force armée partie à un conflit armé que le DIH régit ?* » à laquelle cette méthodologie apporte une réponse. Autrement dit, « *les activités [...] régies par* » le droit international humanitaire sont les activités entrant dans son champ de compétence *ratione loci* et *ratione temporis* et étroitement liées au conflit armé en cause. Or, en conséquence, cette méthode permet de déterminer quels actes des « combattants étrangers » bénéficient du principe de la *lex specialis* et/ou des régimes d'exclusion. Il sera alors possible de savoir quels actes sont encadrés par le droit des conflits armés et quels actes sont encadrés par le droit antiterroriste. Dès lors, par la qualification juridique qu'attachera chacun de ces *corpus* aux actes des « combattants étrangers » sur lesquels ils ont la compétence, il sera finalement possible d'identifier juridiquement les statuts qui leur sont effectivement applicables.

En pratique, les identifications suivantes des individus inscrits dans le phénomène des « combattants étrangers » pourront en résulter :

Pour *les étrangers membres d'une force armée étatique partie à un conflit armé international*, les régimes d'exclusion et le principe de la *lex specialis* imposent de ne pas appliquer le droit antiterroriste à leurs actes étroitement liés aux conflits armés. Ces conclusions sont en accord avec le privilège du combattant. Si leur identification juridique consiste alors en principe à leur statut de combattant, ils pourraient être identifiés comme des « combattants terroristes étrangers » dans deux cas. D'une part, si l'acte en cause est réalisé à l'occasion de leur participation à un conflit armé à l'étranger, mais qu'il n'est pas suffisamment lié à ce conflit pour entraîner la compétence du DIH ; si le droit antiterroriste alors applicable permet de qualifier cet acte de terroriste, alors l'auteur pourra être considéré comme un « combattant terroriste étranger » en tant qu'il est responsable d'un acte terroriste

réalisé à l'occasion d'un conflit armé dans un État dont il n'a pas la nationalité et où il n'a pas de résidence habituelle. D'autre part, si l'acte dont il est responsable à l'occasion de sa participation au conflit peut être qualifié d'acte terroriste en vertu du droit international humanitaire ; bien qu'il soit déjà identifiable comme criminel de guerre, rien ne fait obstacle à ce qu'il soit également identifié comme « combattant terroriste étranger ».

Pour *les étrangers membres d'un groupe armé organisé ou d'une force armée étatique partie à un conflit armé non international*, les mêmes conclusions sont applicables vis-à-vis de l'impossibilité de qualifier d'infractions terroristes leurs actes liés au conflit armé et entrant dans la compétence du droit international humanitaire. Cependant, ne bénéficiant pas du privilège du combattant, ces « combattants étrangers » pourront se voir reprocher pénalement leur simple participation à un CANI, notamment par le droit antiterroriste, puisque le DIH ne régit pas cette question. La réglementation relative à l'interdiction du voyage à des fins terroristes pourra notamment leur être appliquée. Toutefois, il faut rappeler les enjeux relatifs à la déstabilisation de la réglementation des conflits armés et à la pérennité du *Ius in bello*, sur les risques engendrés par les poursuites pénales pour terrorisme d'individus respectant autrement les règles de la conduite des hostilités. Finalement, leur identification comme « combattant terroriste étranger » devrait découler des deux mêmes situations présentées pour les membres étrangers d'une force armée étatique partie à un conflit armé international qui viennent d'être exposées.

Pour *les étrangers intervenant comme acteurs humanitaires à l'occasion d'un conflit armé* : ne bénéficiant pas des régimes d'exclusion concernant seulement les membres des forces armées, à l'exception de ceux concernés par la directive de l'UE prévoyant une exclusion similaire au profit des activités humanitaires<sup>1344</sup>, ceux-ci devraient toutefois bénéficier de l'application du principe de la *lex specialis* pour les actes liés au conflit armé et régis par le droit international humanitaire. Cela implique donc que ces activités humanitaires, même au profit de groupes armés qualifiés de terroristes, ne pourront pas constituer des infractions terroristes et que leurs auteurs ne pourront donc pas être identifiés par le statut de « combattants terroristes étrangers ». Ils restent néanmoins tout

---

<sup>1344</sup> Directive (UE) 2017/541, *op. cit.*, préambule par. 38.

particulièrement visés par la Convention internationale contre le financement du terrorisme et si leurs activités d'assistance devaient être démontrées comme favorisant effectivement la réalisation d'actes illicites, ils ne doivent plus pouvoir bénéficier de la protection accordée aux acteurs humanitaires et à leurs activités par le droit international humanitaire ; ils pourraient dans ce cas précis être finalement présentés comme des « combattants terroristes étrangers ».

Enfin, pour *les civils étrangers participant directement aux hostilités d'un conflit armé*, les régimes d'exclusion ne concernant que « *les activités des forces armées* », ils pourront en principe être identifiés par le statut de « combattant terroriste étranger » pour toutes leurs activités, liées ou non au conflit armé et remplissant les critères de l'acte terroriste, en vertu du droit international humanitaire et/ou du droit antiterroriste. En cas d'incompatibilité entre le DIH et le droit antiterroriste, si le premier devait l'emporter en qualité de *lex specialis*, la responsabilité pénale de ces individus pourrait toujours être engagée pour le simple fait d'avoir pris les armes dans un conflit armé.

Finalement, cette méthodologie permet d'identifier tous les « combattants étrangers ». Toutes les modalités de participation à un conflit armé envisagées au cours de ce travail, et pour lesquelles des problèmes de contradiction entre le droit antiterroriste et le droit international humanitaire ont été relevés, trouvent une solution juridiquement viable.



# **CONCLUSION**

Les étrangers qui participent à des conflits armés, quelle que soit leur appellation, qu'ils rejoignent ou non une partie belligérante, que cette partie soit étatique ou non étatique, quelle que soit la cause pour laquelle ils se battent, quelle que soit l'idéologie qu'ils soutiennent, ont, et ont toujours eu, un statut juridique en droit international. Affirmer qu'ils sont « perdus » entre des catégories juridiques, sans possibilité de décider à laquelle ils appartiennent, est incorrect. Plus précisément, c'est se saisir des « combattants étrangers » appréhendés comme un tout unique, pour tenter d'identifier un statut juridique applicable à leur situation, qui est erroné. Effectivement, pris comme un ensemble uniforme, le phénomène des « combattants étrangers » conduit inévitablement à hésiter entre la catégorie des acteurs des conflits armés d'une part, et la catégorie des acteurs du terrorisme international de l'autre. Mais c'est parce qu'en réalité le phénomène regroupe des individus qui, s'ils ont en commun de participer à un conflit armé à l'étranger au nom d'une cause à défendre, sont impliqués dans ce contexte au sein d'entités de nature juridique différente qui leur confèrent des qualités juridiques différentes et avec lesquelles ils réalisent des activités qualifiées différemment en droit. C'est donc individuellement qu'il faut les appréhender pour déterminer leur statut juridique pertinent.

En droit international, celui qui se rend à l'étranger pour participer à des violences armées ne manque certainement pas de statuts juridiques pour l'identifier et pour encadrer ses activités. Entre le droit international humanitaire et le droit antiterroriste, il peut être combattant d'une force armée étatique, combattant d'un groupe armé organisé, civil participant directement aux hostilités, acteur humanitaire ou encore « combattant terroriste étranger ».

En tant que l'appellation « combattant étranger » désigne toujours un individu participant à un conflit armé à l'étranger, c'est d'abord auprès du *Ius in bello* qu'il faut déterminer son statut. Quelle que soit la cause à défendre qui l'a conduit à s'engager dans un conflit, et peu importe qu'il soit étranger à l'État dans lequel il se rend, les statuts du droit

international humanitaire lui sont obligatoirement et automatiquement applicables. De plus, lorsqu'il semble s'inscrire dans un mouvement international terroriste, la possibilité de l'identifier par le statut de « combattant terroriste étranger » doit être envisagée. Néanmoins, des contradictions juridiques pourraient survenir dans le cas où l'individu en question serait visé par les deux *corpus*. En effet, si le droit antiterroriste était amené à être appliqué pendant un conflit armé en vertu de la résolution 2178 du Conseil de Sécurité des Nations unies, il faudrait en appliquer les effets aux activités des « combattants étrangers » réalisées dans ce contexte. Or, le droit international humanitaire et le droit antiterroriste ne présentent pas comme licites et illicites les mêmes actes. En outre, ils ne qualifient pas de terroristes les mêmes activités, selon les mêmes définitions. Dès lors, pour surmonter cette problématique, le principe de la *lex specialis* et les régimes d'exclusion du droit antiterroriste doivent être mis en œuvre pour assurer la bonne qualification juridique des activités des « combattants étrangers ». Cette méthode permet alors de conclure que seuls pourront être soumis au statut de « combattant terroriste étranger » les individus dont les actes en cause ne sont pas déjà encadrés par le droit international humanitaire. Par ailleurs, le nouveau statut du droit antiterroriste pourrait être appliqué aux responsables d'activités régies par le *Ius in bello* mais qualifiées par ce dernier de crimes de terrorisation de la population civile.

En outre, eu égard au principe de la *lex specialis* pour assurer l'interprétation du droit international, ainsi qu'au but et au contenu du droit international humanitaire universellement reconnu et accepté par tous les États, les étrangers des conflits armés dont les activités de participation consistent en des actes humanitaires neutres et impartiaux auprès des différents acteurs des conflits, y compris « terroristes », ne doivent pas pouvoir être identifiés comme des « combattants terroristes étrangers » et voir leurs activités être criminalisées par le droit antiterroriste.

La lutte internationale contre le terrorisme, de l'aveu même du Conseil de Sécurité, ne peut et ne doit se départir du respect du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, car « *les mesures antiterroristes efficaces et le respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de l'état de droit sont complémentaires et se renforcent mutuellement, [...] tous sont des éléments essentiels au succès de la lutte contre*

*le terrorisme* ». <sup>1345</sup> Si les statuts du *Ius in bello* et ses règles relatives à la conduite des hostilités sont applicables aux « combattants étrangers », ils doivent leur être opposables comme le droit international l'impose.

Le prétexte politique de la lutte contre le terrorisme, à moins de changer le droit, ne peut entraîner la mise à l'écart des prescriptions du droit international humanitaire. D'autant plus que ce dernier n'est pas étranger aux enjeux de protection des populations civiles en s'opposant au libre déferlement de violences qui, pendant un conflit armé, auraient pour objectif de les terroriser. Par conséquent, en plus d'être incorrect en droit, chercher à lutter contre le terrorisme durant un conflit armé en écartant le *Ius in bello*, spécifiquement prévu pour régir ce type de contexte, ne serait pas pertinent.

Qu'il s'agisse des étrangers de l'État islamique, de l'Armée syrienne libre, de groupes armés Kurdes, des Brigades internationales ou des unités franquistes de la Guerre d'Espagne, des moudjahidin contre l'Union soviétique ou d'Al Qaida contre les États-Unis, des Rwandais, Ougandais ou Somaliens en République démocratique du Congo, des Russes et Européens en Ukraine, des forces armées saoudiennes au Yémen, des forces armées françaises en Lybie, au Mali, en Syrie ou en Irak, des forces armées américaines en Afghanistan, en Irak, en Syrie ou au Vietnam, tous ces étrangers, et bien d'autres encore, qui participent, au nom d'une cause ou d'une autre, à un conflit armé se déroulant à des dizaines voire des milliers de kilomètres de chez eux, tous ces combattants à l'étranger sont soumis aux statuts et règles du droit international humanitaire applicables à leur conflit armé, y compris celles relatives à l'interdiction des attaques contre les populations civiles et à l'utilisation de moyens et méthodes de guerre dans le but de répandre la terreur. Car cette terreur et les atrocités qui l'accompagnent demeurent interdites, que leur responsable soit un national ou un étranger, un combattant d'un État ou d'un groupe rebelle, un religieux ou un

---

<sup>1345</sup> Résolution S/RES/2178, *op. cit.*, préambule pp. 1-2 ; voir également « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, *op. cit.*, p. 35 : à propos de la lutte contre le phénomène des « combattants (terroristes) étrangers » à travers les instruments de la lutte contre le terrorisme, l'OSCE relève que :

« As far as [Foreign terrorist fighters] have committed crimes abroad, criminal law can be used to secure accountability. [...] But the fairness, legitimacy and effectiveness of criminal law responses depends on the existence of a rule of law framework that is consistent with fundamental principles of criminal law and international human rights law, which are often in jeopardy in this context. »

athée, un communiste ou un capitaliste, un « fanatique » ou un « modéré », un mercenaire ou un combattant de la liberté, un résistant ou un terroriste. Le droit international humanitaire interdit et criminalise déjà, pour tous, la terreur durant les conflits armés, sans qu'il soit nécessaire d'adopter de nouvelles dispositions qui permettraient de rendre applicable le droit antiterroriste dans ces contextes.

Alors que l'heure semble être à la recherche d'une méthode pour s'assurer que les membres de l'État islamique soient tenus responsables pénalement pour les crimes de guerre et autres atrocités qu'ils auraient commis,<sup>1346</sup> la présente étude sur le statut des « combattants étrangers » en droit international et la réglementation de leurs activités de participation à un conflit armé pourrait s'avérer utile. Non, le « combattant étranger » n'est pas juridiquement perdu entre les acteurs des conflits armés et les terroristes internationaux. Le « combattant étranger » est un acteur des conflits armés, parfois soumis aux règles qui interdisent le terrorisme. Face à l'incertitude de l'étendue du statut de « combattant terroriste étranger » et aux errements subjectifs de la lutte contre le terrorisme, de la « guerre contre le terrorisme » et de la mise en œuvre du droit antiterroriste, il faut rappeler que déjà, en 1956, Jean Pictet écrivait que durant un conflit armé, en vertu d'un « *principe général [...] inclus dans les quatre Conventions de Genève de 1949* », chacun a

« un statut selon le droit international [et] *il n'y a pas* de statut intermédiaire ; aucune personne se trouvant aux mains de l'ennemi ne peut être en dehors du droit et c'est là, nous semble-t-il, une solution satisfaisante, non seulement pour l'esprit, mais aussi et surtout du point de vue humanitaire. »<sup>1347</sup>

---

<sup>1346</sup> Voir par exemple : Résolution S/RES/2170, *op. cit.*, para. 1 et 3 ; REED (A) et POHL (J.), « Que faire face au retour massif des combattants étrangers ? », *op. cit.* ; Résolution S/RES/2396, *op. cit.*, par. 19 ; Résolution S/RES/2379, *op. cit.*, par. 3 ; Annexe : « Additif aux principes directeurs relatifs aux combattants terroristes étrangers (2018) », Doc. S/2018/1177, *op. cit.*, 28.12.2018, par. 39 ; Rapport S/2019/612, *op. cit.* ; « Le Conseil de Sécurité tenu au fait du pouvoir de nuisance d'un Daech, certes affaibli, et des défis posés par les combattants terroristes étrangers », Nations Unies, Conseil de Sécurité, 8605<sup>ème</sup> Séance, Couverture des réunions, Document CS/13931, 27.08.2019 ; « Faute de procès équitables, il faut rapatrier les combattants terroristes étrangers (experte) », *News.un.org*, Nations unies, 28.10.2019.

<sup>1347</sup> Les éléments de la citation en italique le sont dans la source originale ; PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire IV*, *op. cit.*, p. 58.

*Les Adrets,*  
*17 avril 2020*

# BIBLIOGRAPHIE

## Ouvrages

- AUER (A.), FLÜCKIGER (A.) et HOTTELIER (M.), *Les droits de l'homme et la constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Genève, Schulthess, 2007, 469 p.
- ATRAN (S.), *L'État islamique est une révolution*, LLL, 2016, 156 p.
- BANNELIER (K.), CHRISTAKIS (T.), CORTEN (O.), DELCOURT (B.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, 356 p.
- BELANGER (M.), *Droit international humanitaire*, Gualino, Fac Université et AnnaDroit2002, 2002, 150 p.
- BENNASSAR (B.), *La guerre d'Espagne et ses lendemains*, Perrin, Tempus, 2004, 550 p.
- BOUCHET-SAULNIER (F.), *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, La Découverte, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 2000, 492 p.
- BOUVIER (A.), SASSOLI (M.) et QUINTIN (A.), *Un droit dans la guerre ? Cas, documents et supports d'enseignement relatifs à la pratique contemporaine du droit international humanitaire – Volume 1*, 2<sup>nd</sup> éd., CICR, 2012, 610 p.
- BUGNION (F.), *Le Comité International de la Croix-Rouge et la Protection des victimes de la guerre*, Comité International de la Croix-Rouge, Genève, 1994, 1438 p.
- CHALIAND (G.) et BLIN (A.) (dir.), *Histoire du terrorisme – De l'Antiquité à Daech*, Fayard/Pluriel, Pluriel, 2016, 864 p.
- CORTEN (O.), *La rébellion et le droit international : le principe de neutralité en tension*, Académie du Droit International de La Haye, Recueil des cours tome 374, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2015, 256 p.
- CORTEN (O.), *Méthodologie du droit international public*, Éditions de l'Université de Bruxelles, UBLire, Références, 2017, 291 p.
- COURMONT (B.), *Les guerres asymétriques – Conflits d'hier et d'aujourd'hui, terrorisme et nouvelles menaces*, PUF, Enjeux stratégiques, Institut de Relations Internationales et Stratégiques, 2002, 287 p.
- DAILLIER (P.), FORTEAU (M.) et PELLET (A.), *Droit International Public*, LGDJ – Lextenso éditions, 8<sup>ème</sup> éd., 11/2009, 1722 p.
- DAVID (E.), *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Université Libre de Bruxelles, Centre de droit international, 1978, 459 p.
- DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 5<sup>ème</sup> éd., 2012, 1151 p.
- DAVID (E.), TULKENS (F.) et VANDERMEERSCH (D.), *Code de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>ème</sup> éd., 2007, 922 p.

- De GUTTRY (A.), CAPONE (F.) and PAULUSSEN (C.) (éds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2016, 533 p.
- De MULINEN (F.), *Manuel sur le droit de la guerre pour les forces armées*, CICR, 1989, 242 p.
- De VATTEL (E.), *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Carnegie Institution of Washington, Vol. 2, 1916.
- DEFLEM (M.) (éd.), *Terrorism and counter-terrorism: criminological perspectives*, Sociology of Crime, Law and Deviance, Vol. 5, University of South Carolina, USA, Elsevier, 2004, 217 p.
- DENIS (C.), *Le pouvoir normatif du Conseil de Sécurité des Nations Unies : portée et limites*, Bruylant, 2005, 408 p.
- DEYRA (M.), *Le Droit dans la guerre*, Master Pro, Gualino, 2009, 283 p.
- DÖRMANN (K.), LIJNZAAD (L.), SASSÒLI (M.) and SPOERRI (P.) (éd.), *Commentary on the First Geneva Convention – Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, ICRC, Cambridge University Press, 2016, 1344 p.
- FLAUSS (J.-F.) (dir.), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruylant, Droit et Justice, Belgique, 2003, 218 p.
- GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, 1867.
- HAROUEL-BURRELOUP (V.), *Traité de droit humanitaire*, PUF, 2005, 556 p.
- HENCKAERTS (J.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit International Humanitaire Coutumier, Volume 1 : Règles*, Bruxelles, Bruylant, CICR, 2006, 878 p.
- HENNEBEL (L.) et VANDERMEERSCH (D.), *Juger le terrorisme dans l'État de droit*, Bruylant, Magna Carta, Vol. 1, Bruxelles, 2009, 542 p.
- JACOBS (A.) et FLORE (D.) (dir.), *Les combattants européens en Syrie*, L'Harmattan, Comité International des Pénalistes Francophones, Liège, 2015, 231 p.
- KLABBERS (J.), *International Law*, Cambridge University Press, 2013, 350 p.
- KLEIN (P.), *Le droit international à l'épreuve du terrorisme*, Vol. 321, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Académie de Droit International de La Haye, 2007.
- KOLB (R.), *Ius contra bellum – Le droit international relatif au maintien de la paix*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, Précis, Collection de droit international public, 2009, 435 p.
- KOLB (R.), *L'article 103 de la Charte des Nations Unies*, Académie de droit international de La Haye, Vol. 23, Brill | Nijhoff, 2014, 350 p.
- KOLB (R.), *Théorie du Droit International*, Bruylant, Droit International, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, 2013, 830 p.
- LAGOT (D.), *Droit international humanitaire : États puissants et mouvements de résistance*, L'Harmattan, Questions contemporaines, 2010, 200 p.



- MALET (D.), *Foreign fighters: Transnational identity in civil conflict*, Oxford University Press, 2013, p. 264.
- MANNA (H.), *Daech – L'État de la barbarie*, Les points sur les i, Point de repère, 2014, 151 p.
- MAYSTRE (M.), *Les enfants soldats en droit international – Problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*, Perspectives Internationales, n°30, Pedone, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2010, 202 p.
- MELZER (N.), *Guide interprétatif sur la notion de Participation directe aux Hostilités en Droit International Humanitaire*, CICR, Genève, Octobre 2010, 88 p.
- MELZER (N.), *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction*, ICRC, 2016, 355 p.
- MILLET-DEVALLE (A.-S.) (dir.), *Religions et Droit International Humanitaire*, Pedone, Institut du Droit de la Paix et du Développement, Colloque de Nice 18-19 juin 2007, 2008, 218 p.
- PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire I - La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, CICR, Genève, 1952, 542 p.
- PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire II - La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, CICR, Genève, 1959, 333 p.
- PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire III - La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, CICR, Genève, 1958, 834 p.
- PICTET (J.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire IV - La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, CICR, Genève, 1956, 729 p.
- PILLOUD (C.), DE PREUX (J.) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, 1647 p.
- ROUSSILLON (S.), *Les « Brigades Internationales » de Franco – Les volontaires étrangers du côté national*, Via Romana, Versailles, 2012, 362 p.
- SASSOLI (M.), QUINTIN (A.), BOUVIER (A.), *Un droit dans la guerre ?*, 2<sup>de</sup> éd., CICR, Genève, 2012, 3 Vol., 3030 p.
- SMITH (R. K. M.), *Textbook on International Human Rights*, Oxford University Press, 5<sup>th</sup> éd., 2012, 411 p.
- SAUL (B.), *Research handbook on international law and terrorism*, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2014, 797 p.
- THOMSON (D.), *Les Français djihadistes – qui sont ces citoyens en rupture avec la République ?*, Les Arènes, 2014, 228 p.

Bibliographie

- TORRELLI (M.), *Le droit international humanitaire*, PUF, Que sais-je ?, 1989, p. 127.
- TRÉVIDIC (M.), *Terroristes – Les 7 piliers de la déraison*, Lattès, 2015, 284 p.
- WALZER (M.), *Guerres justes et injustes*, Belin, Littérature et Politique, 1999, 489 p.
- ZEGVELD (L.), *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, 2002, 292 p.

## Articles

### *Articles de revues scientifiques*

- ABTAHI (H.), « Crimes against Humanity and the Armed Conflict Nexus: From Nuremberg to the ICC », *European Society of International Law*, Conference Paper No. 1/2013, Amsterdam Research Forum, 23-25 May 2013, 11 p.
- ALDRICH (G. H.), « The Taliban, Al Qaeda, and the determination of illegal combatants », *The American Journal of International Law*, Vol. 96, N°4, October 2002, pp. 891-898.
- ARIELLI (N.), « When are foreign volunteers useful? Israel's transnational soldiers in the war of 1948 re-examined », *Journal of Military History*, Vol. 78, Issue 2, 2014, pp. 703-724.
- ASCENSIO (H.), « Effets juridiques et efficacité des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies portant sur le Liban », Centre d'études et de recherches sur le Proche-Orient, *Les Cahiers de l'Orient*, Vol. 2, N°94, 2009, pp. 37-63, pp. 47-48.
- BARTELS (R.), « When Do Terrorist Organisations Qualify as Parties to an Armed Conflict under International Humanitarian Law », *Military Law and Law of War Review*, Vol. 56, N°2, 2017-2018, pp. 451-488.
- BATRAWI (S.), « The Dutch Foreign Fighter Contingent in Syria », *CTC Sentinel*, Vol. 6, no. 10, Octobre 2013, pp. 6-10.
- BENJAMIN (D.), FRANCO (S) et HECKER (M.), « Le terrorisme en perspective », *Politique étrangère*, Institut français des relations internationales, 2006/4, pp. 887-900.
- BIGO (D.), « La voie militaire de la "guerre au terrorisme" et ses enjeux », *Cultures & Conflicts*, N°44, Hiver 2001, pp. 5-18.
- BLANK (L. R.) and CORN (G. S.), « Losing the Forest for the Trees: Syria, Law and the Pragmatics of Conflict Recognition », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 46, N°3, May 2013, pp. 693-746.
- BOLLECKER (B.), « L'avis consultatif en date du 21 juin 1971 de la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative aux conséquences juridiques pour les États membres de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) », *Annuaire français de droit international*, Vol. 17, 1971, pp. 281-333.
- BORGERS (M. J.), « Framework Decision on Combating Terrorism: Two Questions on the Definition of Terrorist Offences », *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 3, N°1, 2012, pp. 68-82.
- BOUCHER (D.), « The just war tradition and its modern legacy: Jus ad bellum and jus in bello », *European Journal of Political Theory*, Vol. 11, N°2, 2011, pp. 92-111.
- BOVENKERK (F.) et ABOU CHAKRA (B.), « Terrorisme et criminalité organisée », *Forum sur le crime et la société*, Vol. 4, N°1-2, 2004, pp. 3-18.

- BUGNION (F.), « Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law », *International Studies Journal*, Vol. 2, N°1, 2005, pp. 39-70.
- CANTEGREIL (J.), « La doctrine du "combattant ennemi illégal" », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Vol. 1, N°1, 2010, pp. 81-106.
- CAREY (H. F.), « The domestic politics of protecting human rights in counter-terrorism: Poland's, Lithuania's, and Romania's secret detention centers and other east european collaboration in extraordinary rendition », *East European Politics and Societies and Cultures*, Vol. 27, N°3, August 2013, pp. 429-465.
- CASSESE (A.), « The Nexus Requirement for War Crimes », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, N°5, December 2012, pp. 1395-1418.
- CHADWICK (E.), « Back to the future : three civil wars and the law of neutrality », *Journal of Armed Conflict Law*, Vol. 1, Issue 1, 1996, pp. 1-32.
- CIMINO (M.), « La « fabrique de l'ennemi » en système totalitaire. Le cas syrien (1946-2014) », *Relations internationales*, 2014/3, N°158, pp. 117-135.
- CIMINO (M.), « "Le nom de l'ennemi" : de la représentation des combattants étrangers (Hezbollah et Al-Qaïda) dans les discours de l'opposition syrienne (2011-2013) », *Cahiers de la Méditerranée*, N°89 | 2014, 13 p.
- CORN (G. S.), « Back to the Future: De Facto Hostilities, Transnational Terrorism, and the Purpose of the Law of Armed Conflict », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 30, N°4, Summer 2009, pp. 1345-1354.
- CRAWFORD (N. C.), « Just War Theory and the U.S. Counterterror War », *Perspectives on Politics*, Vol. 1, No. 1, March 2003, pp. 5-25.
- CSABA (P.), « La répression du terrorisme et le droit international humanitaire », *European Integration Studies*, Vol. 1, Issue 1, 2002, pp. 95-101.
- DANIEL (B.) *et al.*, « Le terrorisme en perspective », *Politique étrangère*, Institut Français des Relations Internationales, 2006/4, pp. 887-900.
- DANNER (A. M.), « Defining unlawful enemy combatants: the centripetal story », *Texas international law journal*, Vol. 43, Issue 1, 2007, 14 p.
- DAVID (E.), « La condition juridique des volontaires belges pendant la guerre d'Espagne », *Revue Belge d'histoire contemporaine*, 1987, pp. 39-80.
- DAVIS (R. A.), « The Search for status: charting the contours of combatant status in the age of ISIS », *Military Law Review*, Vol. 223, 2015, pp. 556-609.
- De La CROIX (E.), Van KEIRSBILCK (B.) et MOUTON (A.), « Les jeunes qui partent combattre en Syrie et en Irak, la réaction des pouvoirs publics belges en 10 questions », *Journal du Droit des Jeunes*, N°341, janvier 2015, pp. 17-24.
- De ROY Van ZUIJDEWIJN (J.), « The foreign fighters' threat: what history can (not) tell us », *Perspectives on Terrorism*, Vol. 8, Issue 5, October 2014, pp. 59-73.
- DETTER (I.), « The law of war and illegal combatants », *The George Washington Law Review*, Vol. 75, N°5/6, August 2007, pp. 1049-1104.

- DECOEUR (H.), « The Criminalisation of Armed Jihad under French Law: Guilt by Association in the Age of Enemy Criminal Law », *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 25(2017), pp. 299-326.
- DOUCET (G.), « Terrorisme : Définition, Juridiction pénale internationale et Victime », *Revue Internationale du Droit Pénal*, Vol. 76, 3, 2005, pp. 251-273.
- DUBUISSON (F.), « "La définition du « terrorisme" : débats, enjeux et fonctions dans le discours juridique », *Confluence méditerranée*, 2017/3, N°112, Automne 2017, pp. 29-45.
- DUGARD (J.), « International Terrorism and the Just War », *Stanford Journal of International Studies*, 12, 1977, pp. 21-38.
- FABER (S.), « Spain's Foreign Fighters: The Lincoln Brigade and the Legacy of the Spanish Civil War », *Foreign Aff.*, 95, 155, Sept-October 2016, pp. 155-161.
- FILIU (J.-P.), « Définir Al-Qaida », *Critique internationale*, Presses de Sciences Po, 2010/2, N°47, pp. 111-133.
- FINAUD (M.), « L'abus de la notion de "combattant illégal" : une atteinte au droit international humanitaire », *Revue générale de droit international public*, 2006-4, pp. 862-889.
- FLORE (D.), « La loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes : Genèse, principes et conséquences », *Questions d'actualité de droit pénal et de procédure pénale*, 2005, pp. 208-225.
- FORD (C.), « Syria: Can International Law Cope? Workshop Report », *International Law Studies*, U.S. Naval War College, Vol. 92, 2016, pp. 340-352.
- FRATERMAN (J. A.), « Criminalising Humanitarian Relief: Are U.S. Material Support for Terrorism Laws Compatible with International Humanitarian Law? », *International Law and Politics*, 2014, pp. 257-260.
- GABOR (R.), « Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the War on Terror », *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 27, N°2, Summer/Fall, 2003, pp. 55-74.
- GILL (T. D.), « Classifying the Conflict in Syria », *International Law Studies*, U.S. Naval War College, Vol. 92, 2016, pp. 353-380.
- GONÇALVES (C.), « Salazar et la Guerre civile espagnole », *Diacronie*, N°7, 3 | 2011, document 8, mis en ligne le 29.07.2011, 17 p. [En ligne]
- GOUPY (M.), « La notion de "criminalisation" de l'ennemi dans la *Théorie du partisan* de Carl Schmitt », *Aspects – Revue d'études francophones sur l'Etat de droit et la démocratie*, 2010, N°4, Dossier « Les acteurs non-étatiques dans les conflits armés », pp. 35-49.
- HAPPOLD (M.), « Security Council Resolution 1373 and the Constitution of the United Nations », *Leiden Journal of International Law*, Vol. 16, 2003, pp. 593-610.

- HAYIM (D.), « L'article 103 de la Charte des Nations unies : Technique juridique ou instrument symbolique », *Revue Belge de Droit International*, Vol. 44, N°1-2, 2011, pp. 125-169.
- HEGGHAMMER (T.), « Combattants saoudiens en Irak : modes de radicalisation et de recrutement », *Cultures & Conflits*, N°64, Hiver 2006, 05.03.2005.
- HEGGHAMMER (T.), « The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad », *International Security*, Vol. 35, No. 3 (Winter 2010/11), pp. 53–94.
- HEGGHAMMER (T.), « Should I Stay or Should I Go? Explaining Variation in Western Jihadists' Choice between Domestic and Foreign Fighting », *American Political Science Review*, February 2013, 15 p.
- HILL (H.), « Can Just War Theory Survive the War on Terror », *Journal of the Institute of Justice and International Studies*, Vol. 10, N°1, 2010, pp. 77-86.
- HUSSEIN (H.), « Les « lionceaux du califat » : une analyse de la propagande djihadiste », *Les Cahiers Dynamiques*, 2017/2, N°72, pp. 42-47.
- HUSZTI ORBAN (K.) and KALANDARISHVILI-MUELLER (N.), « Is it a bird? Is it a plane? Is it an armed conflict? – The classification of the situation in Syria », *Journal of International Law*, 2012.
- HUYGHEBAERT (P.), « Les enfants dans les conflits armés : une analyse à l'aune des notions de vulnérabilité, de pauvreté et de “capabilités” », *Mondes en développement*, 2009/2, N°146, p. 59-72.
- JOFFE (G.), « Global Jihad and Foreign Fighters », *Small Wars & Insurgencies*, Vol. 27, N° 5, September 2016, pp. 801–802.
- KEENAN (J. H.), « L'utilisation du "droit" dans la guerre contre le terrorisme », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, Décembre 2015, pp. 161-172.
- KLEIN (P.), « Le Conseil de sécurité et la lutte contre le terrorisme : dans l'exercice de pouvoirs toujours plus grands ? », *Revue Québécoise de droit international*, Hors-série, Hommage à Katia Boustany, Avril 2007, pp. 133-147.
- KOPITZKE (C.) « Security Council Resolution 2178 (2014): An Ineffective Response to the Foreign Terrorist Fighter Phenomenon », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 24, N°1, 2017, pp. 309-342.
- KOUTROULIS (V.), « The fight against the Islamic State and Jus in Bello », *Leiden Journal of International Law*, 2016, 29, pp. 827-852.
- LAMCHICHI (A.), « Al-Qaïda. Internationale islamiste ? », *Confluences Méditerranée*, 2002/1, N°40, pp. 41-56.
- LARRALDE (J.-M.), « Les réponses du droit international à la question des enfants soldats », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, N°5 « L'enfant », Presses Universitaires de Caen, 2006, pp. 65-78.
- LARZILLIERE (P.), « Tchétchénie : le jihad reterritorisé », *Critique internationale*, Vol. 20, N°3, 2003, pp. 151-164.

- LEVIN (B.), « Trials for terrorists – The shifting legal landscape of the post-9/11 era », *Journal of Contemporary Criminal Justice*, Vol. 23, N°2, May 2007, pp. 195-218.
- LI (D.), « A universal enemy? Foreign fighters and legal regimes of exclusion and exemption under the global war on terror », *Columbian Human Rights Law Review*, 2010, pp. 355-428.
- LI (D.), « Jihad in a World of Sovereigns: Law, Violence, and Islam in the Bosnia Crisis », *Law & Social Inquiry – Journal of the American Bar Foundation*, Vol. 00, Issue 00, Summer 2015, 31 p.
- LILES (L.), « The Civilian Cyber Battlefield: Non-State Cyber Operators' Status under the Law of Armed Conflict », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 39, N°4, Summer 2014, pp. 1091-1122.
- LUBELL (N.) and DEREJKO (N.), « A Global Battlefield: Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, N°1, March 2013, pp. 65-88.
- MALET (D.), « Foreign Fighter Mobilization and Persistence in a Global Context », *Terrorism and Political Violence*, Vol. 27, N°3, may 2015, pp. 454-473.
- MASTOR (W.), « La prison de Guantanamo : réflexions juridiques sur une zone de "non droit" », *Annuaire français de droit international*, LIV, 2009, pp. 23-44.
- MEGIE (A.), « La lutte antiterroriste et les libertés publiques : les ambiguïtés européennes », *Questions Internationales*, N°34, Novembre-Décembre 2008, pp. 82-89.
- MEGIE (A.), « La lutte contre le terrorisme en France : une réponse judiciaire ou militaire ? », *Les Cahiers français*, La Documentation française, N°360, 2011, 15 p.
- MENDELSON (B.), « Foreign Fighters – Recent Trends », *Orbis*, Vol. 55, N°2, Spring 2011, pp. 189-202.
- MOINE (A.), « L'état de droit, un instrument international au service de la paix », *Civitas Europa*, IRENEE, Université de Lorraine, 2016/2, N°37, pp. 65-93.
- MOORE (C.) and TUMELTY (P.), « Foreign Fighters and the Case of Chechnya: A Critical Assessment », *Studies in Conflict & Terrorism*, Vol. 31, Issue 5, 15.04.2008, pp. 412-433.
- MONTIEL (C. J.) and SHAH (A. A.), « Effects of political framing and perceiver's social position on trait attributions of a terrorist/freedom fighter », *Journal of Language and Social Psychology*, Vol. 27, N°3, September 2008, pp. 266-275.
- MORAG (N.), « The foreign fighter phenomenon – Threats and Challenges », *The military Law and the law of War Review*, Forthcoming 2016, 16.11.2015, 9 p.
- MOUCHERON (M.), « Délit politique et terrorisme en Belgique : du noble au vil », *Cultures & Conflits*, 61, printemps 2006, 16 p. [En Ligne]
- O'CONNELL (M. E.), « The Choice of Law against Terrorism », *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 4, N°2, 2010, pp. 343-368.
- OTASEVIĆ (A.), « Les organisations combattantes irrégulières en Bosnie-Herzégovine », *Stratégie*, Institut de Stratégie Comparée, Vol. 2, N°103, 2013, pp. 219-230.

- PECOUT (G.), « Pour une lecture méditerranéenne et transnationale du Risorgimento », *Revue d'histoire du XIXe siècle. Société d'histoire de la révolution de 1848 et des révolutions du XIXe siècle*, N°44, Septembre 2012, pp. 29-47.
- PHILLIPS (C.), « Guerre civile en Syrie : la diversité de l'opposition au régime syrien », *Institut Européen de la Méditerranée*, 2013, pp. 25-30.
- PICARD (E.), « Les Kurdes et l'autodétermination. Une problématique légitime à l'épreuve de dynamiques sociales », *Revue française de science politique*, Vol. 49, N°3, 1999, pp. 421-442.
- QUÉNIVET (N.), « The "War on terror" and the principle of distinction in international humanitarian law », *ACDI*, Vol. 3, 2010, pp. 155-186.
- RAMBAUD (R.), « La Loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées (article 1. 212-1 du code de la sécurité intérieure) : l'arme de dissolution massive », *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, Chronique N°20, 2015. [En Ligne]
- RICHARDSON (R. D.), « Foreign Fighters in Spanish Militias: The Spanish Civil War 1936-1939 », *Military Affairs*, Vol. 40, N°1, February 1976, pp. 7-11.
- ROLING (B. V. A.), « The legal status of Rebels and Rebellion », *Journal of Peace Research*, Vol. 13, N°2, 1976, pp. 149-163.
- RONA (G.), « Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the War on Terror », *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 27, N°2, Summer/Fall, 2003, pp. 55-74.
- ROSAS (A.), « The frontiers of International Humanitarian Law », *Journal of Peace Research*, Vol. 24, N°3, 1987, pp. 219-236.
- ROWE (P.), « Freedom fighters and rebels: the rules of civil war », *Journal of the Royal Society of Medicine*, Vol. 95, January 2002, pp. 3-4.
- SAADA (J.), « Les combattants illégaux" : ennemis du genre humain ? Contre-terrorisme en démocratie et malléabilité du droit », *Aspects – Revue d'études francophones sur l'Etat de droit et la démocratie*, 2010, N°4, Dossier « Les acteurs non-étatiques dans les conflits armés », pp. 15-33.
- SASSÒLI (M.), « La définition du terrorisme et le droit international humanitaire », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, 2007, pp. 30-48.
- SASSÒLI (M.), « Le droit international humanitaire, une lex specialis par rapport aux droits humains ? », dans AUER (A.), FLÜCKIGER (A.) et HOTTELIER (M.), *Les droits de l'homme et la constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Genève, Schulthess, 2007, pp. 375-395.
- SASSÒLI (M.), « La "guerre contre le terrorisme", le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *The Canadian Yearbook of international law*, Vol. 39, 2001, 28 p.
- SASSÒLI (M.), « Terrorism and War », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, N°5, November 2006, pp. 959-981.



- SASSÒLI (M.), « Use and Abuse of Laws of War in the "War on Terrorism" », *Law and Inequality*, 2004, Vol. 22, N°2, pp. 195-221.
- SCHARF (M. P.), « Defining terrorism as the peace time equivalent of war crimes: a case of too much convergence between international humanitarian law and international criminal law », *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 7, pp. 391-398.
- SKOUTELSKY (R.), « L'Espagne après l'Espagne : La mémoire des Brigades internationales », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, 2003, N°70, dans *Espagne : la mémoire retrouvée (1975-2002)*, pp. 27-33.
- SCHMITT (M. N.), « Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict », *International Law Studies*, U.S. Naval War College, Vol. 90, 2014, pp. 1-19.
- SÉGALAS (D.), « Le volontariat armé au sein des milices nationalistes pendant la guerre civile espagnole, 1936-1939 », *Bulletin de l'Institut Pierre Renouvin*, 2009/1, N°29, pp. 53-62.
- SILL (E.), « La croisade des gosses. Fugues, disparitions et enrôlements volontaires de mineurs français en Espagne durant la guerre civile », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire* 2011/2, N°110, p. 19-32.
- TALMON (S.), « The Security Council as World Legislator », *The American Journal of International Law*, Vol. 99, 2005, pp. 175-193.
- TIGROUDJA (H.), « Quel(s) droit(s) applicable(s) à la "guerre au terrorisme" », *Annuaire français de droit international*, Vol. 48, 2002, pp. 81-102.
- TONDEUR (K.), « Le retour des djihadistes en Belgique, prétexte pour une dérive sécuritaire ? », *Journal du Droit des Jeunes*, N°341, janvier 2015, pp. 7-9.
- TROPINI (J.), « La rupture de l'équilibre juridique de l'article 141bis du code pénal belge par la jurisprudence sur les "combattants étrangers" », *The Military Law and the Law of War Review*, Review 2018-2019, Vol. 57, 22 p. [En Ligne]
- TUBIC (B.), « Position of the UN Security Council Resolutions in the Legal Order of the European Union », *Law Series Annals W. U. Timisoara*, Issue 33, 2017, pp. 33-46.
- TYNNE (K.), « Targeting the Terrorist Enemy: The Boundaries of an Armed Conflict against Transnational Terrorists », *Australian International Law Journal*, Vol. 16, N°1, 2009, pp. 161-188.
- VALAIK (J. D.), « In the Days Before Ecumenism: American Catholics, Anti-Semitism, and the Spanish Civil War », *J. Church & St.*, 13, 465, 1971, pp. 465-477.
- Van der WILT (H.), « War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, N°5, December 2012, pp. 1113-1128.
- Van SCHAACK (B.), « Finding the Tort of Terrorism in International Law », *Review of Litigation*, Vol. 28, N°2, 2008, pp. 381-478.
- Van SCHAACK (B.), « Mapping War Crimes in Syria », *International Law Studies*, U.S. Naval War College, Vol. 92, 2016, pp. 282-339.

- Van STEENBERGHE (R.), « Droit international humanitaire et Législation belge antiterroriste : L'article 141bis du Code pénal dans les dossiers syriens et kurdes », *Revue belge de droit international*, 2018/1, pp. 269-293.
- Van WYNEN THOMAS (A.) and THOMAS (A. J. Jr.), « Non-Intervention and the Spanish Civil War », *American Society of International Law Proceedings*, 61, 2, 1967, p. 1-6.
- VENET (O.), « Infractions terroristes et droit humanitaire : l'article 141bis du Code pénal », *Journal des Tribunaux*, N°6387, mars 2010, pp. 169-172.
- VERDEBOUT (A.), « La définition coutumière du terrorisme d'Antonio Cassese : de la doctrine au Tribunal Spécial pour le Liban », *Droit et société*, 2014/3, N°88, pp. 709-728.
- VERVAET (L.), « The Guantánamo-isation of Belgium », *Race & Class*, Vol. 56, N°4, pp. 26-39.
- VORHEES (R. E.), « Compensating Terrorists for Torture: An Anomalous Outcome under International Humanitarian Law », *Air Force Law Review*, 75, 2016, pp. 1-38.
- WATKIN (K. W.), « Combatants, Unprivileged Belligerents and Conflict in the 21st Century », *Israel Defense Forces Law Review*, 1, 2003, 77 p.
- WÉRY (M.), « La jurisprudence relative à la clause d'exclusion prévue à l'article 141bis du Code pénal : la difficile application du droit international humanitaire par les cours et tribunaux belges », *The Military Law and the Law of War Review*, Review 2019, Vol. 57, 20 p. [En Ligne]
- Humanitarian Policies and Conflict Research, *Manual On International Law Applicable To Air And Missile Warfare*, Harvard University, Cambridge University Press, 2013, 56 p.

### ***Autres articles***

- ABRAHAMS (F.) et al., « Under Kurdish Rule: Abuses in PYD-run Enclaves of Syria », New York, Human Rights Watch, Report, 2014, 108 p.
- AMBOS (K.), « Our terrorists, your terrorists? The United Nations Security Council urges states to combat “foreign terrorist fighters”, but does not define “terrorism” », *EjilTalk!*, 02.10.2014.
- BAKKER (E.), PAULUSSEN (C.), and ENTENMANN (E.), « Dealing with European Foreign Fighters in Syria: Governance, Challenges and Legal Implications », *International Centre for Counter-Terrorism*, December 2013, 30 p.
- BANNIER (P.), « Conquête territoriale et construction étatique : l'État Islamique jusqu'où ? », *Grotius International - Géopolitique de l'humanitaire*, 02.06.2015.
- BANNIER (P.), « Les djihadistes français et belge en Syrie : trajectoires communes et spécificités », *Institut MEDEA*, 18.06.2014.

- BARANY (Z.), « The Bahrain Defence Force: The Monarchy's Second-to-Last Line of Defense », *Center for Strategic and International Studies*, Burke Chair in Strategy, 09.12.2016, 49 p.
- BARRETT (R.), « Foreign Fighters in Syria », *The Soufan Group*, New-York, Juin 2014, 33 p.
- BARZON (A.) and GRECO (O.), « Fighting abroad – The foreign fighters phenomenon in the scope of International Law, the "Blowback Effect" and national counter-terrorism measures », 13.11.2015, 11 p.
- BELLAL (A.) (éd.), « The War Report: Armed Conflicts in 2018 », The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, April 2019, 157 p.
- BEN ABDESSELEM (S.), « Quelle stratégie face à Daech ? », *Institut de Relations Internationales et Stratégiques*, 18.06.2015.
- BERGHEZAN (G.), « Bosnie-Herzégovine, 25 ans plus tard : De la guerre à une difficile réconciliation », *Les Rapports de GRIP*, 2017/3, 56 p.
- BERGHEZAN (G.), « Groupes armés actifs en République démocratique du Congo – Situation dans le "Grand Kivu" au 2<sup>ème</sup> Semestre 2013 », *Les Rapports du GRIP*, Groupe de Recherche et d'Information sur la Paix et la Sécurité, 2013/11, 36 p.
- BOAZ (G.), « Defining Terrorism – Is one man's terrorist another man's freedom fighter? », *International Institute for Counter-Terrorism*, 01.01.2010.
- BOGDANOVSKI (A.), « We did criminalize it – now what ? Western Balkans response to the foreign fighters' threat », *Policy Brief*, September 2014, 8 p.
- BONIFACE (P.), « "Qui est l'ennemi ?" – 3 questions à Alain Bauer », *Institut de Relations Internationales et Stratégiques*, 12.10.2015.
- BORREIL (C.), « Lutte contre les « combattants étrangers » : L'adoption du Protocole additionnel à la Convention européenne pour la prévention du terrorisme », 21.11.2015.
- BOUTIN (B.), CHAUZAL (G.) DORSEY (J.) and *others*, « The Foreign Fighters Phenomenon in the European Union – Profiles, Threats & Policies », *ICCT Research Paper*, The Hague, April 2016, 54 p.
- BOUTIN (B.) and PAULUSSEN (C.), « From the Bataclan to Nice: A critique of France's State of Emergency Regime », *Asser Policy Brief 01*, Asser Institute – Centre for International & European Law, July 2016, 5 p.
- BRIGGS OBE (R.) and SILVERMAN (T.), « Western Foreign Fighters – Innovations in Responding to the Threat », *Institute for Strategic Dialogue*, 2014.
- BURNISKE (J.), LEWIS (D. A.) and MODIRZADEH (N. K.), « Suppressing Foreign Terrorist Fighters and Supporting Principled Humanitarian Action – A Provisional Framework For Analyzing State Practice », Harvard Law School Program on International Law and Armed Conflict, October 2015, 103 p.
- BYMAN (D.) and SHAPIRO (J.), « Be Afraid, Be a little afraid : the threat of terrorism from western foreign fighters in Syria and Iraq », *Foreign Policy at Brookings*, Policy Paper, N°34, November 2014, 30 p.

- CARTER (J. A.), MAHER (S.) and NEUMANN (P. R.), « Measuring importance and influence in Syrian foreign fighter networks », *The international centre for the study of radicalisation and political violence*, 2014, 32 p.
- CHESNEY (R.), « Guest Post from the ICRC's Daniel Cahen Responding to My Post on Syria/LOAC », *Lawfare*, 17.07.2012.
- COLGAN (J.) and HEGGHAMMER (T.), « Muslim Foreign Fighters 1945-2009 : new dataset and initial observations », *Paper presented at the International Studies Association annual Convention*, Montréal, 2011.
- CONTE (A.), « An old question in a new context : do States have to comply with human rights when countering the phenomenon of foreign fighters ? », *EJILTalk!*, 19.03.2015, 6 p.
- De CAPITANI (E.), « "Foreign Fighters" and EU implementation of the UNSC resolution 2178. Another case of "Legislate in haste, repent at leisure..."? », *European Area of Freedom Security & Justice*, 06.04.2015.
- De LAROCQUE (S.), « Les terroristes sont encouragés par l'Occident », *Institut de Relations Internationales et Stratégiques*, 11.09.2012.
- De ROY Van ZUIJDEWIJN (J.) and BAKKER (E.), « Returning Western Foreign Fighters: The case of Afghanistan, Bosnia and Somalia », *International Centre for Counter-Terrorism - The Hague Background Note*, June 2014, 12 p.
- DOMINICÉ (C.), « L'article 103 de la Charte des Nations Unies et le droit international humanitaire », *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, Graduate Institute Publications, Genève, 1997, pp. 221-236.
- FISHMAN (B.) and FELTER (J.), « Al-Qa'ida's Foreign Fighters in Iraq: A First Look at the Sinjar Records », Report, Harmony Project, Combating Terrorism Center at West Point, 02.01.2007, 31 p.
- FORCESE (C.) and SHERRIFF (L.), « Killing Citizens: Core Legal Dilemmas in the Targeted Killing of Canadian Foreign Terrorist Fighters », *Working Paper Series*, University of Ottawa, October 2016, 61 p.
- FORCESE (C.) and MAMIKON (A.), « Neutrality Law, Anti-terrorism, and Foreign Fighters: Legal Solution to the Recruitment of Canadians to Foreign Insurgencies », January 2015, Updated July 2015, Forthcoming *UBC Law Review*, 40 p.
- HECKER (M.), « Le jihad en Syrie et en Irak: un défi pour la France », *Institut Français des Relations Internationales*, 7-8.01.2015.
- HOYLE (C.), BRADFORD (A.) and FRENETT (R.), « Becoming Mulan ? Female Western Migrants to ISIS », *Institute for Strategic Dialogue*, 2015, 47 p.
- GOETINCK (M.), « Radicalisation et stratégies anti-terroristes en Europe », *Institut MEDEA*, 14.10.2014.
- JENKINS (B. M.), « The Role of Terrorism and Terror in Syria's Civil War », *Rand Corporation*, 20.11.2013, 8 p.

- JINKS (D.), « The declining significance of POW status », *Public law and legal theory working paper*, N°65, June 2004, 57 p.
- KADY (C.), « Le Conseil de Sécurité se mobilise contre les combattants terroristes étrangers (Résolution 2178/2014) », *Sentinelle du droit international*, Bulletin N°405, 05.10.2014.
- KAWAKIBI (S.), « Revirement international en Syrie », *Institut MEDEA*, 20.10.2015.
- KLEIN (P.), « Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme », *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 6 p.
- KOLLA (K.), « L'Union Européenne face aux défis de la lutte anti-terroriste : les limites de la coopération », *Institut MEDEA*, 05.02.2015.
- KRÄHENMANN (S.), « Foreign Fighters under International Law », *Academy Briefing N°7*, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Octobre 2014, 64 p.
- LAGNEAU (L.), « Attaque jihadiste "sans précédent" en Tunisie », *Opex360 – Zone militaire*, 07.03.2016.
- LAGNEAU (L.), « Cinq commandos américains blessés lors de combats contre l'EI en Afghanistan », *Opex360 – Zone Militaire*, 29.07.2016.
- LAGNEAU (L.), « Deux attentats font plus de 50 tués en Libye », *Opex360 – Zone Militaire*, 08.01.2016.
- LAGNEAU (L.), « En 18 mois, jusqu'à 31.000 combattants étrangers ont été recrutés par des groupes jihadistes en Syrie », *Opex360 – Zone Militaire*, 08.12.2015.
- LAGNEAU (L.), « Général Bosser : vaincre Daesh "pour et par nos valeurs" », *Opex360 – Zone militaire*, 21.03.2016.
- LAGNEAU (L.), « Impliqué dans les attentats de Paris, un jihadiste français a été tué en Syrie par la coalition anti-Daesh », *Opex360 – Zone militaire*, 29.12.2015.
- LAGNEAU (L.), « Le chef militaire de Daesh visé par une frappe américaine en Syrie », *Opex360 – Zone militaire*, 09.03.2016.
- LAGNEAU (L.), « Opérations contre Daesh : "Quel est l'effet final recherché ?", demande le général Mercier », *Opex360 – Zone militaire*, 08.03.2016.
- LAGNEAU (L.), « Selon M. Valls, le nombre de jihadiste partis de France pour rejoindre la Syrie et l'Irak est en forte hausse », *Opex360 – Zone militaire*, 21.03.2016.
- LAGNEAU (L.), « Selon le ministre de l'Intérieur, 213 jihadistes partis en Syrie sont revenus en France », *Opex360 – Zone militaire*, 19.05.2015.
- LISTER (C.), « Returning foreign fighters: criminalization or reintegration? », *Booking Doha Center, Policy Briefing*, August 2015, 12 p.
- LORILLER (A.), « L'avantage concurrentiel de DAESH sur le marché mondial du terrorisme », *Newsletter de l'ANAJ-IHEDN*, Publication Automne 2015, Les Jeunes de l'IHEDN au cœur de la réflexion stratégique, 5 p.

- MACKINTOSH (K.) and DUPLAT (P.), « Study of the Impact of Donor Counter-Terrorism Measures on Principled Humanitarian Action », UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs and the Norwegian Refugee Council, July 2013, 133 p.
- MAHER (S.), « British Foreign Fighters in Syria », *ICSR Insight*.
- MAHMUD (A.), « Mercenarism: alive and well », USAF, 26.08.2012, 16 p.
- MARKS (M.), « ISIS and Nusra in Turkey – Jihadist recruitment and Ankara’s response », *Institute for Strategic Dialogue*, 2016, 37 p.
- McDONALD (N.) and SULLIVAN (S.), « Rational interpretation in irrational times: the third Geneva convention and the "War on terror" », *Faculty Scholarship*, Louisiana State University Law Center, Paper 32, 2003, pp. 301-315.
- MCGREGOR (A.), « Violence and Viruses: How a Poorly Armed Insurgency in the Congo Poses a Global Threat », *Terrorism Monitor*, Vol. 16, Issue 21, 02.11.2018.
- MEGIE (A.), « La "guerre" contre le terrorisme : discours, normes et pratiques au sein d’un ordre politique disloqué », Congrès AFSP Strasbourg 2011, ST 9 Ni guerre, ni paix : enquêtes sur les ordres politiques disloqués, 17 p.
- METOU (B.), « Vers un requiem pour la convention générale sur le terrorisme ? », *Sentinelles du droit international*, Bulletin N°488, 09.10.2016.
- MILANOVIC (M.), « UN Security Council adopts resolution 2178 on Foreign Terrorist Fighters », *EJILTalk!*, 24.09.2014.
- MURPHY (C. C), « Transnational Counter-terrorism Law: Law, Power and Legitimacy in the "War on Terror" », King’s College London Dickson Poon School of Law, Legal Studies Research Paper Series: Paper No. 2015-14, 21 p.
- PAULUSSEN (C.), « The Syrian foreign fighters’ problem: a test case from the Netherlands », *ICCT Publication*, 02.12.2013.
- PETERS (A.), « Security Council Resolution 2178 (2014): The “Foreign Terrorist Fighter” as an International Legal Person, Part I », *EJILTalk!*, 20.11.2014.
- PETERS (A.), « Security Council Resolution 2178 (2014): The “Foreign Terrorist Fighter” as an International Legal Person, Part II », *EJILTalk!*, 21.11.2014.
- QURESHI (A.), « Blowback – Foreign Fighters and the threat they pose », *CAGE*, 2014, 30 p.
- REED (A) et POHL (J.), « Que faire face au retour massif des combattants étrangers ? », *NATO review*, Organisation du traité de l’Atlantique Nord, site internet, 14.07.2017.
- ROTH (K.), « Les fausses assurances de la tyrannie », *Human Rights Watch*, 23.01.2015.
- SADRI (Y.), « Quelle est l’efficacité des techniques utilisées par l’État Islamique », *Institut MEDEA*, 20.02.2015.
- SAILLARD (M.-H.), « Attentats en Tunisie, au Koweït et en France », *Institut MEDEA*, 03.07.2015.
- SAILLARD (M.-H.), « La Turquie face à ses démons », *Institut MEDEA*, 31.07.2015.

- SALTMAN (E. M.) and SMITH (M.), « Till Martyrdom Do Us Part – Gender and the ISIS Phenomenon », *Institute for Strategic Dialogue*, 2015, 75 p.
- SASSÒLI (M.), « Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law », *HPCR Occasional Paper Series*, Harvard, winter 2006, 45 p.
- SCHEININ (M.), « A comment on Security Council Res 2178 (Foreign fighters) as a "Form" of Global Governance », *Just Security*, 06.10.2014. [En ligne]
- SCHEININ (M.), « Back to post-9/11 panic? Security Council resolution on foreign terrorist fighters », *Just Security*, 13.09.2014. [En ligne]
- SCHMID (A. P.), « Foreign (Terrorist) Fighter Estimates: Conceptual and Data Issues », *ICCT*, Policy Brief, October 2015, 21 p.
- SHERRIFF (A.), HAUCK (V.) and ROCCA (C.), « Glass half full: Study on EU lessons learnt in mediation and dialogue », *European Centre for Development Policy Management*, 01.11.2013, 51 p.
- TENENBAUM (E.), « La Sentinelle égarée ? L'armée de Terre face au terrorisme », *Institut Français des Relations Internationales*, Focus stratégique N°68, juin 2016, 56 p.
- THOMAS (M.), « Foreign Fighters in Syria and Islamist Terror at Home: Determinants of Radical Islam in the OECD and Beyond », Harvard University, August 2015, 18 p.
- TUCK (H.), SILVERMAN (T.) and SMALLEY (C.), « Shooting in the right direction: anti-ISIS Foreign Fighters in Syria & Iraq », *Institute for Strategic Dialogue*, 2016, 59 p.
- Van GINKEL (B.), « The New Security Council Resolution 2178 on Foreign Terrorist Fighters: A Missed Opportunity for a Holistic Approach », *ICCT*, The Hague, 04.11.2014.
- VANROMPAY (S.), « Comment l'État Islamique est devenu l'organisation terroriste la plus riche de tous les temps », *Institut MEDEA*, 12.01.2015.
- WILCKE (C.), « Point de vue : défendre la bonne cause en Irak », *Human Rights Watch*, 02.06.2015.
- ZAMMIT (A.), « Australian foreign fighters: risks and responses », *Lowy Institute for International Policy*, Analysis, April 2015.
- ZELIN (A. Y.), « European foreign fighters in Syria », *ICSR Insight*.
- ZELIN (A. Y.), « Up to 11000 foreign fighters in Syria; steep rise among Western Europeans », *ICSR Insight*.
- « Addressing the Foreign terrorist fighters phenomenon from a European Union Perspective », *Global Centre on Cooperative Security, Human Security Collective and International Centre for Counter-terrorism – The Hague*, December 2014, 18 p.
- « Canada : le Sénat devrait rejeter le projet de loi antiterroriste », *Human Rights Watch*, 02.06.2015.
- « Des militants syriens détenus pour des accusations fallacieuses de "terrorisme" risquent de voir leur détention prolongée », *Amnesty International*, 26.06.2013.

- « *Escape from hell: Torture and sexual slavery in Islamic State captivity in Iraq* », Amnesty International, International Secretariat, United Kingdom, 23.12.2014, 18 p.
- « Espagne. De nouvelles propositions antiterroristes enfreindraient certains droits fondamentaux », *Amnesty International*, 10.02.2015.
- « États-Unis/Syrie : il faut enquêter sur d'éventuelles frappes américaines illégales », *Human Rights Watch*, 28.09.2014.
- « Fasc. 20 : Groupes de combat et Mouvements dissous », *JCI Pénal Code*, 01.09.2009 [En Ligne].
- « France : le projet de loi antiterroriste constitue une menace pour les droits humains », *Human Rights Watch*, 10.10.2014.
- « France : un attentat contre la liberté d'expression », *Human Rights Watch*, 08.01.2015.
- « France/Davos : les mesures de lutte contre le terrorisme récemment annoncées mettent les droits humains en péril », *Amnesty International*, 23.01.2015.
- « *Guantánamo : une décennie d'atteintes aux droits humains* », Amnesty International, 16.12.2011, 70 p.
- « Irak. Les multiples attentats-suicide visant des civils constituent des crimes contre l'humanité », *Amnesty International*, 07.10.2013.
- « Irak : des attaques menées par des milices contre des villages ont conduit au déplacement de milliers de personnes », *Human Rights Watch*, 17.03.2015.
- « Irak : des ex-captives de l'État islamique décrivent une politique de viols systématiques », *Human Rights Watch*, 15.04.2015.
- « Irak : des Yézidis détenus par l'État islamique sont forcés de se marier et de se convertir à l'islam », *Human Rights Watch*, 11.10.2014.
- « Irak : il faut protéger les habitants d'Anbar », *Human Rights Watch*, 08.01.2014.
- « Irak : l'EIIL a enlevé des Turkmènes chiïtes et détruit des lieux de culte », *Human Rights Watch*, 28.06.2014.
- « Irak : l'EIIL a enlevé, tué et expulsé des membres de minorités », *Human Rights Watch*, 18.07.2014.
- « Irak : l'EIIL détient plus de 130 garçons kurdes », *Human Rights Watch*, 01.07.2014.
- « Irak : l'État islamique a exécuté des centaines de prisonniers », *Human Rights Watch*, 30.10.2014.
- « Irak : l'État islamique a procédé à de nouvelles exécutions à Tikrīt », *Human Rights Watch*, 02.09.2014.
- « Irak : les milices ont commis de nombreux abus, voire des crimes de guerre », *Human Rights Watch*, 15.02.2015.
- « Iraq: Armed Groups Using Child Soldiers », *Human Rights Watch*, 22.12.2016.
- « Kenya. Il faut respecter la procédure légale s'agissant de la liste des soutiens présumés au terrorisme », *Amnesty International*, 14.04.2015.



## Bibliographie

- « Le conflit burundais attire des combattants rwandais », *Human Rights Watch*, 23.03.2000.
- « Le PKK : quel terrorisme ? », *Club du millénaire et Institut de Relations Internationales et Stratégiques*, Avril 2013, 12 p.
- « Liban/EI : la décapitation d'un soldat, si elle est confirmée, constitue un crime de guerre », *Human Rights Watch*, 01.09.2014.
- « Libye : des attaques menées par les milices ont probablement constitué des crimes de guerre », *Human Rights Watch*, 08.09.2014.
- « ONU : Réduire la portée des lois relatives aux combattants terroristes étrangers », *Human Rights Watch*, 02.11.2015.
- « Rapport mondial 2014 : Syrie », *Human Rights Watch*, Janvier 2014, 8 p.
- « Sommet américain : réexaminer les lois contre les combattants terroristes étrangers – les mesures adoptées dans trente pays menacent les droits humains », *Human Rights Watch*, 28.09.2015.
- « Status of Foreign Fighters under international and national law », *Société Internationale de droit militaire et de droit de la guerre*, 6 p.
- « Syrie : Des abus sont commis dans les enclaves sous contrôle kurde », *Human Rights Watch*, 19.06.2014.
- « Syrie : des attentats à la voiture piégée commis par les rebelles et des tirs de roquettes ont tué des civils », *Human Rights Watch*, 22.03.2015.
- « Syrie : Les extrémistes restreignent les droits des femmes », *Human Rights Watch*, 13.01.2014.
- « Syrie : Les forces de l'opposition ont commis de graves exactions lors d'une offensive terrestre », *Human Rights Watch*, 19.11.2013.
- « Syrie : Exécutions et prises d'otages par des rebelles », *Human Rights Watch*, 10.10.2013.
- « Syrie : l'État islamique a torturé des garçons kurdes originaires de Kobané », *Human Rights Watch*, 04.11.2014.
- « Syrie : la justice pénale pour les crimes graves au regard du droit international », *Human Rights Watch*, 17.12.2013.
- « Syrie : meurtre délibéré de civils par l'État islamique », *Human Rights Watch*, 03.07.2015.
- « The other foreign fighters – an open-source investigation into american volunteers fighting the Islamic State in Iraq and Syria », *A bellingscat investigation*, 36 p.
- « Tunisie : attentat meurtrier contre les visiteurs d'un musée », *Human Rights Watch*, 18.03.2015.
- « Tunisie : des combattants tunisiens sont impliqués dans des crimes de guerre en Irak », *Human Rights Watch*, 25.06.2014.

## Bibliographie

- « Tunisie : des failles dans le nouveau projet de loi antiterroriste », *Human Rights Watch*, 07.07.2015.
- « You Can Still See Their Blood », *Human Rights Watch*, 10.10.2013.

## Comité International de la Croix-Rouge

### *Revue Internationale de la Croix-Rouge*

- ARZOUMANIAN (N.) et PIZZUTELLI (F.), « Victimes et bourreaux : questions de responsabilité liées à la problématique des enfants-soldats en Afrique », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Décembre 2003, Vol. 85, N°852, pp. 827-856.
- BORELLI (S.), « Casting light on the legal black hole: international law and detentions abroad in the "war on terror" », *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, N°857, March 2005, pp. 39-68.
- BUGNION (F.), « Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 84, N°847, Septembre 2002, pp. 523-546.
- DÖRMANN (K.), « The legal situation of "unlawful/unprivileged combatants" », *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, N°849, March 2013, pp. 45-74.
- GASSER (H.-P.), « Acts of terror, "terrorism" and international humanitarian law », *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, N°847, September 2002, pp. 547-570.
- KLEFFNER (J. K.), « L'applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés organisés », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 93, Sélection française, 2011/2, pp. 141-161.
- MODIRZADEH (N. K.), LEWIS (D. A.) et BRUDERLEIN (C.), « Dialogue humanitaire et lutte contre le terrorisme : antagonisme des normes et émergence d'un nouveau paysage politique », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 93, N°2, 2011, pp. 225-255.
- MOUSSA (J.), « Le jus ad bellum peut-il l'emporter sur le jus in bello ? Réaffirmer la séparation de ces deux branches du droit », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 872, 31.12.2008, pp. 963-990.
- NAQVI (Y.), « Doubtful prisoner-of-war status », *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, N°847, September 2002, pp. 571-595.
- O'DONNELL (D.), « International treaties against terrorism and the use of terrorism during armed conflict and by armed forces », *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, N°864, December 2006, pp. 853-880.
- SASSÒLI (M.) and OLSON (L. M.), « The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts », *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N°871, pp. 599-627.
- STEWART (J. G.), « Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: a critique of internationalized armed conflict », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 85, N°850, Juin 2003, pp. 313-350.

- VITÉ (S.), « Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 91, N°873, Mars 2009, 21 p.

### *Actes de conférences et travaux préparatoires*

- Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, CICR, Genève.
- Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève, CICR, 1974-1977.
- CICR, « Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ? », *Prise de position*, Mars 2008, 6 p.
- CICR, « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », 28<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, Décembre 2003, 74 p.
- CICR, « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », 31<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, Novembre/Décembre 2011, 61 p.
- CICR, « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », 32<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, Décembre 2015, 72 p.
- Commission conjointe chargée d'examiner les textes des projets de Conventions à soumettre à la XVII<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge, Procès-verbaux, Sténogramme de la session tenue à Genève les 15 et 16 septembre 1947, CICR, Genève, Décembre 1947.
- Commission d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre – Convention de Genève de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre – Volumes II et III, Document préliminaire fourni par le Comité International de la Croix-Rouge, CICR, Genève, 14-16.04.1947.
- Commission juridique – Sténogramme des séances, XVII<sup>ème</sup> Conférence Internationale de la Croix-Rouge, CICR, Stockholm, Août 1948.
- Conférence préliminaire des sociétés nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge, Procès-verbaux, Genève, 26 juillet au 3 août 1946.
- Deuxième conférence internationale de la paix, 15 Juin-18 Octobre 1907 : actes et documents, La Haye.
- ICRC Expert meeting, « Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law », Background Paper, 02.06.2003, 32 p.
- ICRC Expert meeting, « Second Expert Meeting on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law », Summary Report, The Hague, 25-26.10.2004, 25 p.

- Projets de Conventions révisées ou nouvelles protégeant les victimes de la guerre, Textes approuvés et amendés par la XVII<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge, CICR, Genève, Octobre 1948.
- Rapport sommaire sur les travaux de la Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre », CICR, Genève, 14-26 avril 1947.
- Résumé des débats des sous-commissions de la Commission juridique, XVII<sup>ème</sup> Conférence Internationale de la Croix-Rouge, CICR, Stockholm, Août 1948.

### *Autre*

- BEERLI (C.), « Une perspective humanitaire sur la privatisation de la guerre », CICR, Déclaration, 14.09.2012.
- « Afghanistan : le CICR demande à toutes les parties de respecter le droit international humanitaire », *Communiqué de presse 01/58*, CICR, 23.11.2001. [En Ligne]
- « Conduite des hostilités et droit international humanitaire », CICR, 29.10.2010. [En Ligne]
- « Conflit interne ou autres situations de violence : quelle différence pour les victimes ? », CICR, Interview, 10.12.2012. [En Ligne]
- « Défis contemporains posés au droit international humanitaire – terrorisme », CICR, 29.10.2010. [En Ligne]
- « Droit international humanitaire et terrorisme : questions et réponses », CICR, FAQ, 01.01.2011. [En Ligne]
- « La pertinence du droit international humanitaire dans le contexte du terrorisme », CICR, FAQ, 01.01.2011. [En Ligne]
- « Le droit international humanitaire est-t-il encore applicable dans le monde de l'après-11 septembre ? », CICR, Article, 02.10.2006. [En Ligne]
- « Les drones armés doivent être utilisés dans le respect des lois », CICR, Interview, 10.05.2013. [En Ligne]
- « Participation directe aux hostilités : questions et réponses », CICR, FAQ, 10.06.2009. [En Ligne]
- « Syria: ICRC and Syrian Arab Red Crescent maintain aid effort amid increased fighting », CICR, Operational Update, 17.07.2012. [En Ligne]
- « Violence et usage de la force », CICR, Publication Réf. 0943, 10.12.2015, 59 p.

## Documents internationaux

### *Textes conventionnels internationaux*

- Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 22.08.1864.
- Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne, Genève, 06.07.1906.
- Convention (IX) concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre, La Haye, 18.10.1907.
- 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, La Haye, 18.10.1907.
- Convention (V) concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, La Haye, 18.10.1907.
- Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 27.07.1929.
- Charte des Nations Unies, San Francisco, 26.06.1945.
- Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, Nations unies, 10.12.1948.
- Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Genève, 12.07.1949.
- Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, Genève, 12.07.1949.
- Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Genève, 12.08.1949.
- Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Genève, 12.08.1949.
- Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, La Haye, 14.05.1954.
- Convention de Vienne sur le droit des traités, 23.05.1969.
- Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 08.06.1977.
- Protocole Additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, 08.06.1977.
- Convention internationale contre la prise d'otage, Nations Unies, 17.12.1979.
- Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires, Genève, 10.10.1980.
- Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, Rome, 10.03.1988.

## Bibliographie

- Convention relative aux droits de l'enfant, New York, 20.11.1989.
- Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, 04.12.1989.
- Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996, annexé à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, Genève, 03.05.1996.
- Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, Ottawa, 18.09.1997.
- Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, New York, 15.12.1997.
- Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 26.03.1999.
- Convention sur les pires formes de travail des enfants, 17.06.1999.
- Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, 09.12.1999.
- Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, New York, 25.05.2000.
- Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, Nations Unies, 13.04.2005.

### Déclarations et Autres documents

- Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, Saint Petersburg, 11.12.1868.
- Instructions de 1863 pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique (Lieber Code), 24.04.1863.
- Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer, 12.06.1994.
- Manuel des lois de la guerre sur terre, Institut de Droit International, Oxford, 09.09.1880.
- Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre, Conférence de Bruxelles, 27.08.1874.

## ***Organisations des Nations Unies***

### Rapports et autres documents de travail

- Rapport A/HRC/24/46, « *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne* », Conseil des droits de l'Homme, Assemblée Générale, Nations Unies, 16.08.2013.
- Rapport de la Commission du droit international, Soixante-troisième session du 26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011, Assemblée générale, Nations unies, Soixante-sixième session, Documents officiels A/66/10, Supplément N°10.
- Rapport de la Commission du droit international, Soixante et onzième session du 29 avril-7 juin et 8 juillet-9 août 2019, Assemblée générale, Nations unies, Soixante-quatorzième session, Documents officiels A/74/10, Supplément N°10.
- Rapport de la Commission du droit international, Soixante-dixième session du 30 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2018, Assemblée générale, Nations unies, Soixante-treizième session, Documents officiels A/73/10, Supplément N°10.
- Rapport de la Commission du droit international, « Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », Cinquante-huitième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. 2, Part. II, Document A/CN.4/SER.A/2006/Add.1(Part 2), Nations Unies, 2006.
- Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, Additif, Première partie, Nations Unies, Document A/CONF.183/2/Add.1, 14.04.1998.
- Rapport du Comité spécial pour l'élaboration d'une Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, Assemblée générale des nations unies, Documents officiels : 36<sup>ème</sup> session, Supplément N°43, A/36/43, 17.03.1981, 26 p.
- Rapport du Comité spécial pour l'élaboration d'une Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, Assemblée générale des nations unies, Documents officiels : 40<sup>ème</sup> session, Supplément N°43, A/40/43, 30.05.1985, 41 p.
- Rapport S/2018/1031, « *Premier rapport de l'Équipe d'enquêteurs des Nations Unies chargée de concourir à amener Daech/État islamique d'Iraq et du Levant à répondre de ses crimes* », Conseil de Sécurité des Nations unies, 16.11.2018, 21 p.
- Rapport S/2019/612, « *Neuvième rapport du Secrétaire général sur la menace que représente l'EIIL (Daech) pour la paix et la sécurité internationales et sur l'action menée par l'Organisation des Nations Unies pour aider les États Membres à contrer cette menace* », Conseil de Sécurité, Nations unies, 31.07.2019, 19 p.
- Rapport sur le « *Rétablissement de l'État de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit* », Secrétaire général des Nations unies, Doc. S/2004/616, 23.08.2004.



- Report A/HRC/28/18, « *The human rights situation in Iraq in the light of abuses committed by the so-called Islamic State in Iraq and the Levant and associated groups* », High Commissioner for Human Rights, United Nations, 13.03.2015.
- Report A/HRC/3/2, « *Report of the Commission of Inquiry on Lebanon pursuant to Human Rights Council resolution S-2/1* », Human Rights Council, General Assembly, 23.11.2006.
- Report, « *A Call for Accountability and Protection: Yezidi Survivors of Atrocities Committed by ISIL* », United Nations Assistance Mission for Iraq, High Commissioner for Human Rights, Human Rights Office, 12.08.2016, 21 p.
- Report, « *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law* », Study Group of the International Law Commission, United Nations, General Assembly, International Law Commission, 58<sup>th</sup> Session, Document A/CN.4/L.682, 13.04.2006, 255 p.
  
- Annexe : « *Un monde plus sûr : notre affaire à tous – Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement* », dans Note du Secrétaire général, Assemblée générale, Nations unies, Doc. A/59/565, 02.12.2004.
- Déclaration du Président du Conseil de Sécurité, S/PRST/1998/22, 14.07.1998.
- Déclaration du Président du Conseil de Sécurité, S/PRST/1998/24, 06.08.1998.
- Déclaration du Président du Conseil de Sécurité, S/PRST/1998/27, 15.09.1998.
- Déclaration du Président du Conseil de Sécurité, S/PRST/1998/9, 06.04.1998.
- Déclaration du Président du Conseil de Sécurité, S/PRST/1999/29, 22.10.1999.
- Letter dated 25 June 2014 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed to the Secretary-General, United Nations, Security Council, Document S/2014/440, 25.06.2014.
- Letter dated 3 September 2014 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General, S/2014/648, 03.09.2014.
- Letter dated 4 November 2014 from the Permanent Representative of Australia to the United Nations addressed to the Secretary-General, United Nations, Doc. S/2014/787, Annex: « *Threats to international peace and security caused by terrorist acts: international cooperation on combating terrorism and violent extremism* », Concept note for the open debate of the Security Council, 04.11.2014.
- Lettre datée du 18 février 2015, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Présidente du Comité du Conseil de sécurité crée par la résolution 1373 (2001) concernant la lutte antiterroriste, Nations unies, Doc. S/2015/123, Annexe : « *Traduire les terroristes en justice : "problèmes posés par les poursuites contre des combattants terroristes étrangers"* », 18.02.2015.

- Lettre datée du 19 mai 2015, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Président du Comité du Conseil de sécurité faisant suite aux résolutions 1267 (1999) et 1989 (2011) concernant Al-Qaida et les personnes et entités qui lui sont associées, Nations unies, Doc. S/2015/358, Annexe : « Menace mondiale liée aux combattants terroristes étrangers : analyse et recommandations » 19.05.2015.
- Lettre datée du 29 mai 2015, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Président du Comité du Conseil de sécurité faisant suite aux résolutions 1267 (1999) et 1989 (2011) concernant Al-Qaida et les personnes et entités qui lui sont associées, Conseil de sécurité, Nations Unies, Document S/2015/358.
- Lettre datée du 28 Décembre 2018, adressée au Président du Conseil de Sécurité par la Présidente du Comité du Conseil de Sécurité créé par la résolution 1373 (2001) concernant la lutte antiterroriste, Nations unies, Doc. S/2018/1177, Annexe : « Additif aux principes directeurs relatifs aux combattants terroristes étrangers (2018) », 28.12.2018.
- Respect du Droit international humanitaire par les forces des Nations Unies, Circulaire du Secrétaire général de l'ONU, Document ST/SGB/1999/13, 06.08.1999.
- « *Australie, France, Jordanie, Lituanie, Luxembourg, Nigeria, Rwanda, Royaume-Unis et États-Unis* », Draft Résolution, Conseil de Sécurité, Nations Unies, Doc. S/2014/38, 27.01.2014.
- « *Combatants on Foreign Soil* », Issue Paper, Second International Conference on DDR and Stability in Africa, United Nations Office of the Special Adviser on Africa and Government of the Democratic Republic of Congo, Kinshasa, 12-14.06.2007.
- « *Conseil de Sécurité : le Secrétaire général adjoint aux affaires politiques décrit la menace de Daech qui s'étend géographiquement et au-delà des zones de conflit* », Nations Unies, Couverture des réunions et Communiqués de presse, Doc. CS/12862, 08.06.2017.
- « *Foreign Terrorist Fighters – Manual for Judicial Training Institutes South-Eastern Europe* », Office on Drugs and Crime, United Nations, Vienna, 2017.
- « *Le Groupe de travail sur les mercenaires recommande devant la Troisième Commission une clarification de la définition du terrorisme et des combattants étrangers* », Assemblée Générale des Nations unies, Troisième Commission, Doc. AG/SHC/4148, 02.11.2015.
- « *Mise en œuvre de la résolution 2178 (2014) du Conseil de sécurité par les États affectés par le phénomène des combattants terroristes étrangers* », Conseil de Sécurité, Nations unies, Direction exécutive du Comité contre le terrorisme, Compilation de trois rapports (S/2015/338 ; S/2015/683 ; S/2015/975).
- « *Outcome of the expert consultation on the issue of protecting the human rights of civilians in armed conflict – Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights* », Human Rights Council, United Nations, General Assembly, 11<sup>th</sup> Session, Document A/HRC/11/31, 04.06.2009.
- « *Principes directeurs de Madrid* », Comité contre le terrorisme, Conseil de sécurité, Nations unies, Document S/2015/939, 23.12.2015.

- « *Report of the United Nations joint Human rights office on international humanitarian law violations committed by Allied Democratic Forces (ADF) combatants in the territory of Beni, North Kivu province, between 1<sup>st</sup> October and 31 December 2014* », United Nations Organisation Stabilization Mission in the Democratic Republic of Congo and United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, May 2015.
- « République démocratique du Congo, 1993-2003 », Rapport du Projet Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de la République démocratique du Congo, Haut-commissariat aux Droits de l'Homme, Nations Unies, Août 2010.
- « *Threats to international peace and security caused by terrorist acts* », 7242<sup>nd</sup> meeting, Security Council, United Nations, New York, Document S/PV.7242, 15.08.2014.
- « *Threats to international peace and security caused by terrorist acts* », 7272<sup>nd</sup> meeting, Security Council, United Nations, New York, Document S/PV.7272, 24.09.2014.
- « Universal Legal Framework Against Terrorism », United Nations Office on Drugs and Crime, Counter-Terrorism Legal Training Curriculum – Module 2, United Nations, Vienna, 2017.

### Résolutions

- Résolution A/RES/48/143, Assemblée générale, Nations unies, 05.01.1994.
- Résolution A/RES/49/205, Assemblée générale, Nations unies, 23.12.1994.
- Résolution S/RES/1267, Conseil de Sécurité des Nations Unies, 15.10.1999.
- Résolution S/RES/1296, Conseil de Sécurité des Nations unies, 19.04.2000.
- Résolution S/RES/1373, Conseil de Sécurité des Nations Unies, 28.11.2001.
- Résolution S/RES/1566, Conseil de Sécurité des Nations unies, 08.10.2004.
- Résolution S/RES/1624, Conseil de Sécurité des Nations unies, 14.09.2005.
- Résolution S/RES/1649, Conseil de Sécurité des Nations unies, 21.12.2005.
- Résolution S/RES/2170, Conseil de Sécurité des Nations Unies, 15.08.2014.
- Résolution S/RES/2178, Conseil de Sécurité des Nations Unies, 24.09.2014.
- Résolution S/RES/2179, Conseil de Sécurité des Nations unies, 14.10.2019.
- Résolution S/RES/2368, Conseil de Sécurité des Nations unies, 20.07.2017.
- Résolution S/RES/2379, Conseil de Sécurité des Nations unies, 21.09.2017.
- Résolution S/RES/2396, Conseil de Sécurité des Nations unies, 21.12.2017.
- Résolution S/RES/2462, Conseil de Sécurité des Nations Unies, 28.03.2019.

### Autres

- « Combattants terroristes étrangers : l'ONU réclame un renforcement de la coopération entre les États », *News.un.org*, Nations unies, 28.11.2017.
- « Faute de procès équitables, il faut rapatrier les combattants terroristes étrangers (experte) », *News.un.org*, Nations unies, 28.10.2019.
- « Le Conseil de Sécurité tenu au fait du pouvoir de nuisance d'un Daech, certes affaibli, et des défis posés par les combattants terroristes étrangers », Nations Unies, Conseil de Sécurité, 8605<sup>ème</sup> Séance, Couverture des réunions, Document CS/13931, 27.08.2019.
- « Les Principes de Paris - Principes directeurs relatifs aux enfants associés aux forces armées ou aux groupes armes », UNICEF, Février 2007.
- « R. D. du Congo : 3 600 combattants étrangers et leurs familles ont déjà été rapatriés et le mouvement devrait s'accélérer, estime la Mission de l'ONU », *News.un.org*, Nations unies, 11.12.2003.
- « Syrie : l'Envoyé de l'ONU appelle une nouvelle fois à trouver une solution au conflit », *News.un.org*, Nations Unies, 15.01.2015.
- « Tunisie : des experts de l'ONU s'inquiètent du flux de combattants étrangers quittant le pays », *News.un.org*, Nations Unies, 10.07.2015.
- « Un rapport de l'ONU appelle à plus de souplesse dans la lutte contre les combattants étrangers », *News.un.org*, Nations Unies, 06.10.2015.

## Documents régionaux

### *Textes conventionnels et documents contraignants*

- Convention européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 04.11.1950.
- Convention Américaine relative aux Droits de l'homme, Costa Rica, 22.11.1969.
- Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique, Libreville, 03.07.1977.
- Convention sur la suppression du terrorisme, Association Sud-asiatique de Coopération Régionale, Katmandou, 04.11.1987.
- Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, 11.07.1990.
- Convention arabe sur la suppression du terrorisme, Ligue des Etats Arabes, Le Caire, 22.04.1998.
- Convention sur la coopération à la lutte contre le terrorisme, Communauté des Etats Indépendants, Minsk, 04.06.1999.
- Convention sur la lutte contre le terrorisme international, Organisation de la Conférence Islamique, Ouagadougou, 01.07.1999.
- Convention de l'OUA sur la Prévention et la Lutte contre le Terrorisme, Alger, 14.07.1999
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 18.12.2000.
- Convention européenne pour la prévention du terrorisme, Conseil de l'Europe, Varsovie, 16.05.2005.
- Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, Conseil de l'Europe, STCE N°217, Riga, 20.10.2015.
  
- Décision du Conseil 2009/62/CE, Union Européenne, Journal officiel, 29.01.2009.
- Décision (PESC) 2019/25 du Conseil du 8 janvier 2019 portant modification et mise à jour de la liste des personnes, groupes et entités auxquels s'appliquent les articles 2, 3 et 4 de la position commune 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, et abrogeant la décision (PESC) 2018/1084, Journal Officiel de l'Union européenne, 09.01.2019.
- Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la Décision 2005/671/JAI du Conseil, Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 15.03.2017.

### ***Rapports et autres documents de travail***

- Conclusion de la réunion extraordinaire du Conseil européen, Document EUCO 136/14, 30.08.2014.
- Rapport du Conseil de paix et de sécurité sur ses activités et l'état de la paix et de la sécurité en Afrique, Union Africaine, Assemblée Générale, Doc. Assembly/AU/7(XXV), 14-15 juin 2015.
- Rapport de Son Excellence Abdelaziz Bouteflika, Président de la République algérienne démocratique et populaire, et leader sur l'épineuse question de la lutte contre le terrorisme et l'extrémisme violent en Afrique, Union Africaine, Assemblée Générale, Doc. Assembly/AU/17(XXXII), 10-11 février 2019.
- Rapport relatif à la mise en œuvre de la stratégie révisée de lutte contre le financement du terrorisme, Conseil de l'Union européenne, 12243/14, Bruxelles, 30.07.2014, 26 p.
- « ACSRT Newsletter », African Union, African Centre for the Study and Research on Terrorism, Issue 8, July-December 2014.
- « *Action menée face au phénomène des combattants terroristes étrangers et aux attentats perpétrés récemment en Europe* », Conseil européen, Accueil, Politiques, Lutte contre le terrorisme, mis à jour le 18.07.2016.
- « African Journal for the Prevention and Combating of Terrorism », African Union, African Centre for the Study and Research on Terrorism, Vol. 4, N°1, June 2013.
- « Application of International Humanitarian Law and Criminal Law to Terrorism Cases in Connection with Armed Conflicts », Discussion Paper, Secretariat of the Terrorism Division, Information Society and Action against Crime Directorate, DG I, Committee of experts on terrorism (CODEXTER), Council of Europe, Strasbourg, 13.03.2017.
- « Combattants étrangers en Syrie et en Irak », Rapport de la Commission des questions politiques et de la démocratie, Assemblée Parlementaire, Conseil de l'Europe, Doc. 13559, 03.10.2014, 22 p.
- « Combattants étrangers en Syrie et en Irak », Rapport de la Commission des questions politiques et de la démocratie, Assemblée Parlementaire, Conseil de l'Europe, Doc. 13937, 08.01.2016.
- « Combattants étrangers et combattants de retour au pays : document de réflexion », Coordinateur de l'UE pour la lutte contre le terrorisme, Conseil de l'Union européenne, Doc. 15715/2/14, Bruxelles, 02.12.2014.
- « *Declaration of good practices for engagement with foreign fighters for prevention, outreach, rehabilitation and reintegration* », Radicalisation Awareness Network, European Union, 6 p.
- « Déclaration sur le rôle de l'OSCE dans la lutte contre le phénomène des combattants terroristes étrangers dans le contexte de la mise en œuvre des Résolutions 2179 (2014) et 2178 (2014) du Conseil de Sécurité des Nations Unies », Conseil ministériel, Réf. MC.DOC/5/14, in « *Vingt et unième Réunion du Conseil ministériel – 4 et 5 décembre 2014* », OSCE, 05.12.2014, Bâle 2014.

- « Foreign Fighters: Eurojust's Views on the phenomenon and the criminal justice response », Updated Report, January 2015, 10 p.
- « *Grandes lignes de la stratégie de lutte contre le terrorisme en ce qui concerne la Syrie et l'Iraq, notamment dans le cadre de la problématique des combattants étrangers* », Conseil de l'Union Européenne, Bruxelles, 16.01.2015, 6 p.
- « Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "Foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework », OSCE, Office for Democratic Institutions and Human Rights, Warsaw, 20.09.2018.
- « *La réaction de l'UE face à la problématique des combattants étrangers* », Conseil de l'Union Européenne, Fiche d'information, Bruxelles, 09.10.2014, 3 p.
- « The Chairmanship Interlaken Recommendations », Counter-Terrorism Conference Interlaken, OSCE, Réf. CIO.GAL/66/14, Switzerland, 29.04.2014, 4 p.

### ***Déclarations et autres documents***

- Conclusion de la réunion extraordinaire du Conseil européen, Document EUCO 136/14, 30.08.2014.
- Conclusions du Conseil de l'Union européenne et des États membres, réunis au sein du Conseil, sur le renforcement de la réponse pénale à la radicalisation conduisant au terrorisme et à l'extrémisme violent, Conseil de l'Union européenne, 20.11.2015.
- Conclusions du Conseil relatives à la stratégie régionale de l'UE pour la Syrie et l'Iraq, ainsi que pour la menace que constitue l'EIL/Daech, Conseil de l'Union Européenne, Bruxelles, 16.03.2015, 47 p.
- Déclaration conjointe sur la lutte contre le terrorisme entre le ministre Didier Reynders, Président sortant du Comité des Ministres, le ministre Igor Crnadak, Président entrant du Comité des Ministres et M. Thorbjørn Jagland, Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, Conseil de l'Europe, Doc. Decl-19.05.2015F, 19.05.2015.
- Déclaration des membres du Conseil européen, Réunion informelle des Chefs d'État ou de Gouvernement, Déclaration et observation, Doc. 56/25, Justice et Affaires intérieures, Bruxelles, 12.02.2015.
- Riga Joint Statement, Informal meeting of Justice and Home Affairs Ministers, Council of the European Union, Riga, Doc. 5855/15, 29 and 30 January 2015.
- « 2014 Chairmanship OSCE-wide Counter-Terrorism Conference – The Role of the OSCE in Addressing Current Terrorist Challenges », Opening remarks by Ambassador Janez Lenarčič, Interlaken, Switzerland, 28-29.04.2014.
- « *Allocution d'ouverture par M. Philippe Boillat : Première réunion du Comité sur les combattants terroristes étrangers et les questions connexes* », Conseil de l'Europe, Strasbourg, 23-26.02.2015.
- « *Combattants étrangers en Syrie : la prévention est aussi importante que la répression* », Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Questions politiques et démocratie, 16.03.2015.

## Bibliographie

- « *Combattants terroristes étrangers : le Conseil de l'Europe déploie son nouvel arsenal juridique* », Conseil de l'Europe, Strasbourg, 12.10.2015.
- « *Dix-huit signataires ouvrent la voie à la mise en œuvre du nouveau Protocole additionnel à la Convention pour la prévention du terrorisme* », Conseil de l'Europe, Riga, 22.10.2015.
- « *Les ministres européens ont adopté de nouvelles normes juridiques face au problème des combattants terroristes étrangers* », Conseil de l'Europe, Bruxelles, News, 19.05.2015.
- « *Suivi de la déclaration des membres du Conseil européen du 12 février 2015 sur la lutte contre le terrorisme : rapport sur la mise en œuvre des mesures* », Conseil de l'Union Européenne, 9422/1/15, REV 1, Bruxelles, 10.06.2015, 26 p.
- « *Terrorisme et droits de l'homme* », Conseil de l'Europe, Site internet, Dossiers thématiques, rubrique Terrorisme et droits de l'homme, consulté le 08.02.2017.
- « *The Council of Europe adopts a new counter-terrorism strategy for 2018-2022* », Conseil de l'Europe, Communiqué de presse, Réf. DC 103(2018), 04.07.2018.



## Documents nationaux

### **Belgique**

#### Documents législatifs et travaux préparatoires

- Code pénal.
- Commission de l'intérieur et des affaires administratives, « *Analyse de la lutte contre le terrorisme : aspects légaux et pratiques policières* », Sénat de Belgique, Session de 2000-2001, Document 2-774/1, 03.07.2001.
- Compte Rendu Intégral avec Compte rendu analytique traduit des interventions, Séance Plénière, Chambre des Représentants de Belgique, CRIV 51 PLEN 020, 13.11.2003.
- Loi relative aux infractions terroristes, Royaume de Belgique, 19.12.2003.
- Loi visant à renforcer la lutte contre le terrorisme, Royaume de Belgique, 20.07.2015.
- *Projet de loi relatif aux infractions terroristes*, Chambre des Représentants, Royaume de Belgique, 1<sup>e</sup> Session de la 51<sup>e</sup> législature, Doc 51 0258/001, 06.10.2003.
- *Projet de loi relatif aux infractions terroristes*, Chambre des Représentants, Royaume de Belgique, Doc 51 0258/004, 07.11.2003.
- *Projet de loi visant à renforcer la lutte contre le terrorisme*, Chambre des Représentants de Belgique, 2<sup>e</sup> Session de la 54<sup>e</sup> Législature, DOC54 1198/001, 22.06.2015.
- *Proposition de Loi modifiant la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police en vue de permettre une transmission efficace des données relatives aux combattants terroristes étrangers*, Chambre des Représentants de Belgique, 3<sup>e</sup> Session de la 54<sup>e</sup> Législature, DOC54 1711/001.
- Sénat de Belgique, Commission de l'Intérieur et des Affaires administratives, Session Ordinaire 2012-2013, Document 5-216COM, Annales, 16.04.2013.

#### Rapports et autres

- Rapport d'activités 2015, Comité permanent de contrôle des services de renseignements et de sécurité, Royaume de Belgique, 16.09.2016.
- « *12 mesures : nouvelle circulaire relative à l'approche des combattants terroristes étrangers* », Communiqué de Presse, Jan Jambon, Vice-Premier Ministre et ministre de la sécurité et de l'intérieur, 27.08.2015.
- « *Analyse de la lutte contre le terrorisme : aspects légaux et pratiques policières* », Commission de l'intérieur et des affaires administratives, Sénat de Belgique, Session de 2000-2001, Document 2-774/1, 03.07.2001.

- « Foreign Fighters – Police », Commissions réunies de la Justice et de l'Intérieur, des Affaires Générales et de la Fonction Publique, 02.12.2015.
- « *Lutte contre le terrorisme* », Mesures décidées par le Gouvernement Fédéral, Séance Plénière Chambre, 19.11.2015.
- « *Radicalisation et Infractions terroristes : informations juridiques et pratiques* », Fédération Wallonie-Bruxelles et Avocat.be, Maison de Justice.

### Jurisprudences

- Tribunal correctionnel d'Anvers, Affaire *Sharia4Belgium*, Jugement, 11.02.2015.
- Tribunal correctionnel d'Anvers, *Filière syrienne*, Jugement, 18.05.2015.
- Tribunal de première instance de Liège, *Filière syrienne*, Jugement, 19.06.2015.
- Tribunal de première instance de Bruxelles, *Filière syrienne*, Jugement, Greffe N°03446, 29.07.2015.
- Tribunal de première instance de Bruxelles, Jugement, 06.11.2015.
- Cour d'appel d'Anvers, *Affaire Sharia4Belgium*, Arrêt, 27.01.2016.
- Tribunal de première instance de Bruxelles, *Affaire Filière syrienne*, Jugement, 29.01.2016.
- Tribunal de première instance de Bruxelles, *Affaire PKK*, Jugement, 03.11.2016.
- Cour d'appel de Bruxelles, *Affaire PKK*, Arrêt, Chambre des mises en accusation, N°2017/2911, 14.09.2017.
- Conseil d'État, Avis 34.362/4, Section de Législation, Royaume de Belgique.

## **France**

### Documents contraignants et travaux préparatoires

- Code pénal, République Française.
- Loi n°2014-1353 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 13.11.2014, dans *Journal Officiel de la République Française*, JORF n°0263, Texte n°5.
- Loi n°86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, *Journal Officiel de la République Française*, 10.09.1986.
- Note sur « La lutte contre les réseaux terroristes « djihadistes » », Sénat de la République Française, Étude de législation comparée n° 254, Février 2015, 50 p.
- Ordonnance n°2007-465 relative au personnel militaire, modifiant et complétant la partie législative du code de la défense et le code civil, 29.03.2007.

- *Projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme – Étude d'impact*, ministre de l'intérieur, Assemblée Nationale, République Française, 14<sup>ème</sup> Législature, Document n°2110, 08.07.2014.
- *Projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, Assemblée Nationale, République Française, 14<sup>ème</sup> Législature, Document n°2110, 09.07.2014.
- Proposition de Résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur l'organisation et les moyens de la lutte contre les réseaux djihadistes en France et en Europe, Sénat, République Française, n°578, Session ordinaire 2013-2014, 04.06.2014, 5 p.
- Rapport sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, Sénat, République Française, n°9, session ordinaire 2014-2015, 09.10.2014.

### Rapports et autres

- ARIF (K.), « Rapport d'information sur les moyens de Daech », N°3964, Assemblée Nationale, République Française, 13.07.2016, 203 p.
- HYEST (J.-J.) et RICHARD (A.), « Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale après engagement de la procédure accélérée, renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », Fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale de la République, Sénat, République Française, Session Ordinaire 2014-2015, N°9, 09.10.2014.
- PIETRASANTA (S.), « Rapport sur le Projet de Loi n°2110 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », Fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée Nationale, République Française, 14<sup>ème</sup> Législature, Document N°2173, 22.07.2014.
- REICHARDT (A.) et BIGOT (J.), « Rapport fait au nom de la commission des affaires européennes sur la proposition de résolution européenne de Mme Nathalie GOULET, présentée en application de l'article 73 *quinquies* du Règlement, tendant à la création d'un Tribunal pénal international chargé de juger les djihadistes européens ayant servi avec Daesh », République Française, Sénat, Session ordinaire de 2017-2018, Rapport N°96, 17.11.2017.
- Déclaration de M. François Hollande, Président de la République, devant le Parlement réuni en Congrès à la suite des attaques terroristes perpétrées à Paris et en Seine-Saint-Denis, Versailles le 16 novembre 2015.
- Déclaration de M. François Hollande, Président de la République, sur la lutte contre le terrorisme, Paris, 19.11.2015.
- Déclaration de M. François Hollande, Président de la République, sur les attaques terroristes à Paris, le 14 novembre 2015, Conseil de défense, Paris, 14.11.2015.

## Bibliographie

- Discours du Premier ministre *Menaces terroristes : protéger les Français dans la durée*, Palais de l'Élysée, 23.12.2015.
- Interview de M. Manuel Valls, Premier ministre, à France Inter, sur les principales mesures annoncées par le président François Hollande devant le Parlement à Versailles trois jours après les attentats perpétrés à Paris et en Seine-Saint-Denis, 17.11.2015.
- Interview de M. Manuel Valls, Premier ministre, sur la proclamation de l'état d'urgence à la suite des attentats perpétrés à Paris et en Seine-Saint-Denis le 13 novembre et l'appel à l'unité nationale pour faire « vivre les valeurs de la République », 16.11.2015.
- « Attentat contre Charlie Hebdo », *Gouvernement.fr*, Actualité du Premier Ministre, République Française, 07.01.2017.
- « Attentats de Paris : la France en guerre », *Gouvernement.fr*, République Française, 17.11.2015.
- « Comprendre ce qu'est Al-Qaida en 4 points », *Stop-djihadisme.gouv.fr*, Rubrique « Le terrorisme djihadiste », « Al-Qaida ».
- « L'opération Harmattan », Ministère des armées, République Française, Rubrique « Actualités », « Opérations », mis à jour le 27.09.2011.

### Jurisprudences

- Cour de cassation, Chambre criminelle, Numéro de pourvoi n°16-84.596, Rejet, Publié au bulletin, 10.01.2017.
- Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, n°1801344, 20.12.2018.

## *Autres États*

### Royaume-Uni

- Terrorism Act 2000, United Kingdom.

### États-Unis

- Criminal Code, United States of America.
- « Pursuant to Title V of the Persian Gulf Conflict Supplemental Authorization and Personnel Benefits Act of 1991 », Final Report to Congress, United States of America, April 1992 (Public Law 102-25).
- « State Department Terrorist Designations of Abdullah Ahmed al-Meshedani, Basil Hassan, and Abdelilah Himich », *U.S. Department of State*.

## Bibliographie

- « Statement from the President on the Designation of the Islamic Revolutionary Guard Corps as a Foreign Terrorist Organization », *The White House*, USA, Statements & Releases, Foreign Policy, 08.04.2019.
- « Designation of the Islamic Revolutionary Guard Corps », US Department of State, Fact Sheet, Office Of The Spokesperson, 08.04.2019.
- Cour Suprême des États Unis, *Salim Ahmed Hamdan c. Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, Arrêt, Affaire 126 S.Ct.2749, 29.06.2006.

### Russie

- Criminal code of the Russian Federation.
- Décret présidentiel n°3, Fédération de Russie, 02.01.2015.
- Décret présidentiel n°469, Fédération de Russie, 08.10.2017.

## Statuts et Jurisprudences

- Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, tel qu'amendé le 7 juillet 2009 par la résolution 1877 du Conseil de Sécurité, Nations Unies, 25.05.1993.
- Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, tel qu'adopté par la résolution 955 (1994) du Conseil de Sécurité, Nations unies, 08.11.1994.
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Rome, 17.07.1998.
- Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Nations Unies, 16.01.2002.

### ***Cour internationale de Justice***

- CIJ, *Certaines dépenses des Nations Unies*, Avis consultatif, 20.07.1962.
- CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou*, Arrêt, 09.04.1949, dans le Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de 1949.
- CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, Avis consultatif, 21.06.1971.
- CIJ, *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Fond, Arrêt, 27.06.1986.
- CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, 08.07.1996.
- CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, Arrêt, 24.05.1980.

### ***Cour de Justice de l'Union européenne***

- CJUE, *A, B, C et D c. Minister van Buitenlandse Zaken*, Arrêt de la Cour, Grande Chambre, Affaire n°C-158/14, 14.03.2017.

### ***Cour pénale internationale***

- CPI, *Le Procureur c. T. Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, Chambre préliminaire I, Affaire ICC-01/04-01/06, « *Affaire Lubanga* », 29.01.2007.
- CPI, *Le Procureur c. O. H. A. Al Bashir*, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Chambre préliminaire I, Affaire n°ICC-02/05-01/09, 04.03.2009.
- CPI, *Le Procureur c. J.-P. Bemba Gombo*, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, Chambre préliminaire II, Affaire n°ICC-01/05-01/08, 15.06.2009.

- CPI, *Le Procureur c. C. Mbarushimana*, Décision relative à la confirmation des charges – Version publique expurgée, Chambre préliminaire I, Affaire n°ICC-01/04-01/10, 16.12.2011.
- CPI, *Le Procureur c. T. Lubanga Dyilo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, Chambre de Première Instance I, Affaire ICC-01/04-01/06, 14.03.2012.
- CPI, *Le Procureur c. Al Hassan*, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Chambre préliminaire I, Affaire n°ICC-01/12-01/18, 13.11.2019.

### ***Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie***

- TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Arrêt Relatif à l'Appel de la Défense concernant l'Exception Préjudicielle d'Incompétence, Affaire n°IT-94-1-AR, 02.10.1995.
- TPIY, *Le Procureur c. R. Karadžić et R. Mladić*, Acte d'accusation initial, Affaire n°IT-95-5, 16.11.1995.
- TPIY, *Le Procureur c. D. Đukić*, Acte d'accusation, Affaire n°IT-96-20-I, 29.02.1996.
- TPIY, *Le Procureur c. D. Tadić*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°IT-94-1-T, 07.05.1997.
- TPIY, *Le Procureur c. T. Blaskić*, Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, Chambre d'appel, Affaire n°IT-95-14-AR 108bis, 29.10.1997.
- TPIY, *Le Procureur c. Z. Aleksovski*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°IT-95-14/1-T, 25.06.1999.
- TPIY, *Le Procureur c. G. Jelisić*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°IT-95-10-T, 14.12.1999.
- TPIY, *Le Procureur c. Z. Kupreškić et autres*, Jugement, Chambre de première instance, Affaire n°IT-95-16-T, 14.01.2000.
- TPIY, *Le Procureur c. T. Blaskić*, Jugement, Chambre de première instance I, Affaire n°IT-95-14-T, 03.03.2000.
- TPIY, *Le Procureur c. Delalić (Z.) et autres*, Arrêt, Chambre d'appel, Affaire n°IT-96-21-A, 20.02.2001.
- TPIY, *Le Procureur c. D. Kunarac, R. Kovas et Z. Vuković*, Jugement, Chambre de première instance, Affaire n°IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, 22.02.2001.
- TPIY, *Le Procureur c. D. Kordić et M. Čerkez*, Jugement, Chambre de première instance, Affaire n°IT-95-14/2-T, 26.02.2001.
- TPIY, *Le Procureur c. M. Krnojelac*, Jugement, Chambre de Première Instance II, Affaire n° IT-97-25-T, 15.03.2002.
- TPIY, *Le Procureur c. D. Kunarac, R. Kovas et Z. Vuković*, Arrêt, Chambre d'Appel, Affaire n°IT-96-23 et IT-96-23/1-A, 12.06.2002.

## Bibliographie

- TPIY, *Le Procureur c. M. Vasiljević*, Jugement, Chambre de Première Instance II, Affaire IT-98-32-T, 29.11.2002.
- TPIY, *Le Procureur c. M. Naletilić et V. Martinović*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°IT-98-34-T, 31.03.2003.
- TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Jugement et Opinion, Chambre de première instance I, Affaire n°IT-98-29-T, 05.12.2003.
- TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Opinion individuelle et partiellement dissidente du Juge Nieto-Navia, Chambre de première instance I, Affaire n°IT-98-29-T, 05.12.2003.
- TPIY, *Le Procureur c. M. Vasiljević*, Arrêt, Chambre d'Appel, Affaire IT-98-32-A, 25.02.2004.
- TPIY, *Le Procureur c. R. Brdanin*, Jugement, Chambre de première instance II, Affaire n°IT-99-36-T, 01.09.2004.
- TPIY, *Le Procureur c. F. Limaj, H. Bala et I. Musliu*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°IT-03-66-T, 30.11.2005.
- TPIY, *Le Procureur c. E. Hadzihasanović et A. Kubura*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°IT-01-47-T, 15.03.2006.
- TPIY, *Le Procureur c. S. Galić*, Arrêt, Chambre d'Appel, Affaire n°IT-98-29-A, 30.11.2006.
- TPIY, *Le Procureur c. R. Brdanin*, Arrêt, Chambre d'Appel, Affaire n° IT-99-36-A, 03.04.2007.
- TPIY, *Le Procureur c. M. Martić*, Jugement, Chambre de première instance I, Affaire n°IT-95-11-T, 12.06.2007.
- TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Jugement, Chambre de première instance III, Affaire n°IT-98-29/1-T, 12.12.2007.
- TPIY, *Le Procureur c. R. Haradinaj, I. Balaj et L. Brahimaj*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°IT-04-84-T, 03.04.2008.
- TPIY, *Le Procureur c. L. Boskoski et J. Tarčulovski*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°IT-04-82-T, « *Affaire Boskoski-Tarčulovski* », 10.07.2008.
- TPIY, *Le Procureur c. R. Delić*, Jugement, Chambre de première instance I, Affaire n°IT-04-83-T, 15.09.2008.
- TPIY, *Le Procureur c. R. Karadžić*, Troisième acte d'accusation modifié, Affaire n°IT-95-5/18-PT, 21.10.2009.
- TPIY, *Le Procureur c. D. Milosević*, Arrêt, Chambre d'appel, Affaire n°IT-98-29/1-A, 12.11.2009.
- ICTY, *Prosecutor v. R. Karadžić*, Public redacted version of judgement issued on 24 march 2016 – Vol. I to IV, Trial Chamber, Affaire n° IT-95-5/18-T, 24.03.2016.
- ICTY, *Prosecutor v. R. Mladić*, Jugement – Vol. II, Trial Chamber I, Case n°IT-09-92-T, 22.11.2017.



### ***Tribunal pénal international pour le Rwanda***

- TPIR, *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, Jugement portant condamnation, Chambre de Première Instance, Affaire n°ICTR-96-4-T, 02.09.1998.
- TPIR, *Le Procureur c. C. Kayishema et O. Ruzindana*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°ICTR-95-1-T, 21.05.1999.
- TPIR, *Le Procureur c. G. A. N. Rutaganda*, Jugement et Sentence, Chambre de Première Instance, Affaire n°ICTR-96-3-T, 06.12.1999.
- TPIR, *Le Procureur c. A. Musema*, Jugement et Sentence, Chambre de Première Instance, Affaire n°ICTR-96-13-T, 27.01.2000.
- TPIR, *Le procureur c. J.-P. Akayesu*, Arrêt, Chambre d'Appel, Affaire n°ICTR-96-4-A, 01.06.2001.
- TPIR, *Le Procureur c. I. Bagilishema*, Jugement, Chambre de Première Instance, Affaire n°ICTR-95-1A-T, 07.06.2001.
- TPIR, *Le Procureur c. E. Ntakirutimana et Gé. Ntakirutimana*, Jugement portant condamnation, Chambre de Première Instance I, Affaires n°ICTR-96-10-T et ICTR-96-17-T, 21.02.2003.
- TPIR, *Le Procureur c. L. Semanza*, Jugement et Sentence, Chambre de Première Instance, Affaire n°ICTR-97-20-T, 15.05.2003.
- TPIR, *Le Procureur c. G. A. N. Rutaganda*, Arrêt, Chambre d'Appel, Affaire n° ICTR-96-3-A, 26.05.2003.
- TPIR, *Le Procureur c. T. Bagosora et autres*, Jugement portant condamnation, Chambre de première instance I, Affaire n°ICTR-98-41-T, 18.12.2008.

### ***Tribunal spécial pour la Sierra Leone***

- SCSL, *Prosecutor v. A. T. Brima and all*, Judgement, Trial Chamber II, Case no SCSL-04-16-T, 20.06.2007.
- SCSL, *Prosecutor v. C. G. Taylor*, Judgment, Trial Chamber II, Affaire n°SCSL-03-01-T, 18.05.2012.
- SCSL, *Prosecutor v. I. H. Sesay, M. Kallon and A. Gbao*, Judgment, Trial Chamber I, Case No. SCSL-04-15-T, 02.03.2009.
- SCSL, *Prosecutor v. I. H. Sesay, M. Kallon and A. Gbao*, Judgment, Appeal Chamber, Case No. SCSL-04-15-A, 29.10.2009.
- SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Judgment, Trial Chamber I, Case no. SCSL-04-14-T, 02.08.2007.
- SCSL, *Prosecutor v. M. Fofana and A. Kondewa*, Judgment, Appeal Chamber, Case no. SCSL-04-14-A, 28.05.2008.

***Autres***

- Cour Permanente d'Arbitrage, *États-Unis c. Pays-Bas*, Sentence Arbitrale, Affaire de l'Île de Palmas (ou Miangas), 04.04.1928.
- Trial of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law N°10, « *The Medical Case* », Nuremberg Military Tribunal, Vol. II, October 1946 – April 1949.
- Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *Juan Carlos Abella c. Argentine*, Case n°11.137, 18.11.1997.
- The Permanent Court of Arbitration, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Western Front, « Aerial bombardment and Related Claims – Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9–13, 14, 21, 25 & 26 », Between the State of Eritrea and the Federal democratic Republic of Ethiopia, The Hague, 19.12.2005.
- TSL, *Décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualification*, Affaire n°STL-11-01/I, 16.02.2011.

## Presse et reportages

- ABOUEZ (E.), « Qui sont les combattants étrangers de Daech ? », *FranceTVinfo*, Géopolis, 09.09.2015.
- AMBOS (K.), « Les terroristes ne sont pas sans droit(s) », *LeMonde.fr*, 13.05.2011.
- BADIE (B.), « Interview : [EXTRAIT] Daesh est un entrepreneur qui trouve sa clientèle dans la misère », *FranceInter.fr*, 15.11.2015.
- BARLUET (A.), « L'ONU dénonce les "crimes de guerre" de l'État islamique et de Bachar », *LeFigaro.fr*, 27.08.2014.
- BLAVIGNAT (Y.), « L'Europe, cible privilégiée de l'État islamique », *LeFigaro.fr*, 22.03.2016.
- BOLTANSKI (C.), « "J'étais attiré par eux" : Khaled, 13 ans, ancien combattant de l'EI », *Nouvelobs.fr*, 15.02.2015.
- BONAL (C.), « La France est-elle vraiment en "guerre" ? », *Liberation.fr*, 26.09.2014.
- BOWCOTT (O.), « British Teenage Girl Charged with Trying to Join Kurdish Forces fighting Isis », *TheGuardian.com*, 13.02.2015.
- CALLIMACHI (R.), « ISIS Operative Suspected in Paris and Brussels Attacks Is Identified », *TheNewYorkTimes*, 22.11.2016.
- CAPOMACCIO (A.-M.), « Combattants étrangers au sein du groupe EI, un danger réel », *Rfi.fr*, 24.09.2014.
- De SÈZE (C.), « Syrie : qui sont les différents "terroristes" visés par Bachar al-Assad ? », *Rtl.fr*, 11.01.2017.
- DEARDEN (L.), « Isis claims responsibility for Brussels attacks 'in revenge for Belgium's role fighting militants in Syria and Iraq' », *Independent.co.uk*, 22.03.2016.
- DEARDEN (L.), « Istanbul bomb attack: at least 11 people killed in blast 'targeting police bus' during rush hour in Turkey », *Independent.co.uk*, 07.06.2016.
- GUIBERT (N.), « Combattants ou terroristes ? Le statut ambigu des djihadistes de l'Etat islamique », *LeMonde.fr*, 04.11.2015.
- DUPIEREUX (T.), « Attentats à Paris : cette guerre qui ne dit que trop son nom », *Lavenir.net*, 14.11.2015.
- DUPIN (E.), « La rhétorique martiale du président Hollande bouleverse le jeu politique », *Slate.fr*, 16.11.2015.
- DUPLAN (C.), « La drôle de guerre des combattants occidentaux en Irak », *Slate.fr*, 24.07.2015.
- GAMBINO (L.), « Trump designates Iran's Revolutionary Guards as foreign terrorist organization », *TheGuardian.com*, 08.04.2019.
- GOUËSET (C.), « Syrie : 6 questions sur l'attitude de la communauté internationale », *LExpress.fr*, 28.02.2013.

- GUISNEL (J.), « Daech nie sciemment les lois de la guerre », *LePoint.fr*, 04.12.2015.
- GOETZ (E.), « Combien y a-t-il de djihadistes en Syrie ? Plus qu'en Afghanistan du temps de l'invasion russe ? », *Slate.fr*, 06.06.2014.
- HOSENBALL (M.), « Congress secretly approves U.S. weapons flow to 'moderate' Syrian rebels », *Reuters.com*, 27.01.2014.
- LASSERRE (I.), « Syrie : l'opération anti-Assad a commencé », *LeFigaro.fr*, Actualité, International, 22.08.2013.
- LEDUC (S.) et NASR (W.), « Aux côtés des Kurdes à Afrin : la litigieuse question du retour des combattants français (2/2) », *France24.com*, 23.02.2018.
- LOMBARD-LATUNE (M.-A.), « Comment Daech revendique ses attentats », *LeFigaro.fr*, 15.07.2016.
- LORRIAUX (A.), « Peut-on vraiment parler de "guerre" après la série d'attentats en France ? », *Slate.fr*, 18.11.2015.
- MATHIEU (L.), « État islamique, la stratégie de la guerre civile », *Liberation.fr*, 26.07.2016.
- OSBORNE (S.), « Isis leader Abu Bakr al-Baghdadi's escaped ex-wife says he was 'a normal family man' », *Independent.co.uk*, 31.03.2016.
- PILEGGI (T.), « Netanyahu says Trump designated Iran Guards a terror group at his request », *Timesofisrael.com*, 08.04.2019.
- PIQUET (C.), « Un Suisse parti combattre Daech interpellé à son retour de Syrie », *LeFigaro.fr*, 12.03.2015.
- PROUTEAU (T.) et DUHART (M.-B.), « Bachar al-Assad : "Nous sommes sur le chemin de la victoire" », *Rtl.fr*, Interview, 08.01.2017.
- RAIM (L.), « La CIA aiderait l'opposition syrienne depuis la Turquie », *LeFigaro.fr*, Actualité, International, 21.06.2012.
- RIOLS (Y.-M), BARTHE (B.) et BENSIMON (C.), « Comment et pourquoi la France a livré des armes aux rebelles en Syrie », *LeMonde.fr*, 21.08.2014.
- RODIER (A.), « Ce que deviennent les combattants de l'État Islamique qui rentrent en Occident », *Atlandico.fr*, 07.09.2015.
- SALLON (N.), « Les forces françaises ont tué au moins 2 500 djihadistes de l'EI en Irak et Syrie », *LeMonde.fr*, 13.12.2016.
- Van WILGENBURG (W.), « Belgian court: PKK not a terrorist organization », *Kurdistan24*, 09.03.2019.
- WILLISHER (K.), « I went to join Isis in Syria, taking my four-year-old. It was a journey into hell », *TheGuardian.com*, 09.01.2016.
- « A Palmyre, découverte d'un charnier de 42 civils et soldats tués par Daech », *LExpress.fr*, 02.04.2016.
- « Allemagne. Une attaque au couteau et à la hache revendiquée par Daech », *CourrierInternational.com*, 19.07.2016.

## Bibliographie

- « Attentats de Janvier 2015 : Coulibaly, Daesh... les révélations du FBI », *20Minutes.fr*, 07.04.2016.
- « Ces jeunes partis combattre l'EI en Syrie qui embarrassent les autorités françaises », *Ipreunion.com*, AFP, 17.05.2019.
- « Conflit en Syrie : Le gouvernement décide d'élargir à la Syrie le mandat des F-16 », *LaLibre.be*, 13.05.2016.
- « Davutoglu : "Le kamikaze est un étranger membre de DAESH" », *TRT.net*, 12.01.2016.
- « Double attentat meurtrier à Istanbul : la revendication kurde », *lesechos.fr*, 11.12.2016.
- « États-Unis : la tuerie d'Orlando revendiquée par Daech », *LExpress.fr*, 12.06.2016.
- « La Belgique s'engage contre Daech en Syrie. Et pour cause... », *LeVif.be*, 13.05.2016.
- « La coalition internationale est passée à l'action en Libye », *Liberation.fr*, 19.03.2011.
- « Le gouvernement donne son accord pour faire la guerre à l'État islamique en Irak », *LeSoir.be*, 24.09.2014.
- « Le PKK revendique le meurtre de policiers turcs », *LeFigaro.fr*, 22.07.2015.
- « Les islamistes de l'EIL proclament un « califat islamique » entre l'Irak et la Syrie », *LeMonde.fr*, 29.06.2014.
- « Les rebelles de Syrie affirment avoir reçu des "armes modernes" », *LePoint.fr*, AFP, 21.06.2013.
- « Libye : violents bombardements à Tripoli », *Lexpress.fr*, AFP, 10.05.2011.
- « Londres fournira des véhicules blindés aux insurgés syriens », *24Heures.ch*, 06.03.2013.
- « Offensive turque en Syrie : Donald Trump estime que les Kurdes du PKK sont une plus grande "menace terroriste" que l'État islamique », *Francetvinfo.fr*, AFP, 16.10.2019.
- « Pour Villepin, se dire en guerre "c'est faire le jeu de l'ennemi" », *Lexpress.fr*, AFP, 15.11.2019.
- « Près de 500 combattants belges en Syrie et en Irak », *LeSoir.be*, 16.10.2015.
- « Qu'est-ce qu'une guerre ? (4/4) : Que peut le droit contre le terrorisme ? », *Franceculture.fr*, 26.11.2015.
- « Qui participe à la coalition contre l'État islamique ? », *LeMonde.fr*, 15.09.2014.
- « Qui participe à la coalition contre l'État islamique ? », *LeMonde.fr*, 15.09.2014.
- « Raqqa : le sort d'un cerveau présumé du 13-Novembre en question », *Rfi.fr*, 15.10.2017.
- « Six F16 belges s'envolent pour la Syrie et l'Irak avec plusieurs missions, dont "l'attaque de cibles qui appartiennent à Daesh" », *RTLINFO.be*, 27.06.2016.

## Bibliographie

- « Syrie : 100 combattants d'Al-Qaïda tués par un bombardement américain », *RTBFInfo*, 21.01.2017.
- « Syrie : FDS, YPG, PKK... Que signifient ces acronymes en lien avec le conflit turco-kurde ? », *Lci.fr*, 16.10.2019.
- « Syrie : les frappes françaises ont tué 30 djihadistes de Daech », *LExpress.fr*, 30.09.2015.
- « Syrie : les terroristes de l'YPG/PKK attaquent l'Armée syrienne libre », *Trt.net.tr*, 18.10.2019.
- « Syrie : Obama débloque dix millions de dollars d'aide non létale aux rebelles », *LeMonde.fr*, AFP, 12.04.2013.
- « The Guardian view on the Paris attacks: amid the grief, we must defend the values that define us », *TheGuardian.com*, Editorial, 15.11.2015.
- « Turquie : un groupe radical kurde revendique le double attentat d'Istanbul », *France24*, 11.12.2016.
- « Villepin : parler de "guerre", "c'est faire le jeu de l'ennemi" », *Lavenir.net*, 16.11.2015.
- « Washington participerait à l'entraînement des rebelles syriens », *LeMonde.fr*, AFP, Reuters, 15.03.2013.

### Reportages vidéos :

- TOSCER (O.), « Jihad 2.0 », *LCP – assemblée parlementaire*, reportage, 05.05.2016.
- « Sur le front syrien, des volontaires français partis combattre l'Etat islamique », *FranceTVinfo*, reportage, 19.07.2015.
- « Syrie : Massacre de civils à Kobané », *Human Rights Watch*, Témoignage, 09.07.2015.

## Sitographie

- Site internet d'*Europol*.
- Site internet de *Amnesty International*.
- Site internet de *EJILTalk!*
- Site internet de *Human Rights Watch*.
- Site internet de *Just Security*.
- Site internet de l'*Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève*.
- Site internet de l'*Armée australienne* (army.defencejobs.gov.au).
- Site internet de l'*International Institute for Counter-Terrorism*.
- Site internet de l'*Institut Français des Relations Internationales*.
- Site internet de l'*Institute for Strategic Dialogue*.
- Site internet de l'*OTAN*.
- Site internet de la *British Army* (apply.army.mod.uk).
- Site internet de la *Defence Force Ireland* (military.ie).
- Site internet de la *Défense belge* (mil.be).
- Site internet de la *Force de Défense de Nouvelle Zélande* (defencecareers.mil.nz).
- Site internet de la *Légion étrangère française* (legion-recrute.com).
- Sites internet de *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.
- Site internet de *Rulac.org*.
- Site internet des *Nations Unies*.
- Site internet du *CICR*.
- Site internet du *Conseil européen et du Conseil de l'UE*.
- Site internet du *Conseil de l'Europe*.
- Site internet du *Gouvernement Français*.
- Site internet du *Ministère des armées (France)*.
- Site internet du *The International Center for the Study of Radicalisation and Political Violence*.
- Site internet du *The Soufan Center*.

## **Résumé :**

Quel est le point commun entre George Orwell, André Malraux, Davy Crockett et Oussama Ben Laden ? Cette question pourrait en surprendre certains. Comment trouver un point commun entre, l'auteur de *La Ferme des animaux* et de *1984*, le résistant et ministre français et l' élu du Congrès des États-Unis ancré dans la culture populaire ? Qui plus est s'ils le partagent avec l'ancien leader d'Al Qaida.

Comme des milliers d'autres, ils ont été des « combattants étrangers ». En des temps différents et pour défendre des causes différentes, ils entreprirent un voyage qui les mena à prendre les armes dans des guerres étrangères. Ce phénomène historique a connu, depuis la dernière décennie, un nouveau tournant juridique à travers le flux des milliers d'étrangers qui ont rejoint l'une des parties belligérantes en Syrie ou en Irak. Pour faire face à cette menace pour la paix et la sécurité internationales, les Nations unies ont alors créé le statut juridique de « combattant terroriste étranger », soumettant ces étrangers des conflits armés aux dispositions de la lutte contre le terrorisme. Toutefois, ce statut semble souffrir de nombreuses lacunes qui, notamment, ne permettent pas de différencier un terroriste international d'un simple volontaire international, d'un membre d'un groupe armé organisé ou encore d'un combattant d'une force armée étatique. George Orwell, André Malraux et Davy Crockett seraient aujourd'hui sûrement considérés comme des « combattants terroristes étrangers ». De plus, l'application de ce statut pour identifier des acteurs des conflits armés entre en opposition avec certaines règles du droit international. Finalement, pour trouver le statut juridique des « combattants étrangers », pour les identifier et encadrer leurs activités, y compris leurs actes terroristes, c'est vers les règles du Droit international humanitaire qu'il faut se tourner. Les « combattants étrangers », même terroristes, sont déjà identifiés par les statuts du Droit dans la guerre.

## **Summary:**

What do George Orwell, André Malraux, Davy Crockett and Osama Bin Laden have in common? This question might be surprising to some. How to find a common trait between the author of *Animal Farm* and *1984*, the French resistance former minister, and the elected representative of the United States congress rooted in popular culture? Especially, if they are to share it with the former leader of Al Qaeda.

Like thousands of others, they were "foreign fighters". In different times and to defend different causes, they undertook a journey which led them to take up arms in foreign wars. This historic phenomenon underwent a new legal turning point the last decade through the flow of thousands of foreigners who joined one of the belligerent parties in Syria and Iraq. To address this threat to international peace and security, the United Nations created the legal term of "foreign terrorist fighter", subjecting these foreigners in armed conflicts to provisions in international counter-terrorism law. However, this status suffers shortcomings, which make it impossible, in particular, to differentiate between an international terrorist, an international volunteer, a member of an organized armed group or even a combatant of a state armed force. Today, George Orwell, André Malraux and Davy Crockett would probably be considered as "foreign terrorist fighters". In addition, the application of such status to identify actors of armed conflicts is in opposition with some rules of international law. Finally, to determine the correct legal status of "foreign fighters", to identify them and thus regulate their activities, including their terrorist acts, it is to the rules of international humanitarian law that we must turn. Even when qualified as "terrorists", "foreign fighters" are already identified by the status of the law of war.