

15 novembre 1999
Français
Original: anglais

Commission préparatoire de la Cour pénale internationale

Groupe de travail sur les éléments des crimes

New York

16-26 février 1999

26 juillet-13 août 1999

29 novembre-17 décembre 1999

Demande émanant des Gouvernements de l'Afrique du Sud, de la Belgique, du Costa Rica, de la Finlande, de la Hongrie et de la République de Corée, ainsi que de la Mission d'observation permanente de la Suisse, relative au texte proposé par le Comité international de la Croix-Rouge concernant l'article 8, paragraphe 2 b) c) et e) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale

Note verbale datée du 4 août 1999, adressée au Secrétaire général par les Missions permanentes de l'Afrique du Sud, de la Belgique, du Costa Rica, de la Finlande, de la Hongrie et de la République de Corée et par la Mission d'observation permanente de la Suisse auprès de l'Organisation des Nations Unies

Les Missions permanentes de l'Afrique du Sud, de la Belgique, du Costa Rica, de la Finlande, de la Hongrie et de la République de Corée, ainsi que la Mission d'observation permanente de la Suisse auprès de l'Organisation des Nations Unies, ont l'honneur de communiquer les documents établis par le Comité international de la Croix-Rouge en vue d'aider la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale à élaborer le texte relatif aux éléments des crimes relevant de la compétence de la Cour. Ce document a trait aux crimes répertoriés à l'article 8, paragraphe 2 b) du Statut.

* Nouveau tirage pour raisons techniques. L'annexe de la version antérieure du présent document, en date du 4 août 1999, avait été publiée en anglais, langue dans laquelle elle a été communiquée au Secrétariat.

Les Missions permanentes de l'Afrique du Sud, de la Belgique, du Costa Rica, de la Finlande, de la Hongrie et de la République de Corée, ainsi que la Mission d'observation permanente de la Suisse demandent que le texte de la présente note et de son annexe soit distribué comme document de la Commission préparatoire.

L'étude ci-après est présentée par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) comme document de référence afin d'aider la Commission préparatoire dans ses travaux relatifs aux éléments des crimes.

Le présent document traite des crimes répertoriés à l'article 8, paragraphe 2 b) xvii), xviii), xix), xx), xxiii), xxiv) et xxv) du Statut. Le CICR poursuivra ses recherches sur les autres crimes de guerre mentionnés à l'article 8, paragraphe 2.

Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction	6
Sigles	7
Article 8, paragraphe 2 b), du Statut de la CPI – Autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux	8
Points communs aux crimes visés à l’article 8, paragraphe 2 b) du Statut de la CPI	8
Observations sur certains crimes	8
Remarques valant pour tous les crimes	8
Article 8 2 b) xvii) – Le fait d’utiliser du poison ou des armes empoisonnées	8
1. Conclusions tirées des sources	8
2. Commentaire	8
a) Référence à ce crime de guerre dans des instruments internationaux	8
b) Fondement juridique	9
aa) Remarques concernant l’élément matériel	9
bb) Remarques concernant l’élément psychologique	10
Article 8 2 b) xviii) – Le fait d’utiliser des gaz asphyxiants, toxiques ou assimilés et tous liquides, matières ou engins analogues	11
1. Conclusions tirées des sources	11
2. Commentaire	11
a) Référence à ce crime de guerre dans des instruments internationaux	11
b) Fondement juridique	12
aa) Remarques concernant l’élément matériel	12
bb) Remarques concernant l’élément psychologique	14
Article 8 2 b) xix) – Le fait d’utiliser des balles qui se dilatent ou s’aplatissent facilement dans le corps humain, telles que des balles dont l’enveloppe dure ne recouvre pas entièrement le centre ou est percée d’entailles	14
1. Conclusions tirées des sources	14
2. Commentaire	14
a) Référence à ce crime de guerre dans des instruments internationaux	14
b) Fondement juridique	14
aa) Remarques concernant l’élément matériel	14
bb) Remarques concernant l’élément psychologique	16

Article 8 2 b) xx) – Le fait d’employer des armes, projectiles, matériels et méthodes de combat de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles ou à agir sans discrimination en violation du droit international des conflits armés, à condition que ces moyens fassent l’objet d’une interdiction générale et qu’ils soient inscrits dans une annexe au présent statut, par voie d’amendement adopté selon les dispositions des articles 121 et 123	16
1. Conclusions tirées des sources	16
2. Commentaire	16
a) Référence à ce crime de guerre dans des instruments internationaux	16
b) Fondement juridique	17
aa) Observations concernant l’élément matériel	17
1) Armes de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles	17
2) Armes qui par leur nature frappent sans discrimination	23
bb) Observations concernant l’élément moral	29
Article 8 2 b) xxiii) – Utilisation de la présence de civils ou d’autres personnes protégées pour mettre certains points, zones ou forces militaires à l’abri d’opérations militaires	30
1. Conclusions tirées des sources	30
2. Commentaire	30
a) Référence à ce crime de guerre dans les instruments internationaux	30
b) Fondement juridique	30
aa) Observations concernant l’élément matériel	30
bb) Observations concernant l’élément moral	32
Article 8 2 b) xxiv) – Le fait de lancer des attaques délibérées contre des bâtiments, du matériel, les unités et les moyens de transport sanitaire, et le personnel utilisant, conformément au droit international, les signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève	33
1. Conclusions tirées des sources	33
2. Commentaire	33
a) Référence à ce crime de guerre dans des instruments internationaux	33
b) Fondement juridique	33
aa) Observations concernant l’élément matériel	33
bb) Observations concernant l’élément moral	42
Article 8 2 b) xxv) – Le fait d’affamer délibérément des civils, comme méthode de guerre, en les privant de biens indispensables à leur survie, notamment en empêchant intentionnellement l’arrivée des secours prévus par les Conventions de Genève	43
1. Conclusions tirées des sources	43

2.	Commentaire	43
a)	Référence à ce crime de guerre dans des instruments internationaux	43
b)	Fondement juridique	43
aa)	Observations concernant l'élément matériel	43
1)	Civils	43
2)	Le fait d'affamer une population comme méthode de guerre ...	43
3)	Priver des civils de biens indispensables à leur survie	44
4)	Notamment en empêchant intentionnellement l'arrivée des secours prévus par les Conventions de Genève	45
bb)	Observations concernant l'élément moral	50

Introduction

Il a été convenu à la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale, qui a eu lieu à Rome du 15 juin au 17 juillet 1998, que la Commission préparatoire élaborerait un projet de texte sur les éléments du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. À cet égard, l'article 9 du Statut de la Cour pénale internationale (le «Statut de la CPI») dispose que «[I]es éléments des crimes aident la Cour à interpréter et appliquer les articles 6, 7 et 8. Ils doivent être adoptés à la majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée des États Parties». Le présent document a pour objet d'aider la Commission préparatoire à élaborer le texte relatif aux éléments des crimes visés à l'article 8, paragraphe 2, uniquement en présentant les sources pertinentes et en indiquant les conclusions qui en découlent. Il ne traduit aucune décision prise à une session antérieure de la Commission préparatoire. La partie VI traite exclusivement de certains crimes de guerre énumérés à l'article 8, paragraphe 2 b) du Statut de la CPI.

L'examen des sources a consisté en des travaux de recherche et d'analyse approfondis sur la jurisprudence ainsi que sur les instruments de droit international humanitaire et les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme pertinents. S'agissant de la jurisprudence, on a passé en revue les procès de Leipzig, les procès consécutifs à la Deuxième Guerre mondiale, dont les procès de Nuremberg et de Tokyo, et les jurisprudences nationales, ainsi que les décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda. Les jurisprudences nationales sur les crimes de guerre ont été examinées lorsque les textes étaient disponibles en allemand, en anglais ou en français. Les décisions d'instances internationales et régionales spécialisées dans les droits de l'homme ont aussi été analysées pour clarifier certaines infractions. Il importe de noter que les diverses sources mentionnées dans le présent document ont été choisies de façon totalement objective, en fonction uniquement de leur pertinence, et qu'elles ne sont le reflet d'aucune opinion ou position particulière. Contrairement à ce qui s'était passé pour les parties antérieures de l'étude, le CICR a dû se fonder dans une large mesure sur la doctrine et les opinions exprimées dans les manuels militaires, puisque la conduite des hostilités, à laquelle sont liés les crimes analysés dans la présente partie de l'étude, n'ont jusqu'à présent fait que rarement l'objet de décisions de justice internationales ou nationales.

L'économie du document est la suivante : *premièrement*, les conclusions découlant des sources sont brièvement exposées pour chacune des infractions énumérées à l'article 8, paragraphe 2 b) du Statut. Le terme «élément matériel» est utilisé pour décrire l'*actus reus* (l'acte ou l'omission) et le terme «élément psychologique» pour décrire la *mens rea* ou l'intention nécessaire pour qu'il y ait eu infraction. *Deuxièmement*, le fondement juridique des conclusions indiquées est exposé dans un commentaire qui analyse les diverses sources.

Il convient de noter que le présent document ne traite ni de la responsabilité des chefs militaires, des autres supérieurs hiérarchiques ou des subordonnés (art. 28 du Statut de la CPI) ni des questions relatives à l'instigation, à la tentative, à l'entente criminelle ou autres formes d'aide ou assistance (art. 25 du Statut de la CPI).

Sigles

Les sigles ci-après sont utilisés dans le présent document :

AD	Annual Digest and Reports of Public International Law Cases
CIDH	Commission (ou Cour) interaméricaine des droits de l'homme
CIJ	Cour internationale de Justice
CPI	Cour pénale internationale
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports

Article 8, paragraphe 2 b), du Statut de la CPI – Autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux

Points communs aux crimes visés à l'article 8, paragraphe 2 b) du Statut de la CPI

- 1) Le comportement incriminé a eu lieu dans le cadre d'un conflit armé international.
Pour le commentaire, voir la troisième partie de l'étude du CICR concernant d'autres crimes visés à l'article 8, paragraphe 2 b) du Statut.

Observations sur certains crimes

Remarques valant pour tous les crimes

- Il convient de souligner que les termes «illicite» ou «licite», qui apparaissent dans les éléments de plusieurs crimes, renvoient à l'illicéité ou à la licéité au regard du droit international. Cette précision a été à maintes reprises apportée dans divers procès consécutifs à la Deuxième Guerre mondiale («contrairement aux lois et coutumes de la guerre»), comme on l'a montré dans la première partie de la présente étude.
- Les termes «intentionnel» ou «délibéré» (*wilful*) englobent les notions d'«intention» (*intent*) et d'«imprudence, négligence ou mise en danger délibérée de la personne d'autrui» (*recklessness*), mais non pas la simple imprudence, négligence ou mise en danger (*ordinary negligence*). Le terme «en connaissance de cause» est utilisé au sens de l'article 30 du Statut de la CPI, aux termes duquel il y a «connaissance» lorsqu'une personne est consciente qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements [voir art. 30 3)].

Article 8 2 b) xvii) – Le fait d'utiliser du poison ou des armes empoisonnées

1. Conclusions tirées des sources

Éléments matériels

- 1) L'auteur a employé du poison ou des armes empoisonnées.

Élément psychologique

- 2) L'auteur a agi délibérément.

2. Commentaire

a) Référence à ce crime de guerre dans des instruments internationaux

Les termes «le fait d'utiliser du poison ou des armes empoisonnées» sont repris directement de l'article 23 a) du Règlement de La Haye.

b) Fondement juridique

À ce jour, ni le TPIY ni le TPIR n'ont rendu aucune décision sur ce crime de guerre. Certaines autres sources peuvent néanmoins être utiles pour interpréter plusieurs de ses éléments.

L'emploi du poison est sans doute le moyen de combat dont l'interdiction par le droit international remonte le plus loin. Depuis le bas Moyen Age, il a toujours été strictement interdit¹. On trouve une référence à cette interdiction à l'article 70 du Code Lieber qui date de 1863 :

«L'usage du poison, de quelque manière que ce soit, qu'il s'agisse de l'empoisonnement des puits, de la nourriture ou des armes, est absolument exclu dans les guerres modernes. Quiconque y recourt se place en dehors des lois et usages de la guerre.»

aa) Remarques concernant l'élément matériel

Bien que les termes «du poison ou des armes empoisonnées» puissent être interprétés de différentes façons, il convient de relever qu'il y a au moins un recoupement important avec le crime visé à l'article 8 2) b) xviii) – Le fait d'utiliser des gaz asphyxiants, toxiques ou assimilés et tous liquides, matières ou engins analogues². Ce lien a été relevé par le Tribunal de première instance de Tokyo dans l'affaire *Shimoda* et par la Cour internationale de Justice dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur la licéité de la menace de l'emploi d'armes nucléaires, qui ont indiqué l'un et l'autre que l'interdiction du poison n'était généralement pas interprétée comme englobant l'interdiction des armes nucléaires³.

Pour ce qui est du sens commun du terme «poison», les définitions ci-après peuvent être utiles :

Le terme «poison» est défini dans le Cambridge International Dictionary of English comme «*a substance that causes illness or death if taken into a living thing, esp. a person's or animal's body*»⁴ («une substance qui, introduite dans l'organisme, en particulier d'un être humain ou d'un animal, est cause de maladie ou entraîne la mort»).

Selon l'Oxford English Dictionary, on entend par le terme «poison» :

«Any substance which, when introduced into ou absorbed by a living organism, destroys life or injures health, irrespective of mechanical means or direct thermal changes. Popularly applied to a substance capable of destroying life by rapid action, and when taken in small quantity» («Toute substance qui, introduite dans l'organisme ou absorbée par celui-ci détruit ou altère les fonctions vitales,

¹ Sandoz, *Des armes interdites en droit de la guerre*, 1975, p. 11 et suivantes; Oeter, dans :Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, p. 138.

² Voir Oppenheim, *International Law, A Treatise*, vol. II, 7e ed., 1952, p. 342; dans «Des armes interdites en droit de la guerre», 1975, p. 28, Sandoz conclut que les gaz asphyxiants sont du poison; dans «*The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*», Fleck (ed.), p. 148, Oeter établit que l'interdiction des gaz toxiques est englobée dans l'interdiction du poison ou des armes empoisonnées. Dans «*The Modern Law of Land Warfare*», Berkeley/Los Angeles, 1959, p. 359, Greenspan, se référant à l'article 23 a) du Règlement de La Haye, déclare : «*La guerre chimique et la guerre bactériologique peuvent être considérées comme des cas particuliers de non-observation de l'interdiction générale d'employer, pour faire la guerre, du poison ou des armes empoisonnées*».

³ *Ryuichi Shimoda et al v. The State*, ILR vol. 32, par. 2 11); CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996, par. 55 et suivants. Voir, néanmoins, l'opinion dissidente du juge Weeramantry, III. 12, et l'opinion dissidente du juge Koroma.

⁴ Cambridge International Dictionary of English, 1995, p. 1090.

indépendamment des moyens mécaniques ou des altérations thermiques directes. Désigne dans le langage courant une substance qui, introduite dans l'organisme ou absorbée par celui-ci en petite quantité, est capable d'entraîner rapidement la mort.»⁵.

N. B. :

- Le Manuel des lois de la guerre sur terre, adopté à Oxford par l'Institut de droit international le 9 septembre 1880⁶, stipule en son article 8 :

«Il est interdit :

a) De faire usage du poison, sous quelque forme que ce soit».

- Le Manuel militaire des États-Unis définit le poison dans les termes suivants :

«Les poisons sont des substances biologiques ou chimiques qui entraînent la mort ou une incapacité permanente lorsque – même en petites quantités – elles sont ingérées, pénètrent dans les poumons ou le sang, ou entrent en contact avec la peau»⁷.

- Les Manuels militaires britannique et canadien stipulent en ce qui concerne l'interdiction du poison :

«L'eau des puits, des pompes, des canalisations, des réservoirs, des lacs, des rivières, etc., où l'ennemi peut s'approvisionner en eau potable ne doit être ni empoisonnée ni contaminée. L'apposition d'un avis informant l'ennemi que l'eau a été empoisonnée ou contaminée ne rend pas licite l'introduction de poison ou de contamination»⁸.

- Le Manuel militaire allemand stipule à cet égard :

«L'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que de tous liquides, matières ou procédés analogues, est interdit (Protocole de 1925; art. 23 a) du Règlement de La Haye). Cette interdiction vaut également pour la contamination par des substances toxiques d'installations d'approvisionnement en eau et de vivres (art. 54, par. 2, Protocole additionnel I; art. 14, Protocole additionnel II) et l'emploi d'agents neutralisants à des fins militaires. Elle ne vaut pas par les effets secondaires toxiques non intentionnels et peu importants de munitions par ailleurs autorisées.»⁹

⁵ The Oxford English Dictionary, vol. VII, Oxford, 1933 (réimprimé en 1978), p. 1056.

⁶ S'agissant de la valeur juridique de ce manuel, il convient de citer le paragraphe ci-après extrait de l'avant-propos :

«L'Institut, d'ailleurs, ne propose pas un traité international – qui peut-être serait prématuré ou tout au moins fort difficile à obtenir – mais, tenu par ses statuts de travailler, entre autres choses, à l'observation des lois de la guerre, il croit remplir un devoir en offrant aux gouvernements un "Manuel" propre à servir de base, dans chaque État, à une législation nationale, conforme à la fois aux progrès de la science juridique et aux besoins des armées civilisées.

On n'y trouvera pas, au surplus, de téméraires hardiesses. L'Institut, en le rédigeant, n'a pas cherché à innover; il s'est borné à préciser, dans la mesure de ce qui lui a paru admissible et pratique, les idées reçues de notre temps et à les codifier.»

⁷ Department of the Air Force, AF Pamphlet 110-31, International Law – The Conduct of Armed Conflict and Air Operations, 1976, p. 6 et 5.

⁸ The Law of War on Land, troisième partie du Manual of Military Law, 1958, p. 42. Voir également le Manuel canadien du droit des conflits armés, deuxième projet, 1986, p. 5 à 18.

⁹ Règlement interarmées (ZDv) 15/2, 1992, No 434. Voir aussi Strupp, Das Internationale Landkriegsrecht, 1914, p. 58; Gresspan, The Modern Law of Land Warfare, Berkeley/ Los Angeles, 1959, p. 317.

bb) *Remarques concernant l'élément psychologique*

Il semble qu'il n'y ait à ce jour aucune jurisprudence concernant l'élément psychologique de ce crime.

Article 8 2 b) xviii) – Le fait d'utiliser des gaz asphyxiants, toxiques ou assimilés et tous liquides, matières ou engins analogues

1. Conclusions tirées des sources

Éléments matériels

1) L'auteur a utilisé des gaz asphyxiants, toxiques ou assimilés ou des liquides, matières ou engins analogues.

Élément psychologique

2) L'auteur a agi délibérément.

2. Commentaire

a) Référence à ce crime de guerre dans des instruments internationaux

Les termes «Le fait d'utiliser des gaz asphyxiants, toxiques ou assimilés et tous liquides, matières ou engins analogues» sont directement repris du Protocole de Genève de 1925 concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques («*l'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que de tous liquides, matières, ou procédés analogues*»), qui réaffirmait notamment la Déclaration de La Haye du 29 juillet 1899 (IV, 2) concernant les gaz asphyxiants: «*Les Puissances contractantes s'interdisent l'emploi de projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiants ou délétères.*» Comme le souligne Oppenheim, la «Déclaration exprimait, dans cette sphère particulière, les règles coutumières interdisant l'emploi de poison et de matières causant des souffrances inutiles»¹⁰, qui avaient été codifiées à l'article 23 a) et c) du Règlement de La Haye. Après l'emploi de gaz pendant la Première Guerre mondiale, les articles de divers traités de paix avaient réitéré et, à certains égards, élargi l'interdiction consacrée dans la Déclaration de 1899. Par exemple, l'article 171 du Traité de Versailles de 1919 disposait: «*L'emploi des gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que de tous liquides, matières ou procédés analogues, étant prohibé [...]*». C'est pourquoi il est indiqué dans le préambule du Protocole de Genève de 1925 que celui-ci réaffirme une règle existante :

«Considérant que l'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que de tous liquides, matières ou procédés analogues, a été à juste titre condamné par l'opinion générale du monde civilisé;

Considérant que l'interdiction de cet emploi a été formulé dans des traités auxquels sont Parties la plupart des puissances du monde;

Dans le dessein de faire universellement reconnaître comme incorporée au droit international cette interdiction, qui s'impose également à la conscience et à la pratique des nations;»

¹⁰ Oppenheim, *International Law, A Treatise*, vol. II, 7e éd., 1952, p. 342.

b) Fondement juridique

Ni le TPIY ni le TPIR n'ont à ce jour rendu aucune décision sur ce crime de guerre. Néanmoins, certaines autres sources peuvent être utiles pour interpréter divers éléments de ce crime.

aa) Remarques concernant l'élément matériel

Comme indiqué ci-dessus, les États ont développé dans les instruments juridiques internationaux susmentionnés l'interdiction d'employer des gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que tous liquides, matières ou procédés analogues.

Le Protocole de Genève de 1925 concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques étend l'interdiction aux agents bactériologiques :

«Que les Hautes Parties contractantes, en tant qu'elles ne sont pas déjà parties à des traités prohibant cet emploi, reconnaissent cette interdiction, acceptent d'étendre cette interdiction d'emploi aux moyens de guerre bactériologiques et conviennent de se considérer comme liées entre elles aux termes de cette déclaration.»

On pourrait en conclure que ces agents ne tombent pas sous le coup de l'interdiction telle qu'elle est exposée dans le Statut de la CPI. Néanmoins, l'emploi de tels agents serait probablement assimilé à une attaque contre la population civile, au sens de l'article 8 2) b) i) du Statut de la CPI, car ceux-ci frapperaient indistinctement civils et combattants.

Le Protocole de Genève de 1925 interdisant l'emploi des gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que de tous liquides, matières ou procédés analogues, il est utile pour déterminer les éléments du crime tel que celui-ci est défini dans le Statut de la CPI, de se pencher sur les interprétations qui ont été données de la règle initiale, réaffirmée dans le Protocole. Le Manuel militaire allemand comporte une explication de l'interprétation du Protocole de 1925 :

«L'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que de tous liquides, matières ou procédés analogues est interdit (Protocole de 1925; art. 23 a) du Règlement de La Haye). Cette interdiction vaut également pour la contamination par des substances toxiques d'installations d'approvisionnement en eau et de vivres (art. 54, par. 2, Protocole additionnel I; art. 14, Protocole additionnel II) et l'emploi d'agents neutralisants à des fins militaires. Elle ne vaut pas pour les effets secondaires toxiques non intentionnels et peu importants de munitions par ailleurs autorisées¹¹.»

Le commentaire sur cette règle précise que :

«La règle de base n'est pas contestée : l'emploi d'armes chimiques est interdit. L'interdiction d'employer à la guerre des substances potentiellement mortelles, qui ont des effets asphyxiants ou toxiques, avait déjà été codifiée à l'article 23 a) du Règlement de La Haye (interdiction d'employer du poison ou des armes empoisonnées [...]). [...]

Le Protocole de Genève du 17 juin 1925 concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques

¹¹ Règlement interarmées (ZDv) 15/2, 1992, No 434.

a donc renforcé l'interdiction générale des armes toxiques et a expressément mis hors la loi l'emploi, sous quelque forme que ce soit, de gaz comme arme [...]

L'interdiction générale de l'emploi de gaz toxiques – qui fait maintenant partie du droit coutumier – englobe non seulement l'emploi direct de tels gaz contre des combattants ennemis, mais aussi la contamination par des substances toxiques d'installations d'approvisionnement en eau et de vivres. Cette dernière interdiction pouvait théoriquement être déduite de l'interdiction générale préexistante de l'emploi du poison ou des armes empoisonnées décrétée à l'article 23 a) du Règlement de La Haye; désormais, elle figure expressément à l'article 54, paragraphe 2 du Protocole additionnel I et à l'article 14 du Protocole additionnel II [...].

En ce qui concerne la catégorie des “agents neutralisants” que la deuxième phrase de l'article 434 du Manuel cité ci-dessus fait aussi tomber sous le coup de l'interdiction, il convient de noter que la controverse continue de faire rage sur le point de savoir si ces substances sont englobées dans l'interdiction traditionnelle des armes chimiques. [...] La Convention de 1993 sur les armes chimiques a tranché la question en interdisant expressément au paragraphe 5 de son article premier l'emploi d'agents “neutralisants” comme moyens de guerre [...] Le point le plus important concernant toutes ces controverses au sujet de la définition des “gaz toxiques” (qui a dans une large mesure été clarifiée par la nouvelle Convention sur les armes chimiques) est la mise au point délibérée d'une arme qui fasse de l'empoisonnement un moyen de combat. On ne considère qu'il y a emploi de gaz toxiques que si les substances concernées sont délibérément utilisées dans le but de causer un empoisonnement. Si l'effet asphyxiant ou toxique n'est qu'un effet secondaire d'un mécanisme physique destiné principalement à produire des résultats totalement différents (par exemple, l'emploi d'armes nucléaires), la munition en question ne constitue pas un “gaz toxique”¹².»

Spaight souligne :

«Le Protocole concernant les gaz interdit [...] non seulement les gaz toxiques et asphyxiants mais aussi les “gaz similaires” et (de façon à souligner que l'interdiction est totale) “tous liquides, matières ou procédés analogues”. Il condamne donc non seulement les gaz mortels mais aussi les gaz non toxiques ou anesthésiants. Le libellé du Protocole rend irrecevable l'argument selon lequel serait autorisé l'emploi d'un gaz qui aurait pour effet non pas de tuer mais simplement de neutraliser temporairement les personnes se trouvant dans son rayon d'action [...]»¹³.

Pour d'autres interprétations, voir Rousseau, le droit des conflits armés, Paris, 1983, p. 119 et suivantes.

Sur le point de savoir si l'emploi d'armes nucléaires est englobé dans les interdictions décrétées dans le Protocole de 1925, la CIJ, dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, a déclaré :

«[...] Le Protocole de 1925 ne précise pas davantage le sens à donner aux termes “matières ou procédés analogues”. Dans la pratique des États, ces termes ont été entendus dans leur sens ordinaire comme couvrant des armes dont l'effet premier,

¹² Oeter, dans Fleck (éd.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, p. 148 et suivantes (les notes ne sont pas citées).

¹³ Spaight, *Air Power and War Rights*, 3e éd., 1947, cité dans : Whiteman, *Digest of International Law*, Vol. 10, Washington, 1968, p. 459.

ou même exclusif, est d'empoisonner ou d'asphyxier. Ladite pratique est claire et les parties à ces instruments ne les ont pas considérés comme visant les armes nucléaires.

En considération de ce qui précède, il n'apparaît pas à la Cour que l'emploi d'armes nucléaires puisse être regardé comme spécifiquement interdit sur la base des dispositions susmentionnées de la deuxième Déclaration de 1899, [...] ou du Protocole de 1925 [...].»¹⁴

bb) Remarques concernant l'élément psychologique

Il semble qu'à ce jour il n'y ait aucune jurisprudence sur l'élément psychologique de ce crime.

Article 8 2 b) xix) – Le fait d'utiliser des balles qui se dilatent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, telles que des balles dont l'enveloppe dure ne recouvre pas entièrement le centre ou est percée d'entailles

1. Conclusions tirées des sources

Éléments matériels

1) L'auteur a employé des balles qui se dilatent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain.

Élément psychologique

2) L'auteur a agi délibérément.

2. Commentaire

a) Référence à ce crime de guerre dans des instruments internationaux

Les termes «Le fait d'utiliser des balles qui se dilatent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain» sont directement repris de la Déclaration (IV, 3) de La Haye du 29 juillet 1899 concernant l'emploi de balles («Les Puissances contractantes s'interdisent l'emploi de balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, telles que les balles à enveloppe dure dont l'enveloppe ne couvrirait pas entièrement le noyau ou serait pourvue d'incisions»).

b) Fondement juridique

Ni le TPIY ni le TPIR n'ont à ce jour rendu aucune décision sur ce crime de guerre. Néanmoins, certaines autres sources peuvent être utiles pour interpréter divers éléments du crime.

aa) Remarques concernant l'élément matériel

Il est stipulé dans le Manuel militaire allemand :

¹⁴ CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996, par. 55 et suivants. Voir, néanmoins, l'opinion dissidente du juge Weeramantry, III. 12, et l'opinion dissidente du juge Koroma.

«Il est interdit d'employer des balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain (par exemple des balles dum-dum) (Déclaration de 1899 concernant les balles). Cette interdiction vaut également pour l'emploi de fusils de chasse car les plombs causent des souffrances analogues injustifiées du point de vue militaire. Il est aussi interdit d'employer des projectiles de nature

- À éclater ou à se déformer lorsqu'ils pénètrent dans le corps humain;
- À basculer peu après être entrés dans le corps; ou
- À provoquer des ondes de choc qui endommagent gravement les tissus ou peuvent même être mortelles (art. 35, par. 2 et 51, par. 4 c) du Protocole additionnel I; art. 23 e) du Règlement de La Haye)¹⁵.»

Le commentaire explique :

«On pourrait raisonnablement faire valoir, comme le fait l'administration allemande par exemple, que l'emploi de fusils de chasse doit être considéré comme interdit par ces dispositions, puisque les plombs infligent des blessures extrêmement douloureuses qu'il est très difficile de traiter, sans pour autant être beaucoup plus efficaces que les munitions normales de l'infanterie. Néanmoins, il n'y a pas vraiment consensus sur ce point. On pourrait en dire autant d'autres types d'arme et de munition récemment mis au point qui causent des blessures excessivement graves sans être particulièrement efficaces du point de vue militaire : projectiles qui éclatent ou se déforment lorsqu'ils pénètrent dans le corps humain; projectiles qui basculent peu après être entrés dans le corps humain (et causent des blessures internes particulièrement graves); et armes et munitions provoquant des ondes de choc qui endommagent gravement les tissus ou peuvent même être mortelles. L'analogie avec les balles dum-dum, mises hors la loi en 1899, est évidente, et une interdiction sur le fondement général des "maux superflus" semble se justifier; [...]»¹⁶.

L'interprétation allemande vaut aussi sans doute pour le crime de guerre visé par le Statut de la CPI. Les mots «telles que» qui figurent à l'article 8 2) b) xix) du Statut indiquent clairement que la liste des balles interdites n'est pas exhaustive, mais simplement indicative. S'agissant du critère à appliquer aux autres types de balle, le préambule de la Déclaration de La Haye, qui constitue le fondement de ce crime, donne une autre indication :

«[l]es soussignés [...], s'inspirant des sentiments qui ont trouvé leur expression dans la Déclaration de St-Pétersbourg du 29 novembre (11 décembre) 1868».

Ces «sentiments» sont exprimés de la manière suivante dans la Déclaration de St-Pétersbourg :

«Considérant que les progrès de la civilisation doivent avoir pour effet d'atténuer autant que possible les calamités de la guerre;

Que le seul but légitime que les États doivent se proposer durant la guerre est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi;

Qu'à cet effet, il suffit de mettre hors de combat le plus grand nombre d'hommes possible;

¹⁵ Règlement interarmées (ZDv) 15/2, 1992, No 407.

¹⁶ Oeter, dans Fleck (éd.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, p. 123.

Que ce but serait dépassé par l'emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat, ou rendraient leur mort inévitable;

Que l'emploi de pareilles armes serait dès lors contraire aux lois de l'humanité;»

Compte tenu de ce qui précède, on est en droit de conclure que les intentions de la Déclaration de St-Pétersbourg, qui sont toujours valables, même si les spécifications techniques précisées à l'époque ne le sont sans doute plus, doivent être prises en compte pour déterminer l'emploi de quelles autres armes pourrait aussi être considéré comme entrant dans le champ de ce crime.

L'importance des intentions de la Déclaration de St-Pétersbourg a aussi été soulignée lors d'une récente réunion d'experts sur les balles explosives organisée à Genève les 29 et 30 mars 1999 par le CICR. Il y a eu consensus sur les points suivants :

- L'interdiction de l'emploi intentionnel contre des combattants de balles qui explosent lorsqu'elles entrent en contact avec le corps humain, qui trouve son origine dans la Déclaration de St-Pétersbourg de 1868, est toujours valable;
- Tirer sur des combattants des balles dont on peut prévoir qu'elles exploseront au contact du corps humain serait contraire au but et à l'objet de la Déclaration de St-Pétersbourg;
- Des balles conçues pour exploser au contact du corps humain ne sont pas nécessaires du point de vue militaire.

Analysant la licéité d'un type particulier de balle, qui «*exploserait au contact du corps humain si elle rencontrait une quelconque résistance, parce qu'elle aurait touché un article de l'équipement, gilet pare-balles, ou un os*», le Département de l'armée des États-Unis a conclu que «*l'emploi à des fins antipersonnel [d'une balle] qui exploserait au contact du corps humain serait interdit par le droit de la guerre*»¹⁷.

bb) Remarques concernant l'élément psychologique

Il semble qu'à ce jour il n'y ait aucune jurisprudence sur l'élément psychologique de ce crime.

Article 8 2 b) xx) – Le fait d'employer des armes, projectiles, matériels et méthodes de combat de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles ou à agir sans discrimination en violation du droit international des conflits armés, à condition que ces moyens fassent l'objet d'une interdiction générale et qu'ils soient inscrits dans une annexe au présent statut, par voie d'amendement adopté selon les dispositions des articles 121 et 123

1. Conclusions tirées des sources

Éléments matériels

- 1) L'auteur a employé une arme, un projectile, du matériel ou une méthode de combat visés dans [l'annexe du Statut de la CPI].

Élément psychologique

¹⁷ Memorandum for US Army Armament Research, Development and Engineering Center, 19 février 1998.

2) L'auteur a agi délibérément.

2. Commentaire

a) Référence à ce crime de guerre dans des instruments internationaux

Les termes «armes, projectiles, matériels et méthodes de combat de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles» découlent directement de l'article 35, paragraphe 2 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève (Art. 23 e) du Règlement de La Haye de 1907). Les termes «armes, projectiles, matériels et méthodes de combat de nature à agir sans discrimination en violation du droit international des conflits armés» reposent sur les notions exprimées aux articles 48 et 51 4) et 5) du Protocole additionnel I.

b) Fondement juridique

Ni le TPIY ni le TPIR n'ont rendu de décision sur la question de savoir si tel ou tel moyen de combat est de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles ou à agir sans discrimination. Le Statut ne donne cependant pas une compétence aussi générale à la Cour parce que les armes doivent être expressément visées dans une annexe. Les observations ci-après fournissent néanmoins des indications sur la manière dont les États peuvent choisir d'y ajouter certaines armes compte tenu des deux règles coutumières susvisées.

aa) Observations concernant l'élément matériel

Avant d'examiner plus en détail les deux règles coutumières quant au fond, il est intéressant de citer la CIJ au sujet de leur fondement théorique :

«Les principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire sont les suivants. Le premier principe est destiné à protéger la population civile et les biens de caractère civil, et établit la distinction entre combattants et non-combattants; les États ne doivent jamais prendre pour cible des civils, ni en conséquence utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires. Selon le second principe, il ne faut pas causer des maux superflus aux combattants : il est donc interdit d'utiliser des armes leur causant de tels maux ou aggravant inutilement leurs souffrances; en application de ce second principe, les États n'ont pas un choix illimité quant aux armes qu'ils emploient. [...]

Conformément aux principes susmentionnés, le droit humanitaire a très tôt banni certaines armes, soit parce qu'elles frappaient de façon indiscriminée les combattants et les populations civiles, soit parce qu'elles causaient aux combattants des souffrances inutiles, c'est-à-dire des souffrances supérieures aux maux inévitables que suppose la réalisation d'objectifs militaires légitimes. Dans le cas où l'emploi envisagé d'une arme ne satisferait pas aux exigences du droit humanitaire, la menace d'un tel emploi contreviendrait elle aussi à ce droit.

C'est sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des «considérations élémentaires d'humanité», selon l'expression utilisée par la Cour dans son arrêt du 9 avril 1949 rendu en l'affaire du Détroit de Corfou (CIJ Recueil 1949, p. 22), que la Convention IV de La Haye et les Conventions de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des États. Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les États, qu'ils aient ou non

ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier¹⁸.»

1) *Armes de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles*

Les sources pertinentes contiennent très peu d'indications selon lesquelles certaines armes ou certains projectiles, matériels et méthodes de guerre sont de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles. C'est ainsi que les manuels militaires britannique et des États-Unis indiquent :

«Sous cette rubrique [interdiction d'employer des armes, des projectiles ou des matériels destinés à causer des souffrances inutiles], on peut inclure des armes telles que les lances à pointe barbelée, les balles de forme irrégulière, les projectiles remplis d'éclats de verre, etc. Il est également interdit d'entailler la surface des balles, d'ôter une partie de leur douille à la lime et de les enduire d'une substance susceptible d'enflammer la blessure¹⁹.»

Dans le commentaire du Manuel militaire allemand, il est indiqué que l'interdiction des armes *«dont l'effet principal est de blesser par l'introduction dans le corps humain de fragments qui échappent à la détection radiologique»²⁰ «est la seule interdiction expresse d'une arme dans la tradition de ... l'article 23, lettre e, du Règlement de La Haye, qui a été approuvé à l'unanimité par les représentants des États [...]»²¹. Toutefois, ce commentaire indique également que «l'interdiction des armes empoisonnées et de l'usage du poison comme méthode de combat, si profondément enracinée dans la coutume médiévale, peut être considérée comme un précédent. [...] L'interdiction de l'utilisation de gaz toxiques comme moyen de combat inscrite dans le Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires puis dans la Convention de 1972 sur les armes biologiques ont été de nouvelles étapes sur la voie d'une interdiction totale de l'emploi de certaines armes particulièrement barbares.[...]»²².*

On peut lire, dans la brochure de l'armée de l'air des États-Unis :

«Des accords internationaux peuvent donner un contenu précis au principe en prohibant expressément l'emploi de certaines armes ou méthodes de combat. C'est ainsi que le droit international a condamné les balles dum-dum ou balles explosives en raison du type de blessures qu'elles causaient et parce qu'elles entraînaient inévitablement la mort. L'usage et la pratique ont aussi fait qu'il est en soi illégal d'utiliser des projectiles remplis d'éclats de verre ou d'autres matériaux intrinsèquement difficiles à détecter médicalement, d'enduire les projectiles d'une substance susceptible d'enflammer inutilement la blessure qu'ils causent et d'entailler la surface ou de limer les extrémités de la chemise des balles pour que

¹⁸ CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996, par. 78 et suivants.

¹⁹ *The Law of War on Land being Part III of the Manuel of Military Law*, 1958, p. 41; Department of the Army Field Manual, FM 27-10, *The Law of Land Warfare*, 1956, p. 18.

²⁰ Voir Protocole I de la Convention des Nations Unies sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination.

²¹ Oeter, dans Fleck (directeur de la publication), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, p. 123.

²² Ibid, p. 113 et suivantes.

celles-ci s'épanouissent lors de l'impact, aggravant ainsi la blessure qu'elles causent.»²³

Le Commander's Guide (Manuel du commandant) de la série «Opérations» de la Force de défense australienne indique ce qui suit :

«Tant les armes chimiques que les armes biologiques sont interdites parce qu'elles causent des souffrances inutiles et peuvent affecter la population civile sans discrimination. [...]

Les munitions qui produisent des fragments indétectables aux rayons x, par exemple des fragments de verre, sont interdites parce qu'elles causent des souffrances inutiles. [...]

Les armes à pointe creuse sont interdites parce qu'elles provoquent des plaies béantes qui entraînent des souffrances inutiles. Les armes et munitions ne devraient jamais être modifiées.»²⁴

Le manuel de l'URSS (1990) indiquait :

«Divers types d'armes qui frappent sans discrimination ou causent des souffrances inutiles sont interdites dans les combats :

- a) Les balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain;*
 - b) Les projectiles utilisés dans le seul but de répandre des gaz asphyxiants ou toxiques;*
 - c) Les projectiles qui pèsent moins de 400 grammes, et qui sont explosifs ou chargés de substances détonantes ou inflammables;*
 - d) Les poisons et les armes empoisonnées;*
 - e) Les gaz asphyxiant, toxiques et gaz similaires et les moyens bactériologiques;*
 - f) Les armes bactériologiques (biologiques) et à toxines;*
 - g) Les techniques de modification de l'environnement qui ont des effets sur une grande échelle, à long terme ou graves comme moyens de destruction ou moyens de causer des dommages ou des blessures;*
- [...]»²⁵*

On peut lire ce qui suit dans le commentaire du CICR daté de 1986 :

«Les applications concrètes de l'interdiction formulées à l'article 23, paragraphe 1, alinéa e) du Règlement de La Haye, ou résultant des Déclarations de Saint-Pétersbourg et de La Haye, ne sont en effet pas très nombreuses. Citons :

- 1. Les balles explosives et les projectiles remplis de verre (mais non les explosifs contenus dans les projectiles d'artillerie, les mines, les rockets, les grenades à main);*

²³ Department of the Air Force, AF Pamphlet 110-31, Droit international – La conduite d'un conflit armé et les opérations aériennes, 1976, p. 6-2.

²⁴ Force de défense australienne, Commander's Guide, séries «Opérations» ADFP 37 Suppl. 1, p. 3-1 et suivantes.

²⁵ Manuel sur l'application des règles du droit international humanitaire par les forces armées de l'URSS, appendice à l'ordonnance No 75 (1990) du Ministre de la défense de l'URSS, par. 6.

2. *Les balles «dum-dum», c'est-à-dire qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, telles que les balles à enveloppe dure dont l'enveloppe ne couvrirait pas entièrement le noyau ou serait pourvue d'incisions, les balles de forme irrégulière ou les balles à pointe creuse;*

3. *Le poison et les armes empoisonnées, de même que toute substance destinée à enflammer la blessure;*

4. *Les gaz asphyxiants ou délétères;*

5. *Les baïonnettes en dents de scie et les lances à pointe barbelée;*

6. *Les fusils de chasse font l'objet d'une controverse selon la nature du projectile et son effet sur une cible molle²⁶.*»

Plus loin, on peut y lire aussi :

«Les projectiles à fragmentation dont les fragments ne peuvent être détectés aux rayons X sont interdits, étant de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles²⁷.»

«Le napalm, les projectiles de petit calibre et certaines armes explosives et à fragmentation peuvent aussi causer des blessures superflues ou des souffrances inutiles, au sens des dispositions de cet article, même si jusqu'ici aucune règle n'a été adoptée sur le sujet²⁸.»

Depuis lors, d'autres armes ont été mentionnées comme violant la règle interdisant l'emploi d'armes de nature à causer des souffrances inutiles ou des maux superflus. L'idée que l'emploi d'armes à laser antipersonnel pour aveugler violerait cette règle est particulièrement répandue parmi les experts²⁹. Les armes à laser aveuglantes sont désormais interdites par un traité³⁰ eu égard à leurs effets inhumains, même si tous les États n'estimaient pas qu'elles étaient déjà interdites par cette règle du droit coutumier.

En outre, on peut lire dans le préambule du Traité d'Ottawa³¹ :

«Se fondant sur le principe du droit international humanitaire selon lequel le droit des parties à un conflit armé de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité, sur le principe qui interdit d'employer dans les conflits armés des armes, des projectiles et des matières ainsi que des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus, et sur le principe selon lequel il faut établir une distinction entre civils et combattants.»

Il ressort de cet alinéa que les mines antipersonnel sont peut-être aussi considérées comme des armes de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles.

D'un point de vue plus théorique, la conclusion de la Cour dans l'affaire *Shimoda* est particulièrement intéressante :

²⁶ De Preux dans *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, art. 35, No 1419, p. 406 et suiv., Martinus Nijhof Publishers, Genève 1986.

²⁷ Ibid., No 1435, p. 409. Oeter, dans Fleck (directeur de la publication), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, p. 123.

²⁸ Ibid., No 1438, p. 409.

²⁹ Oeter, dans Fleck (directeur de la publication), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, p. 116.

³⁰ Protocole relatif aux armes aveuglantes (Protocole IV à la Convention sur l'interdiction et la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, 1980), en date du 13 octobre 1995.

³¹ Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, 18 septembre 1997.

«[...] étant donné que la Déclaration de Saint-Pétersbourg stipule ‘... que ce but serait dépassé par l’emploi d’armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat ou rendraient leur mort inévitable, et que l’emploi de pareilles armes serait dès lors contraire aux lois de l’humanité...’ et que l’article 23 e) du Règlement de La Haye concernant la guerre sur terre interdit ‘d’employer des armes, des projectiles et des matières propres à causer des maux superflus’, nous pouvons dire avec certitude qu’outre le poison, les gaz toxiques et les microbes, l’emploi pour mettre l’ennemi hors de combat de moyens qui causent autant ou plus de mal est interdit par le droit international³².»

Comme la répression de ce crime de guerre en vertu du Statut de la CPI est subordonnée à l’élaboration et l’acceptation par les États parties d’une annexe indiquant les armes prohibées, allant généralement plus loin que les sources visées dans la présente étude, il semble utile d’indiquer quels sont les outils généraux qui existent pour se prononcer sur tel ou tel type d’armes.

Depuis 1868, le principe selon lequel le seul objectif légitime de la guerre est d’affaiblir les forces militaires d’un adversaire est accepté comme élément du droit international humanitaire³³. Il a été établi à cette époque que l’on servirait cet objectif en mettant les combattants ennemis hors de combat et qu’on le «dépasserait en employant des armes qui aggravent inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat ou rendrait leur mort inévitable³⁴». Ce principe a aussi été réaffirmé dans divers instruments internationaux sous la forme d’une interdiction de l’emploi «des armes, des projectiles et des matières ainsi que des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles³⁵». En 1996, la Cour internationale de Justice a déclaré que cette règle constituait l’un des «principes intransgressibles du droit international coutumier» et une règle fondamentale «qui s’impose à tous les États»³⁶.

La notion de «maux superflus et souffrances inutiles»³⁷ renvoie aux effets qui tiennent à la conception des armes «propres à causer»³⁸ de tels effets. Bien que pour l’essentiel le droit humanitaire vise à protéger les civils des effets des conflits armés, cette règle du droit international coutumier constitue l’une des rares mesures visant à protéger les combattants de certaines armes jugées inhumaines ou qui infligent plus de souffrances que ne l’exigent les impératifs militaires.

Le Comité international de la Croix-Rouge a proposé, comme outil d’aide à la décision s’agissant de déterminer si une arme peut causer des maux superflus et des souffrances inutiles, une étude objective des effets sur la santé des armes utilisées dans

³² *Ruyichi Shimoda et al. v. The State*, ILR, vol. 32, par. 2 (11).

³³ Même avant 1868, l’interdiction du poison ou des armes empoisonnées en raison de leurs effets excessifs faisait partie de l’ancien droit de la guerre en Inde, en Grèce, à Rome et au Moyen-Orient. Les «Instructions Lieber» de 1863, adressées aux forces fédérales lors de la guerre civile des États-Unis excluaient aussi totalement ce moyen de combat, pour la même raison.

³⁴ Déclaration relative à l’interdiction des balles explosives en temps de guerre échangée à Saint-Pétersbourg (Russie) les 29 novembre et 11 décembre 1868.

³⁵ Art. 35, par. 2, Protocole additionnel I.

³⁶ CIJ, Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires, Avis consultatif du 8 juillet 1996, No 95, par. 79.

³⁷ Les termes anglais sont une traduction de la notion de «maux superflus», contenus dans le Règlement de La Haye de 1899 et de 1907 [(art. 23, e)].

³⁸ Cette expression est tirée du Règlement de La Haye de 1899 et de 1907 [art. 23 e)], dont le texte français est le seul texte faisant foi. Ce terme a été mal traduit en anglais par l’expression «*calculated to cause*» dans le Règlement de La Haye de 1907 (IV), erreur qui a introduit un élément subjectif, à savoir l’intention du concepteur de l’arme. Cette erreur a été corrigée lorsque l’article 35, paragraphe 2 du Protocole additionnel I est revenu à «*of a nature to cause*».

les conflits au cours des 50 dernières années qui figure dans le projet SIrUS³⁹. Le groupe d'experts qui a travaillé sur le projet SIrUS, composé essentiellement de professionnels de la santé, a réuni des données concernant les effets des armes utilisées dans les conflits au cours des 50 dernières années. Ces données proviennent de publications médicales militaires et de la base de données du CICR sur les blessures, qui comprend des données sur 26 636 blessés.

À partir de ces données, le groupe d'experts a conclu que les effets mesurables des armes qui causent des blessures par explosions ou projectiles mais qui ne visent pas une partie définie du corps humain de par leur conception :

- Ne causent pas une mortalité sur le terrain de plus de 22 % ou une mortalité en milieu hospitalier de plus de 5 %;
- Caused des blessures de degré 3 (selon la classification de la Croix-Rouge) chez moins de 10 % des patients qui survivent en milieu hospitalier; et
- Peuvent pour la plupart être traités par des méthodes médicales et chirurgicales bien établies.

C'est pourquoi le projet SIrUS a permis d'établir que les effets ci-après des armes sur les êtres humains n'ont PAS été communément constatés à la suite de conflits armés au cours des cinq dernières décennies :

- Maladie autre que celles résultant du traumatisme physique causé par des explosions ou des projectiles;
- État physiologique ou psychologique anormal (autre que la réaction attendue au traumatisme causé par des explosions ou des projectiles);
- Incapacité permanente propre au type d'arme (à l'exception des effets des mines antipersonnel déclenchées par pression directe – maintenant largement interdites);
- Défigurement spécifique au type d'arme;
- Décès sur le terrain inévitable ou pratiquement inévitable ou taux de mortalité en milieu hospitalier élevé;
- Blessures de degré 3 parmi les patients qui survivent en milieu hospitalier;
- Effets pour lesquels il n'existe aucun traitement largement reconnu et ayant fait ses preuves susceptible d'être administré dans un hôpital de campagne bien équipé.

Les armes légitimes comme les balles de fusil ou les munitions à fragmentation peuvent, dans certaines circonstances, provoquer un taux de mortalité élevé ou de larges blessures. Un individu sera blessé légèrement, blessé gravement ou tué par de telles armes selon 1) la conception de l'arme, 2) la manière dont elle est utilisée et 3) les facteurs aléatoires comme la proximité de la détonation (d'une munition) ou la partie du corps de l'intéressé qui est touchée. Les données du projet SIrUS au sujet des effets des armes communément utilisées dans des conflits récents prennent tous ces facteurs en considération.

D'autre part, on peut s'attendre à ce que certaines armes causent certains effets pratiquement tout le temps. Ces effets résultent spécifiquement de la nature ou de la technologie de l'arme, c'est-à-dire qu'ils sont liés à sa conception. On citera, à titre d'exemple, les balles explosives qui sont généralement mortelles ou causent aux membres des blessures de degré 3, les armes chimiques et biologiques qui causent des maladies spécifiques ou des états physiologiques anormaux, les armes à laser aveuglantes qui

³⁹ SIrUS = Superfluous Injury or Unnecessary Suffering (maux superflus ou souffrances inutiles).

causent une incapacité spécifique permanente aux yeux et contre les effets desquels il n'y a pas de traitement médical ayant fait ses preuves, et les mines antipersonnel déclenchées par pression directe qui causent de graves blessures (degré 3) au pied ou à la jambe, lesquelles entraînent une incapacité et un défigurement spécifiques.

Comme la règle interdisant les maux superflus et les souffrances inutiles appelle une évaluation en vue de déterminer que la blessure ou la souffrance est excessive au regard de sa valeur militaire, le CICR a proposé la méthode d'évaluation ci-après :

- Établir si l'arme en question causerait l'un quelconque des effets ci-dessus (c'est-à-dire les effets énumérés comme n'ayant pas été communément constatés lors de conflits armés au cours des 50 dernières années) en raison de sa conception et, dans l'affirmative :
- Peser l'utilité militaire de l'arme par rapport à ces effets; et
- Déterminer si le même objectif ne pourrait être raisonnablement atteint par d'autres moyens licites qui n'ont pas de tels effets⁴⁰.

2) Armes qui par leur nature frappent sans discrimination

Ces armes sont décrites aux alinéas b) et c) du paragraphe 4 de l'article 51 du Protocole additionnel I, des dispositions qui énoncent des normes absolues (ce qu'indiquent les mots «ne peuvent pas») :

«L'expression "attaquent sans discrimination" s'entend :

[...]

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 présent Protocole;

[...]» (les caractères gras sont du CICR)

Comme dans le cas des armes de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles, il est très rare que les sources pertinentes indiquent clairement que, de par leur nature, certaines armes frappent sans discrimination.

Selon le commentaire du CICR relatif à l'alinéa b) du paragraphe 4) de l'article 51 :

«En ce qui concerne les armes, il s'agit avant tout de projectiles tirés à grande distance et qui ne peuvent pas être dirigés avec précision sur l'objectif. Les fusées appelées V2, employées à la fin de la Seconde Guerre mondiale, en sont un exemple⁴¹.»

Il indique ensuite, au sujet de l'alinéa c) du paragraphe 4 de l'article 51 :

«[...] il existe quelques armes qui par leur nature même ont des effets indiscriminés; l'exemple de moyens bactériologiques est une illustration évidente de cette

⁴⁰ CICR, *The SIRUS Project and reviewing the legality of new weapons*, (le projet SIRUS et la licéité des nouvelles armes), document établi par le Comité international de la Croix-Rouge, juin 1999.

⁴¹ Pilloud/Pictet, dans *Commentaire des protocoles additionnels*, art. 51, No 1958, p. 636. Voir aussi Ministère suédois de la défense (dir. publ.). *Le droit international humanitaire lors des conflits armés*, 1991, p. 45.

affirmation; il y a également d'autres armes qui ont des effets analogues, par exemple l'empoisonnement des sources d'eau potable⁴².»

Solf déclare ce qui suit :

«L'utilisation de ballons auxquels sont attachés des bombes incendiaires ou antipersonnel, ou de missiles à longue portée dont le système de guidage est rudimentaire, sont des exemples de ce type d'armes⁴³.»

La brochure de l'armée de l'air des États-Unis indique ce qui suit :

«Les armes frappant sans discrimination sont celles qu'on ne peut contrôler en raison de leur conception ou de leur fonction, et qu'on ne peut donc diriger avec certitude sur des objectifs militaires. Par exemple, les fusées V-1 utilisées par l'Allemagne durant la Deuxième Guerre mondiale, dont le système de guidage était extrêmement primitif et qui étaient généralement dirigées sur des populations civiles, et les ballons incendiaires japonais, qui n'avaient aucun système de guidage, étaient considérés comme illicites. [...] Il est universellement admis que les armes biologiques constituent des armes frappant sans discrimination. À cet égard, les effets incontrôlables peuvent inclure des dommages à la population civile. Par effets incontrôlables, on entend des effets qui échappent, du point de vue temporel ou spatial, au contrôle de l'utilisateur de telle manière qu'ils créent nécessairement pour les personnes ou les biens civils des risques excessifs par rapport à l'avantage militaire que l'on en attend⁴⁴.»

Le *Commanders' Guide* de la série «operation» de la Force de défense australienne indique ce qui suit :

«Tant les armes chimiques que les armes biologiques sont interdites parce qu'elles causent des souffrances inutiles et peuvent affecter la population civile sans discrimination. [...]»

Parce qu'elles peuvent frapper sans discrimination, le poison et les armes empoisonnées sont interdits⁴⁵.»

On pouvait lire, dans le Manuel de l'URSS de 1990 :

«Divers types d'armes qui frappent sans discrimination ou causent des souffrances inutiles sont interdites dans les combats :

- a) Les balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain;*
- b) Les projectiles utilisés dans le seul but de répandre des gaz asphyxiants ou toxiques;*
- c) Les projectiles qui pèsent moins de 400 gr, et qui sont explosifs ou chargés de substances détonantes ou inflammables;*
- d) Les poisons et les armes empoisonnées;*
- e) Les gaz asphyxiants, toxiques et gaz similaires et les moyens bactériologiques;*

⁴² Ibid., p. 638.

⁴³ Bothe/Partsch/Solf, Nouvelles règles pour les victimes des conflits armés, commentaire de l'article 51 des protocoles additionnels, p. 305.

⁴⁴ Armée de l'air, brochure AF 110-31, International Law – The Conduct of Armed Conflicts and Air Operations, 1976, p. 6-3. Voir aussi ibid., p. 6-4 au sujet des armes chimiques.

⁴⁵ Force de défense australienne, série Opérations, *Commander's Guide*, ADFP 37, Supplément 1, p. 3-1 et suivantes.

f) *Les armes bactériologiques (biologiques) et à toxines;*

g) *Les techniques de modification de l'environnement qui ont des effets sur une grande échelle, à long terme ou graves, comme moyen de destruction ou moyen de causer des dommages ou des blessures [...]*⁴⁶,»

On peut lire ce qui suit dans le préambule du Traité d'Ottawa :

«Se fondant sur le principe du droit international humanitaire selon lequel le droit des parties à un conflit armé de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité, sur le principe qui interdit d'employer dans les conflits armés des armes, des projectiles et des matières ainsi que des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus et sur le principe selon lequel il faut établir une distinction entre civils et combattants» (les caractères gras sont de nous).

Cet alinéa indique peut-être que les mines antipersonnel peuvent également être des armes qui, intrinsèquement, frappent sans discrimination ou à tout le moins des armes qui, par leur nature, ont des effets aveugles⁴⁷. De même, au cours des années qui ont précédé l'adoption du Traité d'Ottawa, des États ont déclaré qu'ils considéraient les mines antipersonnel comme des armes frappant sans discrimination.

À cet égard, Greenspan déclare ce qui suit :

*«D'une manière générale, les mines telles que les pièges doivent être condamnés, puisqu'habituellement elles tuent ou blessent sans discrimination»*⁴⁸.

La règle interdisant l'emploi d'armes frappant sans discrimination est aussi abordée dans l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. La CIJ a estimé à l'unanimité que cette règle faisait partie du droit coutumier et elle l'a présentée comme suit dans son avis consultatif :

*«Les États ne doivent jamais prendre pour cible des civils, ni en conséquence utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires»*⁴⁹.

La Cour a alors assimilé l'emploi d'armes frappant sans discrimination à une attaque délibérée contre des civils⁵⁰. Suite à cet avis, toute arme peut être évaluée au regard de ces critères et, si elle n'y satisfait pas, son emploi est interdit sans qu'un traité spécial soit nécessaire ni même que la pratique des États l'interdise.

Il est crucial de déterminer ce que la Cour entend par précisément par «incapables de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires». Il est évident qu'une arme, étant un objet inanimé, ne peut elle-même faire une telle distinction, qui postule une conscience. Le libellé des alinéas b) et c) du paragraphe 4 de l'article 51 du Protocole additionnel I est plus précis à cet égard.

⁴⁶ Manuel sur l'application des règles du droit international humanitaire par les forces armées de l'URSS, appendice à l'ordonnance No 75 (1990) du Ministre de la défense de l'URSS, par. 6.

⁴⁷ Voir aussi, en ce qui concerne les mines simples, Bothe/Partsch/Solf, Nouvelles règles pour les victimes des conflits armés, Commentaire de l'article 51 du Protocole additionnel I, p. 305.

⁴⁸ Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare* (Le droit moderne de la guerre sur terre), Berkeley/Los Angeles.

⁴⁹ CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif du 8 juillet 1996, par. 78.

⁵⁰ Voir aussi à cet égard l'opinion de Mme Higgins, qui a clairement déclaré :

«La condition d'après laquelle une arme doit pouvoir faire la distinction entre cibles militaires et cibles civiles n'est pas un principe général de droit humanitaire énoncé dans le droit de 1899, 1907 ou 1949, mais elle résulte de la règle de base qui veut que l'on ne doit pas s'attaquer aux civils.» Opinion dissidente de Mme Higgins, par. 24.

Ces alinéas b) et c) du Protocole envisagent deux possibilités, dont chacune rend l'arme en cause illicite. L'expression utilisée dans l'avis consultatif «incapables de faire la distinction entre cibles civiles et cibles militaires» est applicable à l'une ou l'autre de ces possibilités. On peut arguer que des armes violent effectivement le premier critère, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent pas être dirigées contre un objectif militaire déterminé, si ce qu'on vise en fait est la précision du vecteur utilisé.

Selon le second critère énoncé au paragraphe 4 de l'article 51 du Protocole additionnel I, une arme est illicite si ses effets «ne peuvent pas être limités comme le prescrit le présent Protocole», ce qui semble signifier, en particulier à la lumière de la fin du paragraphe, que les effets en question ne sont pas autrement contraires au principe de la distinction.

Toutefois, le sens de cette règle est controversé. Une hypothèse pourrait être les autres critères des «attaques sans discrimination» énoncés au paragraphe 5 de l'article 51 du Protocole additionnel I, qui en fait peuvent être assimilés au principe de la proportionnalité [al. b)] et à l'interdiction de bombarder l'ensemble d'une région [al. a)]. Ces deux principes font incontestablement partie du droit coutumier. Bien que cela ne soit pas impossible, il est très difficile d'utiliser le critère de la proportionnalité pour déterminer si une arme, par sa nature, frappe sans discrimination. Il faudrait, pour ce faire, décider à l'avance si l'emploi de l'arme en question aboutira inévitablement à des pertes civiles ou à des dommages à des biens civils qui seraient excessifs par rapport à l'objectif militaire poursuivi. Pour ce qui est de l'interdiction de bombarder une zone, cette règle, telle qu'elle est formulée dans le Protocole, serait aussi difficile à utiliser comme critère, car le libellé de l'alinéa a) du paragraphe 5 de l'article 51 du Protocole présuppose l'intention d'attaquer plusieurs objectifs militaires distincts situés dans une zone peuplée en les considérant comme un objectif unique. On ne peut supposer cela pour déterminer la nature d'une arme particulière. Puisque le libellé de l'alinéa c) du paragraphe 4 de l'article 51 («ne peuvent pas être limités») donne à penser qu'il s'agit d'une norme absolue, alors que les alinéas a) et b) du paragraphe 5 du même article visent les conditions d'une attaque particulière, on peut douter de la validité de cette hypothèse.

La seconde hypothèse dicte de ne pas essayer de trouver la réponse dans d'autres parties de l'article 51 du Protocole, mais de se prononcer sur la base de la signification essentielle du principe de distinction. Ce principe présuppose qu'on choisisse entre différentes cibles et différentes armes pour atteindre un objectif particulier qui est licite au regard du droit humanitaire et qui respecte la différence entre personnes et biens civils d'une part et combattants et cibles militaires de l'autre. Ceci exige une planification ainsi qu'un degré suffisant de prévisibilité des effets des attaques. De fait, le principe de la proportionnalité lui-même exige que l'on évalue les résultats escomptés de l'attaque avant celle-ci. On ne peut faire ni l'un ni l'autre si l'arme en question a des effets qui sont totalement imprévisibles parce que, par exemple, ces effets dépendent des conditions météorologiques. On peut dire que le deuxième critère des «armes frappant sans discrimination» vise à régir des cas comme ceux-ci, à savoir dans lesquels l'arme, même si elle est dirigée avec précision et fonctionne correctement, risque de «prendre son indépendance» et de frapper civils et combattants dans une large mesure sans discrimination.

À cet égard, les indications suivantes, qui figurent dans l'avis consultatif de la CIJ sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires et dans les opinions individuelles et dissidentes jointes à cet avis peuvent être particulièrement intéressantes.

Ce que la Cour a conclu sur la nature des armes nucléaires était essentiel s'agissant de déterminer si ces armes frappaient sans discrimination. Sur la base des éléments

de preuve scientifiques qui lui ont été présentés, la Cour a, dans son avis, conclu ce qui suit :

«En faisant application de ce droit en l'espèce, la Cour ne saurait [...] omettre de tenir compte de certaines caractéristiques propres aux armes nucléaires [...].

*[...] les armes nucléaires sont des engins explosifs dont l'énergie procède de la fusion ou de la fission de l'atome. **Par sa nature même**, ce processus [...] libère non seulement d'énormes quantités de chaleur et d'énergie, mais un rayonnement puissant et prolongé. [...] De par ses caractéristiques, l'arme nucléaire est potentiellement d'une nature catastrophique. Le pouvoir destructeur des armes nucléaires **ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps**. Ces armes ont le pouvoir de détruire toute civilisation, ainsi que l'écosystème tout entier de la planète [...]*

Le rayonnement libéré par une explosion nucléaire aurait des effets préjudiciables sur la santé, l'agriculture, les ressources naturelles et la démographie, et cela sur des espaces considérables. De plus, l'emploi d'armes nucléaires ferait courir les dangers les plus graves aux générations futures. Le rayonnement ionisant est susceptible de porter atteinte à l'environnement, à la chaîne alimentaire et à l'écosystème marin dans l'avenir, et de provoquer des tares et des maladies chez les générations futures.» (les caractères gras sont de nous)⁵¹.

Dans son avis consultatif, la Cour s'est prononcée comme suit sur la licéité des armes nucléaires :

«Les principes et règles du droit applicables dans les conflits armés – qui reposent essentiellement sur le principe primordial d'humanité – soumettent la conduite des hostilités armées à un certain nombre d'exigences strictes. Ainsi, les méthodes et moyens de guerre qui ne permettraient pas de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires, ou qui auraient pour effet de causer des souffrances inutiles aux combattants, sont interdits. Eu égard aux caractéristiques uniques des armes nucléaires auxquels la Cour s'est référée ci-dessus, l'utilisation de ces armes n'apparaît effectivement guère conciliable avec le respect de telles exigences. Néanmoins, la Cour considère qu'elle ne dispose pas des éléments suffisants pour pouvoir conclure avec certitude que l'emploi d'armes nucléaires serait nécessairement contraire aux principes et règles du droit applicable dans les conflits armés en toutes circonstances⁵².»

La logique reliant les deux dernières phrases de cette citation n'est pas claire. Pour mieux comprendre ce que les juges entendent par «sans discrimination», il convient d'examiner leurs analyses individuelles sur le point de savoir si par leur nature les armes nucléaires frappent sans discrimination.

Trois juges semblent avoir conclu que les armes nucléaires, de par leur nature, ne frappent pas nécessairement sans discrimination, en appliquant uniquement le premier critère tiré de l'alinéa b) du paragraphe 4 de l'article 51 du Protocole additionnel I et, prenant en considération la précision du vecteur, que certains types d'armes nucléaires peuvent être dirigés contre un objectif militaire précis. Sur ces trois juges, seule Mme Higgins, dans son opinion dissidente, a tenté de définir les armes frappant sans discrimination :

⁵¹ CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996.

⁵² CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996, par. 95.

«On peut conclure qu'une arme sera illicite en soi si elle ne peut pas être dirigée contre un objectif militaire et lui seul, indépendamment des dommages collatéraux qui peuvent se produire⁵³.»

S'agissant d'appliquer ce critère aux armes nucléaires, elle a déclaré :

«Malgré les caractéristiques uniques et la nature profondément destructrice de toutes les armes nucléaires, cette expression s'applique à des armes diverses dont les effets ne sont pas tous les mêmes. Dans la mesure où une arme nucléaire donnée serait incapable de faire la distinction, son emploi serait illicite⁵⁴.»

Dans son opinion individuelle, M. Guillaume n'a pas ajouté grand chose à la définition donnée par la Cour et il n'a aucunement motivé sa conclusion concernant les armes nucléaires, qui est la suivante :

«Le droit coutumier humanitaire comporte une seule interdiction absolue : celles des armes dites "aveugles" qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires. Mais à l'évidence les armes nucléaires n'entrent pas nécessairement dans cette catégorie. [...]

S'agissant des armes nucléaires de destruction massive, il est clair cependant que les dommages qu'elles sont susceptibles de causer sont tels que leur utilisation ne saurait être envisagée que dans les cas extrêmes⁵⁵.»

Le troisième juge, M. Schwebel, Vice-Président de la Cour, a déclaré :

«S'il n'est pas difficile de conclure que les principes du droit international humanitaire – [...] et la distinction entre cibles militaires et civiles – régissent l'utilisation des armes nucléaires, il ne s'ensuit pas que l'application de ces principes à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires [...] soit facile⁵⁶.»

Toutefois, comme M. Schwebel spécule ensuite sur différents types d'emploi et se demande s'il sont ou non licites, il est clair que lui aussi a décidé que les armes nucléaires n'étaient pas en soi des armes frappant sans discrimination :

«L'emploi d'armes nucléaires est, pour les raisons examinées plus haut, exceptionnellement difficile à concilier avec les règles du droit international applicable dans les conflits armés et en particulier les principes et règles du droit international humanitaire. Mais cela ne veut nullement dire que l'emploi d'armes nucléaires serait, quelles que soient les circonstances, nécessairement et invariablement contraire aux règles du droit international⁵⁷.»

Parmi les huit juges qui ont déclaré que l'emploi de n'importe quel type d'arme nucléaire violerait les règles du droit humanitaire, certains ont expressément visé la règle interdisant les armes frappant sans discrimination. Ils semblent avoir fondé leur position principalement sur la nature massivement destructrice de ces armes, et avoir en particulier tenu compte des rayonnements qui affectent de manière incontrôlable les civils comme les combattants. Trois des juges qui ont voté en faveur de l'avis méritent tout particulièrement d'être cités.

M. Fleischhauer a déclaré :

⁵³ Opinion dissidente de Mme Higgins, par. 24.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Opinion individuelle de M. Guillaume, par. 5.

⁵⁶ Opinion dissidente de M. Schwebel, Vice-Président.

⁵⁷ Ibid.

«L'arme nucléaire est, à bien des égards, la négation des considérations humanitaires qui inspirent le droit applicable aux conflits armés [...] L'arme nucléaire ne peut faire la distinction entre objectifs civils et objectifs militaires⁵⁸.»

M. Bedjaoui, le Président de la Cour, a conclu ce qui suit :

«Les armes nucléaires paraissent bien – du moins dans l'état actuel de la science – de nature à faire des victimes indiscriminées, confondant combattants et non combattants [...] L'arme nucléaire, arme aveugle, déstabilise donc par nature le droit humanitaire, droit du discernement dans l'utilisation des armes. À moins que la science ne parvienne à découvrir l'arme nucléaire "propre" qui frapperait le combattant en épargnant le non-combattant, il est clair que l'arme nucléaire a des effets indiscriminés et constitue un défi absolu au droit humanitaire. Guerre nucléaire et droit humanitaire paraissent par conséquent leurs antithèses qui s'excluent radicalement, l'existence de l'une supposant nécessairement l'inexistence de l'autre⁵⁹.»

M. Herczegh a écrit :

«Les principes fondamentaux du droit international humanitaire, correctement mis en valeur dans les motifs de l'avis consultatif, interdisent d'une manière catégorique et sans équivoque l'emploi des armes de destruction massive et, parmi celles-ci, des armes nucléaires. Le droit international humanitaire ne connaît pas d'exception à ces principes⁶⁰.»

M. Weeramantry – dans une opinion dissidente – a expliqué plus en détail comment il concevait cette règle. Il a notamment déclaré :

«Mais la non-discrimination est l'essence même de l'arme nucléaire. Une arme qui peut raser une ville et provoquer à elle seule autant de destruction que des milliers de bombes n'est pas une arme qui discrimine. Les radiations qu'elle émet dans un rayon immense ne font pas de distinction entre combattants et non combattants ni, d'ailleurs, entre États combattants et États neutres⁶¹.»

Dans ce contexte, il évoque une résolution de l'Institut de droit international, adoptée par celui-ci à sa conférence d'Edimbourg, en 1969. Les actes décrits comme interdits par le *droit en vigueur* comprennent les suivants :

«[...] l'emploi de toutes les armes qui, par leur nature, frappent sans distinction objectifs militaires et objets non militaires, forces armées et population civile. Est interdit notamment l'emploi des **armes dont l'effet destructeur est trop grand pour pouvoir être limité à des objectifs militaires déterminés ou dont l'effet est incontrôlable** [...], ainsi que des armes aveugles⁶².» (Par. 7, les caractères gras sont de nous.)

Si l'on met de côté les raisons pour lesquelles l'avis a été formulé de cette manière et si l'on tient compte des déclarations des juges eux-mêmes, la majorité des membres de la Cour a conclu que les armes nucléaires, de par leur nature, frappaient sans distinction principalement en raison de leurs effets pernicieux incontrôlables, à savoir qu'il ne peut y avoir de distinction entre civils et biens civils d'une part et combattants

⁵⁸ Opinion individuelle de M. Fleischhauer, par. 2.

⁵⁹ Déclaration de M. Bedjaoui, Président de la Cour, par. 20.

⁶⁰ Déclaration de M. Herczegh.

⁶¹ Opinion dissidente de M. Weeramantry, III, 10 b).

⁶² Ibid., pour la résolution, voir *Annuaire*, vol. 11, 1969, p. 377.

et objectifs militaires de l'autre. Cette interprétation sera utile pour évaluer d'autres armes.

bb) Observations concernant l'élément moral

Il ne semble pas y avoir de jurisprudence sur l'élément moral de l'emploi d'armes, projectiles, matières et méthodes de combat propres à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles ou qui par leur nature frappent sans discrimination.

Article 8 2 b) xxiii) – Utilisation de la présence de civils ou d'autres personnes protégées pour mettre certains points, zones ou forces militaires à l'abri d'opérations militaires

1. Conclusions tirées des sources

Éléments matériels

1) L'auteur de l'acte a utilisé la présence d'un civil ou d'une autre personne protégée pour éviter que certains points, zones ou forces militaires ne soient la cible d'opérations militaires.

Élément psychologique

2) L'auteur a agi délibérément.

2. Commentaire

a) Référence à ce crime de guerre dans les instruments internationaux

La formule «Le fait d'utiliser la présence d'un civil ou d'une autre personne protégée pour éviter que certains points, zones ou forces militaires ne soient la cible d'opérations militaires» est tirée de diverses dispositions, et en particulier des articles 23 de la troisième Convention de Genève, 28 de la quatrième Convention de Genève et 51, par. 7, du Protocole additionnel I.

b) Fondement juridique

Ni le TPIY ni le TPIR n'ont rendu à ce jour de décision sur ce crime de guerre. Certaines autres sources peuvent néanmoins être utiles pour interpréter certains de ses éléments.

aa) Observations concernant l'élément matériel

Le paragraphe 1) de l'article 23 de la troisième Convention de Genève contient une règle précise en ce qui concerne les prisonniers de guerre :

«Aucun prisonnier de guerre ne pourra, à quelque moment que ce soit, être envoyé ou retenu dans une région où il serait exposé au feu de la zone de combat, ni être utilisé pour mettre par sa présence certains points ou certaines régions à l'abri des opérations militaires.»

L'article 24 de la quatrième Convention de Genève traitait expressément des personnes protégées en vertu de cette convention :

«Aucune personne protégée ne pourra être utilisée pour mettre, par sa présence, certains points ou certaines régions à l'abri des opérations militaires.»

Le paragraphe 7 de l'article 51 du Protocole additionnel I, qui est ainsi libellé :

«La présence ou les mouvements de la population civile ou de personnes civiles ne doivent pas être utilisés pour mettre certains points ou certaines zones à l'abri d'opérations militaires, notamment pour tenter de mettre des objectifs militaires à l'abri d'attaques ou de couvrir, favoriser ou gêner des opérations militaires. Les Parties au conflit ne doivent pas diriger les mouvements de la population civile ou de personnes civiles pour tenter de mettre des objectifs militaires à l'abri des attaques ou de couvrir des opérations militaires.»

prévoit une protection pour l'ensemble de la population civile et tous les civils, leur étendant ainsi les mesures qui existent déjà pour les deux catégories susmentionnées de personnes, à savoir les prisonniers de guerre et les civils protégés par la QUATRIÈME Convention de Genève.

Le commentaire du CICR concernant cette disposition est ainsi libellé :

«Le présent paragraphe développe et précise ces différentes règles. L'expression "mouvements" est, en particulier, nouvelle; on a voulu par là couvrir des cas où la population civile se déplacerait spontanément. La deuxième phrase concerne le cas où le déplacement de la population s'effectuerait selon les instructions des autorités compétentes et vise plus particulièrement les mouvements qui seraient ordonnés par une Puissance occupante, mais elle s'applique certainement aussi aux transferts de prisonniers de guerre et de personnes civiles de nationalité ennemie qui seraient ordonnés par les autorités d'une Puissance belligérante à l'intérieur de son propre territoire⁶³.»

N. B. : L'article 19 de la première Convention de Genève et l'article 12, paragraphe 4, du Protocole additionnel I contiennent une règle similaire en ce qui concerne les unités médicales.

S'agissant des affaires dans lesquelles ces principes ont été examinés, dans l'affaire *Karadzic et Mladic*, les intéressés étaient accusés devant le TPIY d'«avoir pris en otages des soldats de la paix des Nations Unies et de les avoir utilisés comme «boucliers humains». Les accusés ont donc été «considérés comme responsables de violations graves des Conventions de Genève (chefs d'accusation 13 et 15) et de violations des droits et coutumes de la guerre (chefs d'accusation 14 et 16)⁶⁴.» La Chambre de première instance du TPIY (procédure en application de l'article 61) a, dans sa décision, relevé ce qui suit :

«Les forces serbes de Bosnie ont sélectionné des observateurs militaires des Nations Unies dans la région de Pale et les ont utilisés comme "boucliers humains". Ces observateurs "ont été attachés à des cibles potentielles des frappes aériennes de l'OTAN, à savoir le dépôt de munitions [...], le site de radars [...] et un centre de communications voisin⁶⁵.»

Dans l'affaire de l'étudiant K, l'intéressé était accusé devant le Tribunal militaire britannique d'avoir utilisé «des prisonniers de guerre britanniques pour masquer la progression de troupes allemandes [...] le résultat étant qu'au moins six de ces prisonniers britanniques ont été tués⁶⁶.» Les articles 2, 7, 27, 31 et 32 de la Convention

⁶³ Pilloud/Pictet, dans *Commentaire des protocoles additionnels*, art. 51, No 1988, p. 642.

⁶⁴ ILR, vol. 108, par. 20, p. 91. Dans son acte d'accusation, le Procureur du TPIY a qualifié les actes comme suit :

«Chef d'accusation 13 : une Infraction grave sanctionnée par les articles 2 h) (prise de civils en otages), 7 1) et 7 3) du Statut du Tribunal.

Chef d'accusation 14 : une Violation des lois ou coutumes de la guerre (prises d'otages), sanctionnée par les articles 3, 7 1) et 7 3) du Statut du Tribunal.

S'agissant de l'utilisation de membres des forces de maintien de la paix des Nations Unies en tant que "boucliers humains" les 26 et 27 mai 1995, Radovan Karadzic et Ratko Mladic, par leurs actes et omissions, ont commis :

Chef d'accusation 15 : une Infraction grave sanctionnée par les articles 2 b) (traitements inhumains), 7 1) et 7 3) du Statut du Tribunal.

Chef d'accusation 16 : une Violation des lois ou coutumes de la guerre (traitement cruel) sanctionnée par les articles 3, 7 1) et 7 3) du Statut du Tribunal.»

⁶⁵ ILR, vol. 108, par. 20, p. 96.

⁶⁶ Tribunal militaire britannique, Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, comptes rendus des procès des criminels de guerre, vol. IV, p. 118.

de Genève de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre ont été cités en ce qui concerne l'*actus reus*⁶⁷.

Dans l'affaire *W. von Leeb and others*, un tribunal des États-Unis a jugé ce qui suit :

«*Utiliser des prisonniers de guerre comme boucliers pour les troupes est contraire au droit international.*»⁶⁸

N. B. : Les interdictions ci-dessus concernent l'emploi délibéré de boucliers humains aux fins d'opérations militaires, et l'article 58 du Protocole additionnel I doit être distingué de cette règle. Cet article concerne les mesures de précaution à prendre pour ne pas laisser la population dans le voisinage d'objectifs militaires; il stipule :

«*Dans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible, les Parties au conflit :*

a) *S'efforceront, sans préjudice de l'article 49 de la quatrième Convention, d'éloigner du voisinage des objectifs militaires la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil soumis à leur autorité;*

b) *Éviteront de placer des objectifs militaires à l'intérieur ou à proximité des zones fortement peuplées;*

c) *Prendront les autres précautions nécessaires pour protéger contre les dangers résultant des opérations militaires la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil soumis à leur autorité.»*

L'idée qui sous-tend l'article 58 du Protocole additionnel I est que les belligérants sont en droit d'attendre que leurs adversaires se comportent de manière pleinement conforme à leurs obligations conventionnelles et respectent la population civile, mais qu'ils doivent eux-mêmes coopérer en prenant toutes les précautions possibles pour protéger leur propre population, ce qui est de toute façon dans leur intérêt. L'obligation de prendre des précautions pour protéger la population civile et les objets civils contre les effets collatéraux des attaques est une obligation complémentaire que partagent les deux parties à un conflit armé en application du principe de distinction. Dans la mesure de ses moyens, chacune est obligée de faire ce qui est possible pour éviter ou réduire au minimum les effets collatéraux des attaques qui font des victimes civiles ou causent des dommages à des biens civils. L'article 58 du Protocole additionnel I est la disposition applicable à la Partie qui a la population civile sous son autorité et il oblige cette partie à faire ce qui est possible pour réaliser cet objectif. L'article 58 complète l'article 57 du même protocole, une disposition connexe qui donne effet, en termes quelque peu plus contraignants, aux obligations de la partie attaquante à cet égard. Néanmoins, une violation de l'article 58 du Protocole additionnel I n'équivaut pas au crime examiné ici.

bb) Observations concernant l'élément moral

Il ne semble pas y avoir, jusqu'à présent, de jurisprudence sur l'élément moral de ce crime.

⁶⁷ Ibid., p. 121.

⁶⁸ Tribunal militaire des États-Unis, Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, rapport sur les procès des crimes de guerre, vol. XII, p. 104.

Article 8 2 b) xxiv) – Le fait de lancer des attaques délibérées contre des bâtiments, du matériel, les unités et les moyens de transport sanitaire, et le personnel utilisant, conformément au droit international, les signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève

1. Conclusions tirées des sources

Éléments matériels

1) L'intéressé a illicitement lancé une attaque contre des bâtiments, du matériel, des unités et des moyens de transport sanitaires, et le personnel utilisant, conformément au droit international, les signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève.

Élément psychologique

2) L'auteur de l'acte a agi délibérément.

2. Commentaire

a) Référence à ce crime de guerre dans des instruments internationaux

Il n'y a pas une seule référence à ce crime de guerre dans les instruments internationaux. Il englobe diverses prohibitions énoncées dans les Conventions de Genève et dans le Protocole additionnel I. Les dispositions pertinentes sont citées ci-après.

b) Fondement juridique

Ni le TPIY ni le TPIR n'ont jusqu'à présent rendu de décision sur ce crime de guerre. Toutefois, certaines autres sources peuvent être utiles pour interpréter certains de ses éléments.

aa) Observations concernant l'élément matériel

Attaques

Le terme «attaques» est défini au paragraphe 1 de l'article 49 du Protocole additionnel I et «s'entend des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs».

Comme on l'a fait observer ci-dessus, la notion d'attaque, telle qu'elle est définie dans cette disposition, vise l'emploi de la force armée pour mener une opération militaire au cours d'un conflit armé. Les termes «offensifs» et «défensifs» doivent donc être compris indépendamment du sens que leur attribue le droit régissant l'emploi de la force en vertu de la Charte des Nations Unies.

Bâtiments, matériel, unités et moyens de transport sanitaires, et personnel utilisant, conformément au droit international, les signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève

Les Conventions de Genève et le Protocole additionnel I contiennent de nombreuses dispositions sur la protection de certains bâtiments, matériels, unités, moyens de transport et personnels sanitaires contre les attaques, et sur l'utilisation par ceux-ci de l'emblème distinctif des Conventions de Genève :

Article 24 de la première Convention de Genève :

«Le personnel sanitaire exclusivement affecté à la recherche, à l'enlèvement, au transport ou au traitement des blessés et des malades ou à la prévention des maladies, le personnel exclusivement affecté à l'administration des formations et établissements sanitaires, ainsi que les aumôniers attachés aux forces armées, seront respectés et protégés en toutes circonstances.»

Article 25 de la première Convention de Genève :

«Les militaires spécialement instruits pour être, le cas échéant, employés comme infirmiers ou brancardiers auxiliaires à la recherche ou à l'enlèvement, au transport ou au traitement des blessés et malades, seront également respectés et protégés s'ils remplissent ces fonctions au moment où ils viennent au contact de l'ennemi ou tombent en son pouvoir.»

Article 26 de la première Convention de Genève :

«Sont assimilés au personnel visé à l'article 24, le personnel des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et celui des autres sociétés de secours volontaires, dûment reconnues et autorisées par leur gouvernement, qui sera employé aux mêmes fonctions que celles du personnel visé audit article, sous la réserve que le personnel de ces sociétés sera soumis aux lois et règlements militaires. [...]»

Article 27 de la première Convention de Genève :

«Une société reconnue d'un pays neutre ne pourra prêter le concours de son personnel et de ses formations sanitaires à une partie au conflit qu'avec l'assentiment préalable de son propre gouvernement et l'autorisation de la partie au conflit elle-même. Ce personnel et ces formations seront placés sous le contrôle de cette partie au conflit. [...]»

Les membres du personnel visé au premier alinéa devront être dûment munis des pièces d'identité prévues à l'article 40 avant de quitter le pays neutre auquel ils appartiennent.»

Article 36 de la première Convention de Genève⁶⁹ :

«Les aéronefs sanitaires, c'est-à-dire les aéronefs exclusivement utilisés pour l'évacuation des blessés et des malades ainsi que pour le transport du personnel et du matériel sanitaires, ne seront pas l'objet d'attaques mais seront respectés par les belligérants pendant les vols qu'ils effectueront à des altitudes, à des heures et suivant des itinéraires spécifiquement convenus entre tous les belligérants intéressés.

«Ils porteront ostensiblement le signe distinctif prévu à l'article 38, à côté des couleurs nationales, sur leurs faces intérieure, supérieure et latérales. [...]»

N. B. : Ces règles relatives aux aéronefs sanitaires sont obsolètes. Le droit en vigueur est énoncé dans les dispositions du Protocole additionnel I mentionnées ci-après.

Article 39 de la première Convention de Genève⁷⁰ :

«Sous le contrôle de l'autorité militaire compétente, l'emblème figurera sur les drapeaux, les brassards ainsi que sur tout le matériel se rattachant au Service sanitaire.»

⁶⁹ Voir aussi l'article 39 de la deuxième Convention de Genève.

⁷⁰ Voir aussi l'article 39 de la deuxième Convention de Genève.

Article 40 de la première Convention de Genève :

«Le personnel visé à l'article 24 [le personnel exclusivement affecté à la recherche, à l'enlèvement, au transport ou au traitement des blessés et des malades ou à la prévention des maladies, le personnel exclusivement affecté à l'administration des formations et établissements sanitaires, ainsi que les aumôniers attachés aux forces armées], et aux articles 26 [le personnel des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et celui des autres sociétés de secours volontaires, dûment reconnues et autorisées par leur gouvernement, qui sera employé aux mêmes fonctions que le personnel visé à l'article 24] et 27 [le personnel sanitaire d'une société reconnue d'un pays neutre], portera, fixé au bras gauche, un brassard résistant à l'humidité et muni du signe distinctif, délivré et timbré par l'autorité militaire.»

Article 41 de la première Convention de Genève :

«Le personnel désigné à l'article 25 [les militaires spécialement instruits pour être employés comme infirmiers ou brancardiers auxiliaires à la recherche ou à l'enlèvement, au transport ou au traitement des blessés et malades] portera, seulement pendant qu'il remplit des fonctions sanitaires, un brassard blanc portant en son milieu le signe distinctif, mais de dimensions réduites, délivré et timbré par l'autorité militaire.

Les pièces d'identité militaires dont ce personnel sera porteur spécifieront l'instruction sanitaire reçue par le titulaire, le caractère temporaire de ses fonctions et le droit qu'il a au port du brassard.»

Article 42 de la première Convention de Genève :

«Le drapeau distinctif de la Convention ne pourra être arboré que sur les formations et les établissements sanitaires qu'elle ordonne de respecter et seulement avec le consentement de l'autorité militaire. Dans les formations mobiles comme dans les établissements fixes, il pourra être accompagné du drapeau national de la partie au conflit dont relève la formation ou l'établissement.

Toutefois, les formations sanitaires tombées au pouvoir de l'ennemi n'arboreront que le drapeau de la Convention. Les parties au conflit prendront, pour autant que les exigences militaires le permettront, les mesures nécessaires pour rendre nettement visibles aux forces ennemies terrestres, aériennes et maritimes, les emblèmes distinctifs signalant les formations et les établissements sanitaires, en vue d'écartier la possibilité de toute action agressive.»

Article 43 de la première Convention de Genève :

«Les formations sanitaires des pays neutres, qui, dans les conditions prévues par l'article 27, auraient été autorisées à prêter leurs services à un belligérant, devront arborer, avec le drapeau de la Convention, le drapeau national de ce belligérant, si celui-ci use de la faculté que lui confère l'article 42. [...]»

Article 44 de la première Convention de Genève :

«L'emblème de la croix rouge sur fond blanc et les mots "Croix-Rouge" ou "croix de Genève" ne pourront, à l'exception des cas visés dans les alinéas suivants du présent article, être employés, soit en temps de paix, soit en temps de guerre, que pour désigner ou protéger les formations et les établissements sanitaires, le personnel et le matériel protégés par la présente Convention et par les autres Conventions internationales réglant semblable matière. Il en sera de même en ce

qui concerne les emblèmes visés à l'article 38, deuxième alinéa, pour les pays qui les emploient. Les Sociétés nationales de la Croix-Rouge et les autres sociétés visées à l'article 26 n'auront droit à l'usage du signe distinctif conférant la protection de la Convention que dans le cadre des dispositions de cet alinéa.

En outre, les Sociétés nationales de la Croix-Rouge (Croissant-Rouge, Lion et Soleil Rouges⁷¹) pourront en temps de paix, conformément à la législation nationale, faire usage du nom et de l'emblème de la Croix-Rouge pour leurs autres activités conformes aux principes formulés par les Conférences internationales de la Croix-Rouge. Lorsque ces activités se poursuivront en temps de guerre, les conditions de l'emploi de l'emblème devront être telles qu'il ne puisse être considéré comme visant à conférer la protection de la Convention; l'emblème sera relativement de petites dimensions et il ne pourra être apposé sur un brassard ou une toiture.

Les organismes internationaux de la Croix-Rouge et leur personnel dûment légitimé seront autorisés à se servir en tout temps du signe de la croix rouge sur fond blanc. [...]»

Article 42 de la deuxième Convention de Genève :

«Le personnel visé aux articles 36 [le personnel religieux, médical et hospitalier des navires-hôpitaux et leur équipage] et 37 [le personnel religieux, médical et hospitalier, affecté au service médical ou spirituel des personnes désignées aux articles 12 et 13], portera, fixé au bras gauche, un brassard résistant à l'humidité et muni du signe distinctif, délivré et timbré par l'autorité militaire.

Ce personnel [...] sera également porteur d'une carte d'identité spéciale munie du signe distinctif. [...]»

Article 43 de la deuxième Convention de Genève :

«Les navires et embarcations désignés aux articles 22 [les navires-hôpitaux militaires], 24 [les navires-hôpitaux utilisés par les Sociétés nationales de la Croix-Rouge, par des sociétés de secours officiellement reconnues ou par des particuliers], 25 [les navires-hôpitaux utilisés par les Sociétés nationales de la Croix-Rouge, par des sociétés de secours officiellement reconnues ou par des particuliers de pays neutres] et 27 [les embarcations utilisées par l'État ou des sociétés de secours officiellement reconnues pour des opérations de sauvetage côtières] se distingueront de la manière suivante :

- a) Toutes leurs surfaces extérieures seront blanches;
- b) Une ou plusieurs croix rouge foncé aussi grandes que possible seront peintes de chaque côté de la coque ainsi que sur les surfaces horizontales, de façon à assurer de l'air et de la mer la meilleure visibilité.

Tous les navires-hôpitaux se feront reconnaître en hissant leur pavillon national et en outre, s'ils ressortissent à un État neutre, le pavillon de la partie au conflit sous la direction de laquelle ils se sont placés. Un pavillon blanc à croix rouge devra flotter au grand mât, le plus haut possible.

Les canots de sauvetage des navires-hôpitaux, les canots de sauvetage côtiers et toutes les petites embarcations employées par le Service de santé seront peints en blanc avec des croix rouge foncé nettement visibles et, d'une manière générale,

⁷¹ Depuis 1980, cet emblème n'est plus utilisé.

les modes d'identification stipulés ci-dessus pour les navires-hôpitaux leur seront applicables.

[...]

Toutes les stipulations de cet article relatives à l'emblème de la croix rouge s'appliquent également aux autres emblèmes mentionnés à l'article 41.»

Article 44 de la deuxième Convention de Genève :

«Les signes distinctifs prévus à l'article 43 ne pourront être utilisés, en temps de paix comme en temps de guerre, que pour désigner ou protéger les navires qui y sont mentionnés, sous réserve des cas qui seraient prévus par une autre Convention internationale ou par accord entre toutes les parties au conflit intéressées.»

Article 18 de la quatrième Convention de Genève :

«Les hôpitaux civils, organisés pour donner des soins aux blessés, aux malades, aux infirmes et aux femmes en couches ne pourront, en aucune circonstance, être l'objet d'attaques; ils seront, en tout temps, respectés et protégés par les parties au conflit.

Les États qui sont parties à un conflit devront délivrer à tous les hôpitaux civils un document attestant leur caractère d'hôpital civil et établissant que les bâtiments qu'ils occupent ne sont pas utilisés à des fins qui, au sens de l'article 19, pourraient les priver de protection.

Les hôpitaux civils seront signalés, s'ils y sont autorisés par l'État, au moyen de l'emblème prévu à l'article 38 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949.

Les parties au conflit prendront, autant que les exigences militaires le permettront, les mesures nécessaires pour rendre nettement visibles aux forces ennemies, terrestres, aériennes et maritimes, les emblèmes distinctifs signalant les hôpitaux civils, en vue d'écarter la possibilité de toute action agressive.

En raison des dangers que peut présenter pour les hôpitaux la proximité d'objectifs militaires, il conviendra de veiller à ce qu'ils en soient éloignés dans toute la mesure possible.»

Article 19 de la quatrième Convention de Genève :

«La protection due aux hôpitaux civils ne pourra cesser que s'il en est fait usage pour commettre, en dehors des devoirs humanitaires, des actes nuisibles à l'ennemi. Toutefois, la protection ne cessera qu'après une sommation fixant, dans tous les cas opportuns, un délai raisonnable et demeurée sans effet.

Ne sera pas considéré comme acte nuisible le fait que des militaires blessés ou malades sont traités dans ces hôpitaux ou qu'il s'y trouve des armes portatives et des munitions retirées à ces militaires et n'ayant pas encore été versées au service compétent.»

Article 20 de la quatrième Convention de Genève :

«Le personnel régulièrement et uniquement affecté au fonctionnement ou à l'administration des hôpitaux civils, y compris celui qui est chargé de la recherche, de l'enlèvement, du transport et du traitement des blessés et des malades civils, des infirmes et des femmes en couches, sera respecté et protégé.

Dans les territoires occupés et les zones d'opérations militaires, ce personnel se fera reconnaître au moyen d'une carte d'identité attestant la qualité du titulaire, munie de sa photographie et portant le timbre sec de l'autorité responsable, et également, pendant qu'il est en service, par un brassard timbré résistant à l'humidité, porté au bras gauche. Ce brassard sera délivré par l'État et muni de l'emblème prévu à l'article 38 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949.

Tout autre personnel, affecté au fonctionnement ou à l'administration des hôpitaux civils, sera respecté et protégé et aura droit au port du brassard comme ci-dessus prévu et sous les conditions prescrites au présent article, pendant l'exercice de ces fonctions. Sa carte d'identité indiquera les tâches qui lui sont dévolues.»

Article 21 de la quatrième Convention de Genève :

«Les transports de blessés et de malades civils, d'infirmes et de femmes en couches effectués sur terre par convois de véhicules et trains-hôpitaux, ou, sur mer, par des navires affectés à ces transports, seront respectés et protégés au même titre que les hôpitaux prévus à l'article 18 et se signaleront en arborant, avec l'autorisation de l'État, l'emblème distinctif prévu à l'article 38 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949.»

Article 22 de la quatrième Convention de Genève :

«Les aéronefs exclusivement employés pour le transport des blessés et des malades civils, des infirmes et des femmes en couches, ou pour le transport du personnel et du matériel sanitaires, ne seront pas attaqués, mais seront respectés lorsqu'ils voleront à des altitudes, des heures et des routes spécialement convenues d'un commun accord, entre toutes les Parties au conflit intéressées.

Ils pourront être signalés par l'emblème distinctif prévu à l'article 38 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949.»

N. B. : Ces règles sont obsolètes. Le droit en vigueur est énoncé dans les dispositions du Protocole additionnel I citées ci-après.

Article 6 de l'annexe I de la quatrième Convention de Genève :

«Les zones sanitaires et de sécurité seront désignées par des bandes obliques rouges sur fond blanc apposées à la périphérie et sur les bâtiments.

Les zones uniquement réservées aux blessés et malades pourront être désignées par des croix rouges (des croissants rouges, des lions et soleils rouges⁷²) sur fond blanc.»

Les dispositions ci-après, figurant à l'article 8 du Protocole additionnel I, explicitent les expressions employées :

«c) L'expression 'personnel sanitaire' s'entend des personnes exclusivement affectées par une Partie au conflit soit aux fins sanitaires énumérées à l'alinéa e, soit à l'administration d'unités sanitaires, soit encore au fonctionnement ou à

⁷² Voir note précédente.

l'administration de moyens de transport sanitaire. Ces affectations peuvent être permanentes ou temporaires. L'expression couvre :

- i) Le personnel sanitaire, militaire ou civil, d'une Partie au conflit, y compris celui qui est mentionné dans les première et deuxième Conventions, et celui qui est affecté à des organismes de protection civile;*
- ii) Le personnel sanitaire des Sociétés nationales de la Croix-Rouge (Croissant-Rouge, Lion-et-Soleil-Rouge⁷³) et autres sociétés nationales de secours volontaires dûment reconnues et autorisées par une Partie au conflit;*
- iii) Le personnel sanitaire des unités ou moyens de transport sanitaire visés à l'article 9, paragraphe 2;*

[...]

e) L'expression 'unités sanitaires' s'entend des établissements et autres formations, militaires ou civils, organisés à des fins sanitaires, à savoir la recherche, l'évacuation, le transport, le diagnostic ou le traitement – y compris les premiers secours – des blessés, des malades et des naufragés, ainsi que la prévention des maladies. Elle couvre entre autres les hôpitaux et autres unités similaires, les centres de transfusion sanguine, les centres et instituts de médecine préventive et les centres d'approvisionnement sanitaire, ainsi que les dépôts de matériel sanitaire et de produits pharmaceutiques de ces unités. Les unités sanitaires peuvent être fixes ou mobiles, permanentes ou temporaires;

f) L'expression 'transport sanitaire' s'entend du transport par terre, par eau ou par air des blessés, des malades et des naufragés, du personnel sanitaire et religieux et du matériel sanitaire protégés par les Conventions et le présent Protocole;

g) L'expression 'moyen de transport' s'entend de tout moyen de transport, militaire ou civil, permanent ou temporaire, affecté exclusivement au transport sanitaire et placé sous la direction d'une autorité compétente d'une Partie au conflit;

h) L'expression 'véhicule sanitaire' s'entend de tout moyen de transport sanitaire par terre;

i) L'expression 'navire et embarcation sanitaires' s'entend de tout moyen de transport sanitaire par eau;

j) L'expression 'aéronef sanitaire' s'entend de tout moyen de transport sanitaire par air;

k) Sont 'permanents' le personnel sanitaire, les unités sanitaires et les moyens de transport sanitaire affectés exclusivement à des fins sanitaires pour une durée indéterminée. Sont 'temporaires' le personnel sanitaire, les unités sanitaires et les moyens de transport sanitaire utilisés exclusivement à des fins sanitaires pour des périodes limitées, pendant toute la durée de ces périodes. À moins qu'elles ne soient autrement qualifiées, les expressions 'personnel sanitaire', 'unité sanitaire' et 'moyen de transport sanitaire' couvrent un personnel, des unités ou des moyens de transport qui peuvent être soit permanents soit temporaires;»

Article 12 du Protocole additionnel I – Protection des unités sanitaires

⁷³ Ibid.

«1. Les unités sanitaires doivent en tout temps être respectées et protégées et ne doivent pas être l'objet d'attaques.

2. Le paragraphe 1 s'applique aux unités sanitaires civiles pour autant qu'elles remplissent l'une des conditions suivantes :

- a) Appartenir à l'une des Parties au conflit;
- b) Être reconnues et autorisées par l'autorité compétente de l'une des Parties au conflit;
- c) Être autorisées conformément aux articles 9, paragraphe 2, du présent Protocole, ou 27 de la première Convention.

3. Les Parties au conflit sont invitées à se communiquer l'emplacement de leurs unités sanitaires fixes. L'absence d'une telle notification ne dispense aucune des Parties d'observer les dispositions du paragraphe 1.

[...]».

Article 13 du Protocole additionnel I – Cessation de la protection des unités sanitaires civiles

«1. La protection due aux unités sanitaires civiles ne peut cesser que si elles sont utilisées pour commettre, en dehors de leur destination humanitaire, des actes nuisibles à l'ennemi. Toutefois, la protection cessera seulement après qu'une sommation fixant, chaque fois qu'il y aura lieu, un délai raisonnable, sera demeurée sans effet.

2. Ne seront pas considérés comme actes nuisibles à l'ennemi :

- a) Le fait que le personnel de l'unité est doté d'armes légères individuelles pour sa propre défense ou pour celle des blessés et des malades dont il a la charge;
- b) Le fait que l'unité est gardée par un piquet, des sentinelles ou une escorte;
- c) Le fait que se trouvent dans l'unité des armes portatives et des munitions retirées aux blessés et aux malades et n'ayant pas encore été versées au service compétent;
- d) Le fait que des membres des forces armées ou autres combattants se trouvent dans ces unités pour des raisons médicales.»

Article 15 du Protocole additionnel I – Protection du personnel sanitaire et religieux civil

«1. Le personnel sanitaire civil sera respecté et protégé.

[...]

5. Le personnel religieux civil sera respecté et protégé. Les dispositions des Conventions et du présent Protocole relatives à la protection et à l'identification du personnel sanitaire lui sont applicables.»

Article 18 du Protocole additionnel I – Identification

«1. Chaque Partie au conflit doit s'efforcer de faire en sorte que le personnel sanitaire et religieux, ainsi que les unités et les moyens de transport sanitaires, puissent être identifiés.

[...]

3. Dans les territoires occupés et dans les zones où des combats se déroulent ou semblent devoir se dérouler, le personnel sanitaire civil et le

personnel religieux civil se feront en règle générale reconnaître au moyen du signe distinctif et d'une carte d'identité attestant leur statut.

4. *Avec le consentement de l'autorité compétente, les unités et moyens de transport sanitaires seront marqués du signe distinctif. Les navires et embarcations visés à l'article 22 du présent Protocole seront marqués conformément aux dispositions de la deuxième Convention.*

5. *En plus du signe distinctif, une Partie au conflit peut, conformément au chapitre III de l'annexe I au présent Protocole, autoriser l'usage de signaux distinctifs pour permettre l'identification des unités et des moyens de transport sanitaires. À titre exceptionnel, dans les cas particuliers prévus audit chapitre, les moyens de transport sanitaire peuvent utiliser des signaux distinctifs sans arborer le signe distinctif.*

6. *L'exécution des dispositions prévues aux paragraphes 1 à 5 est régie par les chapitres I à III de l'annexe I au présent Protocole. Les signaux décrits au chapitre III de cette annexe et destinés exclusivement à l'usage des unités et des moyens de transport sanitaires ne pourront être utilisés, sauf exceptions prévues audit chapitre, que pour permettre l'identification des unités et moyens de transport sanitaires. [...]»*

Article 23 du Protocole additionnel I – Autres navires et embarcations sanitaires

«1. Les navires et embarcations sanitaires autres que ceux qui sont visés à l'article 22 du présent Protocole et à l'article 38 de la deuxième Convention doivent, que ce soit en mer ou en d'autres eaux, être respectés et protégés de la manière prévue pour les unités sanitaires mobiles par les Conventions et le présent Protocole. [...] ces bateaux devraient être marqués du signe distinctif et se conformer, dans la mesure du possible, aux dispositions de l'article 43, deuxième alinéa, de la deuxième Convention.

2. *Les navires et embarcations visés au paragraphe 1 restent soumis au droit de la guerre. L'ordre de stopper, de s'éloigner ou de prendre une route déterminée pourra leur être donné par tout navire de guerre naviguant en surface qui est en mesure de faire exécuter cet ordre immédiatement et ils devront obéir à tout ordre de cette nature. Ils ne peuvent pas être détournés de leur mission sanitaire d'une autre manière aussi longtemps qu'ils seront nécessaires pour les blessés, les malades et les naufragés se trouvant à leur bord.*

3. *La protection prévue au paragraphe 1 ne cessera que dans les conditions énoncées aux articles 34 et 35 de la deuxième Convention. Un refus net d'obéir à un ordre donné conformément au paragraphe 2 constitue un acte nuisible à l'ennemi au sens de l'article 34 de la deuxième Convention.*

[...]»

Article 24 du Protocole additionnel I – Protection des aéronefs sanitaires

«Les aéronefs sanitaires seront respectés et protégés conformément aux dispositions du présent Titre.»

Les modalités des diverses protections sont définies aux articles 25 à 31 du Protocole additionnel I. Ces dispositions, à la différence de celles de la quatrième Convention, distinguent entre trois types de zones : article 25 – Aéronefs sanitaires dans des zones non dominées par la Partie adverse; article 26 – Aéronefs sanitaires dans des zones de contact ou similaires; article 27 – Aéronefs sanitaires dans les zones dominées par la partie adverse.

N.B. : Les attaques dirigées contre des personnes ou biens utilisant les signaux définis dans l'annexe I révisée de 1993 du Protocole additionnel I conformément aux règles qui précèdent (statut de personne ou bien protégé) devraient aussi constituer le crime en question au regard du Statut. Ceci découle de la logique de l'annexe I telle que celle-ci est reflétée dans son article 1 :

«Article 1 – Dispositions générales

1. *Les règles concernant l'identification dans cette annexe mettent en oeuvre les dispositions pertinentes des Conventions de Genève et du Protocole. Elles ont pour but de faciliter l'identification du personnel, du matériel, des unités, des moyens de transport et des installations protégés par les Conventions de Genève et le Protocole.*

2. *Ces règles n'établissent pas, en tant que telles, le droit à la protection. Ce droit est régi par les articles pertinents des Conventions et du Protocole.*

3. *Les autorités compétentes peuvent, sous réserve des dispositions pertinentes des Conventions de Genève et du Protocole, régler en tout temps l'utilisation, le déploiement et l'éclairage des signes et des signaux distinctifs, ainsi que la possibilité de les détecter.*

4. *Les Hautes Parties contractantes et, en particulier, les Parties au conflit, sont invitées en tout temps à convenir de signaux, moyens ou systèmes supplémentaires ou différents qui améliorent la possibilité d'identification et mettent pleinement à profit l'évolution technologique dans ce domaine.»*

Les dispositions de l'annexe n'étendent pas la protection accordée aux personnes et aux biens : leur seul but est de faciliter l'identification du personnel, du matériel, des unités, moyens de transport et installations protégés par les Conventions de Genève et le Protocole⁷⁴. Puisque la protection est déterminée uniquement par les dispositions de fond des Conventions de Genève et du Protocole additionnel, toute attaque contre ces biens ou personnes protégés constituerait également ce crime si lesdits biens ou personnes utilisaient les signaux définis à l'annexe I du Protocole additionnel I, dès lors, toutefois, que l'attaquant a la capacité technique de recevoir les signaux. Cette limitation peut être déduite du paragraphe 2 de l'article 18 du Protocole additionnel I, ainsi libellé :

«2. Chaque partie au conflit doit également s'efforcer d'adopter et de mettre en oeuvre des méthodes et des procédures permettant d'identifier les unités et les moyens de transport sanitaires qui utilisent le signe distinctif et des signaux distinctifs.»

Ce paragraphe n'impose aux parties au conflit aucune «obligation» d'adopter les méthodes et procédures voulues, parce qu'il n'a pas semblé souhaitable d'énoncer une obligation absolue à laquelle seraient associées des charges financières ou techniques excessivement lourdes pour certains États ou autres parties au conflit. Les États doivent seulement «s'efforcer» (c'est-à-dire faire tout ce qu'ils peuvent) d'exécuter l'obligation énoncée. Dans cette optique, la limitation ci-dessus est nécessaire. Une attaque contre

⁷⁴ À cet égard, voir également Sandoz dans Commentaire des Protocoles additionnels, art. 8, No 404, p. 137 et 138 :

«Il apparut clairement, notamment déjà lors de la première session de la Conférence d'experts gouvernementaux, en 1971, que le problème de la sécurité des transports sanitaires ne pourrait être résolu qu'en recherchant des solutions s'adaptant "aux possibilités que la technique moderne offre pour la signalisation, le repérage et l'identification". Il n'est en effet plus possible aujourd'hui de fonder une protection efficace uniquement sur le signe distinctif visuel.»

des biens ou personnes protégés au sens de cet article du Statut de la CPI ne constitue un crime de guerre que si les moyens techniques d'identification étaient disponibles.

bb) Observations concernant l'élément moral

Il ne semble pas y avoir jusqu'ici de jurisprudence sur l'élément moral de ce crime.

Article 8 2 b) xxv) – Le fait d'affamer délibérément des civils, comme méthode de guerre, en les privant de biens indispensables à leur survie, notamment en empêchant intentionnellement l'arrivée des secours prévus par les Conventions de Genève

1. Conclusions tirées des sources

Éléments matériels

1) Le suspect a affamé des civils comme méthode de guerre en les privant de biens indispensables à leur survie, notamment en empêchant l'arrivée des secours prévus par les Conventions de Genève.

Élément psychologique

2) Le suspect a délibérément affamé des civils comme méthode de guerre et les a intentionnellement privés de biens indispensables à leur survie.

2. Commentaire

a) Référence à ce crime de guerre dans des instruments internationaux

La formule «le fait d'affamer délibérément des civils, comme méthode de guerre, en les privant de biens indispensables à leur survie, notamment en empêchant intentionnellement l'arrivée des secours prévus par les conventions de Genève», est en grande partie tirée de l'article 54 du Protocole additionnel I.

b) Fondement juridique

Ni le TPIY ni le TPIR n'ont jusqu'ici rendu de décision sur ce crime de guerre. Toutefois, certaines autres sources peuvent être utiles pour interpréter certains de ses éléments.

aa) Observations concernant l'élément matériel

1) Civils

Aux termes du paragraphe 1 de l'article 50 du Protocole additionnel I :

«Est considérée comme civile toute personne n'appartenant pas à l'une des catégories visées à l'article 4 A) 1, 2, 3 et 6 de la Troisième Convention et à l'article 43 du présent Protocole. En cas de doute, ladite personne sera considérée comme civile.»

2) Le fait d'affamer une population comme méthode de guerre

On peut lire, à cet égard, dans le Commentaire du CICR sur l'article 54 du Protocole additionnel I :

«Le terme "famine" est généralement compris de chacun⁷⁵. L'utiliser comme méthode de guerre, ce serait la provoquer délibérément en faisant souffrir une population de la faim, notamment en la privant de ses ressources alimentaires ou de son ravitaillement. [...]

⁷⁵ Le dictionnaire Robert définit la famine comme une «disette générale d'aliments par laquelle une population souffre de la faim, meurt de faim».

La famine est ici visée comme méthode de combat, c'est-à-dire comme une arme pour anéantir ou affaiblir la population⁷⁶.»

Le principe interdisant d'affamer une population civile qui est énoncé à l'article 54 du Protocole additionnel I est applicable tant dans des territoires occupés que dans des territoires qui ne le sont pas.

3) *Priver des civils de biens indispensables à leur survie*

Le terme «priver» vise une grande variété d'actes ou d'omissions. On peut en trouver des exemples au paragraphe 2 de l'article 54 du Protocole additionnel I : «*attaquer, détruire, enlever ou mettre hors d'usage*». Un autre comportement est mentionné dans le Statut lui-même : «*empêcher l'arrivée des secours*». Le commentaire du CICR indique, au sujet de l'article 54 du Protocole additionnel I :

«Relevons que les verbes “attaquer”, “détruire”, “enlever” ou “être hors d'usage” sont employés cumulativement, afin de couvrir toutes les éventualités, y compris la pollution, par des agents chimiques ou autres, des réserves d'eau ou encore l'anéantissement de récoltes par des défoliants et aussi parce que “attaque” ne s'entend que des actes de violence contre l'adversaire, selon l'article 49 (Définition des attaques et champ d'application), paragraphe 1⁷⁷.»

La même disposition contient également une liste non exhaustive de biens indispensables à la survie de la population civile : «*denrées alimentaires, zones agricoles qui les produisent, récoltes, bétail, installations et réserves d'eau potable et ouvrages d'irrigation*».

Les paragraphes 3 et 5 de l'article 54 du Protocole additionnel I prévoient néanmoins certaines exceptions :

«3. Les interdictions prévues au paragraphe 2 ne s'appliquent pas si les biens énumérés sont utilisés par une Partie adverse :

a) Pour la subsistance des seuls membres de ses forces armées;

b) À d'autres fins que cet approvisionnement, mais comme appui direct d'une action militaire, à condition toutefois de n'engager en aucun cas, contre ces biens, des actions dont on pourrait attendre qu'elles laissent à la population civile si peu de nourriture ou d'eau qu'elle serait réduite à la famine ou forcée de se déplacer.

[...]

5. Compte tenu des exigences vitales de toute Partie au conflit pour la défense de son territoire national contre l'invasion, des dérogations aux interdictions prévues au paragraphe 2 sont permises à une Partie au conflit sur un tel territoire se trouvant sous son contrôle si des nécessités militaires impérieuses l'exigent.»

L'alinéa b) du paragraphe 3 montre que même si les biens indispensables à la survie de la population civile étaient utilisés comme appui direct d'une action militaire, la partie adverse devrait, lorsqu'elle emploie la force, veiller à ce que la population ne soit pas réduite à la famine ou contrainte à se déplacer.

À l'évidence, ces règles ont un effet sur les sièges et les blocus, lesquels ne peuvent être entrepris pour affamer la population civile ou la priver des biens essentiels à sa survie.

⁷⁶ Pilloud/Pictet, dans Commentaire des Protocoles additionnels, art. 54, No 2089 et suivants, p. 671.

⁷⁷ Pilloud/Pictet, dans Commentaire des Protocoles additionnels, art. 54, No 2101, p. 673.

C'est ce qu'illustrent les règles relatives au blocus dans la guerre sur mer figurant dans le Manuel de San Remo :

«La déclaration ou mise en place d'un blocus est interdite si :

- a) Elle a pour seul objet d'affamer la population civile ou de la priver de biens essentiels à sa survie; ou*
- b) Le préjudice causé à la population civile est ou sera vraisemblablement excessif par rapport à l'avantage militaire concret et direct que l'on attend du blocus⁷⁸.»*

Des dispositions relatives aux secours, indiquées ci-après, complètent ces règles.

4) *Notamment en empêchant intentionnellement l'arrivée des secours prévus par les Conventions de Genève*

Les dispositions ci-après, qui figurent dans les Conventions de Genève et le Protocole additionnel I, ont expressément trait aux secours :

- *Dispositions générales relatives à la fourniture de secours à la population civile*

Article 23 de la quatrième Convention de Genève :

«Chaque Haute Partie contractante accordera le libre passage de tout envoi de médicaments et de matériel sanitaire ainsi que des objets nécessaires au culte, destinés uniquement à la population civile d'une autre Partie contractante, même ennemie. Elle autorisera également le libre passage de tout envoi de vivres indispensables, de vêtements et de fortifiants réservés aux enfants de moins de quinze ans, aux femmes enceintes ou en couches.

L'obligation pour une Partie contractante d'accorder le libre passage des envois indiqués à l'alinéa précédent est subordonnée à la condition que cette Partie soit assurée de n'avoir aucune raison sérieuse de craindre que :

- a) Les envois puissent être détournés de leur destination, ou*
- b) Que le contrôle puisse ne pas être efficace, ou*
- c) Que l'ennemi puisse en tirer un avantage manifeste pour ses efforts militaires ou son économie, en substituant ces envois à des marchandises qu'il aurait autrement dû fournir ou produire, ou en libérant des matières, produits ou services qu'il aurait autrement dû affecter à la production de telles marchandises.*

La Puissance qui autorise le passage des envois indiqués dans le premier alinéa du présent article, peut poser comme condition à son autorisation que la distribution aux bénéficiaires soit faite sous le contrôle effectué sur place par les Puissances protectrices.

Ces envois devront être acheminés le plus vite possible et l'État qui autorise leur libre passage aura le droit de fixer les conditions techniques auxquelles il sera autorisé.»

Cette disposition est complétée par les articles 70 et 71 du Protocole additionnel I, qui s'appliquent à la population civile telle que celle-ci est définie dans ledit protocole additionnel (art. 68) et qui reflètent le droit international coutumier moderne plus fidèlement que les dispositions assez restrictives de la quatrième Convention de Genève :

⁷⁸ Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés en mer, Cambridge University Press, LSA 341.365194.

Article 70 du Protocole additionnel I – Actions de secours

«1. Lorsque la population civile d'un territoire sous contrôle d'une Partie au conflit, autre qu'un territoire occupé, est insuffisamment approvisionnée en matériel et denrées mentionnés à l'article 69, des actions de secours de caractère humanitaire et impartial et conduites sans aucune distinction de caractère défavorable seront entreprises, sous réserve de l'agrément des Parties concernées par ces actions de secours. Les offres de secours remplissant les conditions ci-dessus ne seront considérées ni comme une ingérence dans le conflit armé, ni comme des actes hostiles. Lors de la distribution de ces envois de secours, priorité sera donnée aux personnes qui, tels les enfants, les femmes enceintes ou en couches et les mères qui allaitent, doivent faire l'objet, selon la quatrième Convention ou le présent Protocole, d'un traitement de faveur ou d'une protection particulière.

2. Les Parties au conflit et chaque Haute Partie contractante autoriseront et faciliteront le passage rapide et sans encombre de tous les envois, des équipements et du personnel de secours fournis conformément aux prescriptions de la présente Section, même si cette aide est destinée à la population civile de la Partie adverse.

3. Les Parties au conflit et chaque Haute Partie contractante autorisant le passage de secours, d'équipement et de personnel, conformément au paragraphe 2 :

a) Disposeront du droit de prescrire les réglementations techniques, y compris les vérifications, auxquelles un tel passage est subordonné;

b) Pourront subordonner leur autorisation à la condition que la distribution de l'assistance soit effectuée sous le contrôle sur place d'une Puissance protectrice;

c) Ne détourneront en aucune manière les envois de secours de leur destination ni n'en retarderont l'acheminement, sauf dans des cas de nécessité urgente, dans l'intérêt de la population civile concernée.

4. Les Parties au conflit assureront la protection des envois de secours et en faciliteront la distribution rapide.

5. Les Parties au conflit et chaque Haute Partie contractante intéressée encourageront et faciliteront une coordination internationale efficace des actions de secours mentionnées au paragraphe 1.»

Article 71 du Protocole additionnel I – Personnel participant aux actions de secours

«1. En cas de nécessité l'aide fournie dans une action de secours pourra comprendre du personnel de secours, notamment pour le transport et la distribution des envois de secours; la participation de ce personnel sera soumise à l'agrément de la Partie sur le territoire de laquelle il exercera son activité.

2. Ce personnel sera respecté et protégé.

3. Chaque Partie qui reçoit des envois de secours assistera, dans toute la mesure possible, le personnel mentionné au paragraphe 1 dans l'accomplissement de sa mission de secours. Les activités de ce personnel de secours ne peuvent être limitées et ses déplacements temporairement restreints qu'en cas de nécessité militaire impérieuse.

4. En aucune circonstance le personnel de secours ne devra outrepasser les limites de sa mission aux termes du présent Protocole. Il doit en particulier tenir compte des exigences de sécurité de la Partie sur le territoire de laquelle il exerce

ses fonctions. Il peut être mis fin à la mission de tout membre du personnel de secours qui ne respecterait pas ces conditions.»

Les paragraphes 103 et 104 du *Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés en mer* sont ainsi libellés :

«103. Si la population civile du territoire sous blocus n'a pas suffisamment de nourriture ou d'autres biens essentiels à sa survie, la partie qui effectue le blocus doit accorder le libre passage aux denrées alimentaires et autres fournitures essentielles

a) Sous réserve de son droit de prescrire les modalités techniques, y compris une fouille, auxquelles ce passage est assujéti; et

b) À condition que la distribution de ces secours ait lieu sous la supervision locale d'une puissance protectrice ou d'une organisation humanitaire qui offre des garanties d'impartialité, par exemple le Comité international de la Croix-Rouge.

104. Le belligérant qui effectue le blocus permet le passage des fournitures médicales destinées à la population civile ou à des membres des forces armées blessés ou malades, sans préjudice du droit de prescrire les modalités techniques, y compris une fouille, auxquelles ce passage est assujéti⁷⁹.»

- *Fourniture de secours à la population civile de territoires occupés*

Article 55 de la quatrième Convention de Genève :

«Dans toute la mesure de ses moyens, la Puissance occupante a le devoir d'assurer l'approvisionnement de la population en vivres et en produits médicaux; elle devra notamment importer les vivres, les fournitures médicales et tout autre article nécessaire lorsque les ressources du territoire occupé seront insuffisantes.

La Puissance occupante ne pourra réquisitionner des vivres, des articles ou des fournitures médicales se trouvant en territoire occupé que pour les forces et l'administration d'occupation; elle devra tenir compte des besoins de la population civile. Sous réserve des stipulations d'autres conventions internationales, la Puissance occupante devra prendre les dispositions nécessaires pour que toute réquisition soit indemnisée à sa juste valeur. [...]»

Article 59 de la quatrième Convention de Genève :

«Lorsque la population d'un territoire occupé ou une partie de celle-ci est insuffisamment approvisionnée, la Puissance occupante acceptera les actions de secours faites en faveur de cette population et les facilitera dans toute la mesure de ses moyens.

Ces actions, qui pourront être entreprises soit par des États, soit par un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, consisteront notamment en des envois de vivres, produits médicaux et vêtements.

Tous les États contractants devront autoriser le libre passage de ces envois et en assurer la protection.

Une Puissance accordant le libre passage d'envois destinés à un territoire occupé par une Partie adverse au conflit aura toutefois le droit de vérifier les

⁷⁹ *Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés en mer*, Cambridge University Press, 1995.

envois, de réglementer leur passage selon des horaires et itinéraires prescrits, et d'obtenir de la Puissance protectrice une assurance suffisante que ces envois sont destinés à secourir la population dans le besoin et ne sont pas utilisés au profit de la Puissance occupante.»

Article 60 de la quatrième Convention de Genève :

«Les envois de secours ne dégageront en rien la Puissance occupante des responsabilités que lui imposent les articles 55, 56 et 59. Elle ne pourra détourner d'aucune manière les envois de secours de l'affectation qui leur a été assignée, sauf dans les cas de nécessité urgente, dans l'intérêt de la population du territoire occupé et avec l'assentiment de la Puissance protectrice.»

Article 61 de la quatrième Convention de Genève :

«La distribution des envois de secours mentionnés aux articles qui précèdent sera faite avec le concours et sous le contrôle de la Puissance protectrice. Cette fonction pourra également être déléguée, à la suite d'un accord entre la Puissance occupante et la Puissance protectrice, à un État neutre, au Comité international de la Croix-Rouge ou à tout autre organisme humanitaire impartial.

Il ne sera perçu aucun droit, impôt ou taxe en territoire occupé sur ces envois de secours, à moins que cette perception ne soit nécessaire dans l'intérêt de l'économie du territoire. La Puissance occupante devra faciliter la rapide distribution de ces envois.

Toutes les Parties contractantes s'efforceront de permettre le transit et le transport gratuits de ces envois de secours destinés à des territoires occupés.»

Article 62 de la quatrième Convention de Genève :

«Sous réserve d'impérieuses considérations de sécurité, les personnes protégées qui se trouvent en territoire occupé pourront recevoir les envois individuels de secours qui leur seraient adressés.»

Ces règles sont complétées par l'article 69 du Protocole additionnel I (Besoins essentiels dans les territoires occupés), qui s'applique à la population civile telle que celle-ci est définie dans ledit protocole (art. 68) :

«1. En plus des obligations énumérées à l'article 55 de la quatrième Convention relatives à l'approvisionnement en vivres et en médicaments, la Puissance occupante assurera aussi dans toute la mesure de ses moyens et sans aucune distinction de caractère défavorable la fourniture de vêtements, de matériel de couchage, de logements d'urgence, des autres approvisionnements essentiels à la survie de la population civile du territoire occupé et des objets nécessaires au culte.

2. Les actions de secours en faveur de la population civile du territoire occupé sont régies par les articles 59, 60, 61, 62, 108, 109, 110 et 111 de la quatrième Convention, ainsi que par l'article 71 du présent Protocole, et seront menées sans délai.»

- *Règles particulières sur les secours aux personnes détenues figurant aux articles 108 et suivants et 142 de la quatrième Convention de Genève*

L'article 108 de la quatrième Convention de Genève énonce les principes généraux :

«Les internés seront autorisés à recevoir, par voie postale ou par tous autres moyens, des envois individuels ou collectifs contenant notamment des denrées alimentaires, des vêtements, des médicaments [...]. Ces envois ne pourront, en

aucune façon, libérer la Puissance détentrice des obligations qui lui incombent en vertu de la présente Convention.

Au cas où il deviendrait nécessaire, pour des raisons d'ordre militaire, de limiter la quantité de ces envois, la Puissance protectrice, le Comité international de la Croix-Rouge, ou tout autre organisme venant en aide aux internés, qui seraient chargés de transmettre ces envois, devront en être dûment avisés.

Les modalités relatives à l'expédition des envois individuels ou collectifs feront l'objet, s'il y a lieu, d'accords spéciaux entre les Puissances intéressées, qui ne pourront en aucun cas retarder la réception par les internés des envois de secours. Les envois de vivres ou de vêtements ne contiendront pas de livres; les secours médicaux seront, en général, envoyés dans des colis collectifs.»

Les articles 109 et suivants expliquent en détail comment l'article 108 de la quatrième Convention de Genève doit être appliqué.

En outre, l'article 142 de cette convention dispose :

«Sous réserve des mesures qu'elles estimeraient indispensables pour garantir leur sécurité ou faire face à toute autre nécessité raisonnable, les Puissances détentrices réserveront le meilleur accueil aux organisations religieuses, sociétés de secours, ou tout autre organisme qui viendrait en aide aux personnes protégées. Elles leur accorderont toutes facilités nécessaires ainsi qu'à leurs délégués dûment accrédités pour distribuer des secours. Les sociétés ou organismes précités pourront être constitués soit sur le territoire de la Puissance détentrice, soit dans un autre pays, ou bien pourront avoir un caractère international.

La Puissance détentrice pourra limiter le nombre des sociétés et organismes dont les délégués seront autorisés à exercer leur activité sur son territoire et sous son contrôle, à condition toutefois qu'une telle limitation n'empêche pas d'apporter une aide efficace et suffisante à toutes les personnes protégées.

La situation particulière du Comité international de la Croix-Rouge dans ce domaine sera en tout temps reconnue et respectée.»

- *Outre ces règles, la troisième Convention de Genève contient des dispositions particulières sur les secours aux prisonniers de guerre*

Article 72 de la troisième Convention de Genève :

«Les prisonniers de guerre seront autorisés à recevoir par voie postale ou par tout autre moyen des envois individuels ou collectifs contenant notamment des denrées alimentaires [...]

Ces envois ne pourront en aucune façon libérer la Puissance détentrice des obligations qui lui incombent en vertu de la présente Convention.

Les seules restrictions qui pourront être apportées à ces envois seront celles qui seront proposées par la Puissance protectrice, dans l'intérêt des prisonniers de guerre eux-mêmes, ou, en ce qui concerne leurs envois respectifs seulement, en raison de l'encombrement exceptionnel des moyens de transport et de communication, par le Comité international de la Croix-Rouge ou tout autre organisme venant en aide aux prisonniers de guerre.

Les modalités relatives à l'expédition des envois individuels ou collectifs feront l'objet, s'il y a lieu, d'accords spéciaux entre les Puissances intéressées,

qui ne pourront en aucun cas retarder la distribution des envois de secours aux prisonniers de guerre. [...]»

Pour ce qui est des envois de secours collectifs, voir l'article 73 de la troisième Convention de Genève et l'annexe III, Règlement concernant les secours collectifs aux prisonniers de guerre.

Article 74 de la troisième Convention de Genève :

«Tous les envois de secours destinés aux prisonniers de guerre seront exempts de tous droits d'entrée, de douane et autres.

[...] les envois de secours [...] seront exonérés de toutes taxes postales, aussi bien dans les pays d'origine et de destination que dans les pays intermédiaires.

Les frais de transport des envois de secours destinés aux prisonniers de guerre, qui, en raison de leur poids ou pour tout autre motif, ne peuvent pas leur être transmis par voie postale, seront à la charge de la Puissance détentrice dans tous les territoires placés sous son contrôle. Les autres Puissances parties à la Convention supporteront les frais de transport dans leurs territoires respectifs. En l'absence d'accords spéciaux entre les Puissances intéressées, les frais résultant du transport de ces envois, qui ne seraient pas couverts par les franchises prévues ci-dessus, seront à la charge de l'expéditeur. [...]»

Article 75 de la troisième Convention de Genève :

«Au cas où les opérations militaires empêcheraient les Puissances intéressées de remplir l'obligation qui leur incombe d'assurer le transport des envois prévus aux articles 70, 71, 72 et 77, les Puissances protectrices intéressées, le Comité international de la Croix-Rouge ou tout autre organisme agréé par les Parties au conflit, pourront entreprendre d'assurer le transport de ces envois avec les moyens adéquats (wagons, camions, bateaux ou avions, etc.). À cet effet, les Hautes Parties contractantes s'efforceront de leur procurer ces moyens de transport et d'en autoriser la circulation, notamment en accordant les sauf-conduits nécessaires.»

Article 125 de la troisième Convention de Genève :

«Sous réserve des mesures qu'elles estimeraient indispensables pour garantir leur sécurité ou faire face à toute autre nécessité raisonnable, les Puissances détentrices réserveront le meilleur accueil aux organisations religieuses, sociétés de secours ou tout autre organisme qui viendrait en aide aux prisonniers de guerre. Elles leur accorderont toutes facilités nécessaires, ainsi qu'à leurs délégués dûment accrédités pour distribuer des secours [aux prisonniers...]. Les sociétés ou organismes précités peuvent soit être constitués sur le territoire de la Puissance détentrice, soit dans un autre pays, soit encore avoir un caractère international.

La Puissance détentrice pourra limiter le nombre des sociétés et organismes dont les délégués seront autorisés à exercer leur activité sur son territoire et sous son contrôle, à condition toutefois qu'une telle limitation n'empêche pas d'apporter une aide efficace et suffisante à tous les prisonniers de guerre.

La situation particulière du Comité international de la Croix-Rouge dans ce domaine sera en tout temps reconnue et respectée. [...]»

bb) Observations concernant l'élément moral

Il ne semble pas exister à ce jour de jurisprudence sur l'élément moral de ce crime. Toutefois, le Statut indique que le fait d'affamer des civils comme méthode de guerre doit

être commis «délibérément», alors que le fait «d'empêcher l'arrivée des secours prévus par les Conventions de Genève» peut être commis «intentionnellement».
