

LA DÉFINITION DU TERRORISME ET LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Par Marco Sassòli*
Avec la collaboration de Lindy Rouillard**

Cet article analyse tout d'abord dans quelle mesure un acte terroriste peut être qualifié de conflit armé et ainsi se voir appliquer les règles du droit international humanitaire (DIH). Nous examinerons alors comment, dans un véritable conflit armé, le DIH interdit les actes qui pourraient raisonnablement être qualifiés d'actes terroristes. La réflexion se portera ensuite sur la relation entre conflits armés, DIH et instruments juridiques anti-terroristes. À cet égard, trois questions centrales doivent être soulevées : premièrement, doit-on inclure ou exclure de la définition du terrorisme des actes commis durant les conflits armés; deuxièmement, est-il nécessaire de se positionner quant à savoir si les actes étatiques tombent sous le coup de cette définition; troisièmement, faut-il établir si la notion de terrorisme doit couvrir uniquement des actes prohibés par le DIH? Quelle que soit la solution donnée à ces controverses, elle devra se garder de faire référence à la cause soutenue par celui qui commet un acte et plutôt se baser sur les méthodes employées pour faire valoir cette cause. Par ailleurs, les instruments juridiques anti-terroristes ne devraient pas traiter les deux parties à un conflit armé différemment. Il semble également préférable que les actes commis durant les conflits armés et permis par le DIH ne soient pas qualifiés de terroristes, puisque la solution inverse réduirait davantage la volonté des groupes armés de se soumettre au DIH. Finalement, il est suggéré que, *de lege ferenda*, la notion de terrorisme en temps de paix soit définie par analogie avec ce qui est interdit par le DIH en temps de guerre. Certes, cette approche nécessite encore que certains problèmes juridiques soient clarifiés. Il faudra notamment déterminer qui peut être qualifié de « combattant » et de « civil » en temps de paix. Néanmoins, elle a le mérite de résoudre plusieurs impasses politiques. Or, les discussions actuelles en vue d'une convention générale sur le terrorisme ne vont pas dans ce sens. Au contraire, les négociations sur la définition du terrorisme sont menées par des acteurs de divers horizons qui, malheureusement, se réfèrent au DIH de manière sélective. La lutte contre le terrorisme n'en devient que plus difficile.

This article first discusses when terrorism can be classified as armed conflict under International Humanitarian Law (IHL). It looks at how terrorist acts committed in a genuine armed conflict are prohibited by IHL. The article then analyzes the relationship between armed conflicts, IHL and anti-terrorism instruments. The basic options for the relation between terrorism and armed conflicts are first either to exclude or to include acts committed in armed conflicts from the definition of terrorism. Second, it is controversial whether state behaviour should be included or excluded from the definition of terrorism. Third, it is controversial if terrorism should only cover acts prohibited by IHL. However those controversies are solved, the solution should not refer to the legitimacy of the cause for which someone is fighting, but to the methods he or she is applying. Furthermore the two sides of a genuine armed conflict should not be treated differently by international anti-terrorism law. Finally, it would be preferable not to criminalize in armed conflicts an act as terrorist if that act is not prohibited by IHL, because such a definition would weaken the incentives to comply with IHL. Finally, it is suggested that, *de lege ferenda*, it might be useful to define terrorist acts in peacetime by analogy to what is prohibited in wartime. This approach would still necessitate the solution of some legal problems, in particular the determination of who could be considered as a "civilian" and who a "combatant" in peacetime. Such an analogy would however solve many political problems. Current discussions about a comprehensive convention against terrorism do not go into this direction. In this and other discussions about the definition of terrorism, people from very different horizons make the fight against terrorism more difficult by selectively referring to war and IHL.

* Marco Sassòli est professeur de droit international public à l'Université de Genève et professeur associé aux universités du Québec à Montréal (UQAM) et de Laval.

** Lindy Rouillard est titulaire d'un baccalauréat en relations internationales et droit international à l'UQAM et poursuit en ce moment des études en droit au Département des sciences juridiques de l'UQAM.

Katia Boustany s'est toujours battue en faveur d'une application rigoureuse et objective du droit international humanitaire¹. Ne serait-ce que de par ses origines, elle a également toujours été attentive au phénomène du terrorisme. Il nous a donc semblé approprié d'analyser, dans cette contribution, comment le droit international humanitaire peut être utile dans la définition du terrorisme – ce qui constitue le plus grand défi juridique dans le combat contre le terrorisme – et comment certaines propositions de définitions du terrorisme peuvent manipuler ou affaiblir le droit international humanitaire.

* * *

I. Le droit international humanitaire

Le droit international humanitaire (DIH) s'applique aux conflits armés, pour y protéger ceux qui ne participent pas ou plus aux hostilités et pour y limiter la violence à ce qui est indispensable pour atteindre l'objectif du conflit (qui ne peut être que d'affaiblir le potentiel militaire ennemi). Le DIH est largement codifié dans les Conventions de Genève de 1949², qui lient tous les États de notre planète, dans le *Règlement de la Haye de 1907*³, qui a acquis une valeur coutumière, et dans les *Protocoles additionnels de 1977*⁴. Ces traités établissent une distinction entre les conflits armés internationaux et les non internationaux, ces derniers étant régis par des règles moins détaillées et moins protectrices. Certains traités, récemment adoptés, prévoient toutefois le même régime pour les deux situations. Cette séparation est d'ailleurs en train de perdre de son importance, sous l'impulsion des droits de la personne, qui ne connaissent pas une telle distinction, et surtout grâce au développement fulgurant du droit international pénal. La jurisprudence des tribunaux

¹ Katia Boustany et Daniel Dormoy, dir., *Perspectives humanitaires entre conflit, droit(s) et action*, Bruxelles, Bruylant, 2003; Katia Boustany et Daniel Dormoy, *Génocide(s)*, Bruxelles, Bruylant, 1999; Katia Boustany, « Brocklebank : a Questionable Decision of the Court Martial Appeal Court of Canada » (1998) 1 Y.B. Int'l Human. L. 371; Katia Boustany, *Le conflit intraétatique au Liban: problèmes de maintien de la paix*, Bruxelles, Bruylant, 1994.

² *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31 [*Convention I*]; *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 85 [*Convention II*]; *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 135 [*Convention III*]; *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287 [*Convention IV*].

³ *Règlement de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 18 octobre 1907 (annexé à la *Convention IV concernant les lois et coutumes de guerre sur terre*), reproduite dans J.B. Scott, dir., « Les conventions et déclarations de la Haye de 1899 et 1907 », New York, Oxford University Press, 1918 à la p. 100.

⁴ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 3 [*Protocole I*]; *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 609 [*Protocole II*].

pénaux internationaux *ad hoc* dépasse largement cette séparation⁵ et le *Statut de la Cour pénale internationale* définit les incriminations applicables dans les deux situations de façon très similaire⁶. Finalement, une étude très approfondie du droit international humanitaire coutumier, récemment publiée par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et qui se fondait sur des rapports nationaux (dont celui pour le Canada qui a été écrit par la professeure Katia Boustany), a conclu à des règles coutumières qui seraient, pour la presque totalité des problèmes, les mêmes dans les deux types de conflits armés⁷.

Par ailleurs, le DIH s'applique indépendamment des causes pour lesquelles luttent les parties d'un conflit armé et de la légitimité de ces causes. Ces questions sont régies par le *jus ad bellum* dans les conflits armés internationaux et par le droit interne dans les conflits armés non internationaux. Devant le DIH, les belligérants sont et doivent toujours être égaux, qu'ils aient eu recours à la force légalement ou non⁸. Également, 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. À l'inverse, ce n'est pas simplement en raison de l'utilisation de moyens « terroristes » qu'il y a conflit armé.

II. Le terrorisme et les conflits armés

« Conflits armés » et « terrorisme » sont des termes qui font tous deux référence à des phénomènes de violence collective. Ils sont utilisés à la fois dans le langage courant, dans le discours politique, par les sciences sociales et dans de nombreux instruments juridiques réglementant les comportements sociaux. Le conflit armé, terminologie utilisée par le droit international contemporain pour décrire le phénomène de guerre, est le plus ancien des deux concepts. Sa définition juridique est davantage étoffée, mieux établie et moins controversée que celle du terrorisme. En

⁵ Voir l'interprétation que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) donne à l'article 3 de son statut dans *Le Procureur v. Dusko Tadic*, IT-94-1, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) aux paras. 86 à 136 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/>> et *Le Procureur v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Jugement (7 mai 1997) aux paras. 610-616 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II) en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/>>. Le Tribunal inclut dans le concept de crime de guerre les violations graves du DIH des conflits armés non internationaux.

⁶ *Statut de la Cour pénale internationale*, 7 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002). Que l'on compare les lettres a et b avec les lettres c et e de l'art. 8.2.

⁷ Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, dir., *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

⁸ *Protocole I*, supra note 4, préambule para. 5; *Les États-Unis c. Wilhelm List*, (19 février 1948, Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg), *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 8, Londres, The United Nations War Crimes Commission, 1949 aux pp. 34-76 (Pour ce cas et d'autres références, voir Marco Sassòli et Antoine Bouvier, *Un droit dans la guerre?*, vol. 2, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2003 aux pp. 107-113, 866, 868, 882); Henri Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, Pedone, 1970; François Bugnion, « Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire » (septembre 2002) 847 R.I.C.R. 523.

droit, le concept de conflit armé implique l'égalité des deux parties au conflit : les parties engagées dans une guerre admettent généralement leur statut de belligérants et reconnaissent le même statut à leur ennemi. Par opposition, le terme « terrorisme » est utilisé en général pour décrire ce que les autres font : rares sont les cas où une partie qualifiera ses propres actes de terroristes. Par ailleurs, il existe des situations où l'entrée en guerre est licite selon le droit international (puisque la règle de l'interdiction du recours à la force admet certaines exceptions), alors que la notion de terrorisme fait nécessairement référence à un comportement illicite. Par contre, même ceux qui soutiennent que certains actes de violence sont licites, ou du moins légitimés dans certaines circonstances, ne se risquent pas à définir une catégorie de « terrorisme licite ». Ils optent plutôt pour tenter d'exclure de tels actes de la définition même du terrorisme. Au demeurant, le concept de guerre est utilisé fréquemment par les auteurs d'activités terroristes, et depuis plus récemment par ceux engagés dans la lutte contre le terrorisme, pour décrire leurs actes. Ils exigent les privilèges offerts par le droit de la guerre, mais ne veulent pas, en contrepartie, s'y soumettre.

La définition du terrorisme constitue la principale pierre d'achoppement de toute négociation interétatique des instruments de lutte contre le terrorisme. Les États tentent d'inclure dans cette définition les activités de leurs ennemis et d'y exclure leurs propres activités et celles de leurs alliés. Ainsi, ce que Louis Henkin soulignait en 1990 semble toujours juste : « *terrorism [...] is not a useful legal concept* »⁹. Une telle affirmation est par contre devenue politiquement incorrecte depuis le 11 septembre 2001 : elle apparaît offensante pour les milliers de victimes d'actes terroristes et outrageante pour les millions de personnes en crainte devant la possibilité d'être touchées par de tels actes. Qui plus est, elle ne correspond pas à l'attitude des États, eux qui créent le droit international, puisqu'ils utilisent ce concept abondamment dans leurs énoncés et le glissent quelques fois dans les instruments juridiques internationaux. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a écrit, dans un excellent rapport sur le terrorisme :

[T]he language of terrorism is used in a variety of contexts and with varying levels of formality to characterize:

- actions, including forms of violence such as high jacking or kidnapping
- actors, including persons or organizations
- causes or struggles, [...]
- situations, where terrorist violence is a particularly serious or widespread problem in a state or region.¹⁰

⁹ Louis Henkin, « General Course on Public International Law » (1989) 216:4 Rec. des cours 9 à la p. 159.

¹⁰ Voir Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Report on Terrorism and Human Rights*, Doc. off. OEA/Ser. L/V/II.116 Doc. 5, rev. 1 corr. (22 octobre 2002) au para. 12, en ligne: CIDH <<http://www.cidh.oas.org/Terrorism/Eng/toc.htm>> [CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*].

Nous avons discuté ailleurs la question de savoir si le terrorisme et la lutte contre le terrorisme peuvent être qualifiés de conflit armé¹¹, tel que le suggère l'administration des États-Unis par sa « guerre contre le terrorisme ». Dans la présente contribution, nous aimerions nous concentrer sur la définition des actes de terrorisme : leur traitement par le DIH, les efforts contemporains tendant à les définir de manière générale, le rôle du DIH dans ces efforts et une proposition de définition, même pour des actes commis en temps de paix, par analogie à ce que le DIH interdit dans les conflits armés.

III. L'interdiction des actes terroristes par le droit international humanitaire

Le DIH ne contient pas de définition des actes de terrorisme. Il interdit toutefois, dans les conflits armés, tout acte qui pourrait être raisonnablement considéré comme terroriste, dans la mesure où un lien existe entre le conflit et l'acte et pourvu que l'acte soit commis sur le territoire d'un des États affectés par le conflit armé – ou en haute mer¹².

Tout d'abord, le terme « terrorisme » se retrouve textuellement à l'article 33 de la *Convention IV* (concernant les personnes protégées, c'est-à-dire essentiellement les civils aux mains de l'ennemi¹³, dans les conflits armés internationaux) ainsi qu'à l'article 4(2)(d) du *Protocole II* (concernant toutes les personnes ne participant pas ou plus directement aux hostilités, dans les conflits armés non internationaux). Ces dispositions ne sont cependant pas essentielles à notre propos. En effet, le contexte et le champ d'application de ces deux dispositions indiquent qu'elles visent essentiellement à interdire aux autorités (surtout étatiques) de prendre des mesures collectives contre la population civile sous leur contrôle, dans le but de la terroriser¹⁴.

¹¹ Voir Marco Sassòli, « Terrorism and War » (2006/5) *J. Int'l Crim. Justice*, à publier; advance access, doi : 10.1093/jicj/mql076, en ligne : [Journal of International Criminal Justice](http://jicj.oxfordjournals.org/papbyrecent.dtl) (15 décembre 2006) <<http://jicj.oxfordjournals.org/papbyrecent.dtl>> aux pp. 4-8 [Sassòli, « Terrorism and War »].

¹² Voir généralement Ben Saul, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006 aux pp. 271-313; Hans-Peter Gasser, « Acts of Terror, "Terrorism" and International Humanitarian Law » (2002) 847 *Int'l Rev. Red Cross* 547 à la p. 556; Jelena Pejic, « Terrorist Acts and Groups : A Role for International Law? » (2004) 75 *Brit. Y.B. Int'l L.* 71 aux pp. 73-76; Marco Sassòli, « International Humanitarian Law and Terrorism » dans Paul Wilkinson et Alasdair M. Steward, dir., *Contemporary Research on Terrorism*, Aberdeen, Aberdeen University Press, 1987, 466 aux pp. 470-472 [Sassòli, « IHL and Terrorism »].

¹³ Selon la *Convention IV* (*supra* note 2, art. 4), le terme « personnes protégées » comprend les ressortissants ennemis et certains nationaux neutres. Le TPIY a réinterprété la notion de personnes protégées en remplaçant le critère de la nationalité par celui de l'allégeance à une partie au conflit. Voir *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1, Jugement final (15 juillet 1999) aux paras. 163-169 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/>>. Voir aussi notre critique dans Marco Sassòli et Laura Olson, Commentaire de *Procureur v. Dusko Tadic*, (2000) 94 *A.J.I.L.* 571 aux pp. 576-577.

¹⁴ Emanuela-Chiara Gillard, « The Complementary Nature of Human Rights Law, International Humanitarian Law and Refugee Law » dans Michael N. Schmitt et Gian Luca Beruto, dir., *Terrorism and International Law, Challenges and Responses*, San Remo, International Institute of Humanitarian Law et George Marshall European Center for Security Studies, 2002, 50 aux pp. 52-53; Jean S. Pictet,

En effet, l'article 33 de la *Convention IV* prévoit que « [l]es peines collectives, de même que toute mesure d'intimidation ou de terrorisme, sont interdites », tandis que le *Protocole II* élargit cette interdiction aux conflits armés non internationaux¹⁵. C'est donc en parallèle avec l'interdiction des punitions collectives frappant, à la suite d'un acte hostile, indistinctement les responsables et les innocents que le terrorisme est abordé dans ces dispositions. Or, ce n'est pas sous cette forme que se présentent habituellement les actes terroristes. Généralement, leurs auteurs ne visent pas des personnes sous leur pouvoir, ils ne cherchent pas à contraindre leur victime (potentielle) de s'abstenir de poser un acte et n'agissent pas non plus en réaction à un acte hostile (quoique cela puisse être le cas de la perspective des terroristes)¹⁶.

La majorité des actes terroristes sont plutôt commis contre une population civile qui ne se trouve pas aux mains des terroristes ou encore ils sont dirigés indistinctement contre des civils et des combattants. L'article 51(2) du *Protocole I* est, pour sa part, pertinent pour notre propos, puisqu'il stipule que, dans les conflits internationaux et non internationaux, « [n]i la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques. Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile »¹⁷. En se basant sur cette interdiction, qu'il a d'ailleurs qualifiée de coutumière, le TPIY a reconnu le général Galic, commandant du siège de Sarajevo par les forces serbes de Bosnie entre 1992 et 1994, coupable de crime de guerre¹⁸. Dans son jugement, la Chambre de première instance a établi ainsi les éléments constitutifs du crime de terrorisation de la population civile :

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.

dir., *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaires*, vol. 4, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1958 à la p. 243.

¹⁵ Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann, dir., *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, Martinus Nijhoff, 1986 au para. 4538.

¹⁶ Dans l'affaire *Galic*, la Chambre d'appel du TPIY ignore cette différence, fondamentale en DIH, entre actes de terrorisme dirigés contre des personnes qui sont au pouvoir de l'auteur et actes de terrorisme, par exemple des bombardements, dirigés contre la population civile. En effet, le tribunal mentionne l'article 33 de la *Convention IV* comme preuve du caractère coutumier de l'interdiction prévue à l'article 51(2) du *Protocole I*. Voir *Le Procureur v. Stanislav Galic*, IT-98-29-A, Jugement final (30 novembre 2006) au para. 88 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/>> [*Galic*, Chambre d'appel].

¹⁷ Voir *Protocole I*, *supra* note 4 à l'art. 51(2); *Protocole II*, *supra* note 4 à l'art. 13(2). Pour les règles coutumières équivalentes, voir Henckaerts et Doswald-Beck, *supra* note 7, vol. 1 aux pp. 3-11, règles 1-2.

¹⁸ *Le Procureur c. Stanislav Galic*, IT-98-29-T, Jugement (05 décembre 2003) aux paras. 91-137, 208-597 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance I), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/>> [*Galic*, Chambre de première instance]; confirmé dans *Galic*, Chambre d'appel, *supra* note 16 aux paras. 87-90.

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.¹⁹

La notion de terreur s'entend, selon le tribunal, d'une peur extrême et l'auteur des actes illégaux doit avoir pour intention spécifique de répandre une telle terreur parmi la population civile²⁰. La Chambre de première instance a spécifié que les actes de violence commis devaient nécessairement constituer des attaques illégitimes contre des civils. Est donc exclu de la définition du crime de terrorisation toute attaque légitime contre des combattants ou des objectifs militaires, même si le but premier de cette attaque est de répandre la terreur parmi la population civile²¹. Sans changer cette conclusion, la Chambre d'appel a toutefois noté que les attaques indiscriminées ou disproportionnées pouvaient tomber sous le coup du crime de terrorisation²². Nous croyons qu'une attaque est interdite dès lors qu'elle a pour but de terroriser la population civile, puisque ce faisant, elle ne vise plus un objectif militaire (ce dernier étant défini, à l'article 51(2) du *Protocole I*, par l'avantage *militaire* précis qu'offre sa destruction, sa capture ou sa neutralisation)²³.

Le DIH interdit également les attaques indiscriminées, c'est-à-dire les attaques qui ne sont pas dirigées vers un objectif militaire spécifique, celles qui utilisent des armes incapables d'être dirigées contre de tels objectifs militaires ou celles causant des pertes civiles excessives par rapport à l'avantage militaire attendu²⁴.

Certaines définitions du terrorisme incluent des actes dirigés contre les soldats et les installations gouvernementales²⁵. En situation de conflit armé, le DIH ne peut évidemment pas interdire les attaques contre les combattants ennemis ou contre des installations constituant des objectifs militaires, puisqu'il s'agit là de l'essence même des conflits armés que le DIH veut réguler.

Pour les conflits armés internationaux, le droit de participer directement aux hostilités est prévu explicitement dans le *Protocole I*²⁶ et il serait contraire à l'essence même du statut de prisonnier de guerre de punir un combattant pour sa seule

¹⁹ *Galic*, Chambre de première instance, *ibid.* au para. 133; confirmé par *Galic*, Chambre d'appel, *ibid.* aux paras. 100-104.

²⁰ *Galic*, Chambre de première instance, *ibid.* aux paras. 136-137; confirmé par *Galic*, Chambre d'appel, *ibid.* au para. 104.

²¹ *Galic*, Chambre de première instance, *ibid.* au para. 135.

²² *Galic*, Chambre d'appel, *supra* note 16 au para. 102.

²³ *Galic*, Chambre de première instance, *supra* note 18 au para. 135; Les *Commentaires des Protocoles* (Sandoz, Swinarski et Zimmermann, *supra* note 15 au para. 1940) sont ambigus à ce sujet.

²⁴ Pour les conflits armés internationaux, voir *Protocole I*, *supra* note 4, art. 51(4), (5). Pour les conflits armés non internationaux, voir Henckaerts et Doswald-Beck, *supra* note 7, vol. 1 aux pp. 37-50, règles 11-14.

²⁵ Voir *infra* note 41.

²⁶ *Protocole I*, *supra* note 4, art. 43(2).

participation aux hostilités. Néanmoins, ce « droit de tuer » et de détruire est limité de deux façons par le DIH : il appartient aux combattants seuls et ces derniers ne peuvent avoir recours à la perfidie pour tuer, blesser ou capturer un adversaire. Cette dernière interdiction s'applique autant aux conflits armés internationaux qu'aux non internationaux. Au demeurant, le fait de feindre d'avoir le statut de civil ou de non-combattant constitue une perfidie²⁷ et c'est précisément ce que les terroristes font le plus souvent lorsqu'ils attaquent des combattants.

La limitation aux seuls combattants du droit de participer directement aux hostilités soulève la question de savoir dans quelles conditions un « terroriste » pourra bénéficier du statut de combattant et des droits qui en découlent. Les combattants sont des membres des forces armées d'une partie à un conflit armé international²⁸. Le *Protocole I* a été la cible de critiques l'accusant d'offrir une échappatoire au terrorisme²⁹, puisqu'il a élargi la définition du combattant sous deux angles. D'une part, sont maintenant parties aux conflits armés internationaux les mouvements de libération nationale

lutt[ant] contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré dans la *Charte des Nations Unies* et dans la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*.³⁰

D'autre part, alors que traditionnellement les combattants qui ne se distinguaient pas de la population civile de manière permanente perdaient leur statut de combattant, le *Protocole I* permet maintenant aux combattants, dans certaines circonstances, de se distinguer qu'en ne portant ouvertement les armes pendant un engagement militaire et pendant qu'ils sont visibles à l'ennemi dans un déploiement militaire qui précède une attaque³¹. Certains auteurs considèrent que cet élargissement

*make[s] it much easier for a "terrorist" to claim combatant status. A terrorist, under Protocol I, could blend into the civilian population, concealing his arms and identity until immediately preceding his attack, and not sacrifice his combatant status.*³²

²⁷ Voir *ibid.*, art. 37(1)(c) pour les conflits armés internationaux. Voir aussi Henckaerts et Doswald-Beck, *supra* note 7, vol. 1, aux pp. 221-226, règle 65, pour tous les conflits armés.

²⁸ *Convention III*, *supra* note 2, art. 4(1), (2), (3).

²⁹ É.-U., *A Message from the President of the United States Regarding Protocol II Additional to the 1949 Geneva Conventions, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts*, 100^e Cong., Washington D.C., United States Government Printing Office, 1987 aux pp. 100-102; Douglas J. Feith, « Law in the Service of Terror » (1985) 1 *The National Interest* 36 à la p. 47.

³⁰ *Protocole I*, *supra* note 4, art. 1(4).

³¹ Voir *ibid.*, art. 44(3).

³² Gregory M. Travalio, « Terrorism, International Law, and the Use of Military Force » (2000) 18 *Wis. Int'l L. J.* 145 à la p. 187.

Évidemment, un combattant qui se distingue conformément au *Protocole I* ne pourra pas être accusé de perfidie pour avoir feint le statut de civil. Néanmoins, ce dernier est contraint de respecter les autres règles du DIH abordées précédemment. À ce titre, il est difficile de concevoir comment un acte pourrait être qualifié de terroriste lorsqu'il n'est pas dirigé contre des civils et que l'auteur attaquant des combattants se distinguait de la population civile pendant l'attaque et le déploiement qui la précédait.

Les civils, c'est-à-dire toutes les personnes n'étant pas des combattants, n'ont pas le droit de participer directement aux hostilités. S'ils prennent tout de même part aux combats, ils peuvent alors être l'objet d'attaques et sont susceptibles d'être punis pour leur participation aux hostilités. Une telle sanction est par contre régie par le droit national. Le DIH n'incrimine pas la participation directe aux hostilités par des civils; il n'accorde simplement pas à de tels civils l'immunité accordée aux combattants. Une participation directe d'un civil aux hostilités ne constitue donc pas, contrairement à ce qu'affirment certains manuels militaires³³, un crime de guerre³⁴ (à moins qu'il ne s'agisse d'un acte de perfidie, tel que défini précédemment).

Dans les conflits armés non internationaux, il n'existe pas, techniquement, de statut de combattants. Ainsi, le DIH ne peut empêcher un État d'entamer des poursuites judiciaires pour terrorisme, meurtre ou autres crimes prévus par la loi nationale, contre un rebelle qui aurait attaqué un combattant ou un objectif militaire, même si celui-ci n'a pas eu recours à la perfidie. Cependant, le besoin de récompenser le respect du DIH par toutes les parties au conflit armé, afin d'inciter à un tel respect, milite contre la qualification d'une telle attaque de « terroriste ». La comparaison avec les conflits armés internationaux est instructive à cet égard. Dans ce cas, ceux qui prennent part directement aux hostilités bénéficient du statut de combattant et de celui de prisonnier de guerre s'ils tombent aux mains de l'ennemi. Ce faisant, ils ne peuvent pas être punis pour le seul fait de leur participation aux hostilités, et donc non plus pour avoir tué d'autres combattants. Ils peuvent, et doivent, toutefois être punis s'ils commettent un acte qui constitue un crime de guerre. Les combattants dans un conflit armé international ont donc intérêt à respecter

³³ Voir, par exemple, Canada, Département de la défense nationale, *Le droit des conflits armés aux niveaux opérationnel et tactique*, B-GJ-005-104/FP-021, Ottawa, Département de la défense nationale, 2003 à la p. 16-4, au para. 1609 (3)(g), en ligne : Défense nationale <http://www.forces.gc.ca/jag/training/publications/loac_man_f.asp>.

³⁴ Voir CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, *supra* note 10 au para. 69; Richard B. Baxter, « So-Called "Unprivileged Belligerency" : Spies, Guerrillas and Saboteurs » (1951) 28 Brit. Y.B. Int'l L. 323 à la p. 342; Richard B. Baxter, « The Duty of Obedience to the Belligerent Occupant » (1950) 27 Brit. Y.B. Int'l L. 235 à la p. 266; Pejic, *supra* note 12 aux pp. 76, 80; Yoram Dinstein, « The Distinction between Unlawful Combatants and War Criminals » dans Yoram Dinstein, dir., *International Law at a Time of Perplexity : Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, 103 (pour ceux auxquels réfère l'auteur par l'expression « unlawful combatants »); É.-U., Department of Defense, *Military Commission Instruction No. 2 : Crimes and Elements for Trials by Military Commission*, 30 avril 2003, en ligne : Department of Defense <<http://www.defense.link.mil/news/May2003/d20030430milcominstno2.pdf>> (Son article 6 classait, à juste titre, le meurtre par un « unprivileged belligerent » [belligérant non privilégié], qui peut aussi être commis contre un soldat, non pas sous la catégorie de crime de guerre, mais sous celle des « autres crimes pouvant être jugés par les Commissions militaires »).

le DIH, dans le but de conserver leur immunité contre les punitions. Au contraire, dans les conflits armés non internationaux, un membre d'un groupe armé rebelle qui tombe aux mains de l'ennemi peut être puni pour sa simple participation aux hostilités, indépendamment du fait qu'il ait ou non respecté le DIH. Qui plus est, la plupart des codes criminels nationaux qualifient l'acte de tuer un soldat du gouvernement durant une rébellion armée de la même manière que l'acte de tuer un civil : il s'agit d'un meurtre. Quelques violations supplémentaires du DIH par le rebelle auront peu d'effet sur la lourdeur de la punition imposée. Ainsi, il est difficile d'amener les rebelles à se soumettre aux règles de DIH, puisque leur respect desdites règles n'influence pas la manière dont ils seront traités par le gouvernement.

Ayant compris cette difficulté, le CICR a suggéré, à la Conférence diplomatique qui allait adopter le *Protocole II*, d'une part d'interdire l'imposition de la peine de mort durant le conflit armé et d'autre part, d'exiger que les tribunaux qui condamnent quelqu'un pour sa participation au conflit armé non international tiennent compte le plus possible du respect ou non du *Protocole II* par l'accusé³⁵. Ces propositions ont malheureusement été rejetées et tout ce qui en a été gardé se trouve à l'article 6(5), qui encourage à prononcer la plus large amnistie possible à la fin du conflit pour ceux qui ont combattu (les crimes de guerre étant toutefois exclus de cette amnistie)³⁶. Ces propositions, parce qu'elles constitueraient un incitatif juridique à respecter le DIH, devraient être ramenées sur la table. Il pourrait aussi être envisagé de repousser à la fin du conflit, dans une atmosphère moins enflammée et plus encline à la réconciliation, toutes les poursuites criminelles pour actes hostiles ne violant pas le DIH. L'idée de qualifier de « terroriste » un acte qui n'enfreint pas le DIH des conflits armés non internationaux va à l'encontre de toutes ces idées et réduirait même davantage la volonté des rebelles de se soumettre au DIH.

IV. Les efforts contemporains de définir le terrorisme

Les termes et leurs définitions ont des valeurs symboliques. Les perspectives proposées par la science politique, les relations internationales et la sociologie justifient une compréhension de plusieurs formes de terrorisme, et de lutte au terrorisme, en tant que phénomènes de guerres. Un tel vocable guerrier est utilisé particulièrement en référence à la catégorie de terrorisme sur laquelle converge présentement l'attention internationale (soit la lutte mondiale opposant d'une part le « terrorisme international » invoquant une idéologie islamiste extrémiste et incarnée par Al-Qaïda et Ousama Ben Laden et d'autre part, les États, à la tête desquels se trouvent les États-Unis). À la fois Al-Qaïda (depuis la moitié des années 1990) et l'administration américaine (au moins depuis le 11 septembre 2001) font référence à leur lutte en terme de « guerre », et certains auteurs appuient cette position en

³⁵ Comité international de la Croix-Rouge, *Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949*, Genève, CICR, 1973, art. 10(3), (5) de l'ébauche du *Protocole II*.

³⁶ *Alejandro Martinez Caballero*, 18 mai 1995, C-225/95 (Cour constitutionnelle de Colombie), en ligne : Secretaria del Senado, <http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/sc225_95.htm> reproduite et traduite en partie dans Sassòli et Bouvier, *supra* note 8, vol.2 à la p. 1797, aux paras. 41-42.

avançant que les comportements, les aspirations et la solution à cette lutte doivent être analysés en de tels termes³⁷. Cette analyse descriptive du terrorisme en tant que guerre pourrait être correcte et importante pour la recherche de solutions. Il importe toutefois de comprendre que, en droit international tout comme dans les autres systèmes de droit, les termes sont employés dans un but normatif. Les définitions visent alors à clarifier le champ d'application des règles employant les termes qu'elles définissent, dans le but de rendre ces règles applicables et de produire certains effets juridiques. « *While the law must keep pace with public expectations and social change, gratifying public passion and vengeance is not a good reason for criminalization* »³⁸. Une définition claire, uniforme et universellement acceptée du terrorisme serait donc des plus utiles. Or, à l'heure actuelle, elle n'existe guère et le terme « terrorisme » est utilisé pour décrire des situations variables où l'acte illicite est accompli par des États, des groupes ou encore des individus. En droit international, il n'existe présentement pas moins de trente instruments universels et sept régionaux pour la prévention et la sanction du terrorisme³⁹. 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 matière⁴⁰.

Les instruments internationaux, adoptés à la suite de la Seconde Guerre mondiale, couvrent certaines catégories spécifiques d'actes terroristes, soit les actes commis contre l'aviation civile, contre la navigation (incluant les plateformes fixes) et contre les personnes jouissant d'une protection internationale; les actes impliquant l'utilisation de matériel nucléaire; les attentats à la bombe, la prise d'otage ainsi que le financement d'actes terroristes. Ces instruments ont pu contourner la question de définition du terrorisme en établissant une liste de crimes précis qu'ils régissent. La plupart des instruments régionaux se réfèrent d'ailleurs à ces instruments internationaux spécifiques pour définir les actes prohibés. De même, une convention générale sur le terrorisme est toujours, en ce début 2007, au stade de l'ébauche. Les principales controverses ont trait à la proposition faite par les États islamiques d'exclure du champ d'application de la convention les mouvements de libération et d'autodétermination. Se pose également avec vigueur la question de savoir quels actes commis dans les conflits armés doivent être régis par cette convention.

L'article 2(1) du texte consolidé traite de la définition même du crime de terrorisme. Cette disposition, qui ne semble plus faire l'objet de controverses majeures, stipule que :

³⁷ Voir Mohammad-Mahmoud Ould Mohamedou, « Non-Linearity of Engagement: Transnational Armed Groups, International Law, and the Conflict between Al-Qaeda and the United States » (juillet 2005), en ligne : Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research <<http://www.hpcr.org/>>; Mohammad-Mahmoud Ould Mohamedou, *Understanding Al-Qaeda, The Transformation of War*, Ann Arbor, Michigan University Press, 2006.

³⁸ Saul, *supra* note 12 à la p. 25.

³⁹ Ces instruments sont disponibles sur *Organisation des Nations unies*, « Collection des traités : Conventions sur le terrorisme », en ligne : *Organisation des Nations unies* <<http://untreaty.un.org/French/Terrorism.asp>>.

⁴⁰ Voir notamment Saul, *supra* note 12 aux pp. 129-270.

1. Commet une infraction, au sens de la présente Convention, quiconque, par tout moyen, illicitement et intentionnellement, cause :
 - a) La mort d'autrui ou des dommages corporels graves à autrui; ou
 - b) De sérieux dommages à un bien public ou privé, notamment un lieu public, une installation gouvernementale ou publique, un système de transport public, une infrastructure, ou à l'environnement; ou
 - c) Des dommages aux biens, lieux, installations ou systèmes mentionnés à l'alinéa b) du paragraphe 1 du présent article, qui entraînent ou risquent d'entraîner des pertes économiques considérables,

lorsque le comportement incriminé, par sa nature ou son contexte, a pour but d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à faire ou à ne pas faire quelque chose.⁴¹

La plupart des conventions traitant d'actes spécifiques ne requiert pas, pour qualifier un acte d'illicite, la preuve d'une intention spécifique de l'auteur. La *Convention pour la prévention et la répression du terrorisme* de 1937, qui faisait référence à l'intention de créer un état de terreur au sein d'un certain groupe ou du public, n'est jamais entrée en vigueur⁴². En 1979, la *Convention internationale contre la prise d'otage* ajouta pour la première fois à cette intention de répandre la terreur, l'alternative que l'auteur de la prise d'otage ait l'intention de contraindre un État ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte⁴³. Une telle alternative pouvait toutefois être comprise comme spécifique à la prise d'otages. Aujourd'hui par contre, cette alternative est reprise dans la *Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire*⁴⁴, dans le texte consolidé de la convention générale sur le terrorisme⁴⁵ ainsi que dans le *Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement*⁴⁶. Elle est endossée à la fois par le Secrétaire général⁴⁷ et le Conseil de sécurité⁴⁸ de l'ONU.

⁴¹ Voir *Lettre datée du 3 août 2005, adressée au président de l'Assemblée générale par le président de la Sixième Commission*, Doc. Off. AG NU, 59^e sess., Doc. NU A/59/894 (12 août 2005), appendice 2 art. 2(1) [*Lettre du président de la Sixième Commission*].

⁴² *Convention pour la prévention et la répression du terrorisme*, 16 novembre 1937, C.546.M.383.1937.V., vol. 10, Série de publications de la Société des Nations, 1937, art. 1(2).

⁴³ *Convention internationale contre la prise d'otages*, 17 décembre 1979, 1316 R.T.N.U. 205, art. 1(1).

⁴⁴ *Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire*, Rés. AG 59/290, Doc. Off. AG NU, 59^e sess. (13 avril 2005), art. 2(1)(b)(iii).

⁴⁵ Voir *Lettre du président de la Sixième Commission*, supra note 41, appendice 2 art. 2(1).

⁴⁶ Voir *Un monde plus sûr: Notre affaire à tous : Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement*, Doc. off. AG NU, 59^e sess., Doc. NU A/59/565 (2 décembre 2004) au para. 164(d) [*Un monde plus sûr*].

⁴⁷ *Dans une liberté plus grande: développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous*, Doc. off. AG NU, 59^e sess., Doc. NU A/59/2005 (21 mars 2005) au para. 91 [*Dans une liberté plus grande*].

⁴⁸ *Menaces à la paix et à la sécurité internationales résultant d'actes terroristes*, Rés. CS 1566, Doc. Off. CS NU, 2004, au para. 3. Le *Military Commissions Act*, 10 U.S.C., art. 950v(b)(24) (2006) inclut,

V. La nécessité de clarifier l'applicabilité des instruments de lutte contre le terrorisme aux conflits armés

Plus les actes criminalisés par une convention sont définis en des termes généraux (particulièrement s'ils comprennent des morts, des blessures ou des dommages inhérents à tout conflit armé), plus il devient alors nécessaire de clarifier la mesure dans laquelle ces crimes s'appliquent aux conflits armés. La *Convention internationale contre la prise d'otages* de 1979 exclut de son champ d'application les prises d'otages commises lors de conflits armés, car ces actes sont déjà couverts par le DIH⁴⁹. Pour leur part, la convention arabe, celle de l'Organisation de la conférence islamique (OIC) et celle de l'Union africaine (UA) excluent de leur champ d'application une catégorie de conflits armés, soit les guerres de libération nationale et de résistance contre l'occupation étrangère. Cette exclusion ne vaut cependant que pour les actes commis par ceux qui sont du « bon » côté dans le conflit⁵⁰. La *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif* de 1997 ne s'applique pas aux « 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 »⁵¹. Une telle disposition apparaît également dans la *Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire* de 2005⁵² et dans le texte consolidé de l'ébauche de la convention générale sur le terrorisme⁵³. Toutes les autres conventions sur le terrorisme couvrent l'entièreté des conflits armés. Certaines de celles-ci évitent, parfois indirectement, des incohérences et des frictions potentielles avec le DIH. Il en est ainsi des conventions protégeant l'aviation et la navigation maritime, qui excluent les avions et les navires de guerres de leur champ d'application. La *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme* de 1999 couvre pour sa part, en plus des actes criminalisés par les conventions antiterroristes existantes, « [t]out autre acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas aux hostilités dans

dans le terrorisme, des actes qui visent à « *affect the conduct of government or civilian population by intimidation or coercion, or to retaliate against government conduct* ».

⁴⁹ *Convention internationale contre la prise d'otages*, supra note 43, art. 12.

⁵⁰ Voir *Convention arabe sur la suppression du terrorisme*, 22 avril 1998, traduction non-officielle reproduite dans Amnistie internationale, « The Arab Convention for the Suppression of Terrorism, a Serious Threat to Human Rights » (9 janvier 2002), annexe 2, art. 2(a), en ligne: Amnistie internationale <<http://web.amnesty.org/library/index/engior510012002>> [*Convention arabe*]; *Convention de l'Organisation de la conférence islamique sur la lutte contre le terrorisme international*, 1 juillet 1999, art. 2(a), en ligne : Organisation de la conférence islamique <<http://www.oic-un.org/26icfm/c.html>>; *Convention de l'Organisation de l'unité africaine sur la prévention et la suppression du terrorisme*, 14 juillet 1999, art. 3(1), en ligne : Organisation des Nations unies <http://untreaty.un.org/English/Terrorism/oau_f.pdf> [*Convention de l'UA*].

⁵¹ *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif*, 15 décembre 1997, 2149 R.T.N.U. 284, art. 19(2).

⁵² *Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire*, supra note 44, art. 4(2).

⁵³ Voir *Lettre du président de la Sixième Commission*, supra note 41, appendice 2 art. 20(2).

une situation de conflit armé »⁵⁴. Ce faisant, lors d'un conflit armé, seulement les actes commis contre des civils tomberont sous le coup de cette convention, alors que les actes dirigés contre les combattants et les autres personnes participant activement aux hostilités se trouveront couverts par le DIH. De façon similaire, le Groupe onusien de personnalités de haut niveau souhaiterait n'inclure dans la définition du terrorisme, en plus des actes prévus dans les instruments juridiques existants, que les actes dirigés contre les civils et les non-combattants⁵⁵, une position d'ailleurs endossée par le Secrétaire général de l'ONU⁵⁶.

Il existe plusieurs options pour concilier une définition conventionnelle du terrorisme avec le DIH. Premièrement, on pourrait exclure du champ d'application des conventions les actes couverts par le DIH, c'est-à-dire ceux commis dans un conflit armé, en lien avec ce conflit⁵⁷. Cette position peut se justifier par le fait que la plupart des actes qualifiés de terroristes et commis durant un conflit armé sont déjà prohibés par le DIH et criminalisés par le droit international pénal, tel que nous l'avons démontré précédemment. L'obligation des États de réprimer de tels crimes et leur coopération judiciaire dans ce but sont régulées par le DIH⁵⁸ et les mécanismes généraux de mise en œuvre du DIH y sont applicables. Toutefois, l'administration américaine considère la lutte au terrorisme international comme un conflit armé en soi⁵⁹. Si une telle position était admise, une définition du terrorisme excluant les conflits armés deviendrait illogique et elle rendrait les textes qui l'utilisent largement inapplicables.

Deuxièmement, on pourrait au moins exclure de la définition du terrorisme les actes attribuables aux États, incluant ceux accomplis durant les conflits armés. Le Secrétaire général de l'ONU a suggéré « que nous cessions de nous interroger sur ce qu'on entend par "terrorisme d'État" », puisque, comme il le souligne, « [l]e recours à la force par les États est déjà réglementé de façon très précise par le droit international »⁶⁰. Cette position est correcte, autant du point de vue du *jus ad bellum* que de celui du *jus in bello*⁶¹. Elle soulève toutefois un problème crucial en DIH en ce qu'elle implique un traitement différent des deux parties à un conflit armé non international. Cette position va donc à l'encontre du principe fondamental en DIH d'égalité des belligérants⁶². Certes, ce principe n'est valide que pour le DIH, mais l'idée qu'un même acte pourrait être « terroriste » lorsque commis par des rebelles et non lorsque commis par des soldats du gouvernement pourrait sérieusement nuire à la

⁵⁴ *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, 9 décembre 1999, 2178 R.T.N.U. 229, art. 2(1)(b).

⁵⁵ Voir *Un monde plus sûr*, *supra* note 46 au para. 164(d).

⁵⁶ *Dans une liberté plus grande*, *supra* note 47 au para. 91.

⁵⁷ Voir Saul, *supra* note 12 aux pp. 63, 76-78, 86-89, 312, 313, 317.

⁵⁸ Voir *Convention I*, *supra* note 2, art. 49; *Convention II*, *supra* note 2, art. 50; *Convention III*, *supra* note 2, art. 129; *Convention IV*, *supra* note 2, art. 146; *Protocole I*, *supra* note 3, art. 85(1), 88.

⁵⁹ Pour des références et une discussion, voir Marco Sassòli, « Use and Abuse of the Laws of War in the 'War on Terrorism' » (2004) 22 *Law & Inequality* 195 aux pp. 198-203.

⁶⁰ *Dans une liberté plus grande*, *supra* note 47 au para. 91.

⁶¹ Voir, pour des références et une discussion, Sassòli, « Terrorism and War », *supra* note 11 aux pp. 3-16.

⁶² Voir *supra* note 8.

volonté des rebelles à se soumettre au DIH⁶³. D'un autre côté, ce principe d'égalité des belligérants est également violé lorsque « la lutte [...] pour la libération et l'auto-détermination [ainsi que la résistance contre] l'occupation [et] l'agression »⁶⁴ sont exclues de la définition du terrorisme, tel que le prévoient les conventions arabes de l'OIC et de l'UA⁶⁵. D'une façon lourde de sens, la *Convention arabe* précise : « *This provision shall not apply to any act prejudicing the territorial integrity of any Arab State* »⁶⁶. La distinction établie par ces trois conventions, et basée sur la justification de la cause poursuivie, viole encore plus directement la séparation entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello* que la distinction proposée par les États occidentaux, établie quant à elle en fonction de l'auteur de l'acte (étatique ou non). Le Secrétaire général de l'ONU voit certainement juste lorsqu'il écrit que « [l]e droit de résister à l'occupation [...] ne peut s'étendre au droit de tuer ou de blesser intentionnellement des civils »⁶⁷. Cependant, selon l'ébauche de la convention générale, les attaques délibérées contre des soldats ou des installations d'une puissance occupante pour la forcer à se retirer tomberaient dans la définition du terrorisme⁶⁸, alors que de telles attaques constituent l'essence de la résistance contre l'occupation et sont légales en DIH (dans la mesure où l'attaquant est membre d'un groupe armé organisé et qu'il se distingue des civils).

Troisièmement, la définition du terrorisme la plus reprise dans les conventions existantes, qui est celle suggérée par les États occidentaux pour l'ébauche de la convention générale, exclut « [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 »⁶⁹. Or, cette formulation peut elle aussi être interprétée comme violant le principe d'égalité des belligérants devant le *jus in bello*⁷⁰. Le DIH ne contient pas une définition singulière et claire du terme « force armée ». Pour les conflits armés internationaux, c'est l'article 43 du *Protocole I* qui mentionne les forces armées d'une partie au conflit, une telle partie ne pouvant être qu'un État ou un mouvement de libération nationale⁷¹. Le terme « forces armées » est utilisé, au paragraphe 1 de l'article 4(A) de la *Convention III*, par opposition à l'expression « membres des autres milices et [...] des mouvements de résistance »⁷² à laquelle fait référence le paragraphe 2 du même article. Par contre, l'article 43 du *Protocole I* prévoit que les mouvements de résistance appartenant à un État et combattant une

⁶³ Voir aussi Saul, *supra* note 12 à la p. 318.

⁶⁴ *Convention de l'UA*, *supra* note 50, art. 3(1).

⁶⁵ Voir *supra* note 50.

⁶⁶ *Convention arabe*, *supra* note 50, art. 2(a).

⁶⁷ *Dans une liberté plus grande*, *supra* note 47 au para. 91.

⁶⁸ Voir *Lettre du président de la Sixième Commission*, *supra* note 41.

⁶⁹ *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif*, *supra* note 51, art. 19(2).

⁷⁰ Les États de l'Organisation de la Conférence islamique veulent apparemment éviter cela en excluant les « *activities of parties during an armed conflict, including in situations of foreign occupation, as those terms are understood under international humanitarian law* ». (Suggestion de la Jordanie pour le paragraphe de l'article 18 du texte consolidé de la convention générale sur le terrorisme.) *Lettre du président de la Sixième Commission*, *supra* note 41 à la p. 5.

⁷¹ *Protocole I*, *supra* note 4, art. 1(4).

⁷² *Convention III*, *supra* note 2, art. 4(A)(2).

puissance occupante sont couverts par le terme « forces armées ». Pour les conflits armés non internationaux, la définition du terme est tout aussi ambiguë. L'article 3, commun aux quatre *Conventions*, protège « [l]es personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes ». Quoiqu'une telle position ne soit pas exempte de controverses, il nous apparaît que le terme « forces armées » fait ici référence aux forces gouvernementales et à celles des rebelles. Si tel n'était pas le cas, soit les rebelles ne seraient jamais protégés ou soit, contrairement à leurs adversaires gouvernementaux, ils se trouveraient protégés en tout temps, sauf lorsqu'ils prennent part directement aux hostilités. Le *Protocole II*, pour sa part, s'applique aux conflits entre les « forces armées [d'un État] et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés »⁷³. Selon les commentaires des *Protocoles* publiés par les CICR, l'expression « forces armées dissidentes » s'utilise pour désigner une rébellion d'une partie de l'armée gouvernementale, alors que « groupes armés » s'applique à tout autre groupe d'insurgés⁷⁴. Vu cette ambiguïté, certains États pourraient argumenter que les membres de leurs propres forces ne sont pas soumis aux instruments juridiques anti-terroristes alors que leurs adversaires le sont (et ce, même si leurs adversaires ont attaqué des soldats ou des installations du gouvernement en vue de les contraindre à agir, par exemple à se retirer, ce qui constitue une attaque licite selon le DIH). Cette situation affaiblirait certainement la volonté des rebelles à respecter le DIH et elle irait à l'encontre de la règle du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux qui encourage la plus large amnistie possible, à la fin du conflit, pour les rebelles n'ayant pas violé le DIH⁷⁵.

Par ailleurs, pour le projet de convention générale sur le terrorisme, une solution à ces contradictions a été proposée par le Liechtenstein : « Aucune disposition de la présente Convention ne rend illicites des actes qui sont régis par le droit international humanitaire et qui ne sont pas illicites au regard de ce droit »⁷⁶. Auparavant, la Jordanie avait suggéré d'exclure de la définition du terrorisme les activités commises durant un conflit armé, à l'exception de celles causant des préjudices corporels sérieux ou la mort de civils⁷⁷. Ces deux propositions feraient en sorte que les actes commis dans les conflits armés et respectant le DIH ne puissent pas entrer dans la définition du terrorisme. Elles n'ont pas rencontré beaucoup d'appui chez les États impliqués dans les négociations de 2005, mais elles pourraient resurgir vu l'impasse actuelle concernant précisément cette question.

⁷³ *Protocole II*, *supra* note 4, art. 1(1).

⁷⁴ Sandoz, Swinarski et Zimmermann, *supra* note 15 au para. 4460.

⁷⁵ Pejic, *supra* note 12 à la p. 75 ; *Protocole II*, *supra* note 4, art. 6(5).

⁷⁶ Voir *Mesures visant à éliminer le terrorisme international : Proposition visant à faciliter le débat présentée par les Amis du Président du Groupe de travail sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international : Ajout proposé au projet d'article 18 du projet de convention générale sur le terrorisme international*, Doc. Off. AG NU, 60^e sess., Doc. NU A/C.6/60/INF/1 (20 octobre 2005).

⁷⁷ Voir *Lettre du président de la Sixième Commission*, *supra* note 41, appendice 1 à la p. 5.

VI. L'application par analogie du droit international humanitaire pour définir le terrorisme en temps de paix

La vaste majorité des parties et des individus impliqués dans des conflits armés sont convaincus que la cause pour laquelle ils combattent est juste, ce qui est effectivement le cas pour plusieurs. Néanmoins, par le DIH, tous les États ont accepté que, même pour de justes causes, certaines méthodes de guerre sont et demeurent prohibées, et ceci inclut, tel que nous l'avons démontré précédemment, toute méthode qui pourrait raisonnablement être qualifiée de terroriste. La plupart des terroristes agissant hors des conflits armés sont également convaincus qu'ils combattent pour une cause juste. Les controverses sur le terrorisme concernent d'ailleurs beaucoup plus souvent la justesse de la cause plutôt que l'acceptabilité des méthodes employées. Une grande partie de ceux qui supportent les terroristes, ou du moins qui sympathisent avec ces derniers (et dont les mouvements terroristes ont besoin pour survivre), le font pour la cause, en dépit de leur désapprobation des méthodes. En réaction, les idéalistes font valoir que, pour combattre le terrorisme, les causes à sa source doivent être résolues. Seulement, ce sont précisément les solutions à ces causes qui sont au cœur de la controverse et pour lesquelles il semble difficile d'établir un consensus avec les terroristes et leurs sympathisants. Il s'agit là, comme nous l'avons déjà soulevé, d'un obstacle considérable à une définition du terrorisme universellement acceptée par les États. En attendant des solutions pour les problèmes qui causent le terrorisme, les difficultés de le définir peuvent être contournées en définissant comme terroriste tout acte ayant lieu en temps de paix et qui violerait le DIH s'il était commis en temps de guerre (et ce, même dans une « guerre juste »)⁷⁸.

Cette approche permettrait d'éliminer tout élément subjectif de la définition et d'éviter la plupart des controverses actuelles. Elle confronterait les terroristes à leur propre prétention de combattre pour une juste cause. Elle faciliterait la coopération entre États dans le combat contre de tels actes, par l'extradition des auteurs, par l'assistance mutuelle en matière criminelle et par la non-application de l'exception de l'infraction politique. Les États ont en effet entrepris une coopération de la sorte sous le DIH, relativement aux criminels de guerre. Finalement, une telle définition permettrait de sceller le débat à savoir à quel moment le terrorisme constitue une guerre, puisque peu importe que l'acte ait été commis dans un conflit armé ou non, il

⁷⁸ Cette idée est énoncée, par exemple, dans le « Report of the Committee on International Terrorism at the 1984 Paris Conference of the International Law Association » dans *International Law Association, Report of the Sixty-first Conference held at Paris, August 26th to September 1st 1984*, Londres, I.L.A., 1985, 313 à la p. 323. Voir également Sassòli, « IHL and Terrorism », *supra* note 12 aux pp. 469-470; Sassòli et Bouvier, *supra* note 8, vol. 1 à la p. 118; Michael Scharf, « Defining Terrorism as the Peacetime Equivalent of War Crimes : Problems and Prospects » (2004) 36 *Case W. Res. J. Int'l L.* 359 [Scharf, « Defining Terrorism »] (qui, à sa note infrapaginale 5, fait référence à une décision de la Cour suprême de l'Inde qui aurait adopté cette approche); Michael P. Scharf, « International Law Weekend Proceedings : Defining Terrorism as the Peace Time Equivalent of War Crimes : a Case of too much Convergence between International Humanitarian Law and International Criminal Law? » (2002) 7 *ILSA J. Int'l & Comp. L.* 391 à la p. 393 [Scharf, « International Law Weekend Proceedings »].

serait classifié selon les mêmes critères : dans le premier cas, en appliquant directement le DIH et dans le second, en l'appliquant par analogie.

La difficulté avec une telle définition est de savoir jusqu'à quel point l'analogie doit être poussée. D'une part, une approche restrictive de la définition qualifierait de terroriste tout acte commis contre des civils, dans la mesure où cet acte constituerait un crime de guerre s'il avait été commis par un combattant privilégié dans un conflit armé international. De surcroît, cette définition pourrait être restreinte davantage par l'introduction de l'élément « terreur », en limitant le terrorisme aux actes provoquant la terreur auprès d'individus déterminés ou parmi la population civile dans son ensemble⁷⁹. D'autre part, une définition moins restrictive ne restreindrait pas le terrorisme aux seuls actes dirigés contre les civils, mais inclurait plutôt tous les crimes de guerre⁸⁰. Toutefois, si une telle définition n'exigeait pas également le critère de l'intention, elle serait peu compatible avec le langage commun (on pense ici par exemple à la torture d'un policier ou le fait de priver un prisonnier d'un procès suivant une procédure judiciaire régulière qui constitueraient alors des actes terroristes). Certes, personne ne peut prétendre que de tels comportements se justifient. Néanmoins, une définition aussi large entraînerait une certaine banalisation du crime de terrorisme, ce qui doit être évité⁸¹.

Ces propositions de définitions soulèvent toutes deux la difficulté de déterminer qui peut être considéré comme un civil (par opposition à un combattant) en dehors d'un conflit armé. Même si la définition retenue est celle qui ne limite pas le terrorisme aux actes perpétrés contre les civils, cette question est d'une importance substantielle car plusieurs actes, tel tuer un ennemi, ne deviennent des crimes de guerre que s'ils sont commis contre un civil. Avec un peu de recherche et de réflexion juridique, cette difficulté pourrait cependant être surmontée. On pourrait en effet considérer comme civile toute personne qui n'est pas impliquée dans la lutte anti-terroriste ou qui n'exerce pas les prérogatives de la puissance publique contre laquelle le groupe terroriste se révolte.

Selon la seconde approche, moins restrictive, une attaque dirigée contre des soldats et réalisée en feignant le statut de civil constituerait un acte terroriste, puisqu'il s'agit d'un crime de guerre selon le DIH⁸². Dans cette optique, il devient nécessaire de préciser comment les gens doivent se distinguer du reste de la population en temps de paix, pour ne pas feindre le statut de « civil ». Ceci pourrait se faire en se référant par analogie à l'article 44(3) du *Protocole I*.

⁷⁹ C'est la définition que nous suggérons dans Sassòli et Bouvier, *supra* note 8, vol. 1 à la p. 118.

⁸⁰ Travalio, *supra* note 32 à la p.184 souligne que les attaques terroristes peuvent être dirigées non seulement contre les civils, mais également contre le personnel militaire. Il cite en exemple le bombardement de baraques des U.S. Marines au Liban et les explosions à l'entrée de la base américaine de Khobar en Arabie Saoudite.

⁸¹ Saul, *supra* note 12 à la p. 23.

⁸² La violation de l'interdiction de tuer, blesser ou capturer un adversaire en feignant le statut de civil constitue un crime de guerre sous les articles 8(2)(b)(xi) et 8(e)(ix) du *Statut de la Cour pénale internationale*, *supra* note 6, contrairement à ce qui est prévu par le *Protocole I*, *supra* note 4, art. 85(3).

Le fait d'utiliser une telle analogie, qu'elle soit restrictive ou non, présuppose d'ailleurs que la participation simple et directe des civils dans les hostilités n'est pas interdite par le DIH⁸³. Dans le cas contraire, tout acte de violence commis par n'importe qui autre que les agents de l'État constituerait automatiquement un acte terroriste. Par ailleurs, certains critiquent cette analogie en opposant que les terroristes pourraient jouir des privilèges de « combattants », de sorte que ces derniers seraient immunisés contre les poursuites pour les crimes de droit commun⁸⁴. Ils oublient toutefois que le simple fait qu'un acte ne soit pas considéré comme terroriste n'empêche aucunement les poursuites sous la loi nationale et l'assistance mutuelle en matière criminelle selon les règles normales du droit pénal international.

Une autre objection est soulevée à l'effet que cette approche pourrait conférer aux terroristes le statut de prisonniers de guerre⁸⁵. Cette objection se méprend sur la proposition. Il n'est évidemment pas suggéré d'appliquer pleinement les lois de guerre en temps de paix (ce qui constitue précisément notre critique de la « guerre au terrorisme » de l'administration américaine⁸⁶), mais plutôt de les utiliser en partie afin de définir les actes terroristes.

* * *

De lege lata, le DIH s'applique aux actes terroristes commis durant un conflit armé et il interdit tout acte qui pourrait raisonnablement être qualifié de terroriste. De plus, le DIH protège ceux qui sont affectés par le conflit armé, y compris s'ils sont soupçonnés, accusés ou reconnus coupables de terrorisme. *De lege ferenda*, il serait envisageable de définir les actes terroristes commis en temps de paix par analogie avec ce qui est interdit par le DIH. Cette proposition, quoiqu'elle nécessiterait encore la solution de certains problèmes juridiques, a tout le même le mérite de résoudre plusieurs impasses politiques. Malheureusement, les discussions

⁸³ Voir *supra* note 34.

⁸⁴ Scharf, « International Law Weekend Proceedings », *supra* note 78 à la p. 396. L'auteur souligne à juste titre que, puisque le DIH n'interdit pas de tuer un combattant, les attaques terroristes contre les membres de l'armée, de la police ou du gouvernement ne donneront pas ouverture à des poursuites ou à une extradition. Dans le même ordre d'idée, l'enlèvement de militaires ou de membres du personnel gouvernemental sera considéré comme une prise licite de prisonniers. Également, les attaques terroristes contre des infrastructures de l'armée, du gouvernement ou de la police, puisque ceux-ci constituent des cibles licites, ne constitueront pas des crimes. De ce fait, la théorie des dommages collatéraux s'appliquera et la mort ou la blessure de civils ne violera pas le DIH, dans la mesure où les installations appartiennent au gouvernement et que les mesures de précaution nécessaires ont été prises. L'auteur note également que l'assassinat de dirigeants politiques est licite, s'il est commis sur leur propre territoire. En somme, si le droit de la guerre s'applique, les terroristes bénéficient du droit, au même titre que les gouvernements, d'attaquer les commandants militaires et civils. Voir aussi Ruth Wedgwood, « America Fights Back : The Legal Issues » (2004) 11 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 831 aux pp. 847-848, qui soulève le même type de problème en plaçant en faveur de l'application du droit de la guerre à l'actuelle « guerre au terrorisme ».

⁸⁵ Scharf, « Defining Terrorism », *supra* note 78 à la p. 372.

⁸⁶ Voir Sassòli, « Terrorism and War », *supra* note 11 aux pp. 4-8.

actuelles pour l'adoption d'une convention générale sur le terrorisme ne vont pas dans ce sens.

De cette discussion sur la définition du terrorisme, on comprend que la lutte contre le terrorisme est d'autant plus difficile qu'il existe une multiplicité d'acteurs impliqués, qui proviennent d'horizons très divers et qui se réfèrent néanmoins tous au DIH, mais qui le font de manière sélective. La définition du terrorisme devra donc préciser la manière avec laquelle elle s'articule avec le DIH. Il s'agira de déterminer tout d'abord si elle englobe les attaques commises durant les conflits armés; ensuite si elle s'applique également aux actes posés par les États; et finalement, si elle doit se limiter aux actes prohibés par le DIH. Une réponse négative à cette dernière question, dans le cas où la définition inclurait les actes commis durant les conflits armés, entraînerait des contradictions entre le DIH et les instruments juridiques anti-terroristes. Cela dit, quelque soit la façon dont s'articulera la définition retenue, cette dernière ne devrait pas faire référence à la légitimité de la cause pour laquelle on se bat, mais plutôt aux méthodes employées pour la faire valoir. Par ailleurs, la définition du terrorisme ne devrait pas non plus traiter de façons différentes les deux parties à un conflit armé. Finalement, il serait préférable que les instruments juridiques anti-terroristes ne criminalisent pas, durant un conflit armé, des actes qui ne sont pas prohibés par le DIH, afin de ne pas nuire aux efforts visant à inciter les groupes armés à se soumettre au DIH.

Tous s'entendent pour dire qu'un monde sans groupes armés serait préférable, tout comme le serait d'ailleurs un monde sans guerre. Comme les mécanismes généraux de mise en application du DIH, basés sur l'approche westphalienne traditionnelle et ignorant ou même discriminant les groupes armés, n'ont pas mené à leur disparition ni à un niveau acceptable de respect du DIH dans les conflits contemporains où de tels groupes sont impliqués, nous devrions tenter, dans la définition du terrorisme, une nouvelle approche plus inclusive⁸⁷ et certainement ne pas y discriminer encore davantage les groupes armés. Il s'agit là de l'unique façon d'assurer un respect minimal du DIH dans plusieurs conflits armés contemporains. Or, le DIH, si cher à la professeure Katia Boustany, est le dernier rempart contre la barbarie dans cette situation profondément inhumaine que sont les conflits armés et nous devons lui donner une chance même dans les conflits marqués par des actes terroristes.

⁸⁷ Pour certaines idées plus spécifiques, voir Marco Sassòli, « Possible Legal Mechanisms to Improve Compliance by Armed Groups with International Humanitarian Law and International Human Rights Law » (13-15 novembre 2003), en ligne : Armed Groups Project <http://www.armedgroups.org/images/stories/pdfs/sassoli_paper.pdf>.