



Le pouvoir de l'humanité

Conseil des Délégués du Mouvement international
de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

10-11 novembre 2017, Turquie



FR

CD/17/12.2

Original : anglais

Pour information

**CONSEIL DES DÉLÉGUÉS
DU MOUVEMENT INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE
ET DU CROISSANT-ROUGE**

Antalya, Turquie
10-11 novembre 2017

Droit international humanitaire

**DOCUMENT DE RÉFÉRENCE
(PARTIE 2 – DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE COUTUMIER)**

**Document préparé par le Comité international de la Croix-Rouge
en consultation avec la Croix-Rouge britannique**

Genève, septembre 2017

RÉSUMÉ

Le présent document de référence accompagne un projet de résolution du Conseil des Délégués sur le droit international humanitaire. La résolution proposée rend compte, dans deux parties principales : i) des mesures prises pour mettre en œuvre la résolution 1 (« Le renforcement du droit international humanitaire protégeant les personnes privées de liberté ») et la résolution 2 (« Le renforcement du respect du droit international humanitaire ») de la XXXII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Conférence internationale); et ii) du travail en cours dans le domaine du droit international humanitaire (DIH) coutumier.

La partie II du document de référence, qui porte sur le DIH coutumier, a été préparée par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) en consultation avec la Croix-Rouge britannique.

En 2005, une étude sur le DIH coutumier a été publiée en vertu d'un mandat donné au CICR par la XXVI^e Conférence internationale de 1995. Le volume I de l'étude (« Règles ») répertorie 161 règles de DIH coutumier s'appliquant aux conflits armés internationaux et non internationaux. Le volume II (« Pratique ») rend accessibles les matériaux recueillis pour la préparation de l'étude.

Devant l'apparition régulière de nouvelles pratiques dans le domaine du DIH, le CICR a décidé de mettre à jour le volume relatif à la pratique et établi à cet effet, en 2007, un partenariat avec la Croix-Rouge britannique. L'année 2017 marque le dixième anniversaire de cette collaboration.

D'autres Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Sociétés nationales) ont généreusement contribué à cette mise à jour pendant les dix dernières années en communiquant la pratique de leur État, ce qui a notablement accru l'éventail et la qualité des collections disponibles. Leurs contributions viennent compléter la pratique recueillie par les délégations du CICR dans le monde entier.

Depuis 2010, le contenu intégral de l'étude de 2005 et les mises à jour régulières sont accessibles en ligne sur la [base de données sur le DIH coutumier](#) du CICR.

Le droit international coutumier qui, comme l'indique l'article 38 1.b. du Statut de la Cour de justice internationale, est issu d'« une pratique générale acceptée comme étant le droit », constitue, comme le droit conventionnel, une source primaire du droit international. Le DIH coutumier permet de combler les lacunes pouvant apparaître dans les traités de DIH lorsque l'un d'eux, par exemple, n'est pas applicable dans un conflit armé, ou lorsque le droit conventionnel applicable ne régit pas un point spécifique. Le DIH coutumier est donc une composante essentielle de la réglementation des conflits armés actuels et de la protection de leurs victimes.

L'étude sur le DIH coutumier, qui répertorie les règles coutumières fondamentales et la pratique sous-jacente et que la base de données sur le DIH coutumier rend aisément accessible et met à jour régulièrement, facilite la connaissance et l'application du DIH coutumier. Ces deux outils sont largement utilisés de nos jours dans le contexte national et international et constituent, pour le CICR, des références essentielles pour son travail quotidien.

La proposition de résolution souligne donc l'importance que continue d'avoir le DIH coutumier pour la réglementation des conflits armés actuels et la protection des victimes, et remercie les composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Mouvement) pour leur contribution régulière au travail sur le DIH coutumier.

1) INTRODUCTION

En vertu d'un mandat reçu en 1995 de la XXVI^e Conférence internationale, le CICR a publié, en 2005, une étude sur le DIH coutumier. Depuis 2010, le contenu intégral de cette étude et les mises à jour régulièrement effectuées de la partie consacrée à la pratique sont accessibles sur la [base de données sur le DIH coutumier](#)¹. Ces mises à jour sont rendues possibles grâce au concours de nombreuses composantes du Mouvement, notamment parmi les Sociétés nationales.

Le DIH coutumier reste toujours aussi nécessaire aujourd'hui pour la réglementation des conflits armés actuels et la protection de leurs victimes. L'étude et la base de données sur le DIH coutumier constituent des contributions essentielles au discours sur le DIH coutumier et, plus généralement, sur le DIH.

La proposition de résolution sur le DIH reconnaît cet état de choses et remercie toutes les composantes du Mouvement pour leur participation au travail sur le DIH coutumier.

2) CONTEXTE

La Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre, qui s'est déroulée à Genève en 1993, a réaffirmé, dans sa déclaration finale, « la nécessité de renforcer l'efficacité de la mise en œuvre du droit international humanitaire » et a demandé au « gouvernement suisse de réunir un groupe d'experts intergouvernemental à composition non limitée chargé de rechercher des moyens pratiques de promouvoir le plein respect de ce droit et l'application de ses règles² ». Le Groupe d'experts intergouvernemental pour la protection des victimes de la guerre, qui s'est réuni à Genève en janvier 1995, a recommandé, entre autres, que :

le CICR soit invité à préparer, avec l'assistance d'experts du DIH représentant diverses régions géographiques et différents systèmes juridiques, ainsi qu'en consultation avec des experts de gouvernements et d'organisations internationales, un rapport sur les règles coutumières du DIH applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux, et à faire parvenir ce rapport aux États et aux organismes internationaux compétents³.

En décembre 1995, la XXVI^e Conférence internationale a fait siennes les recommandations du Groupe d'experts intergouvernemental et a demandé au CICR d'assumer les tâches que lui confèrent ces recommandations, le chargeant ainsi officiellement de rédiger un « rapport sur les règles coutumières du DIH⁴ ».

En 2003, la XXVIII^e Conférence internationale, au paragraphe 12 du dispositif de sa résolution 1 (« Adoption de la déclaration et de l'Agenda pour l'action humanitaire »), « *[a pris] note avec une grande satisfaction* des efforts déployés par le CICR pour la réalisation de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier et *[demandé]* au CICR de poursuivre ses travaux et de faire rapport à la Conférence internationale de 2007⁵ ».

¹ <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home> (tous les liens Internet ont été activés en juillet 2017)

² <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzhes.htm>

³ <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzf12.htm>

⁴ Voir la résolution 1 de la XXVI^e Conférence internationale, paragraphes 4 et 8 du dispositif:

<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzgxw.htm>

⁵ https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/irrc_852_28e_conf_resolu_fre.pdf

L'étude a été publiée en 2005, après de multiples recherches et consultations dans le monde entier⁶. Elle se compose de deux volumes. Le volume I (« Règles ») répertorie les 161 règles de DIH coutumier dégagées par l'étude, assorties de commentaires. Le volume II (« Pratique ») rend accessibles les matériaux recueillis pour l'étude.

La publication de l'étude a été saluée en 2005 par le Conseil des Délégués, qui, dans sa résolution 1 (« Droit international humanitaire coutumier »)⁷ :

1. *[s'est félicité]* de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier publiée par le CICR en tant que contribution substantielle à la protection des victimes de la guerre ;
2. *[a recommandé]* cette étude à toutes les composantes du Mouvement comme base de discussion, s'il y a lieu, avec les autorités nationales, les forces armées, les milieux académiques et les parties à un conflit armé ;
3. *[a invité]* les Sociétés nationales, dans la mesure de leurs capacités, à faire connaître le plus largement possible les conclusions de l'étude.

En 2007, le CICR a soumis à la XXX^e Conférence internationale, selon la demande de la XXVIII^e Conférence internationale, un document intitulé *Étude sur le droit international humanitaire coutumier*⁸. Ce document présente l'origine de l'étude, la méthode suivie pour sa réalisation, ses principales conclusions, la promotion dont elle fait l'objet et la mise en place d'un projet commun avec la Croix-Rouge britannique pour la mise à jour de la partie consacrée à la pratique. Par la suite, au paragraphe 8 du dispositif de sa résolution 1 (« Ensemble pour l'humanité »), la XXX^e Conférence internationale a « *[remercié]* le CICR pour le travail approfondi qu'il a effectué en réalisant l'Étude sur le droit international humanitaire coutumier, et pour avoir entrepris, avec la Croix-Rouge britannique, la mise à jour du volume de l'Étude consacré à la pratique⁹ ».

3) ANALYSE / PROGRESSION

3.1. Mise à jour de la partie de l'étude consacrée à la pratique

Depuis 2007, une équipe mixte de la Croix-Rouge britannique et du CICR travaillant au Lauterpacht Centre for international Law de Cambridge (Royaume-Uni) met à jour la partie de l'étude consacrée à la pratique. La Croix-Rouge britannique s'y est aussi constamment associée en communiquant régulièrement des informations sur la pratique nationale du Royaume-Uni en matière de DIH.

D'autres Sociétés nationales (Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Roumanie, Suède, Suisse et République tchèque) participent aussi à la mise à jour de la pratique répertoriée, parfois en coopération avec leur section nationale de DIH. Leur action consiste soit à rechercher, collecter et, le cas échéant, traduire la pratique nationale de leur pays, soit à

⁶ Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (sous la direction de), *Droit international humanitaire coutumier*, Cambridge University Press, CICR, 2005.

⁷ https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/cod-resolutions_2005-fr.pdf

⁸ https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/30ic_8-3_customaryihl_report_final_fra.pdf

⁹ <https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/bluebook-2007-french.pdf>

avaliser les travaux de chercheurs nationaux indépendants. Leur généreux soutien est un facteur essentiel pour conférer aux mises à jour la portée et la qualité voulues¹⁰.

Ce soutien sera toujours apprécié, de même que celui que pourraient apporter d'autres Sociétés nationales.

Les contributions des Sociétés nationales complètent la pratique recueillie dans le monde entier par les délégations du CICR, généralement en coopération avec des partenaires et experts nationaux. Au total, le CICR a pour objectif de recueillir la pratique nationale de 106 pays. Le choix des pays a été fait de manière à assurer la représentation géographique la plus large possible, représenter des régimes juridiques de types différents et inclure des expériences en matière de DIH et des situations de conflit armé diverses.

Dans les mises à jour de la partie de l'étude consacrée à la pratique qui sont effectuées depuis 2007, la pratique nationale (qui apparaît dans les manuels militaires, la législation et la jurisprudence nationales, ou qui ressort des rapports officiels du gouvernement ou d'instances supérieures de l'État) est complétée par des matériaux internationaux provenant de l'analyse de décisions des cours de justice et tribunaux internationaux. Une équipe de recherche travaillant à la Clinique du droit international pénal et humanitaire de l'Université de Laval (Canada) contribue ainsi à l'analyse de tels matériaux depuis 2014.

Depuis 2010, l'étude de 2005 et les mises à jour de la partie consacrée à la pratique sont intégralement accessibles sur la base de données du CICR sur le DIH coutumier. Un puissant moteur de recherche relié aux autres bases de données du CICR sur le DIH permet de faire des recherches et de naviguer facilement dans la base de données. Le but est de faciliter autant que possible l'accès aux règles coutumières du DIH répertoriées dans l'étude de 2005 et aux mises à jour régulières de la pratique. Un effort particulier est fait pour réduire le délai d'intégration dans la base de données des pratiques après leur apparition.

3.2. Comment l'étude et la base de données sur le DIH coutumier ont été accueillies et utilisées

Depuis la publication, en 2005, de l'étude sur le DIH coutumier et la création, en 2010, de la base de données, ces deux instruments sont non seulement devenus une référence essentielle pour le travail du CICR, mais sont aussi utilisés par de nombreux autres acteurs comme les forces armées¹¹, les tribunaux nationaux et internationaux¹² ou les groupes d'experts des Nations Unies¹³. Tant les règles répertoriées dans l'étude de 2005 (volume I)

¹⁰ Les Sociétés nationales ont aussi joué un rôle important dans la traduction en plusieurs langues du résumé de l'étude (incluant la liste des règles) qui a été publié pour la première fois en mars 2005 dans la *Revue internationale de la Croix-Rouge* : <https://www.icrc.org/en/document/customary-international-humanitarian-law-rules-all-language>

¹¹ Voir, par exemple, *Manual de Derecho Operacional* (Manuel de droit opérationnel), publié par le Comando General de las Fuerzas Militares (Commandement général des forces armées), République de Colombie, 2009, p. 37-40, 42-47 et 52-56.

¹² Voir, par exemple, Israël, Cour suprême siégeant en tant que Haute cour de justice, *The Public Committee against Torture in Israel and Others v. The Government of Israel and Others*, HCJ 769/ 02, 13 décembre 2006, par. 23, 29-30 et 41-42 ; et TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Gotovina et consorts*, jugement du 15 avril 2011, par. 1779.

¹³ Voir, entre autres, *Report of the Secretary-General's Panel of Experts on Accountability in Sri Lanka*, 31 mars 2011, par. 183, 194, 196, 200-201, 203-204, 207, 211, 215-218, 237, 239-241, 246 et 268. Pour une présentation détaillée des références à l'étude et à la base de données, voir Jean-Marie Henckaerts et Els Debuf, « The ICRC

que la partie consacrée à la pratique, mise à jour et accessible par la base de données, sont citées comme références¹⁴.

Les statistiques relatives à l'utilisation de la base de données sur le DIH coutumier, en ce qui concerne les règles aussi bien que la pratique et ses mises à jour, apportent une preuve supplémentaire de l'importance du DIH coutumier. Depuis la mise en ligne de la base de données, le nombre de visites enregistrées sur la base de données a augmenté de 542 % pour atteindre 727 968 en 2016¹⁵. Les statistiques montrent aussi que la base de données est utilisée partout dans le monde, y compris dans des pays diversement liés à des situations de conflit armé. Les sujets les plus consultés correspondent aux questions centrales du DIH et du débat actuel comme la définition des crimes de guerre, les punitions collectives, le principe de distinction, la définition des combattants ou le principe de proportionnalité.

Le recours de divers acteurs au DIH coutumier et l'intérêt manifeste qu'il suscite montrent qu'il demeure une composante essentielle de la réglementation juridique des conflits armés actuels et de la protection des victimes. Le DIH est maintenant largement codifié dans des traités. Les Conventions de Genève de 1949 sont universellement ratifiées ou acceptées et un grand nombre d'États sont parties aux Protocoles additionnels I et II de 1977¹⁶. Toutefois, en tant que source du droit international issue d'une « pratique généralement acceptée comme étant le droit »¹⁷ et dont l'effet contraignant ne dépend pas d'un acte de ratification ou d'adhésion, le droit coutumier permet de combler les lacunes du droit des traités. Dans le domaine du DIH, des lacunes peuvent apparaître lorsque, par exemple, un traité de DIH n'est pas applicable à un conflit armé donné (parce qu'il n'a pas été ratifié ou accepté, ou en raison des conditions particulières de son application, comme dans le cas du Protocole additionnel II) ou lorsque le droit conventionnel applicable ne traite pas certains aspects spécifiques. Ce point revêt une importance particulière s'agissant des conflits armés non internationaux, actuellement prédominants. Le DIH conventionnel régissant les conflits armés non internationaux contient bien des dispositions essentielles, notamment l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et le Protocole additionnel II, mais, comparé à celui qui s'applique aux conflits armés internationaux, il est beaucoup moins détaillé et complet. Le DIH coutumier reste donc un instrument capital pour régler les conflits armés actuels.

Le fait, mentionné plus haut, que l'étude et la base de données sur le DIH coutumier sont largement utilisées en tant que sources d'information sur le DIH coutumier et sur la pratique dans ce domaine laisse penser qu'elles constituent des références utiles, comme on l'espérait au moment de leur création¹⁸.

and the clarification of customary international humanitarian law », dans Brian D. Leppard (ed.), *Reexamining Customary International Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 168-178.

¹⁴ Voir, entre autres, Cour suprême du Royaume-Uni, *Abd Ali Hameed Al-Waheed (Appellant) v. Ministry of Defence (Respondent)*, *Serdar Mohammed (Respondent) v. Ministry of Defence (Appellant)*, arrêt du 17 janvier 2017 : Lord Reed (avis dissident) (auquel s'associe Lord Kerr), par. 311, se référant à une pratique nationale allemande de 2007 figurant dans la base de données sur le DIH coutumier : <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0219-judgment.pdf>

¹⁵ À titre de comparaison, la base de données du CICR sur les traités a été consultée (en anglais) 1 115 291 fois en 2016.

¹⁶ Voir les États parties aux principaux traités : https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=365

¹⁷ Statut de la Cour internationale de justice, article 38 1.b.

¹⁸ Malgré tout, des réticences ont été exprimées à l'égard de l'étude, mais elles ont été l'occasion d'échanges salutaires. Voir, par exemple, John B. Bellinger III et William J. Haynes II, « A US government response to the

L'intérêt de la base de données sur le DIH coutumier a aussi été reconnu par l'octroi, en 2015 du tout premier Jus Gentium Research Award, qui lui a été décerné à l'unanimité par l'International Legal Research Interest Group de l'American Society of International Law¹⁹. En 2016, l'Assemblée générale des Nations Unies a inséré dans le texte de sa résolution bisannuelle intitulée « État des protocoles additionnels aux Conventions de Genève relatifs à la protection des victimes de conflits armés » une mention pour se féliciter des efforts faits par le CICR pour mettre à jour régulièrement la base de données sur le DIH coutumier²⁰.

Le droit international coutumier, plus généralement, est aujourd'hui un sujet largement étudié. Au milieu de 2016, la Commission du droit international a adopté, en première lecture, un projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier assorties de commentaires²¹. Dans cet exercice, la Commission a souvent été confrontée aux mêmes questions méthodologiques que celles qui s'étaient posées lors de l'étude sur le DIH coutumier. L'approche suivie dans celle-ci, commencée il y a une vingtaine d'années, coïncide assez étroitement avec celle adoptée dernièrement par la Commission du droit international²².

4) CONCLUSION

Plus de vingt ans se sont écoulés depuis que la XXVI^e Conférence internationale de 1995 a chargé le CICR de préparer « un rapport sur les règles coutumières du DIH applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux et [de] faire parvenir ce rapport aux États et aux organismes internationaux compétents ». Dix ans ont passé depuis la publication de l'étude sur le DIH coutumier, en 2005. La base de données sur le DIH coutumier a été mise en ligne en 2010.

Le DIH coutumier et ses outils, mis à la disposition de la communauté internationale grâce au travail des composantes du Mouvement, n'ont rien perdu de leur pertinence. Comme le souligne Yves Sandoz dans sa préface à l'étude de 2005, cette étude :

(...) est une photographie de la réalité, qui a été réalisée avec un très grand souci d'honnêteté et sans chercher à faire dire au droit ce que l'on souhaiterait qu'il dise. C'est ce qui donnera à l'étude, j'en suis convaincu, sa crédibilité internationale. Mais si elle est un reflet aussi fidèle que possible de la réalité, l'étude ne prétend pas asséner une vérité (...). Qu'elle soit lue, critiquée, discutée, qu'elle suscite une nouvelle réflexion sur le droit international humanitaire, sur les moyens de le

International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 89, n° 866, juin 2007, p. 443-471 (en anglais) : <https://www.icrc.org/en/international-review/article/us-government-response-international-committee-red-cross-study>; et Jean-Marie Henckaerts, « *Customary International Humanitarian Law: a response to US comments* », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 89, n° 866, juin 2007, pp. 473-488 (en anglais) : <https://www.icrc.org/en/international-review/article/customary-international-humanitarian-law-response-us-comments>

¹⁹ <http://intercrossblog.icrc.org/blog/icrc-customary-law-database-wins-first-ever-jus-gentium-award?rq=jus%20gentium>

²⁰ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/144&referer=/english/&Lang=F

²¹ Voir le *Rapport de la Commission du droit international*, Soixante-huitième session (2 mai au 10 juin et 4 juillet au 12 août 2016), Assemblée générale, Documents officiels, Soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10), Nations Unies, New York, 2016, « Chapitre V. Détermination du droit international coutumier », pp. 78-124 :

http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2016/french/a_71_10.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2016/

²² Voir, par exemple, le projet de conclusion 6 (« Formes de pratique », indiquant que la pratique « peut revêtir une large variété de formes », qu'elle peut « comprendre des actes matériels et verbaux » et qu'il « n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique » ; le commentaire ajoute qu'« il est désormais généralement admis qu'un comportement verbal (qu'il soit écrit ou oral) peut constituer une pratique ».

faire mieux respecter, sur son développement...(...) Cette étude n'est pas simplement le souvenir d'une belle aventure, elle est d'abord et surtout un défi pour l'avenir.

C'est dans ce contexte que la partie de la résolution proposée qui porte sur le DIH coutumier souligne l'importance que continue d'avoir le DIH coutumier pour la réglementation des conflits armés actuels et la contribution importante de l'étude sur le DIH coutumier à la protection des victimes des conflits armés, recommande aux composantes du Mouvement de prendre l'étude et la base de données comme base de discussion et exprime ses remerciements à toutes les composantes du Mouvement qui participent à la mise à jour de la partie de l'étude consacrée à la pratique.