

## Opposabilité du droit international humanitaire coutumier aux acteurs non étatiques

Eric DAVID,  
Professeur à l'Université libre de Bruxelles.

Les acteurs non étatiques considérés ici sont les particuliers et les mouvements insurgés, rebelles ou autres factions et bandes non étatiques. Nous n'aborderons pas le cas des organisations internationales qui apparaissent davantage comme des acteurs pluri étatiques que comme des acteurs non étatiques, même si elles jouissent d'une personnalité juridique distincte de celles des Etats qui les composent.

Qu'il s'agisse de coutume ou de droit conventionnel, il n'est pas sûr que la question de l'opposabilité du DIH coutumier aux acteurs non étatiques présente une réelle spécificité ainsi qu'on va le voir dans cette très brève note (I.). Il n'en demeure pas moins que cette opposabilité existe et que la codification du DIH coutumier permet de préciser son contenu, d'améliorer la sécurité juridique et de l'opposer plus facilement à un acteur non étatique (II.).

### I. Le DIH coutumier est opposable aux acteurs non étatiques au même titre que le droit international conventionnel ou coutumier général

Le droit international est produit par les Etats et les organisations internationales. Si le plus souvent, il régit le comportement des uns et des autres, il reste que ce droit peut lier des particuliers lorsqu'il est directement applicable, c.-à-d., lorsque la règle a pour destinataires des particuliers et qu'elle est précise, inconditionnelle, autonome, complète ; la règle est réputée autonome et complète lorsque son application n'est pas subordonnée à l'adoption de mesures particulières d'exécution ou d'adaptation par les Etats (norme *self-sufficient*) ; elle est réputée s'adresser directement à des particuliers lorsqu'elle confère à ceux-ci des droits et obligations qui peuvent être invoqués devant un juge interne (norme *self-executing*).

Pour la CJCE, est directement applicable une disposition établissant

“ un principe précis et inconditionnel suffisamment opérationnel pour être appliqué par un juge national et qui, dès lors, est susceptible de régir la situation juridique des particuliers. ” (aff. C-268/99, *Jany et al.*, 20 nov. 2001)

Si le droit international conventionnel est directement applicable à des individus, *a fortiori*, il peut également s'appliquer à des collectivités qui s'apparentent à des acteurs non étatiques : peuples, minorités, et, dans le cas spécifique d'un conflit armé, groupes, milices, rebelles, insurgés, factions.

Il n'en va pas autrement du droit international coutumier dès lors que celui-ci a permis le jugement d'individus pour leur participation à des crimes de DIH coutumier. C'est ce qui s'est passé à Nuremberg puisque les accusés ont été poursuivis pour « crimes de guerre » (Statut, art. 6, b), c.-à-d., des violations du Règlement de La Haye alors que celui-ci ne contient aucune incrimination. C'est au nom de l'incrimination coutumière de ces violations

que le Tribunal de Nuremberg a condamné pénalement leurs auteurs. Le Tribunal s'en est expliqué comme suit :

« La Convention de La Haye de 1907 proscrivait l'emploi dans la conduite de la guerre, de certaines méthodes. Elle visait le traitement inhumain des prisonniers, l'usage illégal du drapeau parlementaire, d'autres pratiques du même ordre. Le caractère illicite de ces méthodes avait été dénoncé longtemps avant la signature de la Convention; mais c'est depuis 1907 qu'on les considère comme des crimes passibles de sanctions en tant que violant les lois de la guerre. Nulle part, cependant, la Convention de La Haye ne qualifie ces pratiques de criminelles; elle ne prévoit aucune peine; elle ne porte mention d'aucun tribunal chargé d'en juger et punir les auteurs. Or, depuis nombre d'années, les tribunaux militaires jugent et punissent des personnes coupables d'infractions aux règles de la guerre sur terre établies par la Convention de La Haye. »<sup>1</sup>

C'est donc sur la base d'une pratique – celle des tribunaux militaires – comme preuve de la coutume que le Tribunal de Nuremberg a justifié l'application aux accusés des incriminations portées par le Statut.

De même, le SGNU a présenté les statuts des TPI comme l'expression du DIH coutumier<sup>2</sup> et c'est sur la base de cette coutume que les TPI ont prononcé plusieurs dizaines de jugements. Ici aussi, ce qui est vrai pour des personnes clairement individualisées le reste pour des collectivités non étatiques.

Il n'y a pas que les juridictions pénales internationales qui appliquent le DIH coutumier. Les tribunaux internes le font également et le phénomène est loin d'être neuf : ainsi, en Belgique, après la 2<sup>e</sup> guerre mondiale, un certain nombre de criminels de guerre ont été poursuivis pour « crimes de guerre » alors que la notion était totalement inconnue du droit pénal belge. Simplement, la Belgique a considéré, comme d'autres Etats, que certains faits commis pendant la guerre étaient criminels au regard des lois et coutumes de la guerre et pouvaient être réprimés sur la base des lois pénales applicables aux crimes de droit commun correspondants (loi du 20 juin 1947, art. 2)<sup>3</sup>.

- *id.* pour dr.appliqué par trib. internes (*cf.* *Hamdan v/Rumsfeld*, US Supr. Crt., June 2006)

## **II. La codification du DIH coutumier permet d'en préciser le contenu et de l'appliquer plus facilement aux acteurs non étatiques**

Il est fascinant de penser que, là où en 1977, les Etats n'avaient accepté que 18 règles de droit substantiel applicables aux conflits armés non internationaux (le 2<sup>e</sup> Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949), 30 ans plus tard, les Etats se retrouvent avec un corpus de 161 règles dont plus de 150 s'appliquent presque certainement aux conflits armés internes !

Certes, il ne s'agit que d'une œuvre doctrinale concoctée par des juristes du CICR et supervisée par des spécialistes externes de la matière. Il n'en demeure pas moins que la méthodologie fondée sur le travail de plusieurs dizaines de collaborateurs chargés d'examiner

---

<sup>1</sup> Procès, doc. off., 1, pp. 232-233.

<sup>2</sup> Rapport du S.G. établi conformément au § 2 de la rés. 808 (1993) du C.S., Doc. ONU S/25704, 3 mai 1993, p. 11 § 35.

<sup>3</sup> Pour plus de développements, E. David, *Eléments de droit pénal international*, Presses univ. de Bruxelles, 2005, §§ 10.10/11.

méthodiquement la pratique d'une soixantaine d'Etats, ainsi que la pratique de l'ONU, du CICR et de la jurisprudence, assure à cette codification une solidité scientifique qu'on ne rencontre généralement pas dans les travaux classiques de codification du droit international menés par des institutions savantes traditionnelles telles que l'International Law Association ou l'Institut de droit international.

Le résultat peut même soutenir la comparaison avec l'œuvre de la Commission du droit international car celle-ci n'a pas l'habitude de travailler sur un échantillonnage comparatif aussi étendu des pratiques nationales que celui mené par les équipes du CICR. Tout au plus pourrait-on regretter que les auteurs, n'aient pas consulté les Etats sur leurs travaux ainsi que le fait justement la CDI. Cette lacune peut toutefois être comblée lorsque l'œuvre sera présentée à la prochaine Conférence internationale de la Croix-Rouge : ce sera l'occasion pour les Etats de manifester plus clairement leur soutien ou leurs réserves à l'une ou l'autre des règles adoptées.

Par ailleurs, il serait curieux de critiquer un travail fondé sur une méthodologie aussi rigoureuse alors que la jurisprudence prend généralement beaucoup moins de précautions pour déclarer tout de go que telle règle est ou n'est pas du DIH coutumier. Un exemple : une chambre du TPIY a estimé ne pas pouvoir donner suite à un chef d'accusation portant sur les « atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle » nommément interdites par l'art. 3 commun aux 4 CG car cette infraction n'était pas

« définie de manière suffisamment précise en droit international coutumier, pour que sa nature générale, son caractère criminel et sa gravité soient suffisamment prévisibles et puissent être reconnus. »<sup>4</sup>

L'art. 2, a, du Statut du TPIY incriminait « l'homicide intentionnel », mais non les « atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle ». N'était-ce pas jouer sur les mots que de prétendre que la seconde prévention n'était pas couverte par la première ? *In casu*, l'exception d'incompétence matérielle n'a heureusement pas entraîné un déni de justice car le même fait étant aussi poursuivi sous la prévention de « meurtre et d'assassinat », lesquels sont « bien définis en droit international coutumier »<sup>5</sup>, la chambre a pu reconnaître la culpabilité de l'accusé sur cette dernière base.

En revanche, ce précédent a été un des facteurs ayant conduit le TPIR à rejeter un chef d'accusation intitulé « atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle » sans qu'on ait pu se rabattre sur la prévention de « meurtre et d'assassinat »<sup>6</sup>.

Ces subtilités linguistiques, sinon byzantines, auraient certainement autant surpris l'auteur des *Lettres persanes* que les mœurs des Français du 17<sup>e</sup> siècle, d'autant qu'il suffisait pour ces chambres incrédules d'examiner l'art. 8, § 2, c, i, du Statut de la CPPI pour constater que l'incrimination s'y trouvait, ce qui pouvait sembler un signe favorable de l'*opinio juris* des Etats. C'est en tout cas la conclusion à laquelle ont abouti les auteurs du DIH coutumier<sup>7</sup>, rejoints d'ailleurs par d'autres sans trop d'états d'âme<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> TPIY, aff. IT-98-32-T, *Vasiljevic*, 29 nov. 2002, § 201.

<sup>5</sup> *Ibid.*, § 205.

<sup>6</sup> TPIR, aff. ICTR-96-10 et 17-T, *E. et G. Ntakirutimana*, 21 févr. 2003, §§ 857-861.

<sup>7</sup> ...

<sup>8</sup> TSSL, *Norman et al.*, 21 Oct. 2005, ...

Sans entrer dans le bien-fondé ou non de ces subtilités linguistiques qui paraîtront fort byzantines à l'observateur extérieur, c'est là qu'on aperçoit toute l'utilité d'un exercice tel que l'élaboration du DIH coutumier car elle permet d'assurer une plus grande sécurité juridique.

Même s'il y a peu de chances que le commun des mortels étudie longuement les 161 règles du DIH coutumier, il reste que ces règles sont désormais accessibles et que les pénalistes purs et durs ne pourront plus reprocher à la justice pénale internationale d'appliquer la coutume internationale à des gens qui prétendraient n'en avoir jamais entendu parler<sup>9</sup>. En réalité, comme l'avait observé un tribunal militaire allié américain après la 2<sup>e</sup> guerre mondiale,

"Certainly, no one can claim with the slightest pretense at reasoning that there is any taint of *ex post factoism* in the law of murder [...] it cannot be said that prior to Control Council Law n° 10 there existed no law against murder. The killing of a human being has always been a potential crime which called for explanation."<sup>10</sup>

La plupart des règles du DIH coutumier sont des règles de simple bon sens.

Aujourd'hui, elles trouvent d'ailleurs des lettres de noblesse dans leur reconnaissance par les TPI<sup>11</sup>.

L'opposabilité du DIH coutumier aux acteurs non étatiques est désormais une réalité.

---

<sup>9</sup> Cfr. Henzelin, M., "Droit international pénal et droit pénaux étatiques. Le choc des cultures", in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, publ. par M. Henzelin et R. Roth, Paris-Genève-Bruxelles, LGDJ-Georg-Bruylant, 2002, pp. 91 ss.

<sup>10</sup> Nur. U.S. Milit. Trib., 10 Apr. 1948, *Ohlendorff (Einsatzgruppen Trial)*, A.D., 1948, 658; les *Einsatzgruppen* étaient des formations semi-militaires de 500 à 800 personnes au service des S.S., des S.A. et de la Gestapo, *ibid.*, 656; dans le même sens, Australia, High Ct., *per* Judges Dawson et Toohey, 14 Aug. 1991, *I.L.R.*, 91, pp. 105, 131-132, 143.

<sup>11</sup> Voy., pour la notion de « déportation » les références du TPIY au DIH coutumier dans l'aff. *Stakic*, aff. IT-97-24-A, *Stakic*, 22 mars 2006, §§ 296-297.