



Canadian Red Cross / Croix-Rouge canadienne

**Conférence internationale  
Droit international humanitaire coutumier : enjeux, pratiques et débats**

**29, 30 septembre et 1<sup>er</sup> octobre 2005  
Montréal, Québec, Canada**

Le présent document est un rapport exhaustif préparé par la Croix-Rouge canadienne. Il porte sur la conférence internationale *Le droit international humanitaire coutumier : enjeux, pratiques et débats*, laquelle a eu lieu à Montréal, Canada, du 29 septembre au 1<sup>er</sup> octobre 2005. Cette conférence était une initiative de la Croix-Rouge canadienne, en partenariat avec l'Université McGill.<sup>1</sup>

L'étude sur le droit international humanitaire coutumier a servi de cadre aux tables rondes et aux ateliers. Cette étude de quelque 5 000 pages, rendue publique en mars 2005 par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), met en évidence 161 règles de droit international humanitaire coutumier.<sup>2</sup> La méthodologie, les considérations théoriques et la mise en œuvre de l'étude ont animé bon nombre de discussions entre les conférenciers, les modérateurs, les animateurs et les participants.

La conférence a fourni un terrain neutre et dynamique, sur lequel des professeurs, des chercheurs et des universitaires du Canada, des États-Unis et d'Europe, des avocats en droit civil et pénal, du personnel militaire, des représentants du gouvernement canadien, des représentants d'organisations non gouvernementales (ONG) et des étudiants universitaires ont pu débattre différents thèmes.

Les différentes connaissances théoriques et pratiques des conférenciers et des participants, de même que l'environnement pluridisciplinaire de la conférence, ont donné lieu à d'intéressantes réflexions sur les thèmes débattus. Voici la liste des tables rondes et des ateliers : La genèse et les conclusions de l'étude du CICR; Le droit coutumier en droit international humanitaire; Le droit coutumier et la poursuite pénale; Le droit coutumier dans la conduite des hostilités lors de conflits armés non internationaux; Les garanties judiciaires pour les personnes détenues pour des motifs de sécurité; La relativité culturelle dans les normes coutumières; Le droit coutumier devant les tribunaux internes; La pratique en matière de Droits de l'Homme comme source du droit international humanitaire; L'importance du droit international coutumier pour les organisations internationales et les ONG, et L'impact d'une telle étude sur l'instruction militaire. Pour de plus amples renseignements, consultez le programme de la conférence.

Les conférenciers ou animateurs à la conférence l'ont été en leur nom propre et non à titre de représentants de leurs institutions respectives.

**Le présent rapport a été élaboré par la Croix-Rouge canadienne, selon son interprétation des discussions ayant eu lieu. Par conséquent, il ne constitue pas un document de référence destiné à être cité, pas plus qu'il est attribuable aux animateurs, aux modérateurs ou aux conférenciers, ou à la Croix-Rouge canadienne.**

---

<sup>1</sup> La Croix-Rouge canadienne tient à remercier tout particulièrement M<sup>me</sup> Melissa Martins Casagrande pour l'aide précieuse qu'elle a fourni à la création du présent rapport, de même que les journalistes bénévoles qui ont pris des notes au cours de la conférence : Marlène Charron-Geadah, Pierre-Olivier Marcoux, Annie Guérard-Langlois, Caroline Walter, Benjamin Perrin, Valérie Simard, Delia Cristea, Ryan Anderson, Arnaud Meffre, Anna Matas, Blair McPherson, Gaele Missire et Pierre Covo.

<sup>2</sup> Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, 2 vols., Volume I. Rules, Volume II. Practice, 2 parts, Cambridge University Press, 2005).

## Table ronde 1

### La genèse et les conclusions de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier

Modérateur : Mgén Jerry S. T. Pitzul, *cr. ministère de la Défense nationale, Juge-avocat général du Canada (JAG)*

Conférenciers :

M. Jean-Marie Henckaerts, *conseiller juridique, CICR, et co-directeur de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier;*

Professeur Michael Bothe, *faculté de droit, Université de Francfort;*

Professeur Claude Emanuelli, *faculté de droit, Université d'Ottawa.*

Cette table ronde abordait les thèmes relatifs à la perception du droit coutumier utilisé lors de l'élaboration de l'étude du CICR portant sur le droit international humanitaire coutumier, sur la genèse, l'approche, le processus de consultation et la méthodologie mise en œuvre pour l'étude, de même que sur les principales conclusions de cette dernière.

La communauté internationale a commandé cette étude en décembre 1995, lorsque la XXVI<sup>e</sup> Conférence de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge a officiellement chargé le CICR de préparer un rapport sur les règles coutumières du droit international humanitaire applicables dans les conflits armés internationaux (CAI) et non internationaux (CANI).

Dans l'ensemble, le droit international humanitaire (DIH) et le droit international public reposent sur deux grandes sources : le droit conventionnel et le droit international coutumier. Le droit conventionnel est bien développé et couvre de nombreux aspects de la conduite de la guerre, en accordant une protection à un large éventail de personnes en période de conflit armé et en limitant les moyens et méthodes de guerre autorisés. Or, deux obstacles de taille entravent l'application de ces traités dans les conflits armés actuels et expliquent la nécessité et l'utilité d'une étude sur les règles coutumières du DIH. Premièrement, les traités ne s'appliquent qu'aux États qui les ont ratifiés. Deuxièmement, le DIH conventionnel n'est pas assez détaillé en ce qui a trait aux CANI; les règles conventionnelles qui s'appliquent à ces derniers sont en effet beaucoup moins nombreuses que pour les CAI. L'étude comportait donc deux objectifs. Dans un premier temps, surmonter les problèmes liés à l'application des traités de DIH, et dans un deuxième temps, déterminer si les règles coutumières du DIH étaient plus élaborées que celles du droit conventionnel en ce qui a trait aux CANI et, dans l'affirmative, évaluer cette différence.

Les auteurs de l'étude ont eu recours à une approche classique. Conformément au Statut<sup>3</sup> et à la jurisprudence<sup>4</sup> de la Cour internationale de Justice (CIJ), le droit international coutumier est un ensemble de normes juridiques tiré de la pratique des États<sup>5</sup> (*usus*), justifié par un sentiment d'obligation juridique (*opinio juris*). Grâce à une vaste consultation menée auprès d'experts en DIH représentant diverses régions, différents systèmes juridiques, ainsi qu'en consultation avec des experts de gouvernements et d'organisations internationales, les chercheurs du CICR d'environ 50 pays ont mis en exergue la pratique et l'*opinio juris* des États des 30 dernières années. De nombreux ouvrages traitant de la pratique des États ont été consultés, notamment des manuels militaires, des rapports sur les opérations militaires, des textes de loi, la jurisprudence, des déclarations officielles, les réserves, etc. Les chercheurs étaient convaincus que ces

---

<sup>3</sup> Statut de la Cour internationale de Justice, art. 38, par. 1, al. b.

<sup>4</sup> Cour internationale de justice, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, arrêt, *CIJ Recueil 1969*, p. 3; Cour internationale de justice, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *CIJ Recueil 1986*, 14, par. 186 [affaire *Nicaragua*] (afin de déterminer l'existence de règles coutumières, la Cour juge qu'il est suffisant que la conduite des États soit, dans l'ensemble, conforme à ces règles, et que les cas de violation des États à l'égard d'une règle précise soit considérés comme un manquement aux principes).

<sup>5</sup> Au cours des débats, il a été souligné que l'article 38, par. 1, al. b du Statut de la CIJ utilisait l'expression « pratique générale » et non « pratique des États ». Par conséquent, la pratique d'autres institutions, comme le CICR, s'est révélée utile.

ouvrages traduisaient les mesures prises sur le terrain, bien qu'ils aient été conscients que la pratique n'est pas toujours exprimée au moment de la violation, elle leur a tout de même permis de mieux la comprendre.

L'étude révèle l'acceptation générale de certaines règles et principes et détermine les normes comportementales applicables dans tous les conflits armés. Elle vise également certains domaines pour lesquels le droit n'est pas bien défini ainsi que les questions devant être analysées plus avant (p. ex. : la notion de participation directe aux hostilités, l'application du principe de proportionnalité et la définition d'un civil dans le cas des CANI). Le cadre normatif en matière de CANI est beaucoup plus détaillé dans le droit coutumier que dans le droit conventionnel. L'étude ne devrait cependant pas être considérée comme une fin, mais bien comme le départ d'un nouveau processus visant à améliorer la compréhension des principes et des règles du DIH. Elle peut être l'assise de discussions et de dialogues étoffés sur la mise en œuvre du droit, sur son éclaircissement et son développement possible.

Au cours des débats qui ont succédé à la table ronde, les questions relatives à l'étude du CICR avaient principalement trait aux sources examinées lors de la vaste consultation.

Les discussions de la table ronde ayant fait suite à l'aperçu de l'étude remettaient en question la portée actuelle du droit international coutumier et en contestaient le caractère juridique et l'application. De plus, elles mettaient l'accent sur les failles de la pratique coutumière, de même que sur les progrès réalisés grâce à l'étude du CICR.

L'application du droit coutumier n'est pas nécessairement liée à l'existence d'un traité pertinent. En effet, il n'y a aucun traité pertinent si le traité relatif à une situation donnée n'a pas été ratifié par les parties concernées, si les questions soulevées au cours du conflit ne font pas parties du traité pertinent ou si ce dernier n'a pas été respecté par l'une des parties et qu'il n'a plus force de loi. Il importe donc de déterminer si le droit coutumier a permis de rectifier de telles lacunes. Le caractère juridique du droit coutumier définit celui-ci comme l'essence de la pratique et de l'*opinio juris*. Malgré tout, une question reste sans réponse. Où se trouve donc la pratique? La perception générale du droit international tend vers la pratique des États. Toutefois, une nouvelle approche pourrait faire en sorte que la pratique des organismes internationaux ainsi que la tribune qu'elles offrent aux États, par laquelle ces derniers peuvent partager leurs points de vue et témoigner de leur pratique, soient également considérées. Il est permis de penser que ce processus contribuera à renforcer les pratiques en droit coutumier, au même titre que l'adoption d'un traité.

Au moment d'évaluer la pratique et l'*opinio juris* des États, l'existence d'une pratique générale peut être contestée si elle est inapte ou contradictoire ou si des objections répétées à l'égard des règles coutumières sont énoncées. Il est possible de constater l'acceptation ou le rejet de certaines règles coutumières par la façon dont les États réagissent aux violations des celles-ci. Le droit international coutumier naît de la pratique et permet de résoudre des problèmes complexes. Les questions de pertinence sont fréquentes en matière de droit conventionnel et de droit coutumier. Cependant, ce dernier est plus concret; à mesure que s'étoffe la pratique, il devient plus facile de résoudre les problèmes.

Les débats ont également porté sur le fait que le droit international coutumier, en plus d'être considéré comme une ressource défaillante, était considéré comme une ressource controversée, selon l'importance que lui accordent certains États au moment d'établir leur pratique et de la pertinence de l'*opinio juris* devant la communauté internationale. Il a été débattu que l'adoption du Statut de la CIJ quant à la définition du droit international coutumier a réduit ce dernier à l'état d'interprétation technique et spontanée, puisque l'article 38 du Statut de la CIJ est une règle de procédure et non une règle de droit substantif. L'accent mis par le consensus social sur les valeurs universelles plutôt que sur la pratique, en ce qui a trait à la définition de l'*opinio juris*, pourrait assouplir les notions et même aller jusqu'à modifier les résultats atteints. L'*opinio juris* se présente sous la forme d'un consensus général, d'un consensus entre les États ou d'un consensus social. Quand l'*opinio juris* relève du consensus des États, on le dit volontariste. En tenant compte des valeurs exprimées par divers outils d'adhésion universelle, comme la *Charte des Nations Unies* et la *Déclaration*

*universelle des droits de l'homme*, il est possible d'obtenir une approche réellement volontariste, laquelle joint un consensus social unit à une communauté internationale hétérogène.

Les débats ont fait ressortir l'importance de réviser la relation existant entre la pratique et l'*opinio juris*. Les États n'adhèrent que rarement aux actes vivement critiqués par la communauté internationale. Voilà pourquoi autant la position officielle que la pratique des États jouent-elles un rôle prépondérant en ce qui a trait à la reconnaissance de règles coutumières. L'importance relative à chacune de ces règles doit être déterminée au cas par cas.<sup>6</sup>

## **Table ronde 2**

### *Le droit coutumier en droit international humanitaire*

Modérateur : Professeur Armand de Mestral, *faculté de droit, Université McGill*

Conférenciers :

Professeur Marco Sassòli, *faculté de droit, Université de Genève*;

Professeur Georges Abi-Saab, *Institut universitaire de hautes études internationales de Genève (HEI), membre de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et ancien juge au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)*;

Professeur Frédéric Mégret, *faculté de droit, Université de Toronto*.

Cette table ronde traitait de l'accessibilité des pratiques du DIH coutumier sur le terrain, des acteurs étatiques et non étatiques ainsi que des efforts qu'ils déploient en matière de définition de la pratique. Il y était également question de l'importance de rendre le DIH accessible à tous les intervenants sur le terrain, autant dans les CAI que dans les CANI.

La fonction du droit international coutumier qui est comblé l'écart entre les CAI et les CANI a été analysés au cours de cette table ronde. L'accent a été mis sur les efforts transitoires qui permettraient d'étendre la portée du DIH en vue d'englober les CANI. Il n'y avait auparavant aucun écart entre les CAI et les CANI; le DIH ne pouvait être appliqué en situation de conflits armés internes que par la reconnaissance de belligérance. La première ébauche des Conventions de Genève du CICR comportait un article qui étendait la portée des Conventions aux CANI. Cependant, les États n'adhéraient qu'à l'article 3, commun à toutes les Conventions. L'article ne fournissait que peu de renseignements. Voilà pourquoi les Protocoles additionnels ont été élaborés et, bien que la proposition de départ ait préconisé un protocole unique pour tous les conflits, à la fin des négociations, les Protocoles additionnels I et II visaient respectivement les CAI et les CANI. Le *Protocole additionnel II* impose toutefois un seuil très élevé, faisant en sorte qu'environ 90 % des CANI ne sont pas régis par ses dispositions. Les deux protocoles additionnels comportent également la même lacune, soit l'absence de mécanismes d'application. Envisagé au départ comme un mécanisme obligatoire, le résultat est un mécanisme volontaire de mise-en-œuvre. Dans ces circonstances, les instances des Nations Unies ont pris sur elles d'appliquer la loi, ou de déterminer l'applicabilité de la loi, réduisant ainsi l'écart entre les CAI et les CANI.

La première étape exécutée par les Nations Unies à cet égard a été la décision rendue par la CIJ quant à l'affaire *Nicaragua*. Dans sa décision, la CIJ précisait que l'article 3 commun était la quintessence du DIH et qu'il s'appliquait autant aux CAI qu'aux CANI. Les violations du DIH ont été explicitement reconnues dans les affaires suivantes, ce qui a mené à la création de commissions d'enquête spéciales, lesquelles ont éventuellement eu pour résultat la mise sur pied de tribunaux spéciaux. L'étape la plus marquante ayant contribué à réduire l'écart entre les CAI et les CANI est née de la décision rendue par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) dans l'affaire *Tadic*. Il s'agissait de savoir si le conflit armé était de nature internationale ou non internationale. Ni le Statut du Tribunal ni l'avis général en droit international public ne permettaient de trancher la question. Par conséquent, le Tribunal a tenté de déterminer, au moyen

---

<sup>6</sup> Les conférenciers ont fait référence à l'affaire *Nicaragua* (*supra*, note 4), au cours de laquelle la CIJ n'aurait pas tenu compte de la pratique des États.

des règles coutumières, si les crimes de guerre pouvaient faire partie des CANI. La décision rendue dans cette affaire a révisé la pratique sur les champs de bataille ainsi que les manuels militaires, et a analysé certains cas de CANI pour lesquels la communauté internationale avait établi la présence de crimes de guerre. En conséquence, cette pratique, importante sur le plan juridique, n'a pas été considérée uniquement par rapport aux actions, mais bien en tenant compte desdites actions et de leur acceptation par la communauté internationale.<sup>7</sup> À la lumière de ces nouvelles données, le DIH coutumier a étendu la portée de certaines dispositions des protocoles aux États n'ayant pas ratifié les Conventions. Il est allé plus loin en faisant en sorte que les dispositions du Protocole additionnel I soient applicables aux CANI, en soulignant que l'article 10 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale était fondé autant sur le droit conventionnel que sur le droit coutumier.

Les personnes présentes à cette table ronde ont perçu l'étude du CICR comme un effort sincère et sérieux, visant à surpasser les lois écrites et à analyser le droit international coutumier. Certaines ont toutefois prétendu qu'il aurait été préférable d'utiliser une approche progressiste plutôt qu'une approche classique et formaliste au moment d'élaborer l'étude. En effet, une approche progressiste aurait permis de sortir du cadre du volontarisme des États, figé dans une pratique constamment bafouée. La solution proposée était d'amplifier l'importance de la pratique et de l'*opinio juris*, et de considérer ces deux éléments conjointement. L'étude traite également de l'effort à long terme qui devra être déployée afin d'unir les régimes applicables aux CAI et aux CANI. La séparation de ces régimes aurait été causée par la souveraineté étatique, la pratique des États belligérants et non belligérants, et par la participation et la pratique d'acteurs non étatiques.

Dans 98 % des cas, les règles décrites dans l'étude du CICR correspondent à ce que la plupart des États et des experts considèrent comme ayant force exécutoire dans les conflits armés, indépendamment des limites imposées par les traités. La théorie sur laquelle est fondée l'étude est une version flexible et honnête de la théorie du droit coutumier traditionnel. L'application de la théorie traditionnelle montre bien qu'elle est désuète et non viable. Certains éléments indiquent le manque de viabilité, notamment : la dissonance entre l'observation des pratiques officielle et actuelle, étant donné que les États ne consignent pas toujours l'ensemble de leur pratique; la définition insuffisante permettant d'établir le caractère « courant » d'une pratique, plus précisément en vue d'en faire une règle coutumière dans les CANI; les analyses distinctes des CAI et des CANI pourraient être considérées comme une perspective d'analyse désuète. En outre, deux questions ont été soulevées portant sur le même sujet. Premièrement, déterminer si les ententes constituent la pratique ou dérogent au droit coutumier, et deuxièmement, déterminer si la pratique des groupes armés peut être considérée comme l'établissement du droit coutumier dans les CANI. Il est possible de fournir une réponse positive à la deuxième question. En effet, l'on considère qu'il est nécessaire d'observer la pratique de toutes les parties au cours de conflits armés afin d'avoir une vue d'ensemble de la pratique générale et d'agir en tant que catalyseur quant au respect du DIH coutumier auprès de tous les intervenants, dont les acteurs non étatiques.

Certaines spécificités relatives à l'établissement du DIH coutumier ont été étudiées, plus précisément son caractère unique par rapport à d'autres domaines du droit. Le DIH coutumier est fondé sur les considérations élémentaires d'humanité et les exigences de la conscience publique, comme le précise la clause de Martens.<sup>8</sup> La pratique actuelle comporte toutefois certaines embûches. Par exemple, seuls quelques belligérants ont une pratique, aucune définition n'existe des États « particulièrement touchés » par une règle précise, et l'importance pour les États de se munir de manuels militaires. En effet, très peu d'États en possèdent et ceux à leur disposition pourraient être considérés comme déclaratoires ou secrets. Même si l'étude du CICR permet

---

<sup>7</sup> *Le Procureur c. Dusko Tadic*, affaire n° IT-94-1, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995. Se reporter *infra*, notes 12, 13 et 14, et commentaires d'accompagnement.

<sup>8</sup> Selon l'article de Antonio Cassese, *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky* (2000), vol. 11 E.J.I.L. 187. La clause de Martens a été introduite aux Conventions de la Haye de 1899 et de 1907. Sa portée juridique est constituée de deux volets : premièrement, elle est utile à l'échelle de l'interprétation. En d'autres mots, en cas de doutes, les règles du DIH devaient être interprétées de façon à respecter les principes de l'humanité et les exigences de la conscience publique. Deuxièmement, la clause permet d'assouplir les exigences prescrites pour l'*usus*, tout en augmentant l'*opinio* à un niveau supérieur à celui généralement admis.

de bien comprendre les règles et de réduire les controverses, il n'en demeure pas moins que les règles coutumières sont floues, difficiles à établir, controversées et constamment renouvelées. L'analyse de la pratique actuelle insinue que le principal besoin des victimes de la guerre n'est pas d'obtenir une protection par l'établissement d'une pratique actuelle au cours de conflits armés, mais bien d'être protégées contre la pratique actuelle au cours de conflits armés grâce à l'application de règles. Ces dernières devront bien évidemment comprendre la règle de droit écrite.

### **Table ronde 3**

#### *Le droit coutumier et la poursuite pénale*

Modérateur : M. Terry Beitner, *directeur et avocat général, Justice Canada, Section des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre*

Conférenciers :

M. Chile Eboe-Osuji, *avocat; ancien juriste principal, Chambres, Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR)*

M<sup>me</sup> Elise Groulx, *co-présidente, Barreau pénal international (BPI) et présidente, Association internationale des avocats de la défense (AIAD)*

Professeure Louise Doswald-Beck, *Institut universitaire de hautes études internationales de Genève (HEI), directrice du Centre universitaire de droit international humanitaire (CUDIH), Genève, et co-directrice de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier*

Cette table ronde a examiné le rôle du droit international coutumier relativement à la poursuite pénale pour les violations du droit international. Les experts en théorie et pratique du droit pénal international ont discuté les résultats de l'étude en ce qui a trait à la responsabilité pénale individuelle, à la juridiction nationale et internationale quant à la poursuite des responsables de crimes de guerre, et au droit à un procès juste qui comprend toutes les garanties judiciaires essentielles.

Le sujet principal de la discussion visait la portée de la responsabilité pénale individuelle quant aux violations du DIH dans les CANI.<sup>9</sup> Cette question a été soulevée pour la première fois au cours des années 1990 mais son application n'est toujours pas répandue de nos jours. Le développement de la pratique provient des efforts conjugués des organisations de défense des droits de l'homme et des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies, qui se sont penchées sur l'application du DIH dans les CANI. Un certain nombre de traités et de juridiction nationale dont les statuts et la pratique tenaient compte de la responsabilité pénale individuelle en ce qui a trait aux crimes de guerre et autres violations considérables ont également contribué au développement de la pratique. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale a joué un rôle important dans ce processus.

Bien que la responsabilité pénale individuelle dans les CANI ne soit pas controversée, des questions ponctuelles y ayant trait justifient un débat approfondi. Certaines controverses hypothétiques portant sur la définition des crimes de guerre sont mises en lumière par l'article 8 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. En effet, cet article définit sommairement les crimes de guerre par rapport aux infractions graves des Conventions de Genève et d'autres violations considérables de lois et coutumes applicables dans les conflits armés. L'étude du CICR a relevé les violations qui, par leur gravité, ont fait en sorte que les instances internationales les traitent comme des crimes de guerre. Elle a ensuite séparé ces violations en deux catégories : comportements dangereux causant blessures et dommages, et comportements qui transgressent des valeurs importantes. Cependant, la pratique passée ne comporte pas réellement cette restriction, et cet idéal hypothétique ne se reflète pas dans la pratique des États. L'énumération de certaines violations perpétrées au cours de CANI est le seul critère propre à la pratique générale des États. Ces violations sont les suivantes : utiliser des armes prohibées, effectuer des attaques sans discrimination, effectuer des attaques contre les localités non défendues, utiliser des boucliers humains, réduire en esclavage

---

<sup>9</sup> La discussion était fondée sur la Règle 102 de l'étude du CICR, Henckaerts et Doswald-Beck, *supra*, note 2 (nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction, sauf sur le fondement de la responsabilité pénale individuelle).

et recourir aux travaux forcés, avoir recours aux punitions collectives, et utiliser la famine comme méthode de guerre contre la population civile.

Quatre autres questions controversées ont été soulevées. Premièrement, la tendance selon laquelle les criminels de guerre devraient indemniser les victimes. Bien qu'aucune règle coutumière n'existe à ce sujet, l'indemnisation des victimes par les criminels de guerre est de plus en plus fréquente. Deuxièmement, un changement évident s'est produit dans la foulée du Statut de Rome, soit l'établissement d'une règle coutumière générale qui établie comme inacceptables les délais de prescription relatifs aux crimes de guerre. Troisièmement, une compétence universelle permissive est élaborée, prenant la forme d'une règle coutumière et faisant en sorte que les États pourront, s'ils le jugent nécessaire, poursuivre les criminels de guerre. Quatrièmement, les pressions évidentes qu'impose la pratique des États aux soldats; doivent-ils obéir aux ordres ou refuser de commettre des crimes de guerre? L'étude du CICR cite une règle selon laquelle un soldat a le devoir de désobéir à un ordre manifestement illégal plutôt que de désobéir à tout ordre illégal. Les auteurs de l'étude ont choisi de ne s'attarder qu'à la défense d'ordres supérieurs et non aux autres formes de défense, principalement parce que la défense d'ordres supérieurs est particulière au DIH. Ce choix ne remet cependant pas en cause la pertinence des autres mécanismes.

L'acceptation et la pratique des tribunaux pénaux internationaux ayant trait au droit coutumier international ont ensuite été étudiées. L'analyse a porté sur les principes de *nullum crimen sine lege* et *nulla poena sine lege*<sup>10</sup>, et sur le sentiment voulant que le droit coutumier international ait occupé une place importante dans les poursuites des tribunaux spéciaux, à titre de source de droit intégrée.

La discussion a porté sur deux exemples concrets, soit une affaire instruite devant le Tribunal international pour le Rwanda et un arrêt faisant suite à l'appel de la défense devant le TPIY. Le CICR a cité en exemple l'affaire *Akayesu*<sup>11</sup> dans laquelle, en dépit de l'inexistence d'arguments tangibles face à l'application de certaines lois offrant des garanties minimales (l'article 3 commun des Conventions de Genève et l'article 4(2) du Protocole additionnel II), la Chambre a évalué la possibilité d'appliquer le droit international coutumier aux CANI ayant eu lieu au Rwanda. En ce qui a trait à la responsabilité pénale individuelle prévue pour les actes interdits, la Chambre a statué que l'examen des procès de Nuremberg quant à l'exécution de la responsabilité pénale individuelle pour les crimes commis s'appliquait et que ce principe devait être observé.

L'exemple du TPIY fait partie de l'affaire *Tadic*<sup>12</sup>, dans laquelle deux questions ont été soulevées : i) l'existence de règles internationales coutumières régissant le conflit interne; et ii) la question de savoir si la violation de ces règles peut entraîner la responsabilité pénale individuelle. La Chambre d'appel a examiné la pratique des États aux prises avec des guerres civiles depuis les années 1930.<sup>13</sup> En considérant tout d'abord les lois en vigueur au moment de la guerre civile espagnole (1936-1939) et l'acceptation de l'article 3 commun des Conventions de Genève comme faisant partie du droit coutumier, qu'il s'agisse d'un conflit national ou international, conformément à la décision rendue par la CIJ dans l'affaire *Nicaragua*<sup>14</sup>, la Chambre d'appel a également examiné les déclarations faites au cours de la guerre civile au Congo (1960-1968), du conflit du Biafra au Nigeria (1967-1970), et des conflits civils au Nicaragua (1981-1990) et au El Salvador (1980-1993);

---

<sup>10</sup> Ces remarques ont été adressées à la lumière de la Règle 101 de l'étude du CICR, Henckaerts et Doswald-Beck, *supra*, note 2 (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.).

<sup>11</sup> *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, décision, 2 septembre 1998, par. 611-637.

<sup>12</sup> *Tadic*, *supra*, note 7, par. 94-114.

<sup>13</sup> *Ibid.* Certains États et l'assemblée de la Société des Nations ont affirmé tout au long des années 1930 (au sujet de la guerre civile espagnole (1936-1939) et de la guerre entre la Chine et le Japon (1931-1937)) que certains principes généraux du droit international s'appliquaient, qu'il s'agisse d'un conflit national ou international. Ces principes étaient les suivants : l'interdiction de diriger une attaque contre des civils, l'interdiction de diriger une attaque contre des biens de caractère civil, l'obligation de prendre certaines précautions au moment d'attaquer des objectifs militaires.

<sup>14</sup> affaire *Nicaragua*, *supra*, note 4, par. 218.

les deux questions ont reçu une réponse affirmative. Deux résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU ont également été considérées; elles confirmaient les ententes conclues par le passé aux cours de CANI.<sup>15</sup>

Par conséquent, les deux tribunaux internationaux ont reconstitué la pratique des États dans un contexte de guerre civile. Ils ont constaté que le droit pénal national traitant de cette question s'inspirait du droit international. Il en va donc de la responsabilité des tribunaux de préserver la portée et l'élaboration du droit international coutumier.

L'étude du CICR reconnaît comme faisant partie du DIH coutumier le fait que nul ne peut être condamné ou jugé, si ce n'est en vertu d'un procès équitable accordant toutes les garanties judiciaires essentielles.<sup>16</sup> Selon les intervenants, certains principes comme la présomption d'innocence, le *non bis in idem*, le droit à une audience publique et le droit d'être jugé dans des délais raisonnables n'ont pas été appliqués rigoureusement par le passé. En outre, la partialité évidente dans l'application de certaines règles met en jeu la légitimité d'améliorer le système de droit pénal international.

À la suite de ces remarques, deux solutions ont été proposées. Premièrement, veiller à l'établissement d'une codification plus détaillée, assurant une définition adéquate et exhaustive du droit à un procès juste. Deuxièmement, renforcer les institutions de défense. Ces deux solutions doivent être considérées comme complémentaires. En effet, la codification est liée à l'interprétation et à la façon de communiquer cette dernière. Cette approche est appuyée par les éléments constitutifs d'un crime (*Elements of the Crimes*) de la Cour pénale internationale, puisqu'ils constituent une étape importante permettant de veiller à ce que la défense soit consciente de tous les éléments pertinents à l'affaire.

La discussion de la table ronde a ensuite porté sur les garanties relatives à un procès équitable. Le rôle du Barreau pénal international (BPI)<sup>17</sup> et d'autres instances semblables, a été reconnu comme une étape positive, assurant les garanties relatives à un procès équitable. La réaction face à l'évolution de l'étape précédant la mise en accusation a également été considérée comme prometteuse. Cette évolution permet à la défense de participer au processus de compilation des chefs d'accusation en consultant les avocats qui seront présents au cours des enquêtes. L'imprécision de l'acte d'accusation a également fait l'objet d'une discussion; il en est ressorti que les avocats de la défense, ainsi que les procureurs, sont tous aux prises avec ce problème. Le débat en cours concernant l'adoption d'un terrain d'entente entre les systèmes accusatoires et inquisitoires a été relancé. L'efficacité et les échéances des deux systèmes ont été discutés et l'adoption d'un système mixte a été quelque peu critiqué, puisqu'un tel système nuirait à la conduite rapide et impartiale des procès.

#### **Table ronde 4**

##### *Le droit coutumier dans la conduite des hostilités lors de conflits armés non internationaux*

Modérateur : Professeur Bernard Duhaime, *département des sciences juridiques, UQAM*

Conférenciers :

Col Ken Watkin, *ministère de la Défense nationale, JAG*

M. William Fenrick, *ancien conseiller juridique principal, Bureau du Procureur, TPIY*

Professeur Michel Veuthey, *Université de Nice; vice-président, Institut international de droit humanitaire*

L'étude réalisée par le CICR visait à déterminer si le droit international coutumier régit les CANI de façon plus détaillée que le droit conventionnel, et, si tel est le cas, dans quelle mesure. Selon les résultats de cette étude, les deux Protocoles additionnels ont eu une incidence importante sur la pratique des États en ce qui concerne les CANI. En effet, de nombreuses dispositions du Protocole additionnel II font partie du droit coutumier. De plus, en vue de combler les écarts, les États ont même créé des règles similaires à celles qui

<sup>15</sup> Assemblée générale, résolution 2444, UN GAOR, 23<sup>e</sup> session, sup. n° 18, UN doc. A/7218, 1968 et Assemblée générale, résolution 2675, UN GAOR, 25<sup>e</sup> session, sup. n° 28 U.N. Doc. A/8028, 1970.

<sup>16</sup> Henckaerts et Doswald-Beck, *supra*, note 2, Règle 101.

<sup>17</sup> Le Barreau pénal international, fondé en 2002, agit à titre de représentant du conseil devant la Cour pénale internationale.



figurent au Protocole additionnel I, mais qui sont applicables aux CANI. Étant donné cette situation, la table ronde avait pour objectif d'examiner le rôle que peut jouer le droit coutumier afin d'améliorer l'application du DIH lors de conflits armés non internationaux.

Les conférenciers ont tout d'abord discuté du fait que la mondialisation a permis aux pratiques de se propager d'un bout à l'autre de la planète, mais que les mauvaises pratiques se diffusent malheureusement davantage que les bonnes. Parmi les bonnes pratiques, notons la reconnaissance et l'application généralisées de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, lequel demeure un outil essentiel afin d'assurer la protection des civils, des travailleurs humanitaires et des prisonniers (p. ex. : interdiction de la torture). L'article 3 commun est de nature purement humanitaire et ne comporte aucune implication juridico-politique, ce qui est l'une de ses caractéristiques les plus pertinentes. La nouvelle possibilité d'utiliser des appareils de surveillance de haute technologie (p. ex. : radio et images-satellites) et les renseignements fournis par certaines personnes (c'est-à-dire les observateurs des organisations internationales, régionales et non gouvernementales; les diplomates; les réfugiés; les victimes; et les témoins) pour décrire et appuyer la mise en œuvre des règles du DIH constitue un autre exemple d'une bonne pratique qui est adoptée à l'échelle internationale.

Il a été souligné que la pratique en matière d'application du DIH coutumier lors de CANI s'est améliorée. Par exemple, bien que le statut de « prisonnier de guerre » ne soit inclus ni dans l'article 3 commun ni dans le Protocole additionnel II, il a été accordé dans le contexte de CANI (p. ex. : cité dans certains manuels militaires, et utilisé par les Américains au Sud-Vietnam et par la France en Indochine et en Algérie). Les conférenciers ont également discuté de l'exemple du Document final du Sommet mondial de 2005<sup>18</sup>, dans lequel la responsabilité qui incombe aux États de protéger les populations contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité est énoncée. Le rôle des Nations Unies et d'autres organisations internationales et régionales est complémentaire à la responsabilité des États. En effet, les organisations doivent encourager et appuyer les États pour qu'ils assument leurs responsabilités.

L'étude publiée par le CICR est un outil qui s'avèrera fort utile pour la mise en application du DIH coutumier lors de CANI. Cette position a été étayée par les statistiques suivantes : en 2005, 23 conflits sont en cours et on compte 28 autres « points chauds » où un CANI pourrait éclater, y compris les conflits liés à la « guerre contre le terrorisme ». Les CANI ont traditionnellement été considérés comme des « petites guerres ». De nos jours, ils sont qualifiés de « guerres à trois volets »; le premier volet est la bataille proprement dite dans le conflit armé, le deuxième est la période de stabilisation, et le troisième est la prestation d'aide humanitaire et la reconstruction. Vu ce contexte, la prochaine étape importante consiste à rendre l'étude du CICR opérationnelle.

En situation de CANI, trois difficultés surgissent. Premièrement, la catégorisation ou la qualification du conflit en tant que CAI ou CANI, et les limites imposées par ces deux définitions; deuxièmement, la légitimité des intervenants non étatiques; et troisièmement, le statut des belligérants illégaux. Le recours à la force en cas de nécessité absolue est une question extrêmement controversée dans le DIH. Il faut déterminer que cette mesure est justifiée dans un conflit armé pour pouvoir étendre l'application du DIH aux CANI.

Pour ce qui est de la qualification du conflit, la question soulevée est la suivante : l'étude du CICR comble-t-elle les écarts existants en ce qui a trait aux définitions conventionnelles des types de conflits armés et, évite-t-elle de transférer automatiquement aux CANI les règles qui guident les CAI sans tenir compte des particularités des conflits non internationaux? En outre, les conférenciers se sont demandé si l'étude porte également sur les conflits de moindre envergure qui sont de nature transnationale. En ce qui a trait à la légitimité des acteurs non étatiques, les groupes d'opposition et leur distinction par rapport à la population civile n'est toujours pas une question traitée en profondeur dans les règles du DIH conventionnel ou coutumier propres aux CANI. Bien que l'étude du CICR propose une réglementation beaucoup plus complète, elle n'est pas assez détaillée, surtout par rapport à certaines questions (p. ex. : La police et les forces paramilitaires

---

<sup>18</sup> Nations Unies, Document final du Sommet mondial de 2005, 14-15 septembre 2005, A/Res/60/1, 24 octobre 2005, par. 138-139.

devraient-elles être intégrées à l'État aux fins de la réglementation liée aux CANI? L'immunité des combattants est-elle applicable dans le cas des CANI?). Finalement, en ce qui a trait aux belligérants illégaux, l'étude du CICR adopte l'approche du Protocole additionnel I pour définir les termes « combattant » et « civil »; ainsi, la réalité sur les champs de bataille n'y est pas entièrement représentée.

En outre, les conférenciers ont affirmé que le droit pénal international et le DIH sont des pratiques parallèles qui nécessitent des compétences différentes, mais qui sont complémentaires quant à leur élaboration et à leur mise en œuvre. Les tribunaux spéciaux ont résolument adopté le droit coutumier dans le cas des CANI. De surcroît, il a été souligné que l'étude du CICR se serait avérée extrêmement utile, par exemple, après la création du TPIY.

Le fait que le conflit en ex-Yougoslavie ait été qualifié de CAI était problématique et seulement possible dans certaines affaires; ainsi, par souci d'uniformité, les mêmes lois s'appliquent à toutes les causes, sans distinction. Le TPIY a très souvent invoqué le droit international coutumier appliqué aux CANI. Les affaires *Tadic*, *Galic*, *Strugar* et *Hadzihasanovic* comprennent des exemples pertinents de cette approche.

Dans l'affaire *Tadic*, on a reconnu la responsabilité pénale individuelle pour violation de l'article 3 commun des Conventions de Genève et l'applicabilité du DIH coutumier dans les CANI.<sup>19</sup> Au cours du réquisitoire de l'affaire *Galic*, en se fondant sur le droit conventionnel et le droit coutumier, le Procureur a affirmé avant les déclarations que le droit était essentiellement le même indépendamment du type de conflit, surtout lorsque ce dernier est difficile à catégoriser (p. ex. : concepts liés à l'utilisation illégale d'armes ou aux villes non défendues).<sup>20</sup> De plus, la décision rendue dans l'affaire *Strugar* a déterminé que les attaques contre la population civile étaient interdites.<sup>21</sup> Enfin, dans l'affaire *Hadzihasanovic*, laquelle est citée dans l'étude du CICR, il a été établi que la destruction et la destruction d'objets religieux étaient illégales.<sup>22</sup>

Les débats qui ont succédé à la table ronde ont porté sur les sujets suivants : la légitimation des acteurs non étatiques dans les CANI; la classification des conflits et la nature des délits; des mesures précises ordonnées par le droit international coutumier, qui se trouvent également dans d'autres domaines dont la législation relative aux droits de l'homme; les mécanismes d'application; et les ententes spéciales sur le statut des personnes dans les CANI. La dichotomie entre les combattants et les non combattants est claire dans les CAI; toutefois, elle dépend du contexte dans les CANI. Aucune définition globale du statut de combattant n'existe, mais il se peut que le statut de combattant<sup>23</sup> de facto existe dans les CANI. De plus, on reconnaît que l'étude du CICR a résumé de façon très efficace l'étendue de la « participation directe ».

## **Table ronde 5**

### *Les garanties judiciaires pour les personnes détenues pour des motifs de sécurité*

Modératrice : M<sup>me</sup> Sabine Nölke, *directrice adjointe, Section du droit onusien, des droits de la personne et du droit humanitaire, Affaires étrangères Canada*

Conférenciers :

M<sup>me</sup> Jelena Pejic, *conseillère juridique, CICR*

M. Stéphane Bourgon, *avocat de la défense, TPIY*

Professeur Geoffrey Corn, *South Texas College of Law*

Cette table ronde avait pour objectif d'examiner l'applicabilité du DIH coutumier aux conditions de détention des personnes emprisonnées pour des motifs de sécurité, et à la qualification de cette détention.

---

<sup>19</sup> *Tadic*, *supra*, note 7.

<sup>20</sup> *Le Procureur c/ Stanislav Galic*, affaire n° IT-98-29-I, mise en accusation, 26 mars 1999.

<sup>21</sup> *Le Procureur c/ Pavle Strugar*, affaire n° IT-01-42-T, décision, 31 janvier 2005, par. 228.

<sup>22</sup> *Le Procureur c/ Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, affaire n° IT-01-47-AR73.3, Décision relative à l'appel interlocutoire conjoint interjeté par la défense contre la décision de la chambre de première instance relative aux demandes d'acquiescement introduites en vertu de l'article 98 *bis* du règlement, 11 mars 2005, par. 32.

<sup>23</sup> Statut respecté et reconnu auparavant dans les CANI, comme au Yémen en 1964 et au Nigeria en 1969.

Cette table ronde concentrait principalement son analyse sur la détention pour des motifs de sécurité; en d'autres termes, il n'était pas question de la détention préventive légale des personnes accusées au criminel ni de la détention des prisonniers de guerres (PG) dans les CAI. L'internement, ou la détention administrative, a été analysé en tant que mesure de contrôle pouvant être ordonnée pour assurer la sécurité au cours de conflits armés, ou pour protéger la sécurité de l'État ou l'ordre public dans des situations non conflictuelles.

L'étude du CICR s'est avérée utile pour déterminer le régime juridique applicable aux personnes internées dans toute situation<sup>24</sup>, mais les règles présentées sont d'ordre général et sont déjà acceptées dans le droit international coutumier. De plus, la discussion que ces règles suscitent n'est liée ni à leur existence ni à leur acceptation, mais plutôt à leur fond et à leur interprétation. La discussion proposée découlait de la règle 99 de l'étude du CICR qui est applicable aux CAI et aux CANI, et dev escouetô c t e eee

l'utilisent dans les politiques de nécessité militaire. L'utilisation de termes vagues pourrait faciliter le non-respect des règles, des droits et des obligations. L'étude publiée par le CICR a été approuvée par plusieurs puisqu'elle donne droit à tout détenu aux mêmes garanties de fond et de procédure conformément aux motifs définis dans l'article 3 commun des Conventions de Genève, qui garantissent aux personnes privées de liberté un traitement humain.

L'une des questions essentielles consiste à définir le droit à un traitement humain, qui comporte des considérations de fond et des considérations procédurales. Ces dernières sont nécessaires du point de vue pragmatique; si l'État n'accorde pas de garanties procédurales, il pourrait avoir à gérer un trop grand nombre de détenus, ce qui diminuerait l'efficacité de la détention. D'un autre côté, les considérations de fond sont intimement liées à la définition d'un conflit armé, qui limite le pouvoir d'invoquer le droit de priver une personne de ses libertés. Un État ne peut accepter le pouvoir que lui confère le droit international humanitaire sans respecter les obligations qui y sont associées.

Les conférenciers ont ensuite abordé la question de la mise en application des garanties judiciaires pour l'ensemble des détenus, peu importe le conflit ou les conditions. Les lois du DIH sont plus détaillées que celles des droits de l'homme en ce qui concerne les personnes privées de leur liberté sans l'application régulière de la loi. De plus, bien que l'étude ne crée pas un nouveau droit mais en confirme plutôt un qui existe déjà, le droit coutumier s'applique aux États et aux personnes indépendamment de tout processus de ratification. L'étude du CICR confirme le fait que les garanties relatives à un procès équitable, qui faisaient auparavant uniquement partie des droits de l'homme non absolus, ont désormais le statut de règles coutumières absolues du DIH.

Cependant, il a été suggéré que cette étude soit perçue comme une représentation de l'état actuel du DIH coutumier, car la densité de la pratique a récemment changé à plusieurs niveaux, surtout dans les conflits armés non internationaux, et continuera d'évoluer et de poser des difficultés aux intervenants. Voici un exemple concret qui illustre ce point de vue. Selon l'étude réalisée par le CICR, la pratique au regard de la règle 153, qui porte sur la responsabilité du commandement et des supérieurs, est moins répandue et plus récente dans les CANI, mais incontestable lorsqu'elle est présente (les Statuts de la Cour pénale internationale, du TPIY, du Tribunal international pour le Rwanda, de la Cour spéciale pour la Sierra Leone; la règle n° 2000/15 de l'ATNUTO pour le Timor-Oriental; et la jurisprudence des tribunaux spéciaux). L'applicabilité incontestable de ce principe dans les CANI constitue une pratique très nouvelle puisque les Statuts qui la reconnaissent ont été élaborés récemment, sauf pour ce qui est des tribunaux spéciaux, qui, pour leur part, ne pouvaient se référer à l'étude du CICR au moment où certaines décisions ont été rendues, y compris dans l'affaire *Hadzihasanovic*<sup>26</sup>.

Au cours de la période de discussion, les questions suivantes ont été soulevées : la relation entre la qualification du conflit et les règles applicables aux personnes détenues pour des raisons de sécurité; l'incidence des règles liées à la détention pour des motifs de sécurité sur les États tiers; et la détention pour une durée indéterminée. En ce qui a trait à la nature du conflit et au régime applicable, il a été déterminé que la qualification du conflit est souvent une prérogative de l'État souverain. En outre, une fois qu'une décision est prise et qu'une unité militaire est autorisée à attaquer un ennemi, même si l'évaluation manque de précision et d'efficacité par rapport au droit international, le choix est fait et le régime juridique invoqué doit refléter l'évaluation de l'État souverain. Le rôle des États tiers quant aux détentions pour des motifs de sécurité et les conséquences associées à l'application des règles ont été illustrés par l'exemple suivant : un État est responsable d'interroger les détenus, et les autorités d'un autre État, qui n'assistent pas à l'interrogatoire, reçoivent les transcriptions et les utilisent à des fins administratives ou judiciaires. Aucune règle précise du DIH ne s'applique à cette situation tandis que des règles liées aux droits universels de l'homme peuvent s'appliquer, ce qui soulève la question de l'application extraterritoriale des droits de l'homme, surtout dans les cas d'extradition et d'expulsion. Enfin, la détention pour des motifs de sécurité, pour une période indéterminée, a été mise en doute. Les participants se sont en effet demandés si toute détention de longue durée ne

---

<sup>26</sup> *Le Procureur c/ Hadzihasanovic et consorts*, affaire n° IT-01-47-AR72, Décision relative à l'exception d'incompétence (responsabilité du supérieur hiérarchique), 16 juillet 2003, paragraphe 57.

constituait pas une violation du droit international en matière de droits de l'homme. En ce qui concerne la détention pour une période indéterminée au cours d'un conflit armé, il a été établi que le droit applicable était le DIH, la *lex specialis*, qui s'applique de préférence aux droits de l'homme. Dans ces circonstances, le principe de base du DIH est que la détention doit essentiellement prendre fin lorsque les causes qui l'ont motivée n'existent plus, ou en dernier recours, lorsque le conflit se termine. En fin de compte, la détention est liée à la possibilité que la guerre éclate, et la décision relativement à la durée de la détention revient aux gouvernements qui prennent part au conflit.

## **Table ronde 6**

### *La relativité culturelle dans les normes coutumières*

Modérateur : M. Yves Le Bouthillier, *président, Commission du droit du Canada*

Conférenciers :

Professeur René Provost, *faculté de droit, Université McGill*

Professeure Judith Gardam, *faculté de droit, University of Adelaide*

M. Ted Itani, *conseiller, Programme des enjeux humanitaires, Croix-Rouge canadienne*

Le développement du DIH a été grandement influencé par la culture occidentale; néanmoins, on cite l'enracinement du respect de la dignité humaine dans les structures sociales de tous les pays pour appuyer l'affirmation selon laquelle les normes qui font partie du DIH sont universelles. Les tenants du relativisme culturel soutiennent que cet idéal d'universalité est menacé par la grande dépendance au langage des « droits » et le fait de voir la personne comme distincte de l'État et de la communauté, et en opposition à ceux-ci. Cette hypothèse a précisé le contexte de la discussion, dans le cadre de cette table ronde, sur l'application du DIH. Les questions suivantes ont été soulevées. Les normes actuelles du DIH coutumier reflètent-elles des valeurs universelles? La légitimité interculturelle est-elle possible? Le différent bagage culturel des parties influence-t-il la façon dont elles perçoivent et comprennent les obligations liées au DIH? Quelles sont les conséquences de ces différentes compréhensions sur l'application du DIH?

La réaction aux injustices commises sur les champs de bataille peut prendre trois formes. Premièrement, mettre en application des normes dans le contexte de la répression internationale des crimes en créant des tribunaux spéciaux et mixtes, et par l'intermédiaire de la Cour pénale internationale. Deuxièmement, miser sur la conformité en offrant de l'aide humanitaire et en rédigeant des rapports visant à dénoncer les crimes et à sensibiliser l'opinion publique. Troisièmement, élaborer un cadre normatif clair qui renforce le droit actuel (par exemple, l'étude réalisée par le CICR).

Toutefois, ces initiatives (réactions) concernent principalement les États, qui sont des acteurs clés dans les conflits armés sans nécessairement être les seuls. En effet, il est important que la pratique des intervenants non étatiques, comme les mouvements de libération nationaux, soit également présentée en vue de mieux englober la vraie nature du conflit. De surcroît, cette pratique doit servir à motiver les intervenants non étatiques à respecter le DIH, c'est-à-dire à déclarer qu'ils le reconnaissent et à suivre les règles y afférentes. Cette attitude reflète des règles juridiques et des processus asymétriques qui font que les groupes rebelles demeurent « l'autre ».

Le milieu juridique porte souvent son attention sur les États ou les acteurs non étatiques qui commettent des actes répréhensibles en vertu des normes du DIH; toutefois, la violation d'une norme découle de prime abord d'actes individuels. Ainsi, ce sont la connaissance et la compréhension du DIH par chaque personne qui fait partie du conflit, puisque ni l'État ni les intervenants non étatiques ne peuvent agir sans qu'une personne n'intervienne. Les conséquences des décisions autonomes prises par des personnes en période de guerre peuvent entraîner une responsabilité pénale individuelle lorsque s'entame le processus de reconstruction et de détermination de la responsabilité à la suite d'un conflit. La question est donc de savoir comment chaque personne perçoit le DIH et son application, et comment les normes du DIH sont transmises et expliquées aux personnes qui jouent un rôle dans les conflits armés, en tant que mesure préventive.

C'est exactement dans l'interprétation du DIH que le relativisme culturel entre en jeu; il comble le fossé entre les normes juridiques et l'expérience pratique de chaque personne qui fait partie du conflit. Ce n'est pas en interprétant les normes qu'une personne contribue au DIH, mais bien en produisant des normes au moyen des relations habituelles qu'elle entretient avec les autres, rapports entre les humains qui engendrent la création de normes supposant une approche véritablement pluraliste.

Après cette discussion, les conférenciers ont brièvement exposé des difficultés, des possibilités et des violations liées à l'application du DIH sur le terrain; ils ont insisté sur le fait qu'un dialogue ouvert et transparent sur le terrain est la clé pour prévenir les violations et appliquer le DIH coutumier et conventionnel. Ils ont proposé une liste non exhaustive des sources de violation du DIH sur le terrain : ignorance des obligations conventionnelles et de la pratique coutumière; sentiment d'impunité en ce qui a trait à la responsabilité et aux poursuites; manque de leadership et absence de discipline; manque de formation adéquate, qui, au lieu de se limiter aux techniques militaires, devrait comprendre la théorie et la pratique liées au DIH; désengagement moral et absence de leadership moral de la part des États; et diabolisation de la partie adverse. Les difficultés découlent du fait que les gens pensent à tort que le DIH constitue un obstacle à la réalisation des missions militaires, et que la pratique humaine est déjà guidée par des valeurs culturelles et religieuses; le DIH est ainsi perçu comme un ensemble de règles étrangères qui sont imposées. Certaines possibilités devraient être envisagées en vue de prévenir les violations et de surmonter les difficultés de façon optimiste en modifiant le rôle et l'image du DIH sur le terrain. Voici quelques options qui pourraient être considérées : utiliser le cadre réglementaire du DIH coutumier et conventionnel, qui est déjà élaboré; trouver des liens dans la pratique; et prendre des mesures progressives en mettant sur pied, par exemple, des programmes de droit humanitaire dans les écoles pour favoriser le respect des valeurs humanitaires sur une base individuelle.

Les questions relatives aux sexes ont également été abordées dans le cadre de la diversité culturelle. La théorie suivante a été présentée : le DIH a été élaboré à partir des conflits européens, donc en fonction de certaines présuppositions propres à ces conflits et aux principes et valeurs influencés par la culture, et souvent par le sexe. Il importe également de noter que la discrimination systématique contre les femmes se produit dans chaque société, qu'elle est souvent appuyée par des lois nationales et qu'elle s'étend évidemment aux conflits armés. Dans ce contexte, ce ne serait pas les différences culturelles fondées sur le sexe qui nuisent à l'application adéquate du DIH à l'égard des femmes, mais plutôt son interprétation et son application discriminatoires.

Pour tenir compte de la diversité culturelle relativement aux différences entre les hommes et les femmes, la communauté internationale doit être prête à appliquer le DIH coutumier et conventionnel en prenant en considération les spécificités des femmes, et ce, en écoutant de préférence les femmes touchées par les situations conflictuelles. L'organisation culturelle devrait également permettre l'application du DIH en vertu de ses principes fondamentaux de neutralité et d'impartialité en ce qui a trait au sexe, dans le cas présent.

### **Atelier 1a**

#### *L'importance du droit international coutumier pour les organisations internationales et les ONG*

Animateur : M. Gionata Buzzini, *conseiller juridique associé, Bureau des affaires juridiques, Nations Unies*

Cet atelier devait principalement porter sur l'obligation de respecter et de faire respecter le DIH dans les CAI et les CANI, responsabilité qui relève indéniablement des États. Afin d'orienter les discussions, certaines hypothèses préliminaires ont été proposées quant au rôle que pourraient également jouer les organisations internationales (OI) et les organisations non gouvernementales (ONG) à cet égard. Dans les traités de DIH, seuls les États sont des parties; cependant, cette prérogative pourrait un jour être accordée aux OI qui prennent directement part à un CAI ou un CANI (par exemple, le statut de l'OTAN au Kosovo). En raison de leur constitution et de leur subjectivité en vertu du droit international public, les OI sont entièrement liées par le droit international, contrairement aux ONG qui ne le sont que partiellement. Cependant, autant les OI que les ONG bénéficient d'un ensemble complet de garanties conformément au droit international en général et au

DIH. Bien que les OI aient des obligations qui découlent de leur participation active dans la communauté internationale et de leur nature juridique au sein de celle-ci, la mise en application des droits et des obligations des OI diffère de celle des États. Certaines OI jouissent d'un statut spécial et doivent remplir des obligations en fonction de leur nature particulière (par exemple, la neutralité des délégués du CICR a été reconnue comme coutumière par le TPIY dans l'affaire *Simic*<sup>27</sup>).

Le premier sujet de discussion a été le rôle des OI et des ONG quant à l'accès aux prisonniers et à la vérification du respect des règles de détention ou d'internement. L'étude réalisée par le CICR souligne une pratique courante dans les CAI, soit permettre aux délégués impartiaux (à savoir le CICR) de rencontrer les personnes privées de leur liberté; il s'agit d'un droit conventionnel énoncé dans les Conventions de Genève. Toutefois, comme il est difficile de rencontrer les parties qui prennent part aux CANI et de déterminer leur identité, l'accès aux prisonniers n'est pas un droit aussi ancré dans ce contexte que dans les CAI. Dans l'étude du CICR, le rôle des OI et des ONG dans les CANI ne fait pas partie des règles, et est seulement abordé dans les commentaires. Au cours d'une discussion liée à ce sujet, on a mentionné que les normes du DIH coutumier ne créent ni des OI ni des ONG, mais que le DIH coutumier peut contribuer à la formulation et à l'élaboration de leur mandat. Il est implicite que si l'État confie un mandat précis à certaines OI, la communauté internationale et le système d'application du droit international autoriseront ce mandat et en garantiront le respect. L'opinion du TPIY reflète cette idée dans l'affaire *Simic*. En effet, il a été possible de trouver un équilibre entre les intérêts de la justice et la préservation du mandat du CICR, lequel se veut neutre, impartial et indépendant.

On a ensuite discuté du rôle des journalistes en mettant l'accent sur leur vulnérabilité quant aux prises d'otages, qui s'applique parfois également aux agents des OI et des ONG, lorsqu'ils traitent de la violation des garanties prévues par le DIH. Ces actes ont évidemment été considérés comme une violation des règles du DIH, conformément à l'obligation de toute partie qui prend part au conflit de respecter le DIH lors de CAI et les CANI. On a fait remarquer que l'absence d'enquêtes et de publicité à propos de celles-ci dans ces situations affaiblit l'application du DIH.

Il a également été question des changements ayant trait à la création et à l'application du DIH. Traditionnellement, ce rôle était réservé au milieu militaire tandis qu'aujourd'hui, les OI et les ONG se sont appropriés ce domaine de discussion et de délibération. Cette évolution a été considérée comme logique. En effet, l'armée était autrefois l'agent qui contribuait le plus à l'élaboration et à l'interprétation du DIH, car ses actes avaient peu de conséquences sur la population civile. Toutefois, cette réalité n'est plus la même. De nos jours, les civils sont grandement touchés par les conflits armés nationaux et internationaux, ce pourquoi il est nécessaire que la société civile joue un rôle dans la création, l'interprétation et l'application du DIH. Ce changement reflète également l'évolution des idéaux démocratiques et de leur application; ceux-ci ont redéfini les relations et la répartition du pouvoir entre les civils et l'armée.

## **Atelier 1b**

### *L'impact de l'étude du CICR sur l'instruction militaire*

Animateurs : Lcol Kirby Abbott, *directeur juridique de la formation, Forces armées canadiennes, JAG*, et professeur Geoffrey Corn, *South Texas College of Law*

Cet atelier avait pour objectif d'examiner les façons d'intégrer les résultats de l'étude du CICR aux programmes de formation militaire. La discussion a principalement porté sur le rôle des conseillers juridiques auprès des commandants et des instructeurs militaires au Canada et aux États-Unis.

---

<sup>27</sup> *Le Procureur c/ Blagoje Simic, Miroslav Tadic et Simo Zaric*, Affaire n° IT-95-9-T, Décision, 17 octobre 2003 at paras. 1152-1154 (un ancien délégué du CICR s'est vu exempté de l'obligation de témoigner dans le cadre de cette affaire en raison des principes qui sous-tendent les activités de l'organisation, notamment les principes de neutralité, d'impartialité et d'indépendance).

Un bref résumé a tout d'abord été présenté quant à l'utilisation du DIH coutumier dans la formation militaire au Canada et aux États-Unis. Ces deux pays offrent de nombreux cours sur le « droit des conflits armés » et les principes du DIH à tous les niveaux de la formation militaire. En outre, le personnel bénéficie d'une formation continue pour se mettre à jour. L'enseignement vise le niveau opérationnel et tactique, avant et pendant le déploiement, et a pour but d'uniformiser les pratiques et les politiques.

Le Canada enseigne le droit coutumier tandis que les États-Unis enseignent ce qu'ils considèrent comme les « pratiques exemplaires » ou les « politiques exemplaires ». Du point de vue pratique, les termes « pratique » et « coutume » sont presque identiques. Toutefois, on a discuté du fait que du point de vue juridique, comme ce sont des « pratiques exemplaires » et non pas des coutumes qui sont au cœur de la formation et des manuels militaires, le terme « pratique » ne rend pas *l'opinio juris* en ce qui concerne les normes coutumières. Ainsi, le terme « pratique » ne contribue pas pleinement à la proclamation du DIH coutumier. Il a été précisé que cette approche est toutefois contestée puisque les élèves en connaissent davantage sur le DIH. Les instructeurs doivent donc adapter leur mode d'instruction afin de rendre compte des diverses sources d'information disponibles, et enseigner le DIH de façon à ce que les élèves en respectent par la suite les règles le plus efficacement et uniformément possible.

Il a ensuite été question de l'impact de l'étude du CICR sur l'instruction et les manuels militaires. Il est probable que les notions et les termes contenus dans cette étude commencent à être utilisés par les instructeurs et les personnes qui écrivent les manuels, ce qui devrait encourager la mise à jour des manuels et du matériel de formation. Dans un premier temps, l'étude du CICR sera sans doute ni systématiquement intégrée à la formation militaire ni catégoriquement rejetée. Elle représentera certainement une ressource très précieuse pour évaluer la façon dont les autres États appliquent le DIH coutumier.

Cependant, il a été ajouté que les États risquaient de faire montre d'une plus grande prudence quant à l'élaboration de politiques progressistes dans le contexte de la formation et dans les manuels militaires, car leur ouvrage témoignera des pratiques de l'État. La discussion a ensuite porté sur le fait de considérer les manuels militaires comme le reflet des pratiques et de *l'opinio juris* de l'État. Il a été souligné que ce ne sont pas tous les manuels militaires qui représentent les pratiques de l'État (certains ne comprennent que de simples lignes de conduite), et que l'accent devrait être mis sur la qualité de la source et plutôt que sur la quantité d'information fournie par la source. Par exemple, les manuels rédigés par les États qui prennent part à des conflits armés rendent probablement compte de façon plus exacte de la pratique.

Finalement, il a été question de l'intérêt accru manifesté par le milieu universitaire à l'égard du DIH coutumier, et de la possibilité que les ouvrages publiés par des spécialistes servent à définir le DIH coutumier. Le monde universitaire et la communauté juridique militaire devraient donc dialoguer davantage. Il a été établi qu'afin de favoriser des échanges positifs entre les communautés universitaire et militaire, certaines étapes sont essentielles, dont des initiatives importantes comme cette conférence; la participation du personnel militaire aux activités des instituts de recherche; et la création de possibilités de consultations auxquelles prendraient part les forces armées et la société civile, et qui contribueraient aux décisions du gouvernement en matière de politiques. Bien que l'on se soit entendu sur les avantages associés aux relations qui existent entre le monde universitaire et les forces armées, deux difficultés ont été soulevées : premièrement, du point de vue stratégique, le besoin de protéger la confidentialité des plans, des moyens et des méthodes liés à la conduite de la guerre; et deuxièmement, l'absence d'un accord commun sur le sens de certains concepts juridiques généraux (p. ex : la proportionnalité). Dans les deux cas, l'analyse ne peut être trop simplifiée pour une question de légalité, et doit être effectuée au cas par cas.



## **Atelier 2a**

### *La pratique en matière de Droits de l'homme comme source du droit international humanitaire*

Animateur : Professeur François Crépeau, *faculté de droit, Université de Montréal, titulaire de la Chaire de recherche du Canada en droit international des migrations; directeur scientifique du Centre d'études et de recherches internationales de l'Université de Montréal*

Les discussions ont principalement porté sur la contribution qu'apportent la pratique et de la théorie en matière de droits de l'homme au développement du DIH, et la possibilité que ces deux domaines du droit international soient complémentaires. La discussion se fonde sur le principe voulant que le DIH ait tenu compte des droits de l'homme de trois façons : par l'intégration, lorsque les dispositions et les instruments des droits de l'homme ont été une source d'inspiration et ont été inclus dans le DIH, et vice-versa; par l'interprétation (par exemple, un avis consultatif de la CIJ a établi un lien entre le DIH et les droits de l'homme,<sup>28</sup> et l'article 3 commun des Conventions de Genève est souvent interprété par les tribunaux spéciaux et mixtes à partir du droit international en matière de droits de l'homme); et par la mise en œuvre (par exemple, les droits de l'homme disposent de mécanismes de mise en œuvre efficaces qui donnent à chaque personne le droit de contester la restriction de ses droits, tandis que le DIH ne possède pas de mécanismes aussi clairement définis). L'application du DIH a fait l'objet d'une discussion à la Commission interaméricaine des droits de l'homme et à la Cour européenne des droits de l'homme.<sup>29</sup>

Il semblerait que tous s'entendent pour dire que les droits de l'homme et le DIH sont deux branches différentes du droit international, mais qu'il n'est pas réaliste de les considérer comme fondamentalement opposés. En effet, ils se complètent en ce qui concerne des thèmes de grande importance comme le devoir de protéger les garanties judiciaires, et l'application de celles-ci; toutefois, des incompatibilités et des logiques contradictoires flagrantes se manifestent lorsque les définitions et les limites des principes et des concepts généraux peuvent être débattues. Afin d'illustrer cette hypothèse, l'exemple des assassinats ciblés dans le contexte de la « guerre contre le terrorisme » a été présenté. Du point de vue des droits de l'homme, cette pratique correspond à une exécution sommaire, tandis que le DIH peut la légitimer dans certaines circonstances, après l'analyse de critères comme le statut du combattant, le principe de proportionnalité, etc. La plupart des participants à l'atelier ont reconnu que les situations où l'on trouve des incompatibilités entre les droits de l'homme et le DIH constituent l'exception à la règle de complémentarité qui existe habituellement entre ces deux domaines du droit. Tous les intervenants étaient d'avis que le contexte n'est pas clair et qu'il est toujours recommandé d'analyser les situations au cas par cas. Enfin, ils se sont entendus sur le fait qu'en ce moment, il est essentiel de se concentrer tout particulièrement sur les discussions qui portent sur le régime juridique applicable à la « guerre contre le terrorisme ».

## **Atelier 2b**

### *Le droit coutumier devant les tribunaux internes*

Animateur : Professeur Bruce Broomhall, *département des sciences juridiques, UQÀM; et directeur du Centre d'études sur le droit international et la mondialisation (CÉDIM).*

L'objectif de cet atelier consistait à examiner le rôle du DIH coutumier devant les tribunaux nationaux ainsi que les pratiques antérieures de ces tribunaux en matière de poursuites pour violation de normes internationales, c'est-à-dire les règles du DIH. Les décisions rendues par les tribunaux nationaux sont

---

<sup>28</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, [1996], C.I.J. Rec., p. 226, paragraphe 25.

<sup>29</sup> La Commission interaméricaine des droits de l'homme approuve l'application du DIH comme source de droit. Dans *Judicial Guarantees in States of Emergency*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, avis consultatif OC-9/87, 6 octobre 1987, on soutient que chaque personne a le droit de contester la décision quant à la légalité de l'atteinte aux droits de l'homme en situation d'urgence. Les discussions qui ont eu lieu au cours de l'atelier ont semblé indiquer que la Commission préfère qu'une seule institution juridictionnelle ait recours à une approche active pour surveiller l'ensemble des obligations d'un État envers ses citoyens. Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'homme n'utilise pas la même approche et s'abstient d'analyser le DIH, mais elle a reconnu le besoin de tenir compte des obligations liées au DIH.

intimement liées au droit coutumier, car elles font partie de la pratique de l'État. Les deux approches utilisées relatives à l'application du droit coutumier devant les tribunaux internes ont été brièvement présentées. La première approche consiste à appliquer directement le droit coutumier<sup>30</sup> tandis que la deuxième consiste à se servir du droit coutumier pour interpréter le droit national.<sup>31</sup>

L'intégration du DIH coutumier et du droit pénal international à la législation interne est un phénomène assez récent, qui s'est produit à la suite de l'adoption du Statut de Rome de la Cour pénale internationale en 1998, et de son article sur la coopération et la complémentarité. Le Canada, l'Allemagne et la Belgique sont des exemples de pays qui ont rapidement respecté cette disposition. En effet, les lois canadiennes prévoient un mandat unique; elles permettent aux tribunaux d'examiner les pratiques étrangères en vue d'appuyer des procédures devant les tribunaux internes. La Belgique a pour sa part adopté une loi sur la compétence universelle de ses juridictions en 1993, l'a modifiée à plusieurs reprises et l'a abrogée même si des dispositions similaires ont été intégrées au code pénal (la personne accusée doit être résidente de la Belgique ou avoir d'autres liens pour que l'affaire soit du ressort des tribunaux belges). Finalement, en Allemagne, il a été reconnu que cette législation était surtout avantageuse pour définir les crimes de guerre dans la loi nationale, ce qui facilite l'action du procureur.

Les participants à l'atelier ont encouragé l'adoption d'une législation nationale. En effet, ils considèrent que ce facteur positif contribuerait à établir la responsabilité en cas de violation du DIH et du droit pénal liés aux conflits armés; servirait à déterminer les peines à infliger en cas de violation du DIH coutumier; et fournirait des balises pour la nouvelle pratique relative à l'indemnisation des victimes de crimes de guerre. Outre les exemples européens, il a été possible de constater que la rédaction de la législation en Amérique latine et en Afrique avance lentement. Pour ce qui est de l'Asie, en raison du faible taux de ratification du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, les progrès dans ce domaine sont moins notables.

Certaines considérations gouvernementales d'ordre pratique ont été présentées. Celles-ci incitent un procureur à porter une affaire en justice, en tenant compte de la quantité de preuves disponibles et du fait que les enquêtes ont souvent lieu à l'étranger. Selon ces facteurs, les poursuites engagées dans le cadre des programmes liés aux crimes de guerre dépendent avant tout de la faisabilité et de la décision de placer les ressources dans les affaires qui seront les plus fructueuses. Ce sujet a entraîné une discussion sur le débat en cours concernant l'utilisation du droit de l'immigration pour juger les crimes internationaux. Les participants sont de nouveau arrivés à un consensus en ce qui a trait au principe de faisabilité. Le droit de l'immigration est conçu de façon à empêcher les personnes qui ont commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité d'entrer au pays. Naturellement, les régimes juridiques et les circonstances se recourent; la gestion au cas par cas est donc requise.

Au cours des discussions, il a également été suggéré d'analyser la complémentarité des systèmes judiciaires civil et militaire de chacun des États en ce qui a trait à la responsabilité et à l'application du DIH, et aux crimes liés à un conflit armé. Enfin, il a été question de la solution provisoire offerte par les tribunaux mixtes (p. ex. : Timor-Oriental, Sierra Leone et Cambodge). Cette solution vise à combler l'écart en matière d'impunité qui découle du manque de mécanismes internationaux permettant d'incriminer les personnes qui ont commis des crimes, et du manque de préparation des systèmes juridiques et des tribunaux nationaux pour gérer la nature de ces délits et le droit qui s'y applique.

---

<sup>30</sup> Voici deux exemples de cette approche : l'affaire *Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 20 S. Ct. 290 (1900) et la dernière affaire *Pinochet*, où on a soutenu que le droit coutumier faisait partie du common law, *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 3)* [1999] 2 W.L.R. 827.

<sup>31</sup> Des exemples de cette approche sont beaucoup plus courants et répandus. Par exemple, la Cour suprême du Canada considère le droit international coutumier comme une source de valeurs et de principes qui oriente la façon dont le tribunal interprète la législation canadienne. Cependant, ce mode d'application a été critiqué par les universitaires; en effet, ils estiment que conformément à cette approche, le droit international est un outil d'interprétation plutôt qu'une source de droit ayant force exécutoire.