



Assemblée générale

Distr. générale
9 août 2016
Français
Original : anglais

Soixante et onzième session
Point 68 de l'ordre du jour provisoire*
Droit des peuples à l'autodétermination

Utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination

Note du Secrétaire général

Le Secrétaire général a l'honneur de transmettre aux membres de l'Assemblée générale le rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, en application des dispositions de la résolution 2005/2 de la Commission des droits de l'homme.

* A/71/150.



Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

Résumé

Dans son précédent rapport à l'Assemblée générale (A/70/330), le Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a examiné les liens éventuels entre les mercenaires et les combattants étrangers et les effets de leurs activités sur les droits de l'homme et le droit des peuples à l'autodétermination. Dans le présent rapport, le Groupe de travail recourt à une perspective historique pour approfondir cette analyse et retracer l'évolution du phénomène de mercenariat et des combattants étrangers, de façon à examiner plus en détail les similitudes et les différences sur le plan des motivations et du recrutement de ces deux types d'acteurs et des dispositions les concernant. Par ailleurs, le Groupe de travail évalue et compare les répercussions des activités de ces mercenaires et combattants sur les droits de l'homme, les conséquences en matière de responsabilités et les moyens dont disposent les victimes pour obtenir réparation. Ce faisant, il cherche à mettre en évidence les points communs à ces deux types d'acteurs et à engager une nouvelle réflexion sur la façon de responsabiliser les combattants étrangers qui commettent ces violations, en se fondant sur l'expérience et les dispositions relatives aux mercenaires et à d'autres activités de mercenariat.

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	4
II. Définition de mercenaire et de combattant étranger	4
III. Statut de mercenaire et de combattant étranger en droit international	6
Mercenaires et combattants étrangers dans le droit international humanitaire	7
IV. Dispositions juridiques nationales relatives aux combattants étrangers	8
A. Textes de loi du XIX ^e siècle encadrant l'enrôlement à l'étranger et notion de neutralité	8
B. Nouvelles lois spécialement consacrées aux combattants étrangers	10
C. Retrait de la citoyenneté	10
D. Confiscation de passeports	11
V. Évolution de la notion de mercenaire et de combattant étranger au fil du temps	12
A. Avant le XIX ^e siècle	12
B. Du début du XX ^e siècle jusqu'aux guerres de décolonisation	14
C. Des guerres de décolonisation à nos jours	15
VI. Recrutement, encadrement juridique et conséquences de la motivation des mercenaires et combattants étrangers : ce que nous enseigne l'histoire	17
A. Recrutement	18
B. Encadrement juridique	19
C. Incidences des motivations de nature différente sur la définition du régime juridique	21
VII. Responsabilité et recours pour les victimes de violations des droits de l'homme	23
VIII. Incidence sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes	29
IX. Conclusions et recommandations	25
Annexe	
Définitions de mercenaire	28

I. Introduction

1. Le rapport ci-après est présenté en application des dispositions de la résolution 30/6 du Conseil des droits de l'homme et de la résolution 70/142 de l'Assemblée générale, dans le cadre du mandat confié au Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, qui consiste à surveiller les mercenaires et toute activité liée au mercenariat, à déterminer l'origine et les causes du phénomène, les questions, manifestations et tendances récentes concernant ces mercenaires ou leurs activités, et leurs effets sur les droits de l'homme, notamment sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

2. Dans son précédent rapport à l'Assemblée générale (A/70/330), le Groupe de travail avait examiné les liens éventuels entre le phénomène des mercenaires et des combattants étrangers et les effets de leurs activités sur les droits de l'homme et le droit des peuples à l'autodétermination. Dans le présent rapport, il recourt à une perspective historique pour approfondir cette analyse et retracer l'évolution du phénomène de mercenariat et des combattants étrangers, de façon à examiner plus en détail les similitudes et les différences sur le plan des motivations et du recrutement de ces deux types d'acteurs et des dispositions les concernant. Par ailleurs, le Groupe de travail évalue et compare les répercussions des activités de ces mercenaires et combattants sur les droits de l'homme, les conséquences en matière de responsabilités et les moyens dont disposent les victimes pour obtenir réparation. Ce faisant, il cherche à mettre en évidence les points communs à ces deux types d'acteurs et à engager une nouvelle réflexion sur la façon de responsabiliser les combattants étrangers qui commettent ces violations, en se fondant sur l'expérience et les dispositions relatives aux mercenaires et à d'autres activités de mercenariat.

3. Ce rapport aborde les points suivants : a) définition de mercenaire et de combattant étranger; b) statut de mercenaire et de combattant étranger en droit international; c) dispositions juridiques nationales relatives aux combattants étrangers; d) évolution de la notion de mercenaire et de combattant étranger au fil du temps; e) ce que nous enseigne l'histoire; f) responsabilité et recours pour les victimes de violations des droits de l'homme; g) incidences sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes; h) conclusions et recommandations proposées pour faire face au problème des combattants étrangers.

4. Le Groupe de travail étudie le phénomène des combattants étrangers depuis 2014. Il s'est notamment rendu en Tunisie (voir A/HRC/33/43/Add.1), en Belgique (voir A/HRC/33/43/Add.2), en Ukraine (voir A/HRC/33/43/Add.3) et dans l'Union européenne (voir A/HRC/33/43/Add.4). Il a par ailleurs organisé des tables rondes et des réunions d'experts, et a présenté le rapport susmentionné à l'Assemblée générale.

II. Définition de mercenaire et de combattant étranger

5. Définir la notion de mercenaire et de combattant étranger n'est pas chose aisée. La définition d'un mercenaire sur le plan juridique est particulièrement difficile à mettre en œuvre et, comme le Groupe de travail l'a constaté, elle est

aujourd'hui trop étroite pour couvrir toutes les activités liées au mercenariat¹. Cette définition se trouve à l'article 47 du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 et dans la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires de 1989². Ces définitions longues se recoupent, sans pour autant être identiques, et comprennent des propositions qui s'enchaînent, ce qui en restreint la portée. La notion de mercenaire peut être résumée comme suit : un mercenaire est un combattant qui ne fait pas partie des forces armées d'un État partie à un conflit et qui combat avant tout pour un gain financier. La définition juridique soulève d'importants problèmes d'ordre pratique, qui seront abordés ci-après.

6. S'il n'existe aucune définition de combattant étranger qui ait été avalisée à l'échelle internationale, le Groupe de travail a déjà fourni une définition pratique : « Le terme "combattant étranger" s'entend généralement de personnes qui quittent leur pays d'origine ou lieu de résidence habituelle et prennent part aux violences perpétrées par un groupe d'insurgés ou par un groupe armé non étatique dans un conflit armé³ ». Le Conseil de sécurité s'est penché sur le phénomène apparenté des combattants terroristes étrangers, qu'il a défini comme 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 armé⁴ ».

7. À première vue, on serait porté à croire que les notions de mercenaire et de combattant étranger sont comparables. L'un et l'autre combattent dans un État autre que le leur et peuvent venir grossir les rangs de groupes insurrectionnels. Si l'on s'en tient à leur définition habituelle, la principale différence réside dans leur motivation. Il est généralement admis en droit⁵ et dans la pratique⁶ que les mercenaires sont attirés principalement par l'appât du gain, tandis que les combattants étrangers sont le plus souvent animés par le désir de défendre une cause⁷. En théorie, il est donc possible de différencier les mercenaires des combattants étrangers en se fondant sur leur motivation, mais cela engendre des difficultés sur le plan pratique. Les mercenaires peuvent se rallier à une cause aussi bien par attrait financier que par solidarité, et les combattants étrangers sont parfois rémunérés⁸.

¹ Voir A/70/330, par. 9.

² Voir l'annexe au présent rapport pour les définitions énoncées dans ces instruments.

³ Voir A/70/330, par. 13.

⁴ Voir la résolution 2178 (2014) du Conseil de sécurité.

⁵ Voir la Convention et l'article 47 du Protocole additionnel.

⁶ Au cours des délibérations qui ont débouché sur l'établissement de la Convention et de l'article 47 du Protocole additionnel, il a été décidé qu'il importait de reconnaître que la définition la plus courante des mercenaires se fondait sur la notion de gain financier. Voir Sarah V. Percy, « Mercenaries: strong norm, weak law », *International Organization*, vol. 61, n° 2 (2007).

⁷ Voir S. Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007).

⁸ La difficulté de mesurer la motivation, d'un point de vue juridique, a empêché la création d'un instrument juridique ayant trait aux mercenaires. Voir H. C. Burmester, « The recruitment and use of mercenaries in armed conflicts », *American Journal of International Law*, vol. 72, n° 1 (1978); et E. Kwakwa, « The current status of mercenaries in the law of armed conflict », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 14 (1990).

8. Définir la notion de combattants étrangers est d'autant plus ardu qu'ils participent à toutes sortes de conflits, utilisent des tactiques diverses et rejoignent des organisations plus ou moins légitimes. Par le passé, certains combattants étrangers ont été salués pour s'être ralliés à des causes considérées comme honorables, comme par exemple la Guerre civile espagnole. En revanche, le Conseil de sécurité note avec inquiétude que ces combattants peuvent parfois participer à des activités terroristes⁹.

III. Statut de mercenaire et de combattant étranger en droit international

Droit applicable aux mercenaires

9. Les mercenaires sont expressément soumis à deux mesures juridiques internationales : d'un côté, d'après l'article 47 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, un mercenaire n'a pas droit au statut de combattant ou de prisonnier de guerre, mais le mercenariat n'est pas considéré comme illégal. D'un autre côté, la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires érige en infraction le fait de recruter, d'utiliser, de financer ou d'instruire des mercenaires. La Convention a été ratifiée par 34 États. Le Protocole additionnel I a quant à lui été ratifié par 174 États parties¹⁰, et ses dispositions sur les mercenaires font officiellement partie du droit international humanitaire coutumier, considéré comme ayant force contraignante, dans le contexte des conflits armés internationaux¹¹.

10. Avant de pouvoir considérer une personne comme mercenaire, il faut s'assurer qu'elle répond à tous les critères de la définition de l'article 47 et de la Convention. Ainsi, pour éviter de subir les conséquences juridiques auxquelles chaque instrument expose les mercenaires qui sont qualifiés de ce statut, il suffit de ne pas remplir l'un de ces critères. L'article 47 et la Convention comportent deux critères qui peuvent aisément être contournés : les mercenaires doivent être mieux rémunérés que les soldats ordinaires et ne pas faire partie des forces armées régulières de l'État qui les a engagés. Par conséquent, les combattants peuvent échapper aux conséquences juridiques qui accompagnent cette appellation en se contentant de s'engager dans les forces armées ou de s'assurer qu'ils reçoivent un salaire égal ou inférieur à celui des militaires, du moins en théorie. Par ailleurs, les mercenaires doivent « prendre une part directe aux hostilités ». Les sociétés militaires et de sécurité privées se sont donc affranchies du statut de mercenaire en objectant qu'elles avaient seulement protégé des populations ou des installations et n'avaient fait usage de la force que pour se défendre. Ces lacunes juridiques font que l'article 47 et la Convention ne peuvent pas être appliqués dans la pratique.

Droit applicable aux combattants étrangers

11. À l'inverse, aucun instrument juridique international ne traite des combattants étrangers. Le Conseil de sécurité a adopté deux résolutions au sujet des

⁹ Voir résolution 2178 (2014) du Conseil de sécurité.

¹⁰ Voir <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/TRA/470?OpenDocument&>

¹¹ Le Comité international de la Croix-Rouge estime que l'article 47 fait partie du droit international coutumier. Voir https://www.icrc.org/fr/assets/files/other/icrc_001_pcustom.pdf.

« combattants terroristes étrangers »¹². Ces derniers sont définis comme suit : « 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 »¹³. Le terme « combattant terroriste étranger » est utilisé dans la résolution 2178 (2014), dans laquelle le Conseil demande aux États d'empêcher la circulation de ces terroristes à travers les frontières, de communiquer les renseignements les concernant et, conformément à leurs obligations au regard du droit international, d'écarter la menace en prévenant la radicalisation et le recrutement de ces combattants, en les empêchant de franchir les frontières et en mettant au point des stratégies de poursuites et de réinsertion pour les combattants qui retournent dans leur pays.

12. Dans la résolution 2170 (2014), le Conseil de sécurité demande aux États d'endiguer le flux de combattants terroristes étrangers, les financements et autres appuis à des groupes extrémistes islamistes en Iraq et en République arabe syrienne. Le Conseil se penche aussi sur les implications de la guerre en Iraq et en République arabe syrienne et sur l'utilisation du terrorisme et la commission d'actes de terrorisme.

13. Dans les deux résolutions, le Conseil établit donc un lien étroit entre le terrorisme et les combattants étrangers, sans se prononcer toutefois sur l'utilisation de ces derniers hors du contexte syrien ou encore sur les combattants étrangers impliqués dans des guerres, mais pas dans des actes de terrorisme. Cela signifie que ces résolutions passent non seulement sous silence bien des situations dans lesquelles les combattants étrangers interviennent, mais omettent aussi l'un des traits les plus marquants des combattants étrangers : comme le dit Thomas Hegghammer, un combattant étranger est un insurgé à tous égards, hormis le passeport¹⁴.

Mercenaires et combattants étrangers dans le droit international humanitaire

14. Comme le Groupe de travail l'avait déjà fait remarquer dans son précédent rapport, les mercenaires et combattants étrangers, tout comme les autres types de combattants, sont tenus de respecter le droit international humanitaire¹⁵. Selon le Comité international de la Croix-Rouge, le principe d'égalité entre belligérants implique que toutes les parties d'un conflit armé ont les mêmes droits et obligations au regard du droit international humanitaire, qui n'a pas pour objet d'examiner le bien-fondé de la cause pour laquelle les belligérants se battent¹⁶. Aucune mention n'est faite de la question de la motivation dans le droit international humanitaire, qui vise à régler tous les conflits armés et pas uniquement certaines catégories

¹² Résolutions 2170 (2014) et 2178 (2014).

¹³ Voir résolution 2178 (2014).

¹⁴ Voir Thomas Hegghammer, « The rise of Muslim foreign fighters: Islam and the globalization of jihad », *International Security*, vol. 35, n° 3 (2010), p. 55.

¹⁵ Pour plus d'informations sur les sociétés militaires et de sécurité privées, et le respect du droit international humanitaire, voir <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/faq/pmsc-faq-150908.htm>.

¹⁶ Voir <https://www.icrc.org/en/document/applicability-ihl-terrorism-and-counterterrorism>.

d'hostilités¹⁷. Bien qu'aucune infraction de terrorisme spécifique ne soit prévue, les actes terroristes (à savoir viser des civils dans des conflits armés) constituent une violation du droit international humanitaire¹⁸. Le statut des combattants étrangers est très complexe et dépend de plusieurs facteurs, comme le fait de savoir si le conflit revêt un caractère international ou non¹⁹.

15. L'une des fonctions du droit international humanitaire est de définir le statut des différents acteurs impliqués dans une guerre. Les combattants et non-combattants ont des droits et devoirs distincts lorsqu'ils sont en guerre, et n'obéissent pas aux mêmes règles de conduite. Les combattants jouissent d'un « privilège de belligérance » qui les protège du droit interne lorsqu'ils s'engagent dans des hostilités permises par la loi d'un conflit armé. Les non-combattants n'ont pour leur part pas le droit à un tel privilège, et pourront donc être poursuivis pour une telle conduite en vertu du droit interne. Cependant, tous les combattants doivent être traités décemment lorsqu'ils sont prisonniers de guerre. Par conséquent, il est essentiel de bien établir le statut d'un combattant.

16. Les personnes qui correspondent à la définition juridique internationale des mercenaires sont automatiquement considérées comme des non-combattants, et perdent ainsi les privilèges des combattants et le droit au statut de prisonnier de guerre.

IV. Dispositions juridiques nationales relatives aux combattants étrangers

17. Plusieurs États ont inscrit dans leur législation nationale des dispositions concernant les citoyens qui effectuent un service militaire à l'étranger. Cinq types de contrôle peuvent être exercés au plan national sur les combattants étrangers : les textes de loi datant du XIX^e siècle qui encadrent l'enrôlement à l'étranger; de nouvelles lois spécialement consacrées aux combattants étrangers; les règlements relatifs au retrait de la citoyenneté; les règlements restreignant la liberté de mouvement ou permettant la confiscation de passeports; d'autres dispositions antiterroristes.

A. Textes de loi du XIX^e siècle encadrant l'enrôlement à l'étranger et notion de neutralité

18. Un certain nombre de lois nationales portant sur l'enrôlement à l'étranger ont été adoptées à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle. Elles ont vu le jour dans le contexte de l'émergence de la notion de neutralité dans l'ordre international. Les États qui souhaitaient rester neutres dans guerres étrangères craignaient que l'enrôlement d'un ou de plusieurs de leurs citoyens à l'étranger ne les enlise dans

¹⁷ Voir Sandra Kraehenmann, « Foreign fighters under international law », in *Academy Briefing* No. 7 (Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, 2014), p. 23.

¹⁸ Ibid., p. 24.

¹⁹ Pour de plus amples informations, voir Sandra Kraehenmann, « Foreign fighters under international law », dans *Academy Briefing* n° 7 (Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, 2014).

des conflits auxquels ils ne désiraient pas prendre part²⁰. Ces textes portaient généralement le nom de « lois sur l'enrôlement à l'étranger ». Ils interdisaient d'enrôler des citoyens dans des armées étrangères et, souvent aussi, de recruter sur le territoire national des soldats appelés à combattre à l'étranger. Ils ne traitaient pas spécifiquement des mercenaires et dans les années 1930, quelque 45 des 66 États reconnus dans l'ordre juridique international s'en étaient dotés²¹. Beaucoup de ces textes sont encore en vigueur.

19. Les lois précitées ont cependant ceci de particulier qu'elles n'ont pas été invoquées depuis le début du XX^e siècle²². La législation encadrant l'enrôlement à l'étranger a été rendue caduque par les événements. Premièrement, le droit de la neutralité avait été rapidement modifié et, au moment de sa codification dans l'article 6 de la Convention V de la Haye (1907), il était expressément exclu « que des individus passent isolément la frontière pour se mettre au service de l'un des belligérants²³ ». Deuxièmement, les lois en question ont buté sur le problème que représentaient les volontaires dans les conflits qui ont éclaté au début du XX^e siècle. Pendant la Première Guerre mondiale, les États-Unis d'Amérique, en dépit de leur neutralité officielle, étaient peu enclins à sanctionner les Américains enrôlés dans l'armée britannique, notamment en raison des changements apportés au droit de la neutralité dans les Conventions de la Haye selon lesquelles le simple fait de s'engager dans une armée étrangère ne constituait plus une violation de la neutralité d'un pays²⁴. De même, le Royaume-Uni a bien tenté de ressusciter sa loi en 1937 afin de régler le cas des volontaires engagés dans la guerre civile espagnole, mais le texte-ci s'est trouvé être « fâcheusement inapplicable » en raison de difficultés relatives à l'établissement de preuves et à sa pertinence dans le cadre dudit conflit, de sorte qu'il n'a finalement pas été invoquée²⁵. Selon le rapport Diplock commandité par le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord après que des mercenaires britanniques eurent été capturés, jugés

²⁰ Voir J. E. Thomson, *Mercenaries, Pirates and Sovereigns: State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*, Princeton University Press, 1994.

²¹ *ibid.*

²² Les États-Unis n'ont pas fait valoir leur législation en matière de neutralité depuis le tournant du XX^e siècle. Voir J. Lobel, « The rise and decline of the Neutrality Act: sovereignty and congressional war powers in United States foreign policy », *Harvard International Law Journal*, vol. 24, 1983; J. C. Zarate, « The emergence of a new dog of war: private international security companies, international law and the new world disorder », *Stanford Journal of International Law*, vol. 34, winter, 1998, p. 136. Le rapport Diplock se penche sur la situation au Royaume-Uni : K. Diplock, D. Walker-Smith, G. de Freitas, Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries, Londres, Stationery Office, 1976.

²³ Voir I. Brownlie, « Volunteers and the law of war and neutrality », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 5, n° 4, 1956, p. 570. Pour le texte de la Convention, consulter le lien suivant : <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/TRA/200?OpenDocument&>.

²⁴ Voir D. Riesman, « Legislative restrictions on foreign enlistment and travel », *Columbia Law Review*, vol. 40, n° 5, 1940; H. C. Burmester, « The recruitment and use of mercenaries in armed conflicts », *American Journal of International Law*, vol. 72, n° 1, 1978.

²⁵ Voir S. P. Mackenzie, « The Foreign Enlistment Act and the Spanish Civil War, 1936-1939 », *Twentieth Century British History*, vol. 10, n° 1, 1999, p. 52. Cette loi était difficilement applicable à la situation espagnole en ce qu'elle semblait exiger que, d'une part, le Royaume-Uni soit en paix avec les deux parties au conflit et que, d'autre part, les belligérants soient *de facto* deux États étrangers, ce qui n'était pas évident dans le cas de l'Espagne. Aussi pensait-on que les poursuites engagées en vertu de cette loi avaient peu de chances d'aboutir, d'autant que les éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction étaient difficiles à réunir. *Ibid.*, p. 55 et 60.

puis exécutés en Angola en 1976, la loi en question était inapplicable du fait de l'évolution considérable des pratiques de guerre depuis le XIX^e siècle en matière de guerre et devait être abrogée²⁶.

B. Nouvelles lois spécialement consacrées aux combattants étrangers

20. Parmi les États qui cherchent à contrôler les combattants terroristes étrangers ou d'autres combattants qui se rendent en Iraq ou en République arabe syrienne, l'Australie est l'un de ceux qui a opté pour une approche très particulière. Alors que la plupart des États s'appuient sur les instruments existants en matière de lutte contre le terrorisme pour encadrer les combattants étrangers, l'Australie a pris le parti d'élaborer une législation spécialement dirigée contre eux. Cela vient peut-être du fait que l'Australie avait adopté, en 1978, la loi sur les incursions et le recrutement d'étrangers (*Crimes (Foreign Incursions and Recruitment) Act 1978*), qui entendait initialement faire la distinction entre les combattants étrangers et les Australiens ayant une double nationalité qui accomplissaient leur service militaire obligatoire dans les forces armées du pays de leur seconde nationalité²⁷. Elle a été remplacée en 2014 par la loi portant modification de la législation antiterroriste (combattants étrangers), (*Counter-Terrorism Legislation Amendment (Foreign Fighters) Act 2014*), qui s'intéresse plus particulièrement aux Australiens qui se rendent en Iraq ou en République arabe syrienne et reviennent avec des compétences militaires accrues²⁸. Ce texte érige en infraction le fait de pénétrer dans une « zone déclarée », à savoir une zone dans laquelle une organisation terroriste répertoriée se livre à des activités hostiles²⁹. Il n'est possible de se rendre dans une telle zone que pour trois motifs : pour y apporter une aide humanitaire, y travailler comme journaliste, ou aller voir des membres de sa famille en toute bonne foi³⁰.

C. Retrait de la citoyenneté

21. Plusieurs États ont envisagé le retrait de la citoyenneté comme un moyen de faire en sorte que les combattants terroristes étrangers aient du mal à revenir dans leur État d'origine. Les efforts menés en ce sens ont principalement visé les citoyens possédant une double nationalité, de manière à éviter les cas d'apatridie.

²⁶ Voir K. Diplock, D. Walker-Smith, G. de Freitas, *Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries*, Londres, Stationery Office, 1976, p. 7.

²⁷ Voir <http://www.theage.com.au/comment/australian-law-helps-keep-assad-in-power-20130505-2j11y.html>.

²⁸ Voir G. Williams, K. Hardy, « National security (part two): national security reforms stage two: foreign fighters », *Law Society of New South Wales Journal*, vol. 7, 2014. Consulter aussi le lien suivant : <https://www.legislation.gov.au/Details/C2014A00116>.

²⁹ Il était particulièrement difficile d'appliquer cette loi aux Australiens se rendant dans des « zones déclarées » pour combattre l'État islamique d'Iraq et du Levant (EIIL). Certains d'entre eux n'ont pas fait l'objet de poursuites. Voir : <https://www.thesaturdaypaper.com.au/news/politics/2015/12/12/the-law-and-australian-anti-daesh-fighter-ashley-dyball/14498388002740>.

³⁰ Voir K. Hardy, G. Williams, « Australian legal responses to foreign fighters », *Criminal Law Journal* (publication à venir). Les auteurs affirment que d'autres raisons légitimes pourraient être invoquées pour avoir le droit de se rendre dans une « zone déclarée », même si elles ne figurent pas dans la loi.

22. En 2015, l'Australie a adopté un projet de loi portant modification des règles relatives à la citoyenneté australienne (Allégeance à l'Australie), (*Australian Citizenship Amendment (Allegiance to Australia) Bill 2015*). Ce texte prévoit de retirer la nationalité australienne aux binationaux qui se rendraient coupables d'infractions terroristes ou qui effectueraient un service militaire à l'étranger dans les forces armées d'un pays en guerre avec l'Australie ou dans une organisation terroriste répertoriée comme telle.

23. En 2014, le Gouvernement canadien a fait voter une loi selon laquelle les personnes possédant une double nationalité et les citoyens naturalisés pourraient se voir retirer leur citoyenneté, notamment en cas de condamnation pour des infractions liées au terrorisme commises au Canada ou à l'étranger³¹. En 2016, il a entrepris de faire abroger ce texte³².

24. Le Royaume-Uni a quant à lui cherché à inscrire dans sa loi de 2015 sur la lutte contre le terrorisme et la sécurité (*Counter-Terrorism and Security Act 2015*) des mesures visant à retirer leur citoyenneté aux personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions liées au terrorisme lorsqu'elles combattaient en Iraq ou en République arabe syrienne; il n'est cependant pas allé au bout de ses intentions en raison des préoccupations suscitées par le problème de l'apatridie³³. La loi sur l'immigration de 2014 (*Immigration Act 2014*) a néanmoins conféré au Secrétaire d'État un pouvoir, assorti de voies de recours, l'autorisant à retirer leur citoyenneté aux citoyens britanniques qui se seraient comportés de façon « fortement préjudiciable aux intérêts vitaux du Royaume-Uni » ou dont il y aurait raisonnablement lieu de penser qu'ils pourraient acquérir la nationalité d'un autre pays³⁴.

D. Confiscation de passeports

25. Plusieurs États ont mis en place des lois permettant de confisquer le passeport des personnes déclarées comme présentant un risque pour la sécurité³⁵. Il s'agit notamment d'individus ayant perpétré des actes terroristes ou suivi des entraînements à de telles fins à l'étranger, ou ayant participé à des combats à l'étranger. La loi britannique de 2015 sur la lutte contre le terrorisme et la sécurité (*Counter-Terrorism and Security Act 2015*) limite les déplacements dans des « lieux qui facilitent la mise en relation avec des réseaux terroristes, le suivi d'un stage d'entraînement et l'acquisition d'une expérience à des fins terroristes susceptible de donner aux intéressés des capacités accrues en la matière à leur retour³⁶ ». Selon

³¹ Projet de loi C-24 portant modification de la loi sur la citoyenneté et, d'autres textes de loi en conséquence, voir : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=6684615&Language=F>. Pour une analyse de la question, consulter : <http://www.cbc.ca/news/politics/new-citizenship-act-allowing-revocation-of-canadian-citizenship-takes-effect-1.3093333>.

³² Voir <http://www.cbc.ca/news/politics/john-mccallum-citizenship-act-repeal-bill-1.3463471>

³³ Voir <http://www.theguardian.com/politics/2014/sep/01/anti-terror-policy-legal-political-opposition-jihadis-uk>.

³⁴ Voir D. Anderson, *Citizenship removal resulting in statelessness*. À la date du rapport, le Secrétaire d'État n'avait pas exercé cette prérogative.

³⁵ Voir Lorenzo Vidino, « Foreign fighters: an overview of responses in 11 countries », Zurich, Suisse, Centre for Security Studies, Swiss Federal Institute of Technology, 2014.

³⁶ Ibid., p. 227.

Lucia Zedner, des dispositions similaires prévoyant le retrait de passeports existent en Allemagne, en Belgique, au Danemark, et aux Pays-Bas³⁷.

26. Les États ont tendance à utiliser la législation antiterroriste pour s'attaquer au problème des combattants étrangers. Plusieurs États et gouvernements régionaux se sont dotés de lois limitant les avantages sociaux susceptibles d'être octroyés aux individus soupçonnés d'activités terroristes, notamment ceux impliqués dans des conflits à l'étranger³⁸. La Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France et les Pays-Bas peuvent inculper les combattants étrangers de diverses infractions spécifiquement liées au terrorisme, mais ne répriment pas le fait de se rendre dans une « zone déclarée » ni ne s'attaquent plus particulièrement le fait de combattre à l'étranger³⁹.

V. Évolution de la notion de mercenaire et de combattant étranger au fil du temps

27. Le fait d'étudier parallèlement l'histoire et l'évolution de la notion de mercenaire et de combattant étranger apporte un important éclairage pour la comparaison des deux phénomènes.

A. Avant le XIX^e siècle

1. Les mercenaires

28. L'histoire des mercenaires est très ancienne. Leur existence remonte à l'Antiquité⁴⁰ et s'est poursuivie au Moyen-Âge et jusqu'au milieu du XIX^e siècle, période au cours de laquelle ils ont souvent été utilisés dans les guerres qui se sont déroulées sur le continent européen. À cette époque, ils se singularisaient par leurs motivations financières; la question de la nationalité n'est devenue un trait distinctif qu'à partir du XVI^e siècle⁴¹.

29. Au Moyen-Âge, les mercenaires qui combattaient en Europe étaient constitués de groupes peu structurés souvent dirigés par un seul chef. Lorsqu'ils n'étaient pas recrutés au service d'un noble, d'un roi ou d'un autre intermédiaire, ils avaient la réputation d'écumer les campagnes et de s'y livrer à des actes de piraterie et de pillage afin de survivre⁴². Les mercenaires les plus connus de cette époque étaient peut-être les *condottieri* des cités-États italiennes, auxquelles ils extorquaient souvent de l'argent, promettant en échange de ne pas les attaquer. Ces extorsions

³⁷ Ibid., p. 30.

³⁸ Le présent rapport fait mention de pratiques similaires en Belgique et aux Pays-Bas.

³⁹ Voir L. Vidino, « Foreign fighters: an overview of responses in 11 countries », Zurich, Suisse, Centre for Security Studies, Swiss Federal Institute of Technology, 2014.

⁴⁰ Voir J. L. Taulbee, « Mercenaries and citizens: a comparison of the armies of Carthage and Rome », *Small Wars and Insurgencies*, vol. 9, n° 3, 1998; G. Thompson Griffith, *The Mercenaries of the Hellenistic World*, Cambridge University Press, 2014.

⁴¹ Voir S. Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations*, Oxford University Press, 2007.

⁴² Voir K. A. Fowler, *Medieval Mercenaries, vol. 1: The Great Companies*, Oxford, Blackwell Publishers, 2001.

couplées à des taxes exorbitantes ont ainsi conduit au déclin de Sienne, l'une des principales puissances de la péninsule italienne⁴³.

30. Les États ont néanmoins fini par mettre les mercenaires sous contrôle. Cette décision reposait sur trois facteurs : la capacité (les États devaient être capables de lever et de diriger une armée permanente), l'éthique (la motivation financière des mercenaires était jugée immorale) et la nécessité (lorsqu'ils étaient livrés à eux-mêmes, ils semaient le désordre)⁴⁴. Le recours aux mercenaires n'a pas pour autant disparu, mais est devenu une activité commerciale entre les États qui négociaient entre eux afin de recruter des étrangers pour combattre à leurs côtés.

31. À partir du XVI^e siècle, les mercenaires ont été recrutés en vertu de traités ou sur la base de contrats conclus entre États. C'est le cas notamment des Gardes suisses au Vatican, des mercenaires suisses en France⁴⁵ et des mercenaires allemands auxquels les Anglais ont fait appel tout au long des XVIII^e et XIX^e siècles, essentiellement durant la Guerre d'indépendance américaine⁴⁶.

2. Les combattants étrangers

32. Comparativement aux mercenaires, la notion de combattant étranger est venue plus tard. D'un point de vue historique, on ne pouvait parler de personnes se battant volontairement pour une cause étrangère que lorsque les armées étaient organisées au niveau national. Aussi les combattants étrangers sont-ils apparus avec les premiers grands mouvements révolutionnaires, à commencer par la Révolution française et la Guerre d'indépendance américaine; ils ont ensuite participé aux multiples rébellions et révolutions qui ont essaimé en Europe et sur le continent américain jusqu'à la fin du XIX^e siècle.

33. À cette époque, la figure du mercenaire et celle du combattant étranger se confondaient. L'apparition de la notion de nationalité a joué un rôle déterminant, tant pour les mercenaires que pour les combattants étrangers. Les mercenaires s'étaient toujours distingués par leurs motivations financières, mais leur extranéité est devenue particulièrement contestable dans des guerres livrées par des citoyens. Les révolutionnaires français et américains ont clairement fait savoir qu'ils n'appréciaient pas les mercenaires et ne se sentaient pas à l'aise avec eux⁴⁷.

34. Il convient de bien distinguer les motivations des mercenaires de celles des combattants étrangers pour comprendre les différences dans leur mode de recrutement et la nature des conflits auxquels ils prenaient part.

35. Les mercenaires et les combattants étrangers participaient à des types de conflits différents et, surtout, combattaient dans différents types de forces armées. Leur utilisation étant devenue une activité commerciale entre États, à la fin du XVI^e

⁴³ Voir W. Caferro, « Mercenaries and military expenditure: the costs of undeclared warfare in XIVth-century Siena », *Journal of European Economic History*, vol. 23, n° 2, 1994; *Mercenary Companies and the Decline of Siena*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1998.

⁴⁴ Voir S. Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations*, Oxford University Press, 2007.

⁴⁵ Voir J. McCormack, *One Million Mercenaries: Swiss Soldiers in the Armies of the World*, Londres, Leo Cooper, 1993.

⁴⁶ Voir R. Atwood, *The Hessians: Mercenaries from Hessen-Kassel in the American Revolution*, Cambridge University Press, 1980.

⁴⁷ Voir S. Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations*, Oxford University Press, 2007, chap. 5.

siècle, les mercenaires ne pouvaient se battre aux côtés de groupes d'insurgés au cours de cette période. Ils coûtaient cher et il était nécessaire d'obtenir la permission de leur État d'origine pour les recruter. On comprend la réticence des principautés allemandes à autoriser des mercenaires à participer à des rébellions ou à des révolutions. Les mercenaires constituaient des ressources dispendieuses auxquelles faisaient appel les puissances pour renforcer leur position et peser sur le statu quo précédemment atteint, pour combattre dans des guerres interétatiques ou encore pour réprimer des rébellions. Il s'agissait de soldats professionnels recrutés au sein des forces armées ordinaires de l'État.

36. Les combattants étrangers étaient tout au contraire des volontaires recrutés en raison de leur sympathie pour les mouvements révolutionnaires. Les révolutionnaires victorieux passaient souvent de révolutions en révolutions. Par exemple, le général Tadeusz Kościuszko a participé aux rébellions des Polonais contre la Russie et s'est battu dans le camp américain durant la Guerre d'indépendance. Les révolutionnaires américains n'ont pas ménagé leurs efforts pour recruter des combattants. Les combattants étrangers, expérimentés ou non, ont pris part à des insurrections et des rébellions au milieu de troupes souvent mal organisées.

37. Tout ceci explique que les combattants étrangers et les mercenaires aient été recrutés selon des modalités diverses et variées. Le recrutement de mercenaires, qui se fondait sur des négociations entre États, pouvait s'opérer de plusieurs façons. Néanmoins, il reposait souvent sur des ententes préexistantes passées entre les dirigeants, à l'image des accords qui ont permis à la Couronne britannique de louer les services de mercenaires originaires de Hesse et de Hanovre⁴⁸. Quelquefois, les États étaient autorisés à recruter des mercenaires dans une principauté donnée. Les combattants étrangers étaient pris en fonction de leur enthousiasme pour la cause qu'ils défendaient et bien souvent parce qu'ils connaissaient déjà les autres combattants, dont ils partageaient les idées ou les origines ethniques⁴⁹.

B. Du début du XX^e siècle jusqu'aux guerres de décolonisation

38. L'histoire des mercenaires et des combattants étrangers a pris un tour différent à l'orée début du XIX^e siècle. À partir de 1900 environ et jusqu'au début des conflits liés à la décolonisation dans les années 60, la guerre est devenue une activité étatique éminemment ciblée impliquant la mobilisation massive de soldats nationaux au titre du devoir envers l'État, souvent formulé en des termes hautement patriotiques. Dans ce contexte, les mercenaires et les combattants étrangers ont vu, les uns comme les autres, leurs activités se transformer.

39. Le recours à des mercenaires est tombé en désuétude au milieu du XIX^e siècle, après que le Royaume-Uni eut éprouvé des difficultés à en recruter pour la guerre de

⁴⁸ Voir R. Atwood, *The Hessians: Mercenaries from Hessen-Kassel in the American Revolution*, Cambridge University Press, 1980; S. Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations*, Oxford University Press, 2007.

⁴⁹ Voir David Malet, « Why foreign fighters?: historical perspectives and solutions », *Orbis*, vol. 54, n° 1, 2010, p. 101.

Crimée⁵⁰. La mise en place, par la suite, d'une conscription efficace dans toute l'Europe, justifiée par des motifs nationalistes, a fait que l'on a quasiment cessé de faire appel à des mercenaires : les États fournisseurs n'ont plus voulu envoyer leurs citoyens combattre à l'étranger et les États qui louaient leurs services ont abandonné cette pratique⁵¹.

40. Les combattants étrangers ont eux aussi été concernés par la montée du nationalisme. Durant cette période, il existait deux types de combattants étrangers. Les ressortissants des États touchés par les deux guerres mondiales formaient souvent des sous-groupes des armées nationales, à l'instar des légions polonaises et ukrainiennes qui, pendant la première Guerre mondiale, ont lutté aux côtés de l'armée austro-hongroise pour la création d'un État indépendant⁵², ou encore des Polonais ou des Français libres qui, pendant la seconde Guerre mondiale, ont été mis à contribution pour appuyer le vaste effort de guerre, et notamment pour remplacer les forces militaires rendues inactives par l'occupation allemande.

41. La Guerre civile espagnole est le conflit qui a le plus fait appel aux combattants étrangers durant cette période. Environ 40 000 combattants ont rejoint les Brigades internationales dans la lutte contre le fascisme. À l'époque, leurs membres suscitaient un certain sentiment de méfiance, en particulier à leur retour. Les combattants des brigades originaires du Canada et des États-Unis n'avaient pas accès aux postes de la fonction publique en raison de leur lien avec le communisme. Le camp nationaliste a aussi recruté un millier de volontaires⁵³. La Guerre civile espagnole faisait davantage penser aux insurrections et rébellions des époques antérieures au XIX^e siècle qu'aux deux guerres mondiales, où les combattants étrangers bénéficiaient d'un soutien quasi-étatique.

C. Des guerres de décolonisation à nos jours

42. L'utilisation de combattants étrangers n'a pratiquement pas évolué pendant la période allant des années 60 jusqu'à la fin de la guerre froide, alors que le recours aux mercenaires a connu un renouveau sous une forme différente. L'activité des combattants étrangers était principalement liée aux mouvements de résistance, en particulier en Afghanistan, où il était fait appel à eux pour résister aux forces soviétiques. Ils sont restés peu nombreux jusqu'en 1984, date à laquelle un effort religieux a été délibérément engagé pour recruter des musulmans dans l'objectif de barrer la route à la laïcisation communiste⁵⁴. L'utilisation de combattants étrangers en Afghanistan a marqué le début d'une période qui s'est poursuivie de la fin de la guerre froide jusqu'à nos jours et au cours de laquelle la plupart de ces combattants

⁵⁰ Voir S. Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2007 et C. C. Bayley, *Mercenaries for the Crimea: The German, Swiss and Italian Legions in British Service, 1854-1856*, Londres, McGill-Queen's University Press, 1977.

⁵¹ Voir J. E. Thomson, « State Practices, International Norms and the Decline of Mercenarism », *International Studies Quarterly*, Vol. 34, n°1, 1990, p. 23 à 47 et S. Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁵² Voir M. Flores, « Foreign Fighters Involvement in National and International Wars: A Historical Survey » in A. De Guttry et al. (dir.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, La Haye, Springer, 2016, p. 27 à 47.

⁵³ Voir D. Malet, « Why foreign fighters?: historical perspectives and solutions », *Orbis*, vol. 54, n° 1, 2010, p. 104.

⁵⁴ Ibid., p. 105.

étaient des musulmans aux motivations religieuses. Des combattants étrangers islamiques ont ainsi combattu au Kosovo⁵⁵, en Bosnie-Herzégovine⁵⁶, en Tchétchénie (Fédération de Russie)⁵⁷, en Afghanistan⁵⁸ et en Iraq⁵⁹, et combattent à présent en République arabe syrienne⁶⁰.

43. L'utilisation des mercenaires a beaucoup évolué pendant la décolonisation, quand l'idée de louer les services de soldats a été remise au goût du jour, sous une forme qui, toutefois, s'apparentait davantage à celle que prenait l'utilisation des mercenaires avant le XVII^e siècle. Des mercenaires ont été recrutés d'une part pour combattre dans les guerres qui ont suivi la décolonisation en Afrique, aussi bien par ceux qui cherchaient à rester au pouvoir pour défendre les intérêts coloniaux, comme cela a été le cas du Congo dans les années 60⁶¹, que par des groupes sécessionnistes, comme lors du conflit au Biafra (1967-1970)⁶², et dans des guerres civiles, notamment en Angola⁶³, et d'autre part pour mener des coups d'État, comme au Bénin, aux Comores et aux Seychelles⁶⁴.

44. Pendant la période de la décolonisation, les mercenaires ressemblaient fort à ceux de l'époque antérieure au XVII^e siècle. Ils constituaient des bandes de combattants peu structurées, généralement centrées autour d'un individu animé d'un esprit d'entreprise. Les accords qu'ils passaient étaient purement commerciaux. Si les mercenaires n'étaient pas connus pour leur efficacité militaire⁶⁵, la communauté internationale a commencé à s'en inquiéter en raison de l'impact qu'ils exerçaient sur les États récemment décolonisés. À la fin des années 80, alors que les guerres liées à la décolonisation commençaient à prendre fin, il était rare que l'on fît encore appel à ce type de mercenaires.

45. Après la guerre froide est apparue une nouvelle forme plus préoccupante de mercenariat : les sociétés militaires privées. Ces groupes de soldats dotés d'une structure organisationnelle rigoureuse affirmaient ne vouloir combattre que pour des États souverains. Quelques-unes de ces sociétés ont acquis une notoriété, notamment Executive Outcomes (en Angola et en Sierra Leone) et Sandline International (en Papouasie-Nouvelle-Guinée et en Sierra Leone). Nettement plus

⁵⁵ Toute référence au Kosovo, que ce soit à son territoire, à ses institutions ou à sa population, doit être envisagée dans le contexte de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité et sans préjudice du statut du Kosovo.

⁵⁶ Voir le document publié sous la cote E/CN.4/1995/29.

⁵⁷ Voir C. Moore et P. Tumelty, « Foreign fighters and the case of Chechnya: a critical assessment », *Studies in Conflict and Terrorism*, vol. 31, n° 5, 2008, p. 412 à 433.

⁵⁸ Voir le document publié sous la cote E/CN.4/2004/15 et D. Malet, *Foreign Fighters: Transnational Identity in Civil Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 2013, chap. 6.

⁵⁹ Voir J. Felter et B. Fishman, « Al-Qaida's foreign fighters in Iraq: a first look at the Sinjar records », Defence Technical Information Centre, 2007.

⁶⁰ Voir le document publié sous la cote A/70/330.

⁶¹ Voir A. Mockler, *Mercenaries*, Londres, Macdonald, 1969.

⁶² Voir J. de St. Jorre, *The Nigerian Civil War*, Londres, Hodder and Stoughton, 1972, 448 p. et A. Mockler, *Mercenaries*, Londres, Macdonald, 1969.

⁶³ Voir G. H. Lockwood, « Report on the trial of mercenaries: Luanda, Angola, June 1976 », *Manitoba Law Journal*, vol. 7, n°3, 1977, p. 183-202. et G. Thomas, *Mercenary Troops in Modern Africa*, Boulder, Westview Press, 1984.

⁶⁴ Voir A. Mockler, *The New Mercenaries: The History of the Hired Soldier from the Congo to the Seychelles*, Londres, Sidgwick and Jackson, 1985.

⁶⁵ Voir S. Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

efficaces que leurs prédécesseurs des années 60 et 70, elles ont fortement pesé sur les conflits dans lesquels elles sont intervenues. La lourde réprobation dont elles ont fait l'objet de la part de la communauté internationale a amené les sociétés de ce type à prendre conscience, à la fin des années 90, qu'elles ne pouvaient poursuivre leurs activités sous cette forme⁶⁶.

46. En 2003, l'intervention militaire en Iraq a donné l'occasion aux entreprises privées spécialisées dans le secteur militaire et la sécurité de prendre une forme nouvelle, moins controversée. De nombreux acteurs qui avaient déjà opéré comme sociétés militaires privées dans les années 90 ont monté de nouvelles entreprises de sécurité privées afin d'appuyer l'intervention dirigée par les États-Unis. Ces nouvelles structures, qui louaient principalement leurs services aux États, clamaient cependant haut et fort qu'elles évitaient de combattre et n'usaient de la force qu'à des fins défensives; leurs relations avec les forces armées nationales et leur argument selon lequel elles ne prenaient pas activement part aux combats leur ont permis de ne pas être juridiquement considérés comme des mercenaires⁶⁷.

47. Tant les entreprises privées spécialisées dans le secteur militaire et la sécurité du type de celles utilisées dans les années 90 en Iraq que les sociétés auxquelles il a été fait appel par la suite ont limité leurs services aux États souverains. En effet, le désengagement des troupes étrangères en Afghanistan et en Iraq a très fortement restreint la demande pour leurs services et le secteur a dû faire face à une vaste restructuration qui s'est accompagnée de multiples faillites⁶⁸. Ces entreprises sont très différentes des groupes de combattants étrangers, auxquels il est fait appel pour soutenir des insurrections qui ne sont pas dirigées par les États et qui ne prétendent pas respecter le droit international.

48. De précédents rapports du Groupe de travail⁶⁹ ont donné un aperçu de la plupart des activités auxquelles se livrent actuellement les combattants étrangers. Depuis les années 90, ces derniers ont pris part, pour des raisons essentiellement religieuses, aux conflits au Kosovo, en Tchétchénie (Fédération de Russie), en Afghanistan, en Iraq et en République arabe syrienne. L'organisation État islamique d'Iraq et du Levant (EIIL) a, de notoriété publique, recruté des combattants étrangers pour appuyer ses opérations. David Malet fait observer qu'au fil du temps, la mobilisation de groupes de combattants étrangers a été favorisée par l'existence d'une communauté transnationale dotée d'une identité très marquée et en mesure de communiquer et de voyager⁷⁰.

⁶⁶ Ibid., chap. 7.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Voir S. Percy, « Regulating the private security industry: a story of regulating the last war », *International Review of the Red Cross*, vol. 94, n° 887, 2012, p. 941 à 960.

⁶⁹ A/70/330 et A/69/338.

⁷⁰ Voir D. Malet, « Why foreign fighters?: historical perspectives and solutions », *Orbis*, vol. 54, n° 1, 2010, p. 107.

VI. Recrutement, encadrement juridique et conséquences de la motivation des mercenaires et combattants étrangers : ce que nous enseigne l'histoire

49. L'histoire commune des mercenaires et des combattants étrangers montre que les modifications intervenues dans la façon de mener la guerre ont eu des répercussions importantes sur ces deux types d'acteurs. À mesure que la guerre est devenue une activité relevant davantage de l'État, les rôles des uns et des autres se sont eux aussi modifiés. Cela étant, il est généralement avéré que les combattants étrangers ont surtout été associés aux rébellions, aux révolutions et aux insurrections, tandis que les mercenaires ont principalement été recrutés par les États. L'évolution historique des mercenaires et des combattants étrangers appelle un examen plus poussé de leurs similitudes et de leurs différences en termes de motivations, de recrutement et d'encadrement juridique.

A. Recrutement

50. Les mercenaires et les combattants étrangers ont, en apparence, des points communs pour ce qui concerne leur recrutement. Pendant la guerre menée en Angola au milieu des années 70, les mercenaires ont été recrutés par voie d'annonces publiées dans les journaux britanniques, tactique qui ne semble pas très différente de celle qui consiste aujourd'hui à utiliser les médias sociaux pour recruter des combattants étrangers. Néanmoins, la méthode de recrutement angolaise a fait notablement exception à la pratique générale en la matière. Les mercenaires ont longtemps été appréciés au motif qu'ils apportaient avec eux des compétences et des formations spécialisées – en particulier depuis les années 60. Aussi les mercenaires et les entreprises privées spécialisées dans le secteur militaire et la sécurité étaient-ils le plus souvent recrutés par le biais de contacts et de réseaux personnels forgés au fil de précédentes prestations de services.

51. Avant le XVII^e siècle, les chefs mercenaires faisaient appel à des individus qu'ils connaissaient et aux côtés desquels ils avaient combattu; depuis le XX^e siècle, il en va de même, à peu de choses près. Au cours de la période où les États faisaient entre eux commerce de mercenaires, il n'était pas rare que ceux-ci fussent délibérément formés pour faire partie d'une force qui pourrait travailler sous contrat à l'étranger. À mesure que le secteur s'est professionnalisé, la capacité à recruter du personnel expérimenté et efficace a été un avantage concurrentiel. Même de nos jours, les entreprises spécialisées dans ce domaine sont plus enclines à recruter par contacts personnels que par tout autre moyen, et ne comptent pas, pour la plupart, un nombre important de salariés à temps complet. Le mercenariat est une activité contractuelle dans le cadre de laquelle des individus bien précis sont recrutés pour un travail bien précis⁷¹. Les mercenaires et le personnel employé par les entreprises privées spécialisées dans le secteur militaire et la sécurité sont prisés pour l'expérience et les connaissances techniques militaires qu'ils ont précédemment acquises. Ils ont souvent été utilisés pour leur capacité à être ce que l'on appellerait aujourd'hui des « amplificateurs de puissance » car, grâce à leur haut niveau de compétences, un petit nombre de mercenaires peut avoir un impact considérable.

⁷¹ Voir S. Percy, « The changing character of private force » in H. Strachan et S. Scheipers (dir.), *The Changing Character of War*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 259 à 281.

52. Les combattants étrangers sont recrutés en s'appuyant sur des réseaux personnels et sur l'utilisation des médias à grande échelle. Selon David Malet, leur recrutement a suivi tout au long de l'histoire un modèle type, composé de quatre étapes. Dans un premier temps, les mouvements insurrectionnels (en général, le camp le plus faible) cherchent un soutien extérieur; dans un deuxième temps, ils ciblent, pour obtenir cet appui, des tierces personnes acquises à leur cause; dans un troisième temps, les tierces personnes les plus susceptibles d'être recrutées sont celles qui sont très actives au sein de la communauté concernée mais qui sont par ailleurs marginalisées dans la société au sens large; enfin, dans un quatrième temps, les recruteurs mettent en avant la menace existentielle qui pèse sur le groupe commun⁷².

53. Le recrutement a beaucoup été tributaire de l'utilisation des médias ainsi que des contacts personnels. Par le passé, ces modes de recrutement ont parfois consisté en des contacts avec des combattants à leur retour ou ont eu recours à la diffusion de brochures et de lettres. Actuellement, le recrutement passe en grande partie par les médias sociaux et les contacts personnels, tant directs qu'en ligne⁷³.

B. Encadrement juridique

54. Les mercenaires, tout comme les combattants étrangers, ont donné lieu tout au long de leur histoire à un important effort d'encadrement juridique. S'agissant des mercenaires, les mesures prises dans le passé pour les encadrer ont été mises en place en deux temps. Premièrement, lorsque les États sont devenus plus puissants, ils ont pu mettre un terme au système entrepreneurial sur lequel était fondé le mercenariat, qui était nécessaire au motif notamment que les mercenaires posaient, lorsqu'ils n'avaient plus de travail, un problème de sécurité de taille. Deuxièmement, les États ont arrêté de faire commerce des mercenaires entre eux quand l'emploi de ces derniers est devenu incompatible avec l'évolution des normes et des règles. À la fin du XVIII^e siècle et au début du XIX^e siècle, l'établissement de la conscription et la notion de service militaire civique ont rendu plus difficilement justifiable l'utilisation de soldats étrangers⁷⁴ et certains États, qui s'étaient doté d'une législation favorisant le principe de neutralité, ont craint d'être entraînés par les mercenaires dans des conflits dans lesquels ils espéraient rester neutres⁷⁵.

55. Les efforts déployés pour encadrer les mercenaires au cours du XX^e siècle et des entreprises privées spécialisées dans le secteur militaire et la sécurité au début du XXI^e siècle ont suivi un schéma similaire : les inquiétudes quant au respect de la neutralité, la remise en question du principe d'autodétermination nationale et les problèmes de sécurité que posait l'usage de la force par des acteurs non étatiques ont amené les États à fixer des règles. Les problèmes causés par les mercenaires durant les guerres de décolonisation ont incité les autorités à prendre des mesures pour y faire face. L'Assemblée générale et le Conseil de sécurité ont tous deux

⁷² Voir D. Malet, « Why foreign fighters?: historical perspectives and solutions », *Orbis*, vol. 54, n° 1, 2010, p. 100.

⁷³ Voir J. Klausen, « Tweeting the jihad: social media networks of Western foreign fighters in Syria and Iraq », *Studies in Conflict and Terrorism*, vol. 38, n° 1, 2015, p. 1 à 22.

⁷⁴ Voir S. Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁷⁵ Voir J. E. Thomson, *Mercenaries, Pirates and Sovereigns: State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

condamné l'utilisation de mercenaires⁷⁶. Les États ont mis en place l'article 47 du Protocole additionnel et ont élaboré la Convention pour résoudre la question des mercenaires.

56. Certains États ont également connu, à leur niveau, des problèmes avec les mercenaires. L'un des exemples les plus significatifs d'encadrement des activités de citoyens impliqués dans des conflits étrangers vient du Royaume-Uni. Ce pays a décidé d'intervenir lorsque plusieurs mercenaires qui avaient été recrutés principalement sur son territoire ont été capturés et jugés en Angola en 1976. Quatre d'entre eux, dont trois ressortissants britanniques, ont fini par être exécutés. Redoutant que les agissements de ses citoyens puissent placer le Gouvernement dans une situation malvenue, le Royaume-Uni a alors diligenté une enquête – la « Diplock Inquiry ». Le rapport issu de cette enquête⁷⁷ s'est intéressé à un large éventail de questions liées au service militaire à l'étranger et a fait notamment ressortir l'idée que ce service militaire était acceptable dans certaines circonstances (en particulier, la Guerre civile espagnole) et ne l'était pas dans d'autres⁷⁸.

57. Le rapport Diplock a aussi examiné les modalités pratiques permettant d'empêcher les individus de prendre part à des conflits étrangers. Les auteurs sont parvenus à la conclusion que cela posait de nombreuses difficultés, dont certaines pourraient se révéler insurmontables. Le rapport a pointé du doigt plusieurs aspects particulièrement problématiques : premièrement, les moyens d'empêcher les individus de quitter le pays; deuxièmement, l'archaïsme de la loi sur l'enrôlement à l'étranger; troisièmement les problèmes liés à la motivation et la reconnaissance de ce que le fait de servir à l'étranger puisse être dans une certaine mesure acceptable. Ces trois questions sont traitées plus en profondeur ci-après.

58. Le rapport Diplock a relevé que le fait de vouloir empêcher d'hypothétiques mercenaires de quitter le pays soulevait d'importantes difficultés. Une mesure de prévention pourrait consister à retirer les passeports des mercenaires, mais cela poserait de nombreux problèmes. Et les auteurs du rapport de conclure que « ni le refus de délivrer un passeport ni le retrait de ce document ne peuvent constituer un moyen administratif efficace d'empêcher ou de retarder le départ du pays d'un mercenaire potentiel »⁷⁹.

59. Le rapport Diplock s'est également penché sur l'efficacité de la loi sur l'enrôlement à l'étranger. Ce texte a été mis en place en 1870, plus ou moins à l'époque où de nombreux États se dotaient d'une telle législation. Les auteurs du rapport ont conclu que ladite loi n'était probablement pas applicable étant donné que la guerre avait changé de visage depuis années 1870, que le texte ne concernait pas le service effectué auprès de forces non étatiques, et qu'il était difficile de

⁷⁶ Voir S. Percy, « The United Nations Security Council and the use of private force », in V. Lowe *et al.* (dir.), *The United Nations Security Council and War*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

⁷⁷ Lord Diplock, D. Walker-Smith et G. de Freitas, « Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries », Londres, Stationery Office, 1976.

⁷⁸ Voir G. Hughes, « Soldiers of misfortune: the Angolan civil war, the British mercenary intervention and United Kingdom policy towards southern Africa, 1975-6 », *The International History Review*, vol. 36, n° 3, 8 janvier 2014, p. 493 à 512.

⁷⁹ Voir Lord Diplock, D. Walker-Smith et G. de Freitas, « Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries », Londres, Stationery Office, 1976, p. 6. Il a été relevé dans le rapport qu'il existait plusieurs autres difficultés liées aux passeports, mais que cela ne posait plus problème compte tenu des nouveaux moyens techniquement sophistiqués, utilisés pour la vérification des passeports et le contrôle de l'immigration.

démontrer ce qu'un combattant mis en cause avait effectivement fait lorsqu'il était à l'étranger. Les auteurs ont conclu en outre que ce dernier point était sans doute ce qui expliquait que cette loi n'ait jamais été utilisée à l'époque où ils avaient rédigé le rapport⁸⁰.

60. Les auteurs du rapport Diplock se sont également interrogés sur l'opportunité d'élaborer une nouvelle législation plus efficace qui ne concernerait que les mercenaires⁸¹, et ont conclu que cela n'était pas souhaitable car il était difficile de réduire les intentions d'un mercenaire à une norme permettant de faire aboutir une action en justice. Ils n'ont pas estimé qu'« il serait dans l'intérêt général d'imposer aux citoyens du Royaume-Uni l'interdiction globale de travailler en quelque qualité que ce soit (par exemple en tant qu'instructeur ou technicien) dans les forces militaires d'un État ami lorsque ces forces ne prennent part à aucune hostilité »⁸².

61. Il semble plus envisageable, à certains égards, d'établir une législation nationale moderne limitant le service militaire à l'étranger, étant donné que les passeports, qui ont bénéficié d'améliorations technologiques, sont plus facilement contrôlables et qu'un texte de loi moderne pourrait se montrer plus précis. En Australie par exemple, des dispositions juridiques de ce type s'appliquent aux « zones déclarées »⁸³ et, au Royaume-Uni, elles précisent les activités concernées en sanctionnant en conséquence les individus soupçonnés de participer ou de contribuer au terrorisme⁸⁴.

C. Incidences des motivations de nature différente sur la définition du régime juridique

62. Le contrôle des mercenaires et des combattants étrangers pose des problèmes différents, du fait de la nature différente de leurs motivations. Les mercenaires, qui combattent principalement par appât du gain, peuvent en théorie s'engager dans n'importe quel conflit armé où l'une des parties est disposée à les recruter, et ce à tout moment. En revanche, les combattants étrangers, qui défendent une cause particulière, sont beaucoup plus précis dans le choix de leur destination, lequel est une conséquence directe de leur motivation spécifique. Dans la pratique, il serait donc plus facile d'établir des dispositions puisque les individus affichant un intérêt pour certaines destinations deviendraient dès lors suspects.

63. La nature différente des motivations des combattants étrangers et des mercenaires a abouti à des différences dans les modalités de leur emploi. Les mercenaires étant vénaux, ils ont en général servi les intérêts des riches, et donc notamment des puissants, alors que les combattants étrangers, recrutés pour des raisons idéologiques ou religieuses, se sont souvent mis au service des moins puissants. L'histoire des mercenaires montre qu'ils ont surtout travaillé pour les États, et plus rarement pour des groupes insurrectionnels.

⁸⁰ Ibid., p. 9 et 10. Le *Foreign Enlistment Act* n'a jamais été utilisé à ce jour.

⁸¹ La restriction aux mercenaires est intéressante et fait ressortir que d'autres types de combats à l'étranger ne posaient virtuellement pas de problème politique à cette époque au Royaume-Uni.

⁸² Voir Lord Diplock, D. Walker-Smith et G. de Freitas, « Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries », Londres, Stationery Office, 1976, p. 11 et 12.

⁸³ Le texte intitulé *Counter-Terrorism Legislation Amendment (Foreign Fighters) Act 2014* (Australie) est évoqué plus en détail dans les pages qui suivent.

⁸⁴ Voir *Counter-Terrorism and Security Act 2015*.

64. En outre, il est probablement plus facile de peser sur les motivations financières que sur les motivations idéologiques ou religieuses. Si les mercenaires ne sont pas payés, ils ne combattront pas; par conséquent, empêcher qu'ils le soient serait une solution logique, si le recours à des mercenaires devait une fois de plus se généraliser et devenir problématique. Ce moyen ne serait pas aussi efficace contre des combattants étrangers. En effet, la motivation des combattants étrangers pose un problème particulier : les efforts faits pour les contrôler grâce à la législation et aux politiques nationales peuvent avoir des effets contre-productifs, s'ils sont perçus comme étant draconiens et en porte-à-faux avec les populations locales⁸⁵.

65. Il semble que les mercenaires et les combattants étrangers passent d'un conflit à l'autre, comme cela fut le cas lorsque les révolutionnaires se déplacèrent entre les États-Unis et la France pendant la guerre de l'Indépendance américaine et la Révolution française, puis plus tard pendant les révolutions européennes de 1848. Au XX^e siècle, des moujahidin ont combattu au Kosovo, en Afghanistan et en Iraq. De même, des mercenaires se sont déplacés d'un conflit à l'autre. Au cours des périodes pré et post-napoléoniennes, de nombreux généraux ont pris part à de multiples conflits⁸⁶. Dans les années 60 et 70, deux célèbres mercenaires se sont engagés dans de nombreux conflits africains, et aujourd'hui encore, des mercenaires passent d'un conflit à l'autre en Afrique de l'Ouest. La faculté des mercenaires et des combattants étrangers à se déplacer partout dans le monde pose évidemment des problèmes de contrôle, d'autant qu'une simple restriction de leur circulation à une zone donnée pourrait ne pas résoudre la question.

66. On redoute également que les mercenaires et les combattants étrangers rentrent chez eux avec des connaissances et des compétences militaires plus développées. Cette préoccupation est particulièrement vive dans le cas des combattants étrangers, dont beaucoup, à l'origine, ne savaient peut-être pas se servir des armes ou n'avaient pas d'expérience de la planification ou de la coordination d'actions violentes. Bien que très peu de combattants étrangers rentrent chez eux pour en commettre, il est permis de penser que ceux qui le font ont plus de chances de réussir parce qu'ils ont plus d'expérience et sont mieux entraînés⁸⁷. Alors que les mercenaires ont généralement une expérience militaire, eux aussi peuvent rentrer dans leur État d'origine avec davantage de connaissances et de compétences, notamment lorsque l'armée de leur État d'origine n'est pas particulièrement qualifiée, et cela peut se révéler problématique dans les États où l'administration publique est faible.

⁸⁵ Voir H. Tahiri et M. Grossman, *Community and Radicalization: An Examination of Perceptions, Ideas, Beliefs and Solutions Throughout Australia*, Victoria Police and Victoria University, 2013.

⁸⁶ Voir S. Percy, « The Changing Character of Private Force », in *The Changing Character of Private War*, éd. Hew Strachan and Sibylle Scheipers, Oxford University Press, 2011, p. 266.

⁸⁷ Thomas Hegghammer estime que parmi les combattants étrangers de retour, un sur neuf commet des actions violentes en Occident, mais que celles-ci sont davantage susceptibles d'entraîner la mort que celles qui ne sont pas commises par des combattants étrangers de retour. Voir T. Hegghammer, « Should I Stay or Should I Go? Explaining Variation in Western Jihadists' Choice between Domestic and Foreign Fighting », *American Political Science Review*, vol. 107, n° 1, 2013, p. 10 et 11. Il est à noter que ces données sont antérieures aux attentats terroristes perpétrés en Belgique en 2016 et à Paris, fin 2015, qui ont été tous deux le fait d'ex-combattants étrangers. Pour la Belgique, voir : <https://www.theguardian.com/world/2016/mar/22/why-was-belgium-targeted-by-bombers>; pour Paris, voir : <http://www.nato.int/docu/review/2015/ISIS/Paris-attacks-terrorism-intelligence-ISIS/EN/index.htm>.

67. L'évolution de la nature de la guerre explique quelque peu la menace que posent les combattants étrangers et les mercenaires. Avant le XIX^e siècle, la violence était d'un usage courant, la plupart des gens savaient manier les armes, celles-ci n'étaient pas sophistiquées et, en tout état de cause, il y avait un vivier de mercenaires et de combattants qualifiés; leurs aventures à l'étranger n'augmentaient pas beaucoup les risques qu'ils présentaient quand ils rentraient chez eux. Comme le niveau de violence a diminué, en particulier dans les pays développés, la plupart des gens n'ont plus d'expérience personnelle de la violence. Les combattants étrangers de retour dans leur pays peuvent donc avoir acquis des compétences supérieures à celles de la population en général, compétences que l'État est dès lors peu apte à maîtriser. Les mercenaires et les employés des sociétés militaires et de sécurité privées peuvent relever de la même catégorie⁸⁸.

68. Historiquement, établir une distinction entre les mercenaires et les combattants étrangers en fonction de la nature de leur motivation est sensé. La législation qui régissait l'enrôlement des étrangers au XIX^e siècle ne se souciait pas de la motivation, mais plutôt du service à l'étranger, car elle était axée sur la neutralité. La motivation individuelle n'avait pas autant d'importance que la perspective d'un embrigadement dans une guerre non voulue. Cependant, dans le concept de « mercenaire » le plus couramment admis, on trouve toujours une motivation d'ordre financier⁸⁹. Les mesures juridiques prises au vingtième siècle se sont considérablement appuyées sur ce facteur⁹⁰.

69. Lorsque l'on veut caractériser des acteurs en fonction de leur motivation, les difficultés pratiques, et notamment d'ordre juridique, sont importantes. Premièrement, les motivations peuvent être éclectiques. Les soldats de tout type sont rémunérés, de nombreux soldats nationaux peuvent être motivés par des raisons pécuniaires et, dans certaines circonstances, les combattants étrangers sont rémunérés pour leurs services. Deuxièmement, les problèmes liés à la question de la preuve sont considérables si l'on veut faire de la motivation une caractéristique déterminante. Il est difficile de prouver avec la certitude requise par les dispositions du droit pénal qui concernent le respect du droit individuel qu'une personne a une motivation particulière⁹¹.

70. Malgré ces difficultés pratiques et logiques, les archives historiques montrent que les différences constatées entre la motivation des mercenaires et celle des combattants étrangers ont une incidence sur les trois points distinctifs suivants : ceux pour qui ils combattent, les types de conflits dans lesquels ils s'engagent en général et l'extension du conflit dans les zones où ils combattent.

⁸⁸ Apprendre la violence à l'étranger et la rapatrier n'est pas nécessairement l'apanage des combattants étrangers. Les auteurs de la fusillade contre la police à Baton Rouge, en Louisiane, et à Dallas, au Texas, en 2016, étaient tous deux d'anciens militaires. Voir <https://theconversation.com/dallas-and-baton-rouge-shooters-a-reminder-of-the-troubled-history-of-black-veterans-in-america-62461>.

⁸⁹ Voir S. Percy, *Mercenaries : The History of a Norm in International Relations*, Oxford University Press, 2007.

⁹⁰ Tant l'Article 47 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux que la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires, présentent les motivations d'ordre financier comme une caractéristique essentielle du mercenaire.

⁹¹ Voir Lord Diplock, D. Walker-Smith, et G. de Freitas, *Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries*, London, Stationery Office, 1976.

VII. Responsabilité et recours pour les victimes de violations des droits de l'homme

71. Tous les acteurs qui recourent à la violence doivent répondre de leurs actes au regard du droit international humanitaire et du droit pénal international, quel que soit leur statut. Toutefois, dans la mesure où ils emploient la force en dehors du contrôle d'un État souverain et en particulier en dehors du cadre relativement robuste des mécanismes pour la protection des droits de l'homme en place dans les armées nationales, les mercenaires et les combattants étrangers sont peut-être plus susceptibles de violer les droits fondamentaux et d'éviter les sanctions lorsqu'ils l'ont fait.

72. Comme les combattants étrangers, les mercenaires peuvent commettre et ont commis des violations des droits de l'homme, mais dans leur cas et dans celui des sociétés militaires privées, les employeurs peuvent faire l'objet de pressions qui les incitent à éviter de tels comportements. Ces pressions ont régulièrement été d'utiles outils non-juridiques servant à contrôler l'emploi de la force par le privé⁹². Dans le cas des sociétés militaires et de sécurité privées, des mécanismes internationaux, tels que le Document de Montreux⁹³ et le Code de conduite international des entreprises de sécurité privées⁹⁴, cherchent à mettre en œuvre des mesures supplémentaires qui permettront d'encourager les comportements licites.

73. Malheureusement, les pressions exercées par le marché et d'autres mécanismes juridiques ne sont pas aussi efficaces quand il s'agit de régir le comportement des combattants étrangers. C'est en particulier le cas pour l'État islamique d'Iraq et du Levant (EIIL), une organisation qui s'est servi des violations flagrantes des droits de l'homme comme d'un outil de propagande, en diffusant des vidéos d'une effroyable violence⁹⁵. Dans ces cas-là, les violations des droits de l'homme n'ont d'effet ni sur le marché ni sur la réputation de l'organisation.

74. En effet, les combattants étrangers peuvent être particulièrement enclins à commettre des violations des droits de l'homme, car ils sont indifférents au sort des populations des régions où ils combattent. Historiquement, des intellectuels comme Rousseau et Voltaire craignaient que des mercenaires étrangers ne soient utilisés pour réprimer les populations locales, car les gens du cru seraient moins susceptibles de le faire⁹⁶. On pourrait mettre cela en parallèle avec les combattants étrangers. Toutefois, il convient aussi de noter que des organisations comme l'EIIL ne semblent rencontrer aucune difficulté à recruter et à radicaliser aussi bien des gens du cru que des étrangers.

⁹² Voir Deborah Avant, « The emerging market and problems of regulation », in *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, éd. Simon Chesterman and Chia Lehnardt, Oxford University Press, 2007, p. 187 à 194.

⁹³ Voir <http://www.mdforum.ch/>.

⁹⁴ Voir <http://icoca.ch/>.

⁹⁵ Voir <https://www.theguardian.com/world/2015/feb/08/isis-islamic-state-ideology-sharia-syria-iraq-jordan-pilot>.

⁹⁶ Voir Sarah Percy, « Morality and regulation », in *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, éd. Simon Chesterman and Chia Lehnardt, Oxford University Press, 2007, p. 19.

VIII. Incidence sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

75. Outre leurs incidences sur les droits de l'homme en général, les mercenaires et les combattants étrangers peuvent exercer une influence spécifique sur l'autodétermination nationale. Comme son intitulé l'indique, le Groupe de travail a constaté depuis longtemps l'incidence des mercenaires sur l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tout comme l'ont fait l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité⁹⁷. À l'époque de la décolonisation, les mercenaires étaient essentiellement employés par ceux qui cherchaient à saper les États nouvellement décolonisés, et le lien avec l'autodétermination était assez clair.

76. Les combattants étrangers se battent souvent pour l'autodétermination nationale ou pour telle ou telle vision politique de l'État. Comme indiqué ci-dessus, ils peuvent combattre au service des groupes insurrectionnels ou révolutionnaires. Ils peuvent soit subvertir l'autodétermination, soit la soutenir. Toutefois, la question de l'autodétermination nationale peut se révéler moins importante que le fait que, dans certains cas, la communauté internationale ou une grande partie de celle-ci peut soutenir l'action que mènent les combattants étrangers pour renverser des États souverains. Il peut arriver que des combattants étrangers jouent un rôle important dans le renversement de régimes tyranniques. C'est même la raison pour laquelle la loi de la neutralité susmentionnée est si difficile à mettre en pratique.

IX. Conclusions et recommandations

77. Il y a des similitudes et des différences importantes entre les mercenaires et les combattants étrangers qui peuvent utilement éclairer toute démarche concernant leur réglementation. Des différences importantes sont constatées dans le recrutement et les motivations et leurs incidences sur le type de conflit considéré et sur les dispositions. Compte tenu de l'analyse des points communs entre les mercenaires et les combattants étrangers en ce qui concerne le recrutement et l'incidence sur les droits de l'homme et sur l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ainsi que de l'évolution des circonstances à l'origine de leur utilisation, le Groupe de travail réaffirme que les combattants étrangers sont vraisemblablement une expression contemporaine du mercenariat ou que leurs activités sont en relation avec celui-ci.

78. Les mercenaires et les combattants étrangers peuvent tous exercer une violence considérable tant à l'intérieur qu'en dehors du contrôle exercé par l'État. En conséquence, leurs activités doivent être surveillées de près. Toutefois, l'histoire de leurs activités et des tentatives faites pour les contrôler met en évidence des différences considérables.

79. L'histoire longue et contrastée du droit international concernant l'utilisation des mercenaires montre qu'il est difficile d'incriminer ou de tenter de sanctionner tel ou tel type d'acteur dans tous les cas de figure. Les définitions précises du mercenaire qui figurent à l'article 47 du Protocole

⁹⁷ Dans sa résolution 31/34 (1976), l'Assemblée générale a répété que la pratique consistant à utiliser des mercenaires contre les mouvements de libération nationale et d'indépendance était un acte criminel.

additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 (Protocole I) et dans la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires délimitent clairement ce qu'est un mercenaire, mais ce faisant, elles créent peut-être un trop grand nombre de lacunes pour que la législation soit applicable.

80. Les tentatives de contrôle de certains types d'activités mercenaires sont également examinées en regard de la réglementation du mercenariat ou de l'interdiction des mercenaires en tant que tels. C'est la démarche que de nombreux États occidentaux ont préconisée tout au long de l'élaboration de la Convention. Certaines de ces activités, comme la planification et la réalisation d'un coup d'État, auraient déjà été illégales. Cette démarche aurait exigé des États et de la communauté internationale qu'ils veillent à ce que le droit international coïncide et s'harmonise avec le droit interne.

81. L'examen des dispositions du droit interne relatives aux combattants étrangers montre qu'il ne se dégage pas de tendance notable en faveur de la mise en place d'un régime international s'appliquant expressément aux combattants étrangers en tant que tels, et que seuls quelques États s'y essayent. Cependant, beaucoup plus d'efforts ciblés sont déployés pour contrôler les combattants étrangers qui se battent dans des régions particulières ou qui commettent des crimes liés au terrorisme. L'efficacité de cette démarche reste à démontrer.

82. Une autre solution, qui a été appliquée aux sociétés militaires et de sécurité privée, mais qui serait plus difficilement applicable aux combattants étrangers, est celle du « droit souple », adoptée dans le Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les États en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées opérant pendant les conflits armés, dont les dispositions ne créent pas un nouveau droit contraignant mais rappellent plutôt les obligations du droit international humanitaire et soulignent les meilleures pratiques, et le Code de conduite international des entreprises de sécurité privées. Ces documents requièrent que les signataires émettent le souhait d'être soumis à une réglementation, et que les pressions exercées par le marché et celles portant atteinte à la réputation produisent leurs effets en l'absence de sanctions internationales plus formelles. Comme il est peu probable que les combattants étrangers veuillent être réglementés et vu qu'ils sont moins exposés aux pressions exercées par le marché et à celles portant atteinte à leur réputation, cette approche ne saurait être concluante.

83. En conséquence, il serait difficile d'établir un régime juridique international applicable aux combattants étrangers. En outre, dans certaines circonstances, l'emploi de combattants étrangers peut constituer une réponse, sinon souhaitable, du moins compréhensible, à la tyrannie. Il est donc peu probable que tous les États soient désireux de restreindre l'emploi de combattants étrangers dans tous les cas de figure.

84. Les combattants étrangers continueront de constituer de graves menaces pour la sécurité, en prolongeant les guerres et en rentrant éventuellement chez eux après s'être radicalisés et avoir acquis de nouvelles connaissances militaires. De nos jours, les combattants étrangers sont employés par des acteurs pour qui la paix et la stabilité internationales ne présentent aucun

intérêt et qui n'ont pas d'objectifs négociables, ce qui signifie que le règlement pacifique des conflits auxquels ils prennent part est peu probable.

85. Le contexte de conflit armé dans lequel opèrent de nombreux combattants étrangers déclenche l'application du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme en tant que cadre pour la responsabilité et que recours pour les victimes. En outre, l'absence de marge de manœuvre de la définition donnée dans la Convention oriente vers un régime juridique, ou un régime juridique révisé, qui reflète la nature évolutive du phénomène consistant à être rémunéré afin de se rendre à l'étranger pour combattre et commettre des violations des droits de l'homme. Un tel régime doit prendre en considération les problèmes de droits fondamentaux liés au fait de limiter le franchissement des frontières, chercher à s'attaquer aux motivations et aux causes profondes, et veiller à établir les responsabilités et les recours en cas de violation des droits de l'homme. Il doit en même temps ne pas être trop souple pour ne pas donner lieu à des abus au nom de la lutte contre le terrorisme.

86. Le Groupe de travail fait donc l'éloge du projet d'études détaillées entrepris par l'Organisation des Nations Unies et des entités de la société civile pour examiner les États qui ont établi une législation concernant les combattants étrangers, en réponse à la résolution 2178 (2014) du Conseil de sécurité. Il recommande également une analyse comparative de toutes les dispositions du droit interne qui concernent les combattants étrangers. Afin d'améliorer la coordination internationale des efforts nationaux déployés pour traiter la question, il faut tout d'abord déterminer si les États donnent suite à la résolution 2178 (2014) et comment ils le font. Pour ce faire, il convient de rappeler que la résolution porte sur les « combattants terroristes étrangers », et non sur des combattants étrangers proprement dits.

87. Le Groupe de travail exhorte les États Membres de l'Organisation des Nations Unies à veiller à ce que leur droit interne relatif à la lutte contre les combattants étrangers soit conforme au droit international des droits de l'homme. Il encourage aussi une coopération internationale sous la forme d'accords d'entraide judiciaire et d'extradition afin de faciliter la collecte de preuves et la mise en œuvre des poursuites nécessaires à mieux établir la responsabilité des combattants étrangers qui violent les droits fondamentaux.

Annexe

Définitions de mercenaire

Article 47 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)

1. Un mercenaire n'a pas droit au statut de combattant ou de prisonnier de guerre
2. Le terme « mercenaire » s'entend de toute personne:
 - a) Qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé;
 - b) Qui, en fait, prend une part directe aux hostilités;
 - c) Qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, 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;
 - d) Qui n'est ni ressortissante d'une Partie au conflit, ni résidente du territoire contrôlé par une Partie au conflit;
 - e) Qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit; et
 - f) Qui n'a pas été envoyée par un État autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit État.

Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires (1989)

3. Le terme « mercenaire » s'entend de toute personne :
 - a) Qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé;
 - b) Qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, 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;
 - c) Qui n'est ni ressortissante d'une Partie au conflit, ni résidente du territoire contrôlé par une Partie au conflit;
 - d) Qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit; et
 - e) Qui n'a pas été envoyée par un État autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit État.
4. Le terme mercenaire s'entend également, dans toute autre situation, de toute personne :
 - a) Qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour prendre part à un acte concerté de violence visant à :

- i) Renverser un gouvernement ou, de quelque autre manière, porter atteinte à l'ordre constitutionnel d'un État; ou
 - ii) Porter atteinte à l'intégrité territoriale d'un État;
 - b) Qui prend part à un tel acte 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;
 - c) Qui n'est ni ressortissante ni résidente de l'État contre lequel un tel acte est dirigé;
 - d) Qui n'a pas été envoyée par un État en mission officielle; et
 - e) Qui n'est pas membre des forces armées de l'État sur le territoire duquel l'acte a eu lieu.
-