

Droit international humanitaire coutumier

François Bugnion *

Introduction

Aussi haut que l'on remonte dans l'histoire de l'humanité, on rencontre l'omniprésence de la guerre. L'homme entre dans l'histoire en guerrier. C'est en guerrier qu'il se représente sur les bas-reliefs des palais et des temples. Ce sont ses exploits guerriers que chantent Homère et Virgile, ainsi que la grande épopée indienne du Mahabharata. Ce sont des armées de guerriers en terre cuite que l'on a retrouvées autour du tombeau du grand empereur Qin Shi Huangdi qui unifie la Chine et la fait entrer dans l'histoire.

Toutefois, aussi haut que l'on remonte dans l'histoire, on constate aussi que les civilisations se sont efforcées d'établir des règles visant à limiter les horreurs de la guerre.

Durant des siècles, il s'est agi d'un ensemble de règles non écrites que l'on respectait car on considérait qu'elles correspondaient à une certaine conception de l'honneur militaire, qui s'incarnait dans les codes de chevalerie, attestés sur tous les continents; on les respectait car il s'agissait d'usages immémoriaux, qui avaient toujours été respectés et dont l'origine se perdait dans la nuit des temps;

* François Bugnion est conseiller diplomatique auprès de la Direction générale du Comité international de la Croix-Rouge. Il est entré au service du CICR en 1970 et a servi comme délégué en Israël et dans les territoires occupés, au Bangladesh, en Turquie et à Chypre, puis comme chef de mission au Tchad, au Vietnam et au Cambodge. De 1996 à 1998, il était délégué général pour l'Europe orientale et l'Asie centrale. De janvier 2000 à juin 2006, il était directeur du Droit international et de la Coopération au CICR. Le présent article est une contribution personnelle de son auteur et ne reflète pas nécessairement les vues du CICR. Il a été publié en français dans la *Revue Suisse de droit international et européen / Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht / Swiss Review of International and European Law*, 17e année, 2/2007, pp. 165-214.

on les respectait car on pressentait que ces règles étaient indispensables pour empêcher une dérive vers une violence illimitée. On les respectait, enfin, car on considérait qu'elles étaient dictées par la divinité.

Toutes les civilisations ont développé des règles visant à limiter la violence puisque la limitation de la violence est l'essence même de la civilisation. Ces règles n'étaient pas forcément identiques à celles que l'on connaît aujourd'hui, car elles répondaient aux besoins et aux valeurs des civilisations au sein desquelles elles se sont développées. Ainsi, les anciens Grecs ne se souciaient guère du sort des prisonniers, qui étaient réduits en esclavage lorsqu'ils n'étaient pas massacrés.¹ En revanche, ils attachaient une très grande importance à celui des défunts. Après chaque bataille, le vainqueur se devait d'accorder une trêve et de permettre au vaincu de relever ses morts et de leur rendre les derniers devoirs.²

De même, l'ancien droit des conflits armés hindou, fondé sur le principe d'humanité, comportait de nombreuses règles visant à limiter la violence.³ Les *Upanishads* enseignent que tous les êtres humains sont l'œuvre du Créateur et que tous sont ses enfants.⁴ Les anciens Hindous respectaient la distinction entre les objectifs militaires, qui pouvaient seuls être attaqués, et les objets civils,

¹ Pierre DUCREY, *Le traitement des prisonniers de guerre dans la Grèce antique, Des origines à la conquête romaine*, Paris, Éditions É. de Boccard, 1968.

² On pourra se référer aux nombreux exemples cités par Thucydide : *La guerre du Péloponnèse*, Livre I, chap. I, § 63; Livre II, chap. II, § 79; chap. III, § 92, etc.

³ Pour une présentation générale du droit des conflits armés dans l'Inde ancienne, on pourra notamment se référer aux ouvrages et travaux suivants: Harbans S. BHATIA (éd.), *International Law and Practice in Ancient India*, New Delhi, 1977; Hiralal CHATTERJEE, *International Law and Inter-state Relations in Ancient India*, 1958; V. S. MANI, « International humanitarian law: an Indo-Asian perspective », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 841, mars 2001, pp. 59-76; Nagendra SINGH, *India and International Law*, New Delhi, vol. 1, 1973; Sekharipuram V. VISWANATHA, *International Law in Ancient India*, Bombay, 1925. On pourra également se reporter à «War in ancient India» in *A Tribute to Hinduism – http://www.tributetohinduism.com/War_in_Ancient-India.htm* [104 pages, 23 avril 2004].

⁴ Lakshmikanth Rao PENNA, « Conduite de la guerre et traitement réservé aux victimes des conflits armés : Règles écrites ou coutumières en usage dans l'Inde ancienne. » *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 778, juillet-août 1989, pp. 346-363. Les *Upanishads* sont une des sources du droit hindou. C'est un recueil védique de 112 écrits spéculatifs et mystiques. Ce recueil est notamment connu, d'une part pour la doctrine du *brahman*, l'ultime et universelle réalité de la pureté de l'être et de la conscience et, d'autre part, pour l'idée qu'en réalisant l'équation entre le *brahman* et l'*âtman* (l'être profond ou l'âme) l'homme transcende la joie, la peine, la vie et la mort, et se libère totalement de la nécessité de la réincarnation.

contre lesquels il était interdit de diriger des attaques.⁵ La guerre ne visait que les combattants. Villes et cités devaient être épargnées, même lorsque l'armée adverse passait au travers.⁶

De même, la communauté musulmane a été confrontée à la guerre dès l'origine de l'Islam; elle a dès lors établi des règles visant à régir les méthodes et moyens de combat et à protéger les blessés, les prisonniers et les populations civiles, les lieux de cultes et les monastères.⁷

A l'instar de l'ensemble du système juridique islamique, le droit humanitaire en Islam repose principalement sur des règles puisées dans *Le Coran*. Ce système juridique d'émanation divine prescrit notamment deux principes fondamentaux. Le premier, tiré de la Sourate 2 (« La Vache »), interdit aux musulmans de commettre des agressions,⁸ alors que le second, inspiré de la Sourate 5 (« La

⁵ Mégasthènes, l'ambassadeur grec que Seleucos Nicator dépêcha à la Cour de l'empereur Chandragupt Maurya à Pataliputra, relevait : « Tandis que les autres nations ont coutume, quand la guerre fait rage, de dévaster les terres et de rendre impossible toute culture, chez les Indiens au contraire, même au plus fort d'une bataille se déroulant dans le voisinage, tout sentiment de péril est épargné à ceux qui travaillent la terre, les agriculteurs appartenant à une classe sacrée et inviolable. Les adversaires qui s'affrontent se livrent entre eux à un véritable carnage, tout en permettant aux agriculteurs de continuer à travailler en paix. En outre, jamais les Indiens n'incendient le territoire d'un ennemi, ni n'en abattent les arbres. » Cité par PENNA, *loc. cit.*, pp. 352-353, qui renvoie à John W. McCrindle, *Ancient India as described by Megasthenes and Arrian*, Calcutta, 1926, p. 33.

⁶ Nous sommes très reconnaissant au Professeur Lakshmikanth Rao Penna, Professeur à l'Université nationale de Singapour, qui a bien voulu nous donner de précieuses indications sur le droit applicable dans l'Inde ancienne.

⁷ Voir par exemple Muhammad ibn al-Hasan al-SHAYBANI, *Kitab al-Siyar al-Saghir* (The Shorter Book on Muslim International Law), Edited, translated and annotated by Mahmood Ahmad Ghazi, Islamic Research Institute, International Islamic University, Islamabad, 1998. La littérature relative à l'Islam et au droit international humanitaire est abondante. Parmi les publications récentes, on peut mentionner Said El-DAKKAK, « Le droit international humanitaire entre la conception islamique et le droit international positif », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 782, mars-avril 1990, pp. 11-25; Zidane MERIBOUTE, *La fracture islamique : demain, le soufisme ?* Paris, Fayard, 2004, en particulier les pages 153 sqq.; Ameer ZEMMALI, *Combattants et prisonniers de guerre en droit islamique et en droit international humanitaire*, Paris, Éditions A. Pedone, 1997; Sheikh Wahbeh Al-ZUHILI, « Islam and International Law », *International Review of the Red Cross*, No. 858, June 2005, pp. 269-283.

⁸ « Combattez sur le chemin de Dieu ceux qui vous combattent, mais ne commettez pas d'agression. Dieu n'aime pas les agresseurs », *Le Coran*, traduit par A. HAKKAT, Éditions Dar El Fikr, Beyrouth, 2004, p. 89.

Table servie »), leur impose le respect de la vie humaine.⁹ La plupart des juristes musulmans s'accordent à dire que c'est sur ces idées-forces que reposent les règles humanitaires reconnues par les musulmans.¹⁰ Ces règles interdisent d'infliger aux combattants ennemis des traitements inhumains, de maltraiter les prisonniers,¹¹ de tuer les moines,¹² les vieillards, les femmes et les enfants.¹³ De surcroît, la perfidie et la trahison sont strictement prohibées¹⁴ et le pillage,¹⁵ comme la destruction des biens civils (maisons, palmiers, champs de blé, arbres fruitiers, etc.) sont explicitement interdits par l'Islam.

Généralement d'inspiration religieuse ou fondées sur les codes de chevalerie, ces règles étaient respectées entre peuples qui parlaient la même langue, participaient à la même culture et honoraient le même dieu. En revanche, elles étaient trop souvent oubliées lorsque la guerre opposait des nations appartenant à des espaces culturels différents ou qui n'honoraient pas le même dieu. Nul

⁹ « ...quiconque tuerait une personne non coupable d'un meurtre ou de corruption sur la terre, c'est comme s'il avait tué tous les hommes. Et quiconque lui fait don de la vie, c'est comme s'il faisait don de la vie à tous les hommes... », *Ibid.*, p. 344.

¹⁰ Bassam TIBI, *War and Peace in Islam* dans *The Ethics of War and Peace – Religious and Secular Perspectives*, dir. de publication Terry NARDIN, Princeton University Press, New Jersey, 1996, pp. 130 et suiv.; Z. MERIBOUTE, *La Fracture islamique*, *op. cit.*, p. 155; Zidane MERIBOUTE, « Humanitarian Rules and Sanctions in the Major Philosophical and Religious Traditions », in *Making the Voice of Humanity Heard*, Edited by Liesbeth LIJNZAAD, Johanna VAN SAMBEEK and Bahia TAHZIB-LIE, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden & Boston, 2004, p. 375; Hamad SULTAN, « La conception islamique », dans *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Genève, Institut Henry Dunant, et Paris, UNESCO et Éditions A. Pedone, 1986, pp. 47-60.

¹¹ Ameer ZEMMALI, *Combattants et prisonniers de guerre en droit islamique et en droit international humanitaire*, Paris, Éditions A. Pedone, 1997.

¹² Voir *Chaybani, siyar*, commenté par SARAKHSI, éditions S. A. Al- Munajjid vol. I, Le Caire, Institut des Manuscrits de la Ligue des États Arabes, 1971, pp.43 et suiv.; ZEMMALI, *op. cit.*, pp.109 et suiv.; John A. WILLIAMS, *Themes of Islamic Civilization*, Berkeley, University of California Press, 1972, p. 262; Sohail H. HASHMI, « Interpreting the Islamic Ethics of War and Peace » dans *The Ethics of War and Peace*, *op. cit.*, p. 161. Sur la protection des monastères et des synagogues en islam : voir Abou Yousof YA'KOUB, *Le Livre de l'Impôt foncier*, Paris, 1921, pp. 213 et suiv.

¹³ Voir les déclarations de Mahomet et de Omar dans Abou Yousof YA'KOUB, *Le Livre de l'Impôt foncier*, pp. 302 et suiv.; ZEMMALI, *op. cit.*, p. 110; SULTAN, *loc. cit.*, p. 58.

¹⁴ EL-DAKKAK, *loc. cit.*, pp. 111-125; M. ABUZALMA, « La théorie de la guerre en Islam », *Revue égyptienne de droit international*, 1958, p. 30.

¹⁵ Yadh Ben ACHOUR, « Islam et droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 722, mars-avril 1980, pp. 59-69. Nous sommes très reconnaissant à notre collègue Zidane Meriboute qui a bien voulu nous donner de précieuses indications sur le droit international humanitaire en droit musulman.

besoin de rappeler ici les cortèges d'horreurs auxquelles les Croisades et les guerres de religion ont donné lieu.¹⁶

En fondant le droit international sur l'accord et sur la pratique des souverains et des États, Grotius et les autres pères du droit international public contemporain¹⁷ ont permis l'émergence d'un droit international universel, couvrant aussi bien le temps de paix que le temps de guerre et capable de transcender les frontières des cultures et des civilisations. Toutefois, c'est Henry Dunant, le visionnaire, qui doit être considéré comme le véritable pionnier du droit international humanitaire contemporain. En appelant de ses vœux l'adoption de « *quelque principe international, conventionnel et sacré* », qui protégerait les blessés et tous ceux qui s'efforcent de leur venir en aide,¹⁸ Henry Dunant a donné une impulsion décisive à la codification du droit international humanitaire. En provoquant l'adoption de la première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne, du 22 août 1864, Dunant et les autres fondateurs du Comité international de la Croix-Rouge ont posé les bases d'un droit humanitaire conventionnel, fondé sur l'accord des États, libéré du lien avec le substrat religieux et qui pouvait dès lors tendre à l'universalité.

Premier traité de portée générale conclu en temps de paix et en dehors du règlement de tout conflit armé en vue de régir le comportement des belligérants, la Convention de 1864 a démontré la possibilité d'établir en temps de paix des règles destinées à limiter la violence des combats et à protéger les victimes de la guerre en régissant les rapports réciproques des belligérants lors des conflits à venir. Elle a marqué le point de départ d'un développement normatif considérable, jalonné par la révision de la convention originale en 1906, 1929 et

¹⁶ Les chroniqueurs latins ont relaté sans sourciller les massacres par lesquels les Croisés ont souillé leur victoire lors de la prise de Jérusalem. Ainsi, Mathieu d'Édesse relate que Godefroy de Bouillon aurait fait immoler 65'000 « infidèles » dans le Temple de Jérusalem. Paul ROUSSET, *Histoire des Croisades*, Paris, Éditions Payot, 1978, pp. 104-105; Zoé OLDENBOURG, *Les Croisades*, Paris, Gallimard, 1965, pp. 154-156; Steven RUNCIMAN, *A History of the Crusades*, vol. I, *The First Crusade*, Harmondsworth, Penguin Books, 1971, p. 287. Quant aux chroniqueurs musulmans, ils ont invariablement porté un jugement extrêmement sévère sur le comportement des Croisés.

¹⁷ En utilisant ces termes, nous ne voulons pas dire que le droit international est né avec Grotius. Grotius avait ses prédécesseurs dans l'espace européen, notamment en Espagne, qui eux-mêmes avaient été précédés par des juristes musulmans. Il n'empêche que c'est la conception positiviste de Grotius et de ses successeurs, notamment Pufendorf et Vattel, qui s'est imposée en Europe et dans le reste du monde.

¹⁸ J. Henry DUNANT, *Un Souvenir de Solférino*, Genève, Imprimerie Jules-Guillaume Fick, 1862, p. 113.

1949, et l'adjonction de nouvelles Conventions de Genève en 1929 et 1949, protégeant les naufragés, les prisonniers de guerre et les personnes civiles.

L'adoption de la Convention du 22 août 1864 avait démontré la possibilité de profiter d'une période de paix pour adopter des règles en vue de limiter les maux de la guerre. Cet exemple ne devait pas échapper au gouvernement de Saint-Pétersbourg. Inquiet du fait que l'empire britannique, avec lequel il se trouvait *de facto* en situation de conflit pour le contrôle de l'Asie centrale, avait mis au point des balles explosives, le cabinet du tsar convoqua une conférence en vue d'interdire ces munitions. La Déclaration de Saint-Pétersbourg du 29 novembre / 11 décembre 1868 marqua le point de départ d'un nouveau courant normatif jalonné par les Conventions de La Haye de 1899 et de 1907, le Protocole de Genève de 1925 et de nombreux autres traités qui visent à limiter les maux de la guerre en réglementant les méthodes et moyens de combat.

Ces deux courants normatifs se sont rejoints avec l'adoption, le 8 juin 1977, des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949, qui ont mis à jour aussi bien les règles protégeant les victimes de la guerre que celles relatives à la conduite des hostilités.¹⁹ De même, le Statut de la Cour pénale internationale, adopté à Rome le 17 juillet 1998, permet à la Cour de sanctionner aussi bien les infractions au droit de Genève que les infractions au droit de La Haye.²⁰

¹⁹ « *These two branches of the law applicable in armed conflicts have become so closely interrelated that they are considered to have gradually formed one single complex system, known today as international humanitarian law. The provisions of the Additional Protocols of 1977 give expression and attest to the unity and complexity of that law* ». International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, *I. C. J. Reports 1996*, pp. 226-267, at p. 256.

²⁰ Statut de la Cour pénale internationale adopté à Rome le 17 juillet 1998, article 8, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, No 832, décembre 1998, pp. 733-738. « *On utilise assez couramment en doctrine l'expression droit de Genève pour désigner les règles de droit humanitaire fixant le droit des victimes à la protection et l'expression droit de La Haye pour désigner les règles de droit humanitaire qui régissent la conduite des hostilités. Cette distinction est aujourd'hui quelque peu artificielle, les Protocoles contenant des règles des deux types* ». Claude PILLOUD, Jean de PREUX, Yves SANDOZ, Bruno ZIMMERMANN, Philippe EBERLIN, Hans-Peter GASSER, Claude F. WENGER, Sylvie-S. JUNOD, avec la collaboration de Jean PICTET, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Édité par Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN, Genève, CICR, et Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. XXVII.

Ainsi, en un siècle et demi, la codification du droit international humanitaire a connu un développement remarquable. En vérité, c'est la plus grande partie des lois et coutumes de la guerre qui a été codifiée.

Est-ce à dire que la coutume a dès lors perdu toute importance et tout intérêt ?

Il n'en est rien.

En effet, les États n'ont pas tous adhéré à tous les traités de droit international humanitaire. Si l'universalité des Conventions de 1949 est aujourd'hui réalisée, ce n'est le cas ni des Protocoles additionnels à ces Conventions ni des autres traités adoptés ces dernières années.²¹ Ainsi, les États-Unis, l'Inde, l'Irak, l'Iran, Israël ne sont pas parties au Protocole I. En proie à une guerre civile depuis plus de vingt ans, le Soudan n'est pas lié par le Protocole II. Or il est acquis qu'un traité n'est opposable qu'aux États qui y sont parties. La règle coutumière, en revanche, s'impose à tous les membres de la communauté internationale, qu'ils l'aient ou non expressément acceptée.²² D'où l'intérêt de mieux identifier les règles de droit humanitaire qui sont de nature coutumière et qui sont dès lors d'application universelle.

²¹ Alors qu'on comptait, au 1^{er} mars 2006, 192 États parties aux Conventions de Genève, on comptait à la même date 163 États parties au Protocole I et 159 États parties au Protocole II.

²² Demeure réservée, le cas échéant, la position du « *persistent objector* ». Selon certains internationalistes, qui prennent appui sur quelques considérants de décisions des tribunaux internationaux, une règle coutumière ne serait pas opposable à un État qui se serait opposé à l'établissement de cette règle tout au long du processus d'élaboration de celle-ci, sans que son opposition ait eu pour effet d'empêcher la formation de la règle coutumière en question. Ces analystes s'appuient en particulier sur une remarque de la Cour internationale de Justice en l'Affaire des pêcheries : « *De toute manière la règle des dix milles apparaît inopposable à la Norvège, celle-ci s'étant toujours élevée contre toute tentative de l'appliquer à la côte norvégienne.* » (Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège), arrêt du 18 décembre 1951, *C. I. J. Recueil*, 1951, p. 131). Sur la théorie du « *persistent objector* », on pourra notamment se reporter à Maurice MENDELSON, « The formation of customary international law », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 272, 1998, pp. 155-410, en particulier les pages 227-244. La théorie du « *persistent objector* » est notamment rejetée par Luigi CONDORELLI, « La coutume » in : *Droit international, Bilan et perspectives*, édité par Mohammed BEDJAOUÏ, Paris, UNESCO et Éditions A. Pedone, 1991, tome I, pp. 187-221, en particulier les pages 217-218. En admettant que la théorie du « *persistent objector* » soit effectivement fondée en droit international public, elle n'a d'application qu'à l'égard de l'État qui s'est opposé à la formation de la règle coutumière tout au long du processus d'élaboration de celle-ci, c'est-à-dire avant la consolidation de la règle coutumière. Les objections soulevées après la consolidation de la règle coutumière ne pourraient avoir pour effet de soustraire un État à l'application de la règle en question.

En outre, la codification conduit souvent les États à s'entendre sur le plus petit commun dénominateur. C'est notamment le cas des dispositions conventionnelles applicables aux conflits armés non internationaux, qui ne répondent que dans une mesure très limitée aux besoins de protection qu'engendrent ces conflits, les États s'étant refusés à limiter les moyens auxquels ils se réservent le droit de recourir en vue de combattre une insurrection.²³ L'examen de la pratique des États montre cependant que ceux-ci acceptent dans certains cas de respecter en fait des règles auxquelles ils ne sont pas nécessairement prêts à souscrire autour du tapis vert. La règle coutumière vient ainsi combler les « lacunes » du droit conventionnel.²⁴

Enfin, c'est une règle bien établie qu'un traité doit être interprété à la lumière de l'ensemble des normes pertinentes du droit international.²⁵ L'examen de la pratique des États peut donc fournir de précieuses indications permettant de préciser le sens d'une règle conventionnelle.

On comprend par là toute l'importance du mandat que la Vingt-Sixième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, réunie à Genève du 3 au 7 décembre 1995, a confié au CICR. Aux termes de sa résolution N°1, la Conférence recommandait en effet :

²³ Le caractère minimal des dispositions contenues dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 ressort des travaux préparatoires et du texte même de l'article : « *En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes...* » (souligné par nos soins). Le caractère rudimentaire du Second Protocole additionnel aux Conventions de Genève ressort de la comparaison entre les projets issus des trois commissions plénières de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire (1974-1977) et le Protocole finalement adopté en séance plénière de la Conférence.

²⁴ Du point de vue formel, il est aisé de démontrer qu'il n'y a pas de lacune en droit international public. En effet, ou bien il existe une règle qui impose aux États un certain comportement, ou bien il n'y a pas de règle et c'est alors le principe de la souveraineté étatique qui l'emporte. En ce qui concerne le droit des conflits armés, on constate cependant qu'il existe souvent un abîme entre les besoins de protection qu'engendrent certains conflits et les dispositions conventionnelles qui visent à protéger les victimes de ces mêmes conflits. C'est dans ce sens-là seulement que nous parlons de lacunes en droit des conflits armés.

²⁵ « Il sera tenu compte, en même temps que du contexte [...], de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties », Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, article 31, paragraphe 3 c.

*« que le CICR soit invité à préparer, avec l'assistance d'experts représentant les diverses régions géographiques et les différents systèmes juridiques, ainsi qu'en consultation avec des experts de gouvernements et d'organisations internationales, un rapport sur les règles coutumières de droit international humanitaire applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux, et à faire parvenir ce rapport aux États et aux organismes internationaux compétents ».*²⁶

Fruit de près de dix années de travaux et de recherches, complétées par de larges consultations, le rapport du CICR vient de sortir de presse.²⁷

Comment le CICR s'est-il acquitté de ce mandat ? Quelles sont les principales conclusions de l'étude qui vient d'être publiée ? Quel peut en être l'impact ? Telles sont les questions auxquelles le présent article a pour objet de répondre.

Avant de tenter de répondre à ces questions, cependant, il n'est pas inutile de rappeler ce qu'est la coutume internationale et quels sont ses rapports avec le droit conventionnel.

I. Qu'est-ce que la coutume ?

La coutume est l'une des sources du droit international public, en d'autres termes, l'un des modes de création des normes qui visent à régir les rapports entre les sujets de l'ordre juridique international, au premier chef les rapports entre États.

²⁶ *Rapport de la Vingt-sixième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 3-7 décembre 1995*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge et Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 1996, p. 141. Rappelons que la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge réunit les représentants des Sociétés nationales de la Croix-Rouge ou du Croissant-Rouge, du Comité international de la Croix-Rouge, de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, ainsi que ceux des États parties aux Conventions de Genève.

²⁷ Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, March 2005, Vol. I: *Rules*, LIII & 621 pages; Vol. II: *Practice*, XXXIV & 4411 pages. Traduction française : *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, *Règles*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, et Genève, Comité international de la Croix-Rouge, décembre 2006, LXXIII & 878 pages.

Ces normes sont définies à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice :

« *La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique*

- a) *les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige*
- b) *la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit*
- c) [...] »

Ainsi, la formation de la règle coutumière requiert la réunion de deux éléments constitutifs : d'une part, une pratique générale, résultant d'une accumulation de précédents concordants; d'autre part, une conviction juridique : la conviction qu'en se conformant à cette pratique, les États exercent un droit ou s'acquittent d'une obligation.²⁸

Alors que le traité résulte de la concordance entre les volontés de différents sujets de droit international, la coutume résulte d'une accumulation d'actes concluants, formant une pratique. Cette pratique doit être « *générale* » et « *pratiquement uniforme* ».²⁹

Toutefois, une pratique générale et uniforme ne suffit pas à entraîner la formation d'une règle coutumière. Pour pouvoir conclure à l'existence d'une règle coutumière, il faut encore que cette pratique soit l'expression d'une conviction juridique. Les États doivent avoir eu, en s'y conformant, la conviction d'exercer un droit ou de s'acquitter d'une obligation. C'est ce que la

²⁸ « Si l'on se penche sur la jurisprudence, notamment celle de la CPJI et de la CIJ, on constate que la Cour a employé au fil des décennies un langage varié à propos de la coutume [...]. On relève par contre une continuité remarquable pour ce qui est de l'indication des éléments ou conditions qui permettent d'en affirmer l'existence : il s'agit de la 'pratique des États' [...] et de la conviction que l'adoption d'attitudes conformes à cette pratique est juridiquement obligatoire [...]. » CONDORELLI, *loc. cit.*, p. 196.

²⁹ « [A]n indispensable requirement would be that [...] State practice, including that of States whose interests are specifically affected, should have been both extensive and virtually uniform... », Cour internationale de Justice, *Affaire du plateau continental de la mer du Nord*, Arrêt du 20 février 1969, *C. I. J. Recueil 1969*, p. 43.

Cour internationale de Justice a rappelé dans son arrêt du 20 février 1969 en l'affaire du plateau continental de la mer du Nord :

*« Non seulement les actes considérés doivent présenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou par la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'opinio juris sive necessitatis. Les États intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence, ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique ».*³⁰

Selon la Cour, pour qu'il y ait règle coutumière, la pratique des États doit être «fréquente», «représentative» et «pratiquement uniforme».³¹

Cela ne signifie pas que cette pratique doive être absolument universelle; en effet, dans ce cas, un seul comportement contraire suffirait à empêcher la formation de la règle coutumière, alors même que ce comportement serait jugé contraire au droit par la quasi-totalité des membres de la communauté internationale. Ainsi que l'a relevé la Cour internationale de Justice, tout dépend de la façon dont le comportement contraire est évalué :

³⁰ Original anglais : « *Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the opinio juris sive necessitatis. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even the habitual character of the acts is not in itself enough. There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of a legal duty.* » Cour internationale de Justice, Affaire du plateau continental de la mer du Nord, Arrêt du 20 février 1969, *C I J Recueil 1969*, p. 44. La locution latine *opinio juris sive necessitatis* désigne l'élément subjectif de la coutume, la conviction d'exercer un droit ou de s'acquitter d'une obligation.

³¹ Cour internationale de Justice, Affaire du plateau continental de la mer du Nord, Arrêt du 20 février 1969, *C. I. J. Recueil 1969*, pp. 42-43.

*« La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les États y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle ».*³²

II. La preuve de la règle coutumière

C'est ensuite la question de la preuve de la règle coutumière qui se trouvera posée. Comment démontrer l'existence d'une règle coutumière ?

Tous les actes et toutes les prises de position des États peuvent, s'ils sont concordants et s'ils sont l'expression d'une conviction juridique, contribuer à l'établissement d'une règle coutumière. Tous peuvent donc contribuer également à établir la preuve d'une règle coutumière. S'agissant du droit international humanitaire, on attachera une importance particulière aux moyens suivants :

- ∅ les manuels militaires que les États établissent pour régir le comportement de leurs forces armées;
- ∅ les législations nationales, notamment les dispositions visant à réprimer les crimes de guerre;
- ∅ les déclarations officielles, notamment la correspondance diplomatique, les prises de position des États lors de conférences internationales, les protestations;
- ∅ les rapports sur le comportement des forces armées sur le champ de bataille;
- ∅ les décisions des tribunaux nationaux.

³²

Original anglais : « *The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule* ». Cour internationale de Justice, Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, Arrêt du 27 juin 1986, C. I. J. Recueil 1986, pp. 14-150, ad p 98.

Ainsi, les actes de l'exécutif, du législatif et du pouvoir judiciaire contribuent à la formation de la coutume et peuvent donc servir d'éléments de preuve de l'existence d'une règle coutumière.

Les circonstances entourant l'adoption des dispositions conventionnelles peuvent également contribuer à établir la preuve que ces dispositions codifient une règle coutumière préexistante ou permettent la cristallisation d'une règle coutumière dont le contenu est identique à celui de la règle conventionnelle. Ce sera notamment le cas si la disposition en question est adoptée à l'unanimité ou par consensus, si de nombreux délégués affirment le caractère coutumier de la règle en question sans être contredits, ou encore si le traité interdit de faire des réserves à la disposition en question.

Si les prises de position des États dans le cadre des conférences internationales ou des organisations internationales font partie de la pratique des États, il n'en va pas de même des résolutions des conférences ou des organisations internationales. Toutefois, ces résolutions reflètent une prise de position des États qui les adoptent et sont souvent l'expression d'une conviction juridique; à ce titre, elles peuvent constituer un élément de preuve de l'existence d'une règle coutumière ou d'une conviction juridique indispensable à la formation de la règle coutumière, l'*opinio juris*.³³

De même, les décisions des tribunaux internationaux ne font pas partie de la pratique des États puisque ces tribunaux, par définition, sont internationaux. En revanche, la pratique de ces tribunaux peut être perçue comme le prolongement de celle des États qui les ont constitués. En outre, ces tribunaux sont formés de juristes particulièrement qualifiés. Si donc un tribunal international affirme

³³ « La Cour rappellera que les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas de force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. » Cour internationale de Justice, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif du 8 juillet 1996, C. I. J. Recueil 1996, pp. 226-267, ad pp 254-255 Dans le même sens : « With the development of international organizations, the votes and views of states have come to have legal significance as evidence of customary law », Rosalyn HIGGINS, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, London, New York, Toronto, Oxford University Press, 1963, p. 3. « Even if there is no real creation of norms, there is often legal recognition and confirmation that certain practices or principles are, in the judgment of an organ largely representative of the international community, either customary rules or general principles of international law », Jorge CASTAÑEDA, *Legal effects of United Nations Resolutions*, New York and London, Columbia University Press, 1969, p. 5; dans le même sens, pp. 169, 171, 172, etc.,

qu'une règle est de nature coutumière, on est en droit de penser que c'est bien le cas.³⁴

III. Relation entre la coutume et le droit conventionnel

C'est ensuite la question de l'interaction entre règle conventionnelle et règle coutumière qui se trouvera posée. Cette question revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit d'établir les règles du droit international humanitaire coutumier en raison de l'abondance des dispositions conventionnelles.

Dans son arrêt du 20 février 1969 en l'affaire du plateau continental de la mer du Nord, la Cour internationale de Justice a relevé trois formes d'interaction entre règle coutumière et règle conventionnelle :

En premier lieu, la règle conventionnelle peut codifier une règle coutumière préexistante. Dans ce cas, la règle conventionnelle est simplement déclaratoire de la règle coutumière qui existait antérieurement.³⁵ Bien entendu, la règle conventionnelle n'abolit pas la règle coutumière qu'elle codifie.³⁶ Celle-ci va continuer à produire des effets vis-à-vis des États parties au traité qui la codifie

³⁴ L'article 38, lettre d, du Statut de la Cour internationale de Justice qualifie les décisions judiciaires de « *moyen auxiliaire de détermination des règles de droit* ». Dans son arrêt du 27 juin 1986 en l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), la Cour internationale de Justice a déclaré que les articles 1 et 3 communs aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 constituaient des principes généraux du droit international humanitaire obligatoires pour les États-Unis, en d'autres termes, qu'ils étaient l'expression du droit coutumier (Cour internationale de Justice, Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, Arrêt du 27 juin 1986, *C. I. J. Recueil 1986*, pp. 14-150, § 218-220). Bien que la Cour n'ait pas procédé à un examen de la pratique des États et de l'*opinio juris* pour étayer cette affirmation, les tribunaux internationaux ont suivi sans hésiter l'opinion de la Cour. Theodor MERON, « Revival of Customary Humanitarian Law », *American Journal of International Law*, vol. 99, No. 4, October 2005, pp. 817-834, *ad p.* 819.

³⁵ Cour internationale de Justice, Affaire du plateau continental de la mer du Nord, Arrêt du 20 février 1969, *C. I. J. Recueil 1969*, p. 38. « *...il se peut que les règles contenues dans une convention de codification – ou certaines d'entre elles – soient reconnues comme constituant une simple transcription (ou 'restatement') du droit coutumier général* ». CONDORELLI, *loc. cit.*, p. 208.

³⁶ « *It will therefore be clear that customary international law continues to exist and to apply, separately from international treaty law, even where the two categories of law have an identical content* ». International Court of Justice, Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua, Merits, Judgment of 27 June 1986, *I. C. J. Reports 1986*, p. 96.

jusqu'à l'entrée en vigueur de celui-ci; de même, la règle coutumière va continuer à produire des effets vis-à-vis des États qui ne sont pas parties au traité; enfin, l'État qui dénonce un traité reste lié par les règles coutumières que celui-ci codifie.³⁷

En second lieu, le processus d'élaboration de la règle conventionnelle peut, dans certains cas, conduire à la cristallisation d'une règle coutumière en voie de formation; cette cristallisation, qui parachève un processus de formation qui n'était pas encore parvenu à son terme auparavant, peut résulter des travaux préparatoires, des réactions des gouvernements devant ces travaux et du fait de l'adoption de la règle conventionnelle.³⁸ L'interdiction de faire des réserves à la règle conventionnelle en question sera fréquemment une indication décisive de la reconnaissance que cette disposition consacre la cristallisation d'une règle coutumière.³⁹

Enfin, même si la règle conventionnelle n'a pas codifié une règle de droit coutumier pré-existante, ni cristallisé lors de son adoption une règle de droit coutumier en voie de formation, elle peut néanmoins conduire à la formation d'une règle coutumière, du fait de l'influence exercée par la règle conventionnelle et de la pratique ultérieure des États. La Cour relève ainsi qu'il est possible que, « *sans même qu'une longue période se soit écoulée, une participation très large et représentative à la convention suffise, à condition toutefois qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés* » pour qu'une règle conventionnelle soit considérée comme étant devenue une règle de droit international général.⁴⁰ La Cour relève également que « *le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier à partir d'une règle purement conventionnelle à l'origine* ». ⁴¹ Toutefois, même dans ce cas, « *il demeure indispensable que la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et se soit*

³⁷ « *La dénonciation [...] n'aura aucun effet sur les obligations que les Parties au conflit demeureront tenues de remplir en vertu des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique* » dispose l'article commun 64/62/142/158 des Conventions de Genève.

³⁸ Cour internationale de Justice, Affaire du plateau continental de la mer du Nord, Arrêt du 20 février 1969, *C. I. J. Recueil 1969*, p. 38.

³⁹ *Idem*, pp. 38-39.

⁴⁰ *Idem*, p. 42.

⁴¹ *Idem*, p. 43.

manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu ». ⁴²

Le droit des conflits armés offre de nombreux exemples de traités dont les dispositions ont été reconnues, au moment de leur adoption, comme déclaratoires de règles coutumières préexistantes. Ainsi, la Déclaration de Paris arrêtant certaines règles de droit maritime en temps de guerre du 16 avril 1856 affirmait que « *la course est et demeure abolie* » ⁴³ ce qui indique clairement que l'intention des États parties n'était pas de créer une règle nouvelle mais d'affirmer l'existence d'une règle coutumière préexistante.

A cette formule fait écho le premier alinéa de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 : « *A cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu...* » ⁴⁴

De même, le dernier paragraphe du préambule de la Déclaration relative au droit de la guerre maritime signée à Londres le 26 février 1909 dispose que « *Les Puissances signataires sont d'accord pour constater que les règles contenues dans les chapitres suivants répondent, en substance, aux principes généralement reconnus du Droit international* ». ⁴⁵

Il existe également de nombreux cas où la pratique ultérieure a transformé une règle conventionnelle en règle de droit international coutumier. Ainsi, le Tribunal de Nuremberg a déclaré que si la Convention (IV) de La Haye relative aux lois et coutumes de la guerre sur terre du 18 octobre 1907 constituait au moment de son adoption un progrès du droit international, les États avaient reconnu en 1939 que ses dispositions codifiaient le droit coutumier :

⁴² *Idem*, p. 43. « *Lorsque, par contre, la convention de codification ou certaines de ses dispositions ont un caractère foncièrement innovateur, il n'est pas exclu qu'un nouveau droit coutumier général correspondant à leur contenu puisse se former plus ou moins rapidement. Dans ce cas, la règle inscrite dans la convention de codification ne représente pas (comme dans l'hypothèse de la 'cristallisation') l'aboutissement du processus de formation de la norme générale, mais le point de départ. Ici, naturellement, c'est la pratique internationale subséquente à la convention, et surtout celle des États qui n'y sont pas parties, qui a un rôle décisif. Par des actes et des comportements divers, ces États peuvent montrer qu'ils acceptent de se conduire conformément à la convention et qu'ils reconnaissent la validité générale de ses règles* ». CONDORELLI, *loc. cit.*, p. 209.

⁴³ *Droit des conflits armés, Recueil de conventions, résolutions et autres documents*, Documents recueillis et annotés par Dietrich SCHINDLER et Jiri TOMAN, Genève, Comité international de la Croix-Rouge et Institut Henry Dunant, 1996, p. 1096.

⁴⁴ *Idem*, p. 466.

⁴⁵ *Idem*, p. 1166.

*« Les règles de la guerre terrestre contenues dans la Convention réalisaient certes un progrès du Droit international. Mais il résulte de ses termes mêmes, que ce fut une tentative 'pour réviser les lois générales et les coutumes de la guerre', dont l'existence était ainsi reconnue. En 1939, ces règles, contenues dans la Convention, étaient admises par tous les États civilisés et regardées par eux comme l'expression, codifiée, des lois et coutumes de la guerre... ».*⁴⁶

Cette constatation – que la Cour internationale de Justice a rappelée et faite sienne dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 relatif à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires⁴⁷ – est importante. En effet, bon nombre de dispositions du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatives à la conduite des hostilités réaffirment des règles déjà contenues dans le Règlement annexé à la Convention IV de La Haye du 18 octobre 1907, dont le Tribunal de Nuremberg et la Cour internationale de Justice ont reconnu qu'elles constituaient, en 1939 déjà, l'expression du droit international coutumier.

IV. Méthodologie de la recherche

Depuis l'adoption de la Convention du 22 août 1864, les travaux relatifs au droit humanitaire ont essentiellement porté sur l'exégèse des traités de droit international humanitaire. Le Comité international de la Croix-Rouge a publié des commentaires détaillés des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels, dont l'autorité est généralement reconnue.⁴⁸ Dans l'ensemble, la

⁴⁶ *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945 – 1^{er} octobre 1946*, Tribunal militaire international, Nuremberg, 1947, vol. I, p. 267.

⁴⁷ Cour internationale de Justice, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif du 8 juillet 1996, *C. I. J. Recueil 1996*, pp. 226-267, ad p. 258.

⁴⁸ Paul DES GOUTTES, *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne du 27 juillet 1929, Commentaire*, Genève, CICR, 1930; *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire*, Publié sous la direction de Jean S. PICTET avec le concours de Roger BOPPE, Henri COURSIER, Claude PILLOUD, Jean DE PREUX, Jean-Pierre SCHOENHOLZER, Frédéric SIORDET, Oscar M. UHLER, René-Jean WILHELM et de M. le Contre-Amiral M. W. MOUTON, 4 volumes, Genève, CICR, vol. I, *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 1952; vol. II, *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 1959; vol. III, *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 1958; vol. IV, *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 1956; *Commentaire*

doctrine ne s'est guère intéressée au droit international humanitaire coutumier et, jusqu'à une époque récente, la coutume était la grande absente des travaux du CICR. On mesure par là toute l'importance – mais aussi la grande difficulté – du mandat que la Vingt-Sixième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge a confié au CICR.

Le CICR a confié la responsabilité du projet à Madame Louise Doswald-Beck, cheffe de la Division juridique du CICR d'avril 1998 à février 2001, aujourd'hui professeur à l'Institut universitaire de Hautes Études internationales et du Développement et co-directrice du Centre universitaire de droit international humanitaire à Genève. M. Jean-Marie Henckaerts, conseiller juriste à la Division juridique du CICR, qui a participé à ce projet dès l'origine, en a repris la responsabilité dès février 2001.

Le premier défi que les auteurs de l'étude durent affronter était de réunir la documentation relative à la pratique des États dans les différentes parties du monde. Ils ont été guidés dans leurs travaux, aussi bien pour la méthodologie que pour trancher les questions de fond, par un comité directeur formé de douze professeurs de droit de réputation internationale.⁴⁹

Le comité directeur a adopté le plan d'action et l'organisation des travaux autour de six thèmes principaux :

- ✓ le principe de distinction;
- ✓ les personnes et objets qui bénéficient d'une protection spéciale;
- ✓ les méthodes de combat;
- ✓ les armes;
- ✓ le traitement des civils et des personnes hors de combat;
- ✓ la mise en oeuvre du droit international humanitaire.

des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Par Claude PILLOUD, Jean de PREUX, Yves SANDOZ, Bruno ZIMMERMANN, Philippe EBERLIN, Hans-Peter GASSER, Claude F. WENGER, Sylvie-S. JUNOD, avec la collaboration de Jean PICTET, Édité par Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN, Genève, CICR, et Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

⁴⁹ Les professeurs George Abi-Saab, Salah El-Din Amer, Ove Bring, Eric David, John Dugard, Florentino Feliciano, Horst Fischer, Françoise Hampson, Théodore Meron, Djamchid Momtaz, Milan Sahovic et Raul Emilio Vinuesa.

Des experts ont établi des rapports sur la pratique de 47 États choisis sur la base d'une répartition géographique équitable et de leur expérience de conflits armés récents. Leur liste comprenait les cinq membres permanents du Conseil de Sécurité des Nations Unies, ainsi que d'autres États qui ont été ou qui sont encore impliqués dans des conflits.⁵⁰ Comme des chercheurs nationaux ont un meilleur accès aux sources du pays dont ils sont les ressortissants, ces rapports ont été établis par des experts originaires des pays concernés. Au regard du nombre des États membres de la communauté internationale,⁵¹ la pratique de 47 pays pourrait être jugée insuffisamment représentative. Toutefois, ces 47 États ont été impliqués dans plus de 80 % des conflits qui ont endeuillé la planète au cours du dernier quart de siècle. En outre, la base documentaire utilisée par les auteurs n'était pas limitée à ces 47 rapports nationaux. Les manuels militaires et la législation nationale des pays qui n'étaient pas couverts par les rapports nationaux ont été également analysés. Ainsi, ce sont les manuels militaires, la législation et la jurisprudence de 148 pays qui ont été collationnés.

En outre, six groupes thématiques ont passé en revue la pratique des États dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies et des organisations régionales; chacun de ces groupes thématiques a concentré ses recherches sur l'un des thèmes principaux retenus par le comité directeur.⁵²

Pour compléter les renseignements obtenus sur la base des rapports nationaux et de l'examen de la pratique des États dans le cadre des organisations internationales, des chercheurs ont analysé sur la base des documents conservés dans les archives du CICR la pratique des belligérants à l'occasion de 39 conflits

⁵⁰ Les rapports nationaux ont porté sur la pratique des pays suivants : Afrique : Afrique du Sud, Algérie, Angola, Botswana, Égypte, Éthiopie, Nigéria, Rwanda et Zimbabwe; Amériques : Argentine, Brésil, Canada, Chili, Colombie, Cuba, El Salvador, États-Unis d'Amérique, Nicaragua, Pérou et Uruguay; Asie : Chine, Inde, Indonésie, Iran, Irak, Israël, Japon, Jordanie, Koweït, Liban, Malaisie, Pakistan, Philippines, République de Corée et Syrie; Australasie : Australie; Europe : Allemagne, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Croatie, Espagne, Fédération de Russie, France, Italie, Pays-Bas, Royaume-Uni et Yougoslavie.

⁵¹ 191 États membres des Nations Unies; 192 États parties aux Conventions de Genève.

⁵² Principe de distinction : professeur Georges Abi-Saab (rapporteur) et Jean-François Quéguiner (chercheur); personnes et biens au bénéfice d'une protection spécifique : professeur Horst Fischer (rapporteur), Gregor Schotten et Heike Spieker (chercheurs); méthodes de guerre spécifiques : professeur Theodor Meron (rapporteur) et Richard Desgagné (chercheur); armes : professeur Ove Bring (rapporteur) et Gustaf Lind (chercheur); traitement des personnes civiles et des personnes hors de combat : professeur Françoise Hampson (rapporteur) et Camille Giffard (chercheur); mise en oeuvre du droit international humanitaire: professeur Éric David (rapporteur) et Richard Desgagné (chercheur).

récents.⁵³ Dans le choix de ces conflits, les auteurs ont privilégié ceux qui n'étaient pas déjà couverts par des rapports nationaux.

Ainsi, les auteurs ont analysé la pratique d'États appartenant à toutes les parties du monde. Puisque l'objectif était de parvenir à une photographie aussi rigoureuse que possible du droit international humanitaire coutumier en vigueur aujourd'hui, les auteurs et les experts ont porté une attention particulière à la pratique des trente dernières années, mais des exemples plus anciens ont, selon les cas, également été pris en compte.⁵⁴

Enfin, afin d'élargir la base de consultation, les auteurs ont consulté au début de leurs travaux quelque trente-cinq experts provenant de toutes les parties du monde.⁵⁵ Ils ont également soumis leur manuscrit à ces mêmes experts, ainsi

⁵³ Afrique : Angola, Burundi, Djibouti, Érythrée-Yémen, Éthiopie (1973–1994), Libéria, Mozambique, Namibie, Nigéria-Cameroun, Ouganda, République démocratique du Congo, Rwanda, Sahara occidental, Sénégal, Sénégal-Mauritanie, Sierra Leone, Somalie, Somalie-Éthiopie, Soudan, Tchad et Tchad-Libye; Amériques : Guatemala et Mexique; Asie : Afghanistan, Cambodge, Inde (Jammu-et-Cachemire), Papouasie-Nouvelle-Guinée, Sri Lanka, Tadjikistan, Yémen et Yémen-Érythrée (inclus aussi sous Afrique); Europe : Arménie-Azerbaïdjan (Haut-Karabakh), Chypre, Ex-Yougoslavie (conflit en Yougoslavie (1991–1992), conflit en Bosnie-Herzégovine (1992–1996), conflit en Croatie (Krajina) (1992–1995)), Fédération de Russie (Tchéchénie), Géorgie (Abkhazie) et Turquie.

⁵⁴ Ainsi, les auteurs ont largement utilisé le « Code de Lieber » et le « Manuel d'Oxford » comme indices de l'existence des règles coutumières en vigueur à l'époque où ces instruments ont été établis (1863 et 1880). En outre, le Président Lincoln a promulgué le « Code de Lieber » en tant que « Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, Prepared by Francis Lieber, promulgated as General Orders No. 100 on 24 April 1863 ». Le « Code de Lieber » constitue donc aussi bien un relevé du droit de la guerre en vigueur à l'époque de son établissement qu'un élément constitutif de la pratique des États-Unis lors de la Guerre de Sécession.

⁵⁵ Les experts académiques ou gouvernementaux dont les noms suivent ont participé, à titre personnel, à cette consultation : Abdallah Ad-Douri (Irak), Paul Berman (Royaume-Uni), Sadi Çaycı (Turquie), Michael Cowling (Afrique du Sud), Edward Cummings (États-Unis d'Amérique), Antonio de Icaza (Mexique), Yoram Dinstein (Israël), Jean-Michel Favre (France), William Fenrick (Canada), Dieter Fleck (Allemagne), Juan Carlos Gómez Ramírez (Colombie), Jamshed A. Hamid (Pakistan), Arturo Hernández-Basave (Mexique), Ibrahim Idriss (Éthiopie), Hassan Kassem Jouni (Liban), Kenneth Keith (Nouvelle-Zélande), Githu Muigai (Kenya), Rein Müllerson (Estonie), Bara Niang (Sénégal), Mohamed Olwan (Jordanie), Raul C. Pangalangan (Philippines), Stelios Perrakis (Grèce), Paulo Sergio Pinheiro (Brésil), Árpád Prandler (Hongrie), Pemmaraju Sreenivasa Rao (Inde), Camilo Reyes Rodríguez (Colombie), Itse E. Sagay (Nigéria), Harold Sandoval (Colombie), Somboon Sangianbut (Thaïlande), Marat A. Sarsembayev (Kazakhstan), Muhammad Aziz Shukri (Syrie), Parlaungan Sihombing (Indonésie), Geoffrey James Skillen (Australie), Guoshun Sun (Chine), Bakhtyar Tuzmukhamedov (Russie) et Karol Wolfke (Pologne).

qu'aux membres du comité directeur, avant d'y mettre la dernière touche. Ainsi, l'étude a bénéficié des contributions et de l'expertise de plus de cent experts, provenant de toutes les parties du monde.

On comprend dès lors que l'ensemble du processus ait pris près de dix ans.⁵⁶

Les auteurs avaient le choix entre deux approches :

- ∅ une approche déductive, qui aurait consisté à partir des dispositions des traités de droit humanitaire afin de démontrer la nature coutumière des dispositions qu'ils codifient,⁵⁷
- ∅ une approche inductive, qui consistait à partir des enjeux principaux du droit humanitaire et de la pratique des États pour remonter aux règles.⁵⁸

On a compris par les indications qui précèdent que c'est la seconde approche que les auteurs de l'étude ont suivie.⁵⁹ Cette démarche comportait un risque : celui de voir l'étude déboucher sur des formulations qui s'écarteraient sur certains

⁵⁶ « *Such an effort has never been undertaken before. No restatement of international law has even tried to amass such a rich collection of empirical data* », MERON, *loc cit.*, p. 833.

⁵⁷ Comme exemples d'approche déductive, on peut citer l'ouvrage de Marco SASSOLI, *Bedeutung einer Kodifikation für das allgemeine Völkerrecht mit besonderer Betrachtung der Regeln zum Schutze der Zivilbevölkerung vor den Auswirkungen von Feindseligkeiten*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1990, ainsi que l'article de Michael J. MATHESON, « The United States position on the relation of customary international law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions », *The American University Journal of International Law and Policy*, Volume 2, Number 2, Fall 1987, pp. 419-436.

⁵⁸ Dans son arrêt du 12 octobre 1984 dans l'Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada / États-Unis d'Amérique), la Chambre constituée par la Cour internationale de Justice a décrit la coutume internationale comme se composant de règles « ... dont la présence dans l'opinio juris des États se prouve par voie d'induction en partant de l'analyse d'une pratique suffisamment étoffée et convaincante, et non pas par voie de déduction... » Cour internationale de Justice, Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, (Canada / États-Unis d'Amérique), *C. I. J. Recueil 1984*, p. 299, § 111.

⁵⁹ Jean-Marie HENCKAERTS, « Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict », *International Review of the Red Cross*, No. 857, March 2005, pp. 175-212, *ad p.* 184. Traduction française : « Étude sur le droit international humanitaire coutumier. Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, sélection française 2005, pp. 289-330.

points de celles des règles conventionnelles. Ce risque était toutefois bien moindre que celui de lire la pratique des États à travers le prisme du droit conventionnel et de se voir accusé d'avoir tenté de circonvenir le refus de certains États de ratifier certains traités de droit humanitaire et d'être tombé, en définitive, dans le « *wishful thinking* ». Entre ces deux risques, les auteurs ont choisi le moindre, ainsi que la démarche qui offrait les meilleures garanties de rigueur scientifique, même si c'était celle qui empruntait le chemin le plus ardu.

V. Résultats et conclusions

Cette entreprise sans précédent a débouché sur la publication de deux volumes:

- ✓ le volume I, qui compte 650 pages, comporte les indications méthodologiques et l'énoncé de 161 règles avec leurs commentaires, qui précisent le contenu de ces règles et indiquent les raisons pour lesquelles elles sont considérées comme coutumières;
- ✓ le volume II, qui compte 4400 pages de documents répartis sur deux tomes, présente les éléments de preuve de la pratique des États de toutes les parties du monde qui permettent de conclure à la nature coutumière des 161 règles énoncées au volume I.⁶⁰

Les notes de bas de page du premier volume renvoient aux documents cités au volume II. Outre la version originale anglaise, le volume I a été publié en arabe, en français, en russe et en serbe: il est en cours de traduction vers le chinois, l'espagnol et le farsi.⁶¹

On pourrait écrire tout un livre pour relever et analyser les principales conclusions de l'étude qui vient de sortir de presse, et nul doute que la critique va s'en emparer. Nous nous contenterons pour notre part de relever trois conclusions qui nous paraissent mériter tout particulièrement de retenir l'attention.

⁶⁰ L'étude a requis la constitution d'une banque de données de la pratique des États qui constitue un instrument de travail remarquable. Le CICR examine actuellement les possibilités de maintenir à jour cet instrument. Tout dépendra de la possibilité de mobiliser les ressources indispensables.

⁶¹ Vu ses dimensions, il n'est pas prévu de traduire le volume II.

a) Droit international humanitaire coutumier et droit de la conduite des hostilités

L'étude a confirmé de façon remarquable que la plupart des dispositions du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatives à la conduite des hostilités (articles 35-42 et 48-58) relevaient aujourd'hui du droit international humanitaire coutumier, soit que ces dispositions aient codifié des règles coutumières préexistantes, soit que ces dispositions, purement conventionnelles et contractuelles au moment de leur adoption, aient acquis le statut de règles coutumières au titre de la pratique ultérieure des États. Il n'y a pas vraiment lieu de s'en étonner. En effet, bon nombre de ces dispositions réaffirment des règles déjà contenues dans le Règlement de La Haye du 18 octobre 1907, ou dérivent de principes énoncés par ce Règlement, dont le Tribunal de Nuremberg a reconnu qu'il était déjà l'expression de règles coutumières au début de la Seconde Guerre mondiale. En outre, de nombreux États – y compris des États qui ne sont pas ou qui n'étaient pas à l'époque liés par le Protocole I – en ont incorporé les dispositions relatives à la conduite des hostilités dans leurs manuels militaires ou se sont inspiré de ces dispositions dans leurs prises de position. Enfin, les tribunaux internationaux et certains publicistes particulièrement qualifiés ont souligné la nature coutumière de ces dispositions.⁶²

Cela ne signifie pas que le Protocole I en tant que tel reflète le droit coutumier, ni que la totalité des dispositions du Protocole I reflètent le droit international humanitaire coutumier, et rien, dans l'étude, ne suggère une telle conclusion. Il est bien connu, en effet, que certains projets d'articles ont donné lieu à d'intenses controverses et à des votes lors de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire (1974-77) et que les États qui se sont opposés à l'adoption de ces articles ont confirmé leur opposition par la suite.⁶³

⁶² Dans cette perspective, une attention particulière doit être portée à l'article de Michael J. Matheson reflétant l'analyse des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève à laquelle les États-Unis ont procédé en vue d'identifier les dispositions de ces instruments qui reflètent ou sont appelées à refléter des normes coutumières : Michael J. MATHESON, « The United States position on the relation of customary international law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions », *The American University Journal of International Law and Policy*, Volume 2, Number 2, Fall 1987, pp. 419-436.

⁶³ Ainsi, l'article 1, alinéa 4, du Protocole I, qui assimile les guerres de libération nationale aux conflits armés internationaux, a été adoptée à la suite d'un vote qui a révélé une profonde division de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire (1974-77). Les États-Unis qui, avec d'autres États occidentaux, s'étaient opposés à l'adoption de cette disposition ont régulièrement rappelé leurs réserves à l'encontre de celle-ci. Rien dans l'étude ne

L'examen doit être fait article par article. Il permet toutefois de conclure que les principales dispositions du Protocole I qui ont trait à la conduite des hostilités et à la protection des populations civiles contre les effets des hostilités sont aujourd'hui l'expression de règles coutumières. Cette conclusion est importante puisqu'elle implique que ces dispositions s'imposent à tous les membres de la communauté internationale, qu'ils aient ou non accédé au Protocole I.

C'est notamment le cas du principe de distinction, selon lequel les parties au conflit doivent faire en tout temps la distinction entre civils et combattants et ne diriger leurs attaques que contre ces derniers,⁶⁴ de l'interdiction des actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile,⁶⁵ de l'obligation de protéger les personnes civiles contre les attaques, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation.⁶⁶ Il en va de même en ce qui concerne l'obligation de respecter la distinction entre biens de caractère civil et objectifs militaires,⁶⁷ de même que de la définition des objectifs militaires, qui peuvent seuls être attaqués,⁶⁸ de l'interdiction des attaques indiscriminées ou de l'interdiction des bombardements de zone,⁶⁹ de la prohibition des attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment dans la population civile des pertes en vies humaines, des blessures ou des dommages excessifs au regard de l'avantage

laisse entendre qu'il pourrait s'agir d'une règle de droit coutumier, ce qui n'est, à l'évidence, pas le cas.

⁶⁴ Article 48 du Protocole I; règle 1 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier.

⁶⁵ Article 51, paragraphe 2, du Protocole I; règle 2 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier.

⁶⁶ Article 51, paragraphes 1-3, du Protocole I; règle 6 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier.

⁶⁷ Articles 48 et 52, paragraphe 2, du Protocole I; règle 7 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier.

⁶⁸ Article 52, paragraphe 2, du Protocole I; règle 8 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier.

⁶⁹ Article 51, paragraphes 4 et 5, du Protocole I; règles 11-13 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier.

militaire attendu,⁷⁰ des précautions à prendre dans l'attaque⁷¹ et des précautions contre les effets des attaques.⁷²

Il en va de même en ce qui concerne l'interdiction d'ordonner qu'il ne sera pas fait de quartier,⁷³ de l'interdiction d'attaquer des personnes reconnues comme étant hors de combat,⁷⁴ de l'interdiction d'attaquer des personnes sautant en parachute d'un aéronef en perdition,⁷⁵ de l'interdiction d'utiliser contre les civils la famine comme méthode de guerre,⁷⁶ et de l'interdiction d'attaquer, de détruire, d'enlever ou de mettre hors d'usage les biens indispensables à la survie de la population civile,⁷⁷ de l'interdiction d'utiliser indûment le drapeau du parlementaire ou les signes distinctifs des Conventions de Genève,⁷⁸ et de l'interdiction de la perfidie,⁷⁹ etc.

b) Règles relatives à la conduite des hostilités lors des conflits armés non internationaux

Le mandat que la Vingt-Sixième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge a confié au CICR lui enjoignait d'étudier et de faire rapport « *sur les règles coutumières de droit international humanitaire applicables aux*

⁷⁰ Article 51, paragraphe 5 du Protocole I; règle 14 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier.

⁷¹ Article 57 du Protocole I; règles 15-21 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier.

⁷² Article 58 du Protocole I; règles 22-24 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier.

⁷³ Article 40 du Protocole I; règle 46 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier.

⁷⁴ Article 41, paragraphes 1 et 2, du Protocole I; règle 47 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier.

⁷⁵ Article 42, paragraphe 1, du Protocole I; règle 48 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier.

⁷⁶ Article 54, paragraphe 1, du Protocole I; règle 53 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier.

⁷⁷ Article 54, paragraphe 2, du Protocole I; règle 54 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier.

⁷⁸ Article 38 du Protocole I; règles 58 et 59 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier.

⁷⁹ Article 37, paragraphe 1, du Protocole I; règle 65 de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier.

conflits armés internationaux et non internationaux ». ⁸⁰ Cette précision est importante. En effet, le droit de la guerre est né de la confrontation sur le champ de bataille entre souverains égaux en droits. Les États ont longtemps rejeté l'idée que tout ou partie des normes du droit international humanitaire fussent applicables aux relations entre un souverain et ses sujets révoltés. C'est en 1949 seulement que les États ont reconnu, par le biais de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, l'existence de quelques principes fondamentaux qui s'appliquent également aux conflits armés non internationaux, et c'est seulement un quart de siècle plus tard que certains analystes ont démontré l'existence de règles coutumières applicables à ces conflits. ⁸¹ A travers le mandat confié au CICR, la Vingt-Sixième Conférence a reconnu l'existence d'un droit coutumier applicable à ces conflits – ou elle a tout au moins admis une forte présomption dans ce sens – ⁸² et c'est dans ce domaine, sans doute, que l'étude s'est révélée la plus féconde. En effet, sur 161 règles de droit international humanitaire coutumier dégagées par les auteurs, 13 s'appliquent uniquement aux conflits armés internationaux, 2 visent spécifiquement les conflits armés non internationaux, ⁸³ alors que 146 s'appliquent aussi bien aux conflits armés non internationaux qu'aux conflits armés internationaux. ⁸⁴

⁸⁰ *Rapport de la Vingt-sixième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, Genève, 3–7 décembre 1995, p.141 (souligné par nos soins).

⁸¹ A notre connaissance, c'est aux professeurs Antonio Cassese et Frits Kalshoven que revient le mérite d'avoir, les premiers, démontré l'existence de règles coutumières applicables aux conflits armés non internationaux : Antonio CASSESE, « The Spanish Civil War and the Development of Customary Law Concerning Internal Armed Conflicts », in: *Current Problems of International Law*, Edited by Antonio CASSESE, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 287-318; Frits KALSHOVEN, « Applicability of Customary International Law in Non-International Armed Conflicts », in: *Current Problems of International Law*, pp. 267-285.

⁸² Quelques semaines avant la réunion de la Vingt-Sixième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie avait démontré dans son arrêt du 2 octobre 1995 l'émergence d'un droit international humanitaire coutumier applicable aux conflits armés non internationaux, tout en précisant les limites de ce droit. (Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule"*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, paragraphs 96-126, *How does law protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, Edited by Marco SASSOLI and Antoine BOUVIER, second edition, ICRC, Geneva, 2006, vol. II, pp. 1804-1873, ad pp. 1820-1829).

⁸³ La mention de règles qui visent spécifiquement les conflits armés non internationaux peut surprendre. En effet, il n'existe pas de droit propre aux conflits armés non internationaux mais seulement un droit dérivé, obtenu par l'extension aux conflits armés non internationaux du champ d'application de règles dégagées dans le cadre des conflits armés internationaux. La démarche des États et des conférences internationales qui se sont occupées de ces questions n'a jamais été de créer des règles

En règle générale, l'étude permet de conclure que l'ensemble des dispositions de droit coutumier qui régissent la conduite des hostilités s'applique aussi bien aux conflits armés non internationaux qu'aux conflits armés internationaux. En d'autres termes, en ce qui concerne le droit applicable à la conduite des hostilités, les États acceptent en pratique que les mêmes règles s'appliquent aux conflits armés internationaux et aux conflits armés non internationaux. Les méthodes et moyens de combats qui sont prohibés lorsqu'il s'agit de combattre un ennemi extérieur ne peuvent être utilisés contre des nationaux, et ces règles s'appliquent aux insurgés aussi bien qu'aux forces gouvernementales.

Cette conclusion s'explique aisément. En effet, il ne serait guère admissible que les États prétendent recourir vis-à-vis de leur propre population à des méthodes et moyens de combat auxquels ils se sont interdit de recourir vis-à-vis d'un ennemi extérieur.⁸⁵

Cette conclusion découle également d'une exigence pratique liée à la formation des troupes. En effet, il n'est déjà pas aisé d'inculquer aux soldats les comportements qu'ils doivent respecter au plus fort des combats. Il est illusoire de penser qu'on peut enseigner aux troupes deux types de comportements au combat, selon qu'il s'agit d'un conflit armé international ou non international.

C'est alors la question de la force obligatoire de la règle coutumière vis-à-vis du parti insurgé qui se trouvera posée. Les insurgés sont-ils liés par des règles à l'élaboration desquelles ils n'ont pas participé et, dans l'affirmative, à quel titre ?

propres aux conflits armés non internationaux, mais d'étendre à ces conflits le champ d'application de règles applicables aux conflits armés internationaux. En vérité, il est facile de démontrer que les deux règles qui visent spécifiquement les conflits armés non internationaux trouvent leur équivalent dans le droit applicable aux conflits armés internationaux.

⁸⁴ HENCKAERTS, *loc. cit.*, pp. 198-212.

⁸⁵ « *Indeed, elementary considerations of humanity and common sense make it preposterous that the use by States of weapons prohibited in armed conflicts between themselves be allowed when States try to put down rebellion by their own nationals on their own territory. What is inhumane, and consequently proscribed, in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife.* » Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule"*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, paragraph 119, *How does law protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, vol. II, pp. 1804-1873, ad p. 1827.

Le droit de la guerre est fondé sur le principe que ses dispositions s'appliquent de manière égale à tous les belligérants et sans doute ce principe vaut-il aussi bien pour les conflits armés non internationaux que pour les conflits armés internationaux.⁸⁶ Le contenu des règles varie selon le type de conflit; en revanche, dans chaque situation, le droit de la guerre impose des droits et des obligations identiques à tous les belligérants. En effet, qu'il s'agisse de conflits internationaux ou de conflits non internationaux, on ne voit pas ce qui obligerait une partie au conflit à respecter un ordre juridique qu'elle estimerait discriminatoire.⁸⁷ En outre, aussi bien l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève que le Second Protocole additionnel à ces Conventions créent des droits et des obligations identiques pour toutes les parties au conflit.⁸⁸

En outre, le droit de la guerre est fondé sur le principe que ses obligations s'imposent non seulement aux États, mais également aux individus à qui il incombe d'en respecter les dispositions.⁸⁹ Les individus qui se rendent

⁸⁶ L'ouvrage de référence en ce qui concerne le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre demeure celui d'Henri Meyrowitz, qui ne traite pourtant pas de la question de l'application de ce principe dans les conflits armés non internationaux : Henri MEYROWITZ, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, Éditions A. Pedone, 1970. En ce qui concerne l'application dans les conflits armés non internationaux du principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre, on pourra se reporter à notre article : « *Jus ad bellum, jus in bello* and non international armed conflicts », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. VI, 2003, pp. 167-198.

⁸⁷ On pourra nous objecter que le mécanisme classique de la reconnaissance de belligérance permet au gouvernement de l'État confronté à une insurrection de revendiquer pour lui-même et de reconnaître à ses adversaires les droits de belligérant, et que le droit des conflits armés ne confère pas la même possibilité au parti insurgé. Cela est exact. Toutefois, lorsque le mécanisme est mis en oeuvre, il a pour effet de conférer les mêmes droits et les mêmes obligations au parti gouvernemental et au parti insurgé. En outre, le dernier cas de reconnaissance de belligérance remonte à la guerre civile du Nigéria (1967-1970).

⁸⁸ « *En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire d'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes...* » proclame l'article 3 commun aux Conventions de Genève (souligné par nos soins). Le fait que la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire ait écarté un projet d'article qui visait à souligner que le Protocole II confère les mêmes droits et les mêmes obligations à toutes les parties au conflit n'infirme en rien le fait que le Protocole II confère des droits et des obligations identiques aux parties au conflit. Les rayons du cercle sont égaux entre eux, même quand on ne le dit pas.

⁸⁹ « [...] *the entire law of war is based on the assumption that its commands are binding not only upon States but also upon their nationals, whether members of their armed forces or not* », L. OPPENHEIM, *International Law*, Vol. I, Eighth edition by Sir Hersch

responsables de crimes de guerre peuvent être poursuivis devant les tribunaux nationaux ou devant des tribunaux internationaux, notamment la Cour pénale internationale, que ces crimes aient été commis à l'occasion de conflits armés internationaux ou de conflits armés non internationaux.⁹⁰

Enfin, les règles coutumières sont des règles créées par l'ensemble de la communauté internationale. Même s'il n'existe pas à proprement parler de fonction législative internationale, en ce sens que la majorité ne peut pas lier la minorité sans son consentement, il n'est guère douteux que la communauté internationale est en mesure de créer des règles élémentaires qui s'imposent à tous. Les règles de droit coutumier sont de cette nature.

Cette conclusion débouche sur une nouvelle question qui n'est pas moins délicate. S'il est admis que les insurgés sont liés par les règles du droit international humanitaire coutumier applicables aux conflits armés non internationaux, doit-on aussi admettre qu'ils participent à la formation du droit international humanitaire coutumier applicable à ces conflits ?

LAUTERPACHT, London, Longman, 1955, p. 341. Dans le même sens : « *States and individuals are bound by the Conventions* », Gerald I. A. D. DRAPER, *The Red Cross Conventions*, London, Stevens & Sons, 1958, p. 17.

⁹⁰ Article 8, 2, (c) du Statut de la Cour pénale internationale, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 832, décembre 1998, pp. 733-738, en particulier la page 736; *Documents on the Laws of War*, edited by Adam ROBERTS and Richard GUELFF, third edition, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 667-697, en particulier les pp. 678-679. Dans son arrêt du 2 octobre 1995 en l'affaire « Le Procureur c. Dusko Tadic », la Chambre d'appel du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie a conclu que la responsabilité pénale individuelle était engagée par des violations du droit des conflits armés, que ces violations aient été commises dans des conflits armés internes ou internationaux, Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule"*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, paragraphs 128-136, *How does law protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, vol. II, pp. 1804-1873, ad pp. 1829-1831. Dans son arrêt du 16 juillet 2003, en l'affaire « Le Procureur c. Enver Hadzihanovic, Décision relative à l'exception d'incompétence (responsabilité du supérieur hiérarchique) », la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a conclu à l'unanimité que le droit international coutumier reconnaissait que des crimes de guerre pouvaient être commis à l'occasion d'un conflit armé non international et que le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique (« *command responsibility* ») s'appliquait à ces crimes. Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, « Le Procureur c. Enver Hadzihanovic, Décision relative à l'exception d'incompétence (responsabilité du supérieur hiérarchique) », Arrêt du 16 juillet 2003, paragraphes 10 à 31 (Affaire n° IT-01-47-AR72). MERON, *loc. cit.*, p. 823.

Certains analystes s'empresseront de répondre par la négative en affirmant que les États seuls participent à la formation du droit international coutumier. Ce sont en général ceux qui affirment, au mépris des développements récents du droit international public, que seuls les États sont sujets de l'ordre juridique international et que le droit des conflits armés ne s'applique pas aux luttes intestines.

Nous pensons que la question est complexe et que, dès lors qu'il est admis que les insurgés sont liés par le droit international humanitaire, on doit leur concéder une personnalité juridique internationale limitée de nature fonctionnelle : la capacité d'être titulaires des droits et des obligations qui sont indispensables pour leur permettre de s'acquitter des obligations que leur impose le droit humanitaire.⁹¹ Dans ces limites, il n'y a aucune raison que leur pratique ne

⁹¹ « In practice, belligerent and insurgent bodies within a state may enter into legal relations and conclude agreements valid on the international plane with states and other belligerents and insurgents. Sir Gerald Fitzmaurice has attributed treaty-making capacity to 'para-Statal entities recognized as possessing a definite if limited form of international personality, for example insurgent communities recognized as having belligerent status – *de facto* authorities in control of specific territory'. This statement is correct as a matter of principle, although its application to particular facts will require caution. » Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, fourth edition, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 64-65. « Lorsque les insurgés réussissent à prendre le contrôle d'une partie du territoire national et à mener une véritable guerre contre les autorités légales, il devient rapidement difficile de leur nier une certaine capacité juridique internationale. La reconnaissance de belligérance permet de leur attribuer la personnalité internationale d'un gouvernement 'de fait' local. [...] L'ordre juridique mis en place par l'organisation insurrectionnelle est opposable aux sujets du droit international et justifie que soit engagée la responsabilité internationale des autorités insurgées lorsqu'elles triomphent du gouvernement légal. » Patrick DAILLER & Alain PELLET, *Droit international public*, septième édition, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 2002, p. 569. « En vertu du droit international coutumier, les insurgés et les belligérants sont également sujets de droits et de devoirs. » Paul GUGGENHEIM, *Traité de Droit international public*, Avec mention de la pratique internationale et suisse, première édition, avec la collaboration de Denise BINDSCHIEDLER-ROBERT, Genève, Librairie Georg & Cie, 2 volumes, vol. I, 1953, pp. 202-208, *ad p.* 202. « As war is an armed contention between States, such civil war need not be war from the beginning, nor become war at all, in the technical sense of the term. But it may become war through the recognition of the contending parties, or of the insurgents, as a belligerent Power. Through such recognition a body of individuals receives an international position, in so far as it is for some purposes treated as though it were a subject of International Law. » L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, edited by Sir Hersch LAUTERPACHT, Longman, London, vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, seventh edition, 1952, pp. 209-212, at p. 209. « The scope and effect of recognition of belligerency depend on the intent of the recognising State. It usually implies recognition of the governmental acts of the revolutionary authorities performed in the area under their actual control, and their rights as belligerents on land, at sea and in the air, including the high seas and the air

contribue pas au développement du droit international humanitaire coutumier applicable à ces conflits.⁹²

La guerre étant une relation réciproque,⁹³ nous pensons même qu'il ne peut y avoir d'authentique respect des règles applicables aux conflits armés non internationaux si les insurgés ne les respectent pas et qu'il ne saurait y avoir de développement du droit coutumier applicable à ces conflits si les insurgés n'y contribuent pas.

c) Universalité du droit humanitaire

L'étude a confirmé de manière éclatante l'universalité du droit international humanitaire. Les auteurs ont consulté des sources provenant de toutes les parties du monde et étudié la pratique de différents États appartenant aux différents continents et aux différents systèmes juridiques, et choisis selon le principe d'une représentation géographique équitable; des experts provenant de tous les continents ont contribué à l'étude par leurs recherches et leurs travaux; mais surtout, l'étude démontre qu'à travers le droit coutumier, tous les États ont contribué au développement du droit international humanitaire contemporain. C'est sans doute l'une des conclusions les plus importantes de cette étude.

space above the high seas. [...] In the absence of any express view to the contrary, the recognition of revolutionaries as belligerents means the grant to them of full rights of belligerents on land, at sea and in the air and, by the recognising State, acceptance for itself of the rights and duties of a neutral State. Practice has given a similarly defined, but narrower meaning to the recognition of revolutionaries as insurgents. Normally, this means the grant of belligerent rights within the territorial limits of the State involved in an internal war. » Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, vol. II, *The Law of Armed Conflict*, Stevens & Sons, London, 1968, pp. 690-693.

⁹² Dans le même sens : « A notre avis, vu qu'elles sont soumises au droit international humanitaire, le comportement de ces entités doit également compter comme pratique », Marco SASSOLI, « La première décision de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : Tadic (compétence) », *Revue générale de droit international public*, tome 100, 1996/1, pp. 101-134, ad p. 128.

⁹³ « La guerre est un acte de violence et il n'y a pas de limite à la manifestation de cette violence. Chacun des adversaires fait la loi de l'autre, d'où résulte une action réciproque qui, en tant que concept, doit aller aux extrêmes » écrivait Clausewitz. Carl von CLAUSEWITZ, *De la Guerre*, traduction française de Denise NAVILLE, Paris, Les Éditions de Minuit, 1955, p. 53.

« ... le CICR se réjouit de ce que l'étude ait mis en évidence l'universalité du droit international humanitaire : toutes les traditions et toutes les civilisations ont contribué au développement de ce droit qui fait aujourd'hui partie du patrimoine commun de l'humanité » écrit le président du CICR, le Dr Jakob Kellenberger, dans la préface de l'étude.⁹⁴

VI. Le Comité international de la Croix-Rouge et les conclusions de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier

Quelle est la position du CICR sur cette étude qu'il a réalisée sur la base du mandat que lui a confié la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge ?

Aux yeux du CICR, il s'agit avant tout d'un travail académique conduit selon les impératifs de la recherche scientifique et avec l'appui de nombreux experts de réputation internationale.

Le CICR a donc respecté la liberté académique des auteurs, comme il a respecté celle des experts; il n'a pas cherché à influencer leurs travaux, ni leurs conclusions. Ceux-ci se sont gardés de tout « *wishful thinking* »; en d'autres termes, l'étude vise à décrire le droit international humanitaire coutumier tel qu'il est et non pas tel que les auteurs ou tel que le CICR souhaiteraient qu'il fût.

Cela dit, le CICR est d'avis que cette étude donne une photographie aussi exacte et aussi rigoureuse que possible de l'état actuel du droit international humanitaire coutumier.⁹⁵ Il compte donc s'en inspirer dans la conduite de son action et de

⁹⁴ Préface du président Jakob Kellenberger dans : Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, *Règles*, p. XX.

⁹⁵ A travers cette affirmation, le CICR n'entend pas imposer sa lecture du droit international humanitaire coutumier. Il n'a pas qualité pour cela, et ce n'est pas non plus son ambition. Dans l'architecture des sources formelles du droit international public, cette étude appartient à la doctrine des publicistes, au sens de l'article 38, lettre d, du Statut de la Cour internationale de Justice. Il ne s'agit donc pas d'une source formelle du droit international, mais d'un « *moyen auxiliaire de détermination des règles de droit* » dont l'autorité est celle qui découle des sources utilisées, des experts qui ont contribué à l'étude, et de la rigueur avec laquelle les auteurs ont conduit leurs travaux. Le professeur Luigi Condorelli range avec raisons parmi les apports de la doctrine les travaux résultant de l'oeuvre collective d'association de juristes (comme l'Institut de droit international ou la Harvard Law School) « *qui ont essayé et essayent de transcrire en forme organisée le droit coutumier* » (CONDORELLI, *loc. cit.*, pp. 202-203). L'étude du CICR est du même ordre.

ses démarches auprès des États et des autres parties impliquées dans des conflits armés.

Sachant qu'un projet de cette nature ne saurait être ni exhaustif ni infaillible et que la coutume internationale est par nature évolutive, le CICR souhaite que cette étude donne lieu à un vaste débat sur la mise en œuvre, la clarification et le développement éventuel du droit international humanitaire.

Le président du CICR, le Dr Jakob Kellenberger, a précisé la position de l'institution dans la préface de l'étude :

« Le CICR a tenu à respecter la liberté académique des auteurs, comme celle des experts consultés, puisqu'il s'agissait avant tout d'un travail scientifique : établir une photographie aussi rigoureuse que possible de l'état actuel du droit international humanitaire coutumier.

Selon le CICR, les conclusions de l'étude reflètent bien l'état actuel du droit international humanitaire coutumier. Le CICR, pour sa part, entend prendre en compte les conclusions de cette étude dans ses démarches et dans ses travaux, tout en étant conscient que la coutume est un processus dynamique et évolutif.

*L'étude devrait aussi servir de base de discussion en ce qui concerne la mise en œuvre, l'explication et le développement du droit humanitaire ».*⁹⁶

VII. Impact de l'étude

Il est encore trop tôt pour juger de ce que sera l'impact de cette étude. Tout dépendra de l'accueil que lui réserveront les États, les tribunaux et la communauté scientifique. Si – ce que rien ne laisse actuellement supposer – les États en rejettent les conclusions, si les tribunaux refusent d'en tenir compte et si les scientifiques la dénigrent, l'étude aura contribué à mettre en cause le droit international humanitaire coutumier, au lieu de le préciser et de le renforcer. Le CICR aura fait en vain un investissement considérable et se verra reprocher d'avoir déçu l'attente de ses commettants.

Si, en revanche, les États en accueillent favorablement les conclusions, s'ils s'en inspirent pour l'élaboration de leurs manuels militaires, de leurs législations et

⁹⁶ Préface du président Jakob Kellenberger dans : Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, *Règles*, pp. XIX-XX.

surtout dans la conduite des hostilités, si les scientifiques en reconnaissent les mérites et en tiennent compte dans leurs travaux, si les tribunaux s'en inspirent dans leur tâche délicate d'appliquer le droit, nul doute que cette étude aura contribué à renforcer le droit international humanitaire. Elle aura également contribué à étendre les bases de l'action du CICR comme celle des autres acteurs humanitaires.

Nous n'avons pas la prétention de lire dans l'avenir. Toutefois, on peut relever que dans son arrêt du 11 mars 2005, en l'affaire « Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic and Amir Kubura », la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est référée à l'étude publiée par le CICR et, en particulier, aux indications contenues dans le volume II, pour démontrer la nature coutumière du principe général de la protection des biens civils, aussi longtemps qu'ils ne constituent pas des objectifs militaires, et la nature coutumière de l'obligation de respecter et de protéger les biens culturels.⁹⁷

Quoi qu'il en soit, sur la base des conclusions de l'étude, on peut d'ores et déjà relever plusieurs résultats importants.

Il s'agit en premier lieu d'une remarquable extension du droit applicable aux conflits armés internationaux et non internationaux, non pas que le CICR s'imagine pouvoir se placer dans la position du législateur, ce qu'il n'est pas, mais parce que la pratique des États va bien au-delà de ce que ces mêmes États acceptent dans le cadre des conférences de codification. Cette extension est particulièrement remarquable dans deux domaines : le droit de la conduite des hostilités et le droit applicable aux conflits armés non internationaux.

Cette étude devrait-elle servir de base à une nouvelle codification du droit international humanitaire ? On ne saurait l'exclure, mais force est de constater que les temps ne sont pas propices. Lorsque des hommes politiques ou des hommes d'États évoquent aujourd'hui la nécessité de réviser des lois et coutumes de la guerre, ce n'est pas, dans l'immense majorité des cas, dans l'idée de renforcer la protection des victimes de la guerre mais bien la sécurité de l'État, et donc la mainmise de l'État sur les individus au détriment des droits de ces derniers. En outre, les grands progrès en matière de codification et de

⁹⁷ Appeal Chamber of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 9, decision of 11 March 2005, « Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic and Amir Kubura », para. 45 & 46, <http://www.un.org/icty/hadzihas/appeal/decision-e/050311.htm>, visited on 20 March 2006. « *In what may be symptomatic of future practice, the appeals chamber cited indications of practice demonstrated by the study, rather than the black letter rule that the study's authors based on those indications.* » MERON, *loc. cit.*, p. 834.

développement progressif du droit international humanitaire ne se sont jamais produits durant des conflits majeurs, mais à l'issue de ceux-ci.⁹⁸ Aussi longtemps que la lutte se poursuit, les États vont se déterminer en fonction de leurs intérêts à très court terme. Il est impossible dans ces conditions de trouver un commun dénominateur et de faire progresser l'intérêt général, conditions essentielles pour parvenir à un accord en vue de la codification et du développement progressif du droit international. Enfin, vouloir codifier les conclusions de l'étude, c'est passer du plan du droit coutumier à celui de la codification. Or l'étude a démontré que les États acceptaient en pratique des obligations plus étendues que celles auxquelles ils sont prêts à souscrire autour du tapis vert.⁹⁹

Quoi qu'il en soit, cette étude vient combler des incertitudes liées au défaut de ratification de certains traités par différents pays et suppléer au caractère rudimentaire des dispositions conventionnelles applicables aux conflits armés non internationaux.

Dans cette perspective, il convient de dissiper un malentendu. On a prétendu que le CICR cherchait par le biais de cette étude à circonvenir le refus de certains États de ratifier les Protocoles additionnels I et II aux Conventions de Genève. Cette affirmation est sans fondement. La communauté internationale est sans doute prête à pardonner aux humanitaires une petite dose de naïveté, mais il n'y a pas de pitié lorsque celle-ci confine à la bêtise, quelles que soient les intentions qui peuvent l'avoir inspirée. Jamais le CICR n'a imaginé qu'il pouvait forcer la main d'États souverains. En vérité, la démarche était exactement inverse : il ne s'agissait pas de contraindre certains États à accepter des obligations dont ils ne veulent pas, mais de faire fond sur celles qu'ils avaient acceptées en fait parce qu'ils en reconnaissaient le caractère coutumier. La démarche ne visait en aucun cas à aller contre les États mais au contraire à prendre appui sur leur pratique.

⁹⁸ Ainsi, c'est la Conférence diplomatique de 1929 qui a tiré les enseignements de la Première Guerre mondiale et celle de 1949 qui a tiré ceux de la Seconde. Lorsque la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire s'est réunie, en 1974, pour une nouvelle révision du droit international humanitaire, les conflits de la décolonisation étaient, pour la plupart, terminés.

⁹⁹ Sur la sanction d'un projet de codification qui n'aboutit pas, il convient de consulter l'article du professeur Richard R. BAXTER, « The Effects of ill-conceived Codification and Development of International Law » in *En Hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Faculté de Droit de l'Université de Genève et Institut Universitaire de Hautes Études internationales, 1968, pp. 146-166.

Une autre conclusion importante est l'universalité du droit international humanitaire. Les auteurs ayant pris en compte une pratique aussi large que possible, on peut espérer qu'un grand nombre d'États se reconnaîtront dans cette étude.

Peut-on dès lors s'attendre à un meilleur respect du droit ? La règle coutumière est hélas susceptible de violation au même titre que la règle conventionnelle.¹⁰⁰ Il n'y a donc malheureusement aucune raison de penser que le droit humanitaire coutumier sera mieux respecté que le droit conventionnel. Deux facteurs pourraient cependant exercer une influence positive.

Ø D'une part, l'étude met en évidence l'universalité du droit humanitaire : des experts de tous les continents ont contribué à cette étude et les États de tous les continents pourront s'y reconnaître; en outre, les règles coutumières sont, par définition, d'application universelle. Or, l'expérience montre que le défaut de ratification de certains traités engendre une incertitude qui fait obstacle à leur application.

Ø D'autre part, l'étude a permis de préciser la nature et la portée d'un grand nombre de règles; elle devrait donc contribuer à mieux préciser le contenu des normes que les belligérants sont tenus de respecter et à mieux les faire connaître, et contribuer par ce biais à un meilleur respect des normes. « *Il est moins difficile de faire son devoir que de le bien connaître* » déclarait le baron Jomini, représentant du Tsar et président de la Conférence de Bruxelles de 1874 qui tenta une première codification des lois et coutumes de la guerre sur terre.¹⁰¹ La formule est sans doute exagérée, mais elle n'en comporte pas moins une part de vérité. En effet, pour s'acquitter de son devoir il faut en premier lieu le bien connaître. L'incertitude est porteuse d'excès, surtout dans la fureur du combat. Pour respecter les règles, il faut les bien connaître, et pour les bien connaître, il faut que leur contenu soit établi avec précision. Nul doute que l'étude publiée par le CICR contribue à préciser le contenu, la nature et la portée d'une grande partie du droit international humanitaire coutumier. Nul doute également qu'elle met à disposition des États et de leurs forces armées un puissant instrument de diffusion.

¹⁰⁰ Toute règle de droit est susceptible d'être violée du fait que toute règle de droit s'adresse à des êtres libres qui sont capables d'enfreindre les règles auxquelles ils sont soumis. Une règle qui n'est pas susceptible de violation relève de la physique, de la biologie ou d'autres sciences. Ce n'est pas une règle de droit.

¹⁰¹ *Actes de la Conférence de Bruxelles (1874)*, Bruxelles, Imprimerie du Moniteur belge, 1874, p. 5.

On peut dès lors espérer que cette étude fournira de précieuses orientations à tous ceux qui ont la responsabilité de contribuer à l'application du droit international humanitaire ou de veiller à son respect – législateurs, diplomates, fonctionnaires, juges, officiers instructeurs et combattants – et qu'elle contribuera par ce biais à promouvoir le respect du droit international humanitaire et la protection des victimes de la guerre.

* * *

François Bugnion
Fichier : Droitcoutumier12.doc
24 novembre 2007

Annexe : liste des règles coutumières du droit international humanitaire

La liste ci-après est fondée sur les conclusions exposées dans le volume I de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier. Comme l'étude n'avait pas pour objet de déterminer la nature coutumière de chacune des règles inscrites dans les traités de droit international humanitaire, la liste ne suit pas nécessairement la structure des traités existants. Le champ d'application des règles figure entre crochets : l'abréviation "CAI" désigne les règles de droit coutumier applicables dans les conflits armés internationaux, tandis que "CANI" désigne les règles coutumières applicables dans les conflits armés non internationaux. Dans ce deuxième cas, nous indiquons pour certaines règles (par l'indication "voire CANI") qu'elles peuvent être considérées comme applicables, car les pratiques attestées allaient en ce sens, mais étaient moins fréquentes.

Le principe de la distinction

La distinction entre civils et combattants

Règle 1. Les parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre civils et combattants. Les attaques ne peuvent être dirigées que contre des combattants. Les attaques ne doivent pas être dirigées contre des civils. [CAI/CANI]

Règle 2. Les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile sont interdits. [CAI/CANI]

Règle 3. Tous les membres des forces armées d'une partie au conflit sont des combattants, à l'exception du personnel sanitaire et religieux. [CAI]

Règle 4. Les forces armées d'une partie à un conflit se composent de toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette partie. [CAI]

Règle 5. On entend par "civils" les personnes qui ne sont pas membres des forces armées. La population civile comprend toutes les personnes civiles. [CAI/CANI]

Règle 6. Les personnes civiles sont protégées contre les attaques, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation. [CAI/CANI]

La distinction entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires

Règle 7. Les parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires. Les attaques ne peuvent être dirigées que contre des objectifs militaires. Les attaques ne doivent pas être dirigées contre des biens de caractère civil. [CAI/CANI]

Règle 8. En ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis. [CAI/CANI]

Règle 9. Sont biens de caractère civil tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires. [CAI/CANI]

Règle 10. Les biens de caractère civil sont protégés contre les attaques, sauf s'ils constituent des objectifs militaires et aussi longtemps qu'ils le demeurent. [CAI/CANI]

Les attaques sans discrimination

Règle 11. Les attaques sans discrimination sont interdites. [CAI/CANI]

Règle 12. L'expression "attaques sans discrimination" s'entend :

- (a) des attaques qui ne sont pas dirigées contre un objectif militaire déterminé;
- (b) des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat qui ne peuvent pas être dirigés contre un objectif militaire déterminé; ou
- (c) des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat dont les effets ne peuvent pas être limités comme le prescrit le droit international humanitaire; et qui sont, en conséquence, dans chacun de ces cas, propres à frapper indistinctement des objectifs militaires et des personnes civiles ou des biens de caractère civil. [CAI/CANI]

Règle 13. Les attaques par bombardement, quels que soient les méthodes ou moyens utilisés, qui traitent comme un objectif militaire unique un certain nombre d'objectifs militaires nettement espacés et distincts situés dans une ville, un village ou toute autre zone contenant une concentration analogue de personnes civiles ou de biens de caractère civil, sont interdites. [CAI/CANI]

La proportionnalité dans l'attaque

Règle 14. Il est interdit de lancer des attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu. [CAI/CANI]

Précautions dans l'attaque

Règle 15. Les opérations militaires doivent être conduites en veillant constamment à épargner la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil. Toutes les précautions pratiquement possibles doivent être prises en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment. [CAI/CANI]

Règle 16. Chaque partie au conflit doit faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les objectifs à attaquer sont des objectifs militaires. [CAI/CANI]

Règle 17. Chaque partie au conflit doit prendre toutes les précautions pratiquement possibles quant au choix des moyens et méthodes de guerre en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment. [CAI/CANI]

Règle 18. Chaque partie au conflit doit faire tout ce qui est pratiquement possible pour évaluer si une attaque est susceptible de causer incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu. [CAI/CANI]

Règle 19. Chaque partie au conflit doit faire tout ce qui est pratiquement possible pour annuler ou suspendre une attaque lorsqu'il apparaît que son objectif n'est pas militaire ou que l'on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu. [CAI/CANI]

Règle 20. Chaque partie au conflit doit, dans le cas d'attaques pouvant affecter la population civile, donner un avertissement en temps utile et par des moyens efficaces, à moins que les circonstances ne le permettent pas. [CAI/CANI]

Règle 21. Lorsque le choix est possible entre plusieurs objectifs militaires pour obtenir un avantage militaire équivalent, ce choix doit porter sur l'objectif dont on peut penser que l'attaque présente le moins de danger pour les personnes civiles ou pour les biens de caractère civil. [CAI/voire CANI]

Précautions contre les effets des attaques

Règle 22. Les parties au conflit doivent prendre toutes les précautions pratiquement possibles pour protéger contre les effets des attaques la population civile et les biens de caractère civil soumis à leur autorité. [CAI/CANI]

Règle 23. Chaque partie au conflit doit, dans la mesure de ce qui est pratiquement possible, éviter de placer des objectifs militaires à l'intérieur ou à proximité des zones fortement peuplées. [CAI/voire CANI]

Règle 24. Chaque partie au conflit doit, dans la mesure de ce qui est pratiquement possible, éloigner du voisinage des objectifs militaires les personnes civiles et les biens de caractère civil soumis à son autorité. [CAI/voire CANI]

Personnes et biens bénéficiant d'une protection spécifique

Personnel et biens sanitaires et religieux

Règle 25. Le personnel sanitaire exclusivement affecté à des fonctions sanitaires doit être respecté et protégé en toutes circonstances. Il perd sa protection s'il commet, en dehors de ses fonctions humanitaires, des actes nuisibles à l'ennemi. [CAI/CANI]

Règle 26. Il est interdit de punir une personne pour avoir accompli des tâches médicales conformes à la déontologie ou de contraindre une personne exerçant une activité de caractère médical à accomplir des actes contraires à la déontologie. [CAI/CANI]

Règle 27. Le personnel religieux exclusivement affecté à des fonctions religieuses doit être respecté et protégé en toutes circonstances. Il perd sa protection s'il commet, en dehors de ses fonctions humanitaires, des actes nuisibles à l'ennemi. [CAI/CANI]

Règle 28. Les unités sanitaires exclusivement affectées à des fins sanitaires doivent être respectées et protégées en toutes circonstances. Elles perdent leur protection si elles sont employées, en dehors de leurs fonctions humanitaires, pour commettre des actes nuisibles à l'ennemi. [CAI/CANI]

Règle 29. Les moyens de transport sanitaire exclusivement réservés au transport sanitaire doivent être respectés et protégés en toutes circonstances. Ils perdent leur protection s'ils sont employés, en dehors de leurs fonctions humanitaires, pour commettre des actes nuisibles à l'ennemi. [CAI/CANI]

Règle 30. Les attaques contre le personnel et les biens sanitaires et religieux arborant, conformément au droit international, les signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève, sont interdites. [CAI/CANI]

Personnel et biens de secours humanitaire

Règle 31. Le personnel de secours humanitaire doit être respecté et protégé. [CAI/CANI]

Règle 32. Les biens utilisés pour des opérations de secours humanitaire doivent être respectés et protégés. [CAI/CANI]

Personnel et biens employés dans une mission de maintien de la paix

Règle 33. Il est interdit de lancer une attaque contre le personnel et le matériel employés dans le cadre d'une mission de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies, pour autant qu'ils aient droit à la protection que le droit international humanitaire garantit aux civils ou aux biens de caractère civil. [CAI/CANI]

Les journalistes

Règle 34. Les journalistes civils qui accomplissent des missions professionnelles dans des zones de conflit armé doivent être respectés et protégés, aussi longtemps qu'ils ne participent pas directement aux hostilités. [CAI/CANI]

Zones protégées

Règle 35. Il est interdit de diriger une attaque contre une zone créée pour mettre à l'abri des effets des hostilités les blessés, les malades et les personnes civiles. [CAI/CANI]

Règle 36. Il est interdit de diriger une attaque contre une zone démilitarisée établie par accord entre les parties au conflit. [CAI/CANI]

Règle 37. Il est interdit de diriger une attaque contre une localité non défendue. [CAI/CANI]

Biens culturels

Règle 38. Chaque partie au conflit doit respecter les biens culturels :

A. Des précautions particulières doivent être prises au cours des opérations militaires afin d'éviter toute dégradation aux bâtiments consacrés à la religion, à l'art, à la science, à l'enseignement ou à l'action caritative, ainsi qu'aux monuments historiques, à condition qu'ils ne constituent pas des objectifs militaires.

B. Les biens qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples ne doivent pas être l'objet d'attaques, sauf en cas de nécessité militaire impérieuse.

[CAI/CANI]

Règle 39. L'emploi de biens qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples à des fins qui pourraient exposer ces biens à une destruction ou à une détérioration est interdit, sauf en cas de nécessité militaire impérieuse. [CAI/CANI]

Règle 40. Chaque partie au conflit doit protéger les biens culturels :

A. Toute saisie, destruction ou dégradation intentionnelle d'établissements consacrés à la religion, à l'action caritative, à l'enseignement, à l'art et à la science, de monuments historiques et d'oeuvres d'art et de science, est interdite.

B. Tout acte de vol, de pillage ou de détournement de biens qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples, ainsi que tout acte de vandalisme à l'égard de ces biens, est interdit.

[CAI/CANI]

Règle 41. La puissance occupante doit empêcher l'exportation illicite de biens culturels d'un territoire occupé, et doit remettre les biens exportés de manière illicite aux autorités compétentes du territoire occupé. [CAI]

Ouvrages et installations contenant des forces dangereuses

Règle 42. Des précautions particulières doivent être prises en cas d'attaque contre des ouvrages et installations contenant des forces dangereuses, à savoir les barrages, les digues et les centrales nucléaires de production d'énergie électrique, ainsi que les autres installations situées sur eux ou à proximité, afin d'éviter la libération de forces dangereuses et, en conséquence, de causer des pertes sévères dans la population civile. [CAI/CANI]

L'environnement naturel

Règle 43. Les principes généraux relatifs à la conduite des hostilités s'appliquent à l'environnement naturel :

A. Aucune partie de l'environnement naturel ne peut être l'objet d'attaques, sauf si elle constitue un objectif militaire.

B. La destruction de toute partie de l'environnement naturel est interdite, sauf en cas de nécessité militaire impérieuse.

C. Il est interdit de lancer contre un objectif militaire une attaque dont on peut attendre qu'elle cause incidemment des dommages à l'environnement qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu.

[CAI/CANI]

Règle 44. Les méthodes et moyens de guerre doivent être employés en tenant dûment compte de la protection et de la préservation de l'environnement naturel. Dans la conduite des opérations militaires, toutes les précautions pratiquement possibles doivent être prises en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum, les dommages qui pourraient être causés incidemment à l'environnement. L'absence de certitude scientifique quant aux effets sur l'environnement de certaines opérations militaires n'exonère pas une partie au conflit de son devoir de prendre de telles précautions. [CAI/voire CANI]

Règle 45. L'utilisation de méthodes ou de moyens de guerre conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel est interdite. La destruction de l'environnement naturel ne peut pas être employée comme une arme. [CAI/voire CANI]

Méthodes de guerre spécifiques

Refus de quartier

Règle 46. Il est interdit d'ordonner qu'il ne sera pas fait de quartier, d'en menacer l'adversaire ou de conduire les hostilités en fonction de cette décision. [CAI/CANI]

Règle 47. Il est interdit d'attaquer des personnes reconnues comme étant hors de combat. Est hors de combat toute personne :

(a) qui est au pouvoir d'une partie adverse;

(b) qui est sans défense parce qu'elle a perdu connaissance, ou du fait de naufrage, de blessures ou de maladie; ou

(c) qui exprime clairement son intention de se rendre;

à condition qu'elle s'abstienne de tout acte d'hostilité et ne tente pas de s'évader. [CAI/CANI]

Règle 48. Il est interdit d'attaquer des personnes sautant en parachute d'un aéronef en perdition pendant leur descente. [CAI/CANI]

Destruction et saisie de biens

Règle 49. Les parties au conflit peuvent saisir le matériel militaire appartenant à un adversaire à titre de butin de guerre. [CAI]

Règle 50. La destruction ou la saisie des propriétés d'un adversaire est interdite, sauf si elle est exigée par d'impérieuses nécessités militaires. [CAI/CANI]

Règle 51. En territoire occupé :

(a) la propriété publique mobilière de nature à servir aux opérations militaires peut être confisquée;

(b) la propriété publique immobilière doit être administrée conformément à la règle de l'usufruit; et

(c) la propriété privée doit être respectée et ne peut être confisquée; sauf si la destruction ou la saisie de ces propriétés est exigée par d'impérieuses nécessités militaires. [CAI]

Règle 52. Le pillage est interdit. [CAI/CANI]

Famine et accès aux secours humanitaires

Règle 53. Il est interdit d'utiliser la famine comme méthode de guerre contre la population civile. [CAI/CANI]

Règle 54. Il est interdit d'attaquer, de détruire, d'enlever ou de mettre hors d'usage des biens indispensables à la survie de la population civile. [CAI/CANI]

Règle 55. Les parties au conflit doivent autoriser et faciliter le passage rapide et sans encombre de secours humanitaires destinés aux personnes civiles dans le besoin, de caractère impartial et fournis sans aucune distinction de caractère défavorable, sous réserve de leur droit de contrôle. [CAI/CANI]

Règle 56. Les parties au conflit doivent assurer au personnel de secours autorisé la liberté de déplacement essentielle à l'exercice de ses fonctions. Ses déplacements ne peuvent être temporairement restreints qu'en cas de nécessité militaire impérieuse. [CAI/CANI]

Tromperie

Règle 57. Les ruses de guerre ne sont pas interdites, à condition qu'elles n'enfreignent aucune règle de droit international humanitaire. [CAI/CANI]

Règle 58. Il est interdit d'utiliser indûment le drapeau blanc (pavillon parlementaire). [CAI/CANI]

Règle 59. Il est interdit d'utiliser indûment les signes distinctifs des Conventions de Genève. [CAI/CANI]

Règle 60. Il est interdit d'utiliser l'emblème et l'uniforme des Nations Unies, en dehors des cas où l'usage en est autorisé par l'Organisation. [CAI/CANI]

Règle 61. Il est interdit d'utiliser indûment d'autres emblèmes reconnus sur le plan international. [CAI/CANI]

Règle 62. Il est interdit d'utiliser indûment les drapeaux ou pavillons, symboles, insignes ou uniformes militaires de l'adversaire. [CAI/voire CANI]

Règle 63. Il est interdit d'utiliser les drapeaux ou pavillons, symboles, insignes ou uniformes militaires d'États neutres ou d'autres États non parties au conflit. [CAI/voire CANI]

Règle 64. Il est interdit de conclure un accord sur la suspension des combats avec l'intention d'attaquer par surprise l'ennemi qui se fie à cet accord. [CAI/CANI]

Règle 65. Il est interdit de tuer, blesser ou capturer un adversaire en recourant à la perfidie. [CAI/CANI]

Communications avec l'ennemi

Règle 66. Les commandants peuvent établir entre eux des contacts non hostiles par n'importe quel moyen de communication. Ces contacts doivent être fondés sur la bonne foi. [CAI/CANI]

Règle 67. Les parlementaires ont droit à l'inviolabilité. [CAI/CANI]

Règle 68. Les commandants peuvent prendre les précautions nécessaires afin d'éviter que la présence d'un parlementaire soit préjudiciable. [CAI/CANI]

Règle 69. Les parlementaires qui profitent de leur position privilégiée pour commettre un acte contraire au droit international et préjudiciable à l'adversaire perdent leur inviolabilité. [CAI/CANI]

Armes

Principes généraux relatifs à l'emploi des armes

Règle 70. Il est interdit d'employer des moyens ou des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus. [CAI/CANI]

Règle 71. Il est interdit d'employer des armes qui sont de nature à frapper sans discrimination. [CAI/CANI]

Le poison

Règle 72. Il est interdit d'employer du poison ou des armes empoisonnées. [CAI/CANI]

Les armes biologiques

Règle 73. Il est interdit d'employer des armes biologiques. [CAI/CANI]

Les armes chimiques

Règle 74. Il est interdit d'employer des armes chimiques. [CAI/CANI]

Règle 75. Il est interdit d'employer des agents de lutte antiémeute en tant que méthode de guerre. [CAI/CANI]

Règle 76. Il est interdit d'employer des herbicides en tant que méthode de guerre si ces herbicides:

- (a) sont de nature à être des armes chimiques interdites;
- (b) sont de nature à être des armes biologiques interdites;
- (c) sont destinés à être employés contre une végétation qui ne constitue pas un objectif militaire;

(d) sont susceptibles de causer incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu; ou

(e) sont susceptibles de causer des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel.

[CAI/CANI]

Les balles qui s'épanouissent

Règle 77. Il est interdit d'employer des balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain. [CAI/CANI]

Les balles explosives

Règle 78. Il est interdit d'employer à des fins antipersonnel des balles qui explosent à l'intérieur du corps humain. [CAI/CANI]

Les armes blessant principalement par des éclats non localisables

Règle 79. Il est interdit d'employer des armes dont l'effet principal est de blesser par des éclats qui ne sont pas localisables par rayons X dans le corps humain. [CAI/CANI]

Les pièges

Règle 80. Il est interdit d'employer des pièges qui sont attachés ou associés d'une façon quelconque à des objets ou des personnes auxquels le droit international humanitaire accorde une protection spéciale, ou à des objets susceptibles d'attirer des personnes civiles. [CAI/CANI]

Les mines terrestres

Règle 81. Lorsque des mines terrestres sont employées, des précautions particulières doivent être prises afin de réduire au minimum leurs effets indiscriminés. [CAI/CANI]

Règle 82. Une partie au conflit qui emploie des mines terrestres doit, dans toute la mesure possible, enregistrer leur emplacement. [CAI/voire CANI]

Règle 83. Après la cessation des hostilités actives, une partie au conflit qui a employé des mines terrestres doit les enlever ou les neutraliser d'une autre manière afin qu'elles ne puissent porter atteinte à des civils, ou faciliter leur enlèvement. [CAI/CANI]

Les armes incendiaires

Règle 84. Si des armes incendiaires sont employées, des précautions particulières doivent être prises en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment. [CAI/CANI]

Règle 85. Il est interdit d'employer à des fins antipersonnel des armes incendiaires, sauf s'il n'est pas pratiquement possible d'employer une arme moins nuisible pour mettre une personne hors de combat. [CAI/CANI]

Les armes à laser aveuglantes

Règle 86. Il est interdit d'employer des armes à laser spécifiquement conçues de telle façon que leur seule fonction de combat ou une de leurs fonctions de combat soit de provoquer la cécité permanente chez des personnes dont la vision est non améliorée. [CAI/CANI]

Le traitement des personnes civiles et des personnes hors de combat

Les garanties fondamentales

Règle 87. Les personnes civiles et les personnes hors de combat doivent être traitées avec humanité. [CAI/CANI]

Règle 88. Toute distinction de caractère défavorable dans l'application du droit international humanitaire fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou la croyance, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou une autre situation, ou tout autre critère analogue, est interdite. [CAI/CANI]

Règle 89. Le meurtre est interdit. [CAI/CANI]

Règle 90. La torture, les traitements cruels ou inhumains et les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, sont interdits. [CAI/CANI]

Règle 91. Les peines corporelles sont interdites. [CAI/CANI]

Règle 92. Les mutilations, les expériences médicales ou scientifiques ou tout autre acte médical qui ne serait pas motivé par l'état de santé de la personne concernée et qui ne serait pas conforme aux normes médicales généralement reconnues sont interdits. [CAI/CANI]

Règle 93. Le viol et les autres formes de violence sexuelle sont interdits. [CAI/CANI]

Règle 94. L'esclavage et la traite des esclaves sous toutes leurs formes sont interdits. [CAI/CANI]

Règle 95. Le travail forcé non rémunéré ou abusif est interdit. [CAI/CANI]

Règle 96. La prise d'otages est interdite. [CAI/CANI]

Règle 97. L'emploi de boucliers humains est interdit. [CAI/CANI]

Règle 98. Les disparitions forcées sont interdites. [CAI/CANI]

Règle 99. La privation arbitraire de liberté est interdite. [CAI/CANI]

Règle 100. Nul ne peut être condamné ou jugé, si ce n'est en vertu d'un procès équitable accordant toutes les garanties judiciaires essentielles. [CAI/CANI]

Règle 101. Nul ne peut être accusé ou condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. [CAI/CANI]

Règle 102. Nul ne peut être puni pour une infraction si ce n'est sur la base d'une responsabilité pénale individuelle. [CAI/CANI]

Règle 103. Les peines collectives sont interdites. [CAI/CANI]

Règle 104. Les convictions et les pratiques religieuses des personnes civiles et des personnes hors de combat doivent être respectées. [CAI/CANI]

Règle 105. La vie de famille doit être respectée dans toute la mesure possible. [CAI/CANI]

Combattants et statut de prisonnier de guerre

Règle 106. Les combattants doivent se distinguer de la population civile lorsqu'ils prennent part à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque. S'ils ne se conforment pas à cette obligation, ils n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre. [CAI]

Règle 107. Les combattants capturés alors qu'ils se livrent à des activités d'espionnage n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre. Ils ne peuvent être condamnés ou jugés sans procès préalable. [CAI]

Règle 108. Les mercenaires, tels que définis dans le Protocole additionnel I, n'ont pas droit au statut de combattant ou de prisonnier de guerre. Ils ne peuvent être condamnés ou jugés sans procès préalable. [CAI]

Les blessés, malades et naufragés

Règle 109. Chaque fois que les circonstances le permettent, et notamment après un engagement, chaque partie au conflit doit prendre sans tarder toutes les mesures possibles pour rechercher, recueillir et évacuer les blessés, les malades et les naufragés, sans distinction de caractère défavorable. [CAI/CANI]

Règle 110. Les blessés, malades et naufragés doivent recevoir, dans toute la mesure possible et dans les délais les plus brefs, les soins médicaux qu'exige leur état. Aucune distinction fondée sur des critères autres que médicaux ne doit être faite entre eux. [CAI/CANI]

Règle 111. Chaque partie au conflit doit prendre toutes les mesures possibles pour protéger les blessés, malades et naufragés contre les mauvais traitements et le pillage de leurs biens personnels. [CAI/CANI]

Les morts

Règle 112. Chaque fois que les circonstances le permettent, et notamment après un engagement, chaque partie au conflit doit prendre sans tarder toutes les mesures possibles

pour rechercher, recueillir et évacuer les morts, sans distinction de caractère défavorable. [CAI/CANI]

Règle 113. Chaque partie au conflit doit prendre toutes les mesures possibles pour empêcher que les morts ne soient dépouillés. La mutilation des cadavres est interdite. [CAI/CANI]

Règle 114. Les parties au conflit doivent s'efforcer de faciliter le retour des restes des personnes décédées, à la demande de la partie à laquelle ils appartiennent ou à la demande de leur famille. Elles doivent leur retourner les effets personnels des personnes décédées. [CAI]

Règle 115. Les morts doivent être inhumés de manière respectueuse, et leurs tombes doivent être respectées et dûment entretenues. [CAI/CANI]

Règle 116. Afin de permettre l'identification des morts, chaque partie au conflit doit enregistrer toutes les informations disponibles avant l'inhumation, et marquer l'emplacement des sépultures. [CAI/CANI]

Les personnes disparues

Règle 117. Chaque partie au conflit doit prendre toutes les mesures pratiquement possibles pour élucider le sort des personnes portées disparues par suite d'un conflit armé, et doit transmettre aux membres de leur famille toutes les informations dont elle dispose à leur sujet. [CAI/CANI]

Les personnes privées de liberté

Règle 118. Les personnes privées de liberté doivent se voir fournir de la nourriture, de l'eau et des vêtements en suffisance, ainsi qu'un logement et des soins médicaux convenables. [CAI/CANI]

Règle 119. Les femmes privées de liberté doivent être gardées dans des locaux séparés de ceux des hommes, sauf dans le cas de familles logées en tant qu'unités familiales, et elles doivent être placées sous la surveillance immédiate de femmes. [CAI/CANI]

Règle 120. Les enfants privés de liberté doivent être gardés dans des locaux séparés de ceux des adultes, sauf dans le cas de familles logées en tant qu'unités familiales. [CAI/CANI]

Règle 121. Les personnes privées de liberté doivent être gardées dans des locaux éloignés de la zone de combat et qui permettent de préserver leur santé et leur hygiène. [CAI/CANI]

Règle 122. Le pillage des effets personnels des personnes privées de liberté est interdit. [CAI/CANI]

Règle 123. Les données personnelles des personnes privées de liberté doivent être enregistrées. [CAI/CANI]

Règle 124.

A. Dans les conflits armés internationaux, le CICR doit se voir accorder un accès régulier à toutes les personnes privées de liberté afin de vérifier leurs conditions de détention et de rétablir le contact entre ces personnes et leur famille. [CAI]

B. Dans les conflits armés non internationaux, le CICR peut offrir ses services aux parties au conflit afin de visiter toutes les personnes privées de liberté pour des raisons liées au conflit, dans le but de vérifier leurs conditions de détention et de rétablir le contact entre ces personnes et leur famille. [CANI]

Règle 125. Les personnes privées de liberté doivent être autorisées à entretenir une correspondance avec leur famille, moyennant des conditions raisonnables touchant la fréquence des échanges et la nécessité de la censure par les autorités. [CAI/CANI]

Règle 126. Les internés civils et les personnes privées de liberté en relation avec un conflit armé non international doivent être autorisés, dans la mesure du possible, à recevoir des visites, et en premier lieu celles de leurs proches. [CAI/CANI]

Règle 127. Les convictions personnelles et les pratiques religieuses des personnes privées de liberté doivent être respectées. [CAI/CANI]

Règle 128.

A. Les prisonniers de guerre doivent être libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives. [CAI]

B. Les internés civils doivent être libérés dès que les causes qui ont motivé leur internement cessent d'exister, mais en tout cas dans les plus brefs délais possibles après la fin des hostilités actives. [CAI]

C. Les personnes privées de leur liberté en relation avec un conflit armé non international doivent être libérées dès que les causes qui ont motivé leur privation de liberté cessent d'exister. [CANI]

La privation de liberté de ces personnes peut se poursuivre si des procédures pénales sont en cours à leur encontre ou si elles purgent une peine qui a été prononcée dans le respect de la loi.

Déplacement et personnes déplacées

Règle 129.

A. Les parties à un conflit armé international ne peuvent procéder à la déportation ou au transfert forcé de la totalité ou d'une partie de la population d'un territoire occupé, sauf dans les cas où la sécurité des civils ou des impératifs militaires l'exigent. [CAI]

B. Les parties à un conflit armé non international ne peuvent ordonner le déplacement de la totalité ou d'une partie de la population civile pour des raisons ayant trait au conflit, sauf dans les cas où la sécurité des civils ou des impératifs militaires l'exigent. [CANI]

Règle 130. Les États ne peuvent déporter ou transférer une partie de leur population civile dans un territoire qu'ils occupent. [CAI]

Règle 131. En cas de déplacement, toutes les mesures possibles doivent être prises afin que les personnes civiles concernées soient accueillies dans des conditions satisfaisantes de logement, d'hygiène, de salubrité, de sécurité et d'alimentation et afin que les membres d'une même famille ne soient pas séparés les uns des autres. [CAI/CANI]

Règle 132. Les personnes déplacées ont le droit de regagner volontairement et dans la sécurité leur foyer ou leur lieu de résidence habituel dès que les causes de leur déplacement ont cessé d'exister. [CAI/CANI]

Règle 133. Les droits de propriété des personnes déplacées doivent être respectés. [CAI/CANI]

Autres personnes bénéficiant d'une protection spécifique

Règle 134. Les besoins spécifiques des femmes touchées par les conflits armés en matière de protection, de santé et d'assistance doivent être respectés. [CAI/CANI]

Règle 135. Les enfants touchés par les conflits armés ont droit à un respect et à une protection particuliers. [CAI/CANI]

Règle 136. Les enfants ne doivent pas être recrutés dans des forces armées ni dans des groupes armés. [CAI/CANI]

Règle 137. Les enfants ne doivent pas être autorisés à participer aux hostilités. [CAI/CANI]

Règle 138. Les personnes âgées, les invalides et les infirmes touchés par les conflits armés ont droit à un respect et à une protection particuliers. [CAI/CANI]

Mise en oeuvre

Respect du droit international humanitaire

Règle 139. Chaque partie au conflit doit respecter et faire respecter le droit international humanitaire par ses forces armées ainsi que par les autres personnes ou groupes agissant en fait sur ses instructions ou ses directives ou sous son contrôle. [CAI/CANI]

Règle 140. L'obligation de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire subsiste même en l'absence de réciprocité. [CAI/CANI]

Règle 141. Chaque État doit mettre à disposition des conseillers juridiques lorsqu'il y a lieu pour conseiller les commandants militaires, à l'échelon approprié, quant à l'application du droit international humanitaire. [CAI/CANI]

Règle 142. Les États et les parties au conflit doivent dispenser une instruction en droit international humanitaire à leurs forces armées. [CAI/CANI]

Règle 143. Les États doivent encourager l'enseignement du droit international humanitaire à la population civile. [CAI/CANI]

Mesures visant à faire respecter le droit international humanitaire

Règle 144. Les États ne peuvent pas encourager les parties à un conflit armé à commettre des violations du droit international humanitaire. Ils doivent dans la mesure du possible exercer leur influence pour faire cesser les violations du droit international humanitaire. [CAI/CANI]

Règle 145. Dans les cas où elles ne sont pas interdites par le droit international, les représailles sont soumises à des conditions très strictes. [CAI]

Règle 146. Les représailles contre des personnes protégées par les Conventions de Genève sont interdites. [CAI]

Règle 147. Les représailles contre des biens protégés par les Conventions de Genève et par la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels sont interdites. [CAI]

Règle 148. Les parties à des conflits armés non internationaux n'ont pas le droit de recourir à des mesures de représailles. Les autres contre-mesures contre des personnes qui ne participent pas ou qui ont cessé de participer directement aux hostilités sont interdites. [CANI]

Responsabilité et réparations

Règle 149. L'État est responsable des violations du droit international humanitaire qui lui sont attribuables, y compris :

- (a) les violations commises par ses propres organes, y compris ses forces armées;
- (b) les violations commises par des personnes ou des entités qu'il a habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique;
- (c) les violations commises par des personnes ou des groupes agissant en fait sur ses instructions ou ses directives ou sous son contrôle; et
- (d) les violations, commises par des personnes privées ou des groupes, qu'il reconnaît et adopte comme son propre comportement.

[CAI/CANI]

Règle 150. L'État responsable de violations du droit international humanitaire est tenu de réparer intégralement la perte ou le préjudice causé. [CAI/CANI]

Responsabilité individuelle

Règle 151. Les personnes qui commettent des crimes de guerre en sont pénalement responsables. [CAI/CANI]

Règle 152. Les commandants et autres supérieurs hiérarchiques sont pénalement responsables des crimes de guerre commis sur leurs ordres. [CAI/CANI]

Règle 153. Les commandants et autres supérieurs hiérarchiques sont pénalement responsables des crimes de guerre commis par leurs subordonnés s'ils savaient, ou avaient des raisons de savoir, que ces subordonnés s'apprêtaient à commettre ou commettaient ces crimes et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en leur pouvoir pour en empêcher l'exécution ou, si ces crimes avaient déjà été commis, pour punir les responsables. [CAI/CANI]

Règle 154. Tout combattant a le devoir de désobéir à un ordre qui est manifestement illégal. [CAI/CANI]

Règle 155. Le fait d'obéir à un ordre d'un supérieur hiérarchique n'exonère pas le subordonné de sa responsabilité pénale s'il savait que l'acte ordonné était illégal ou s'il aurait dû le savoir en raison du caractère manifestement illégal de l'acte ordonné. [CAI/CANI]

Crimes de guerre

Règle 156. Les violations graves du droit international humanitaire constituent des crimes de guerre. [CAI/CANI]

Règle 157. Les États ont le droit de conférer à leurs tribunaux nationaux une compétence universelle en matière de crimes de guerre. [CAI/CANI]

Règle 158. Les États doivent enquêter sur les crimes de guerre qui auraient été commis par leurs ressortissants ou par leurs forces armées, ou sur leur territoire, et, le cas échéant, poursuivre les suspects. Ils doivent aussi enquêter sur les autres crimes de guerre relevant de leur compétence et, le cas échéant, poursuivre les suspects. [CAI/CANI]

Règle 159. A la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir doivent s'efforcer d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part à un conflit armé non international ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, à l'exception des personnes soupçonnées ou accusées de crimes de guerre ou condamnées pour crimes de guerre. [CANI]

Règle 160. Les crimes de guerre ne se prescrivent pas. [CAI/CANI]

Règle 161. Les États doivent tout mettre en oeuvre pour coopérer entre eux, dans la mesure du possible, afin de faciliter les enquêtes sur les crimes de guerre et les poursuites contre les suspects. [CAI/CANI]

* * *