

INTERNATIONAL LAW YEARBOOK

VOLUME 6 – 2013
ISSN 1916– 3096X

- COMPARATIVE ANALYSIS OF THE PRINCIPLES OF *RES JUDICATA* IN CANADIAN CRIMINAL LAW AND OF *NE BIS IN IDEM* IN EUROPEAN UNION CRIMINAL LAW** 5
– NORA SZÉLES, PH.D
- LES CRIMES DE GUERRE EN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE : ORIGINES ET CONCEPT CONTEMPORAIN** 29
- AGNIESZKA NAWROTEK
- JUVENILE INSTITUTIONAL CRIMINAL SANCTIONS IN THE NEW LAW SYSTEM OF REPUBLIC OF SERBIA** 59
– DRAGAN JOVAŠEVIĆ PH.D.
- FROM PASSIVE TO AGGRESSIVE THE USE OF FORCE IN MODERN PEACEKEEPING OPERATIONS AND CHALLENGES IN THE LAWS OF ARMED CONFLICT** 75
- STEPHANIE CHALOULT
- L'INTERDICTION DE TORTURE ET DE TRAITEMENTS INHUMAINS ET DÉGRADANTS EN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE : LOIS ET COUTUME** 99
– KARINE MILLETTE
- LA PROTECTION DES CIVILS LORS DE LA CAMPAGNE ISRAÉLIENNE AU LIBAN (2006)** 123
- KARL JÉRÔME

The *International Law Yearbook* results of a merger with the *Eastern European Law Journals* in to the *Free Law Journal* and of a rationalisation of resources to provided a yearly account of progress of law in all domains and sector of practice and research. It aims at providing the freedom of publishing juridical research from everywhere and on all subjects of law. Its goal is to promote respect of the rule of law and the fair application of justice by sharing juridical research in its pages.

Academics, post-graduate students and practitioners of law are welcome to submit in the academic section their articles, notes, book reviews or comments on any legal subject. The list of fields of law addressed in these pages is ever-expanding and non-restrictive, as needs and interests arise. If a field is not listed, the author simply needs to propose the article and the field believed of law applicable; we will insure to create and list it.

We accept articles in English, French, Bosnian, Bulgarian, Croatian, Czech, Finnish, German, Greek, Hungarian, Icelandic, Inuktitut, Italian, Latin, Polish, Portuguese (both Brazilian and European), Romanian, Russian, Serb (both Latin and Cyrillic), Slovenian, Spanish and Turkish.

The material submitted for publication remains copyrighted to the author. If the author has interest in publishing elsewhere after having published in our pages, no permission to do so will be necessary. The author remains in full control of his or her writings. Articles of superior value will be considered for incorporation in collective works for publishing. We always accept submissions. To submit, please read the [submission guidelines](#) or ask us any question at: FWP@FreeWorldPublishing.com .

List of subject addressed - (as it currently stands - modified as need arise)

Administrative Law	Immigration Law	Private International Law
Admiralty law	Intellectual Property Law	Private law
Antitrust law	International trade law	Procedural law
Alternative dispute resolution	Patent	Property law (Public)
Anti-Terrorism	Trademark Law	International Law (See International Law (Public))
Bankruptcy	International Humanitarian Rights Law	Refugee Law
Business Law	Laws of Armed Conflicts	Religious law
Canon Law	Laws of war	<i>Islamic Law (Sharia)</i>
Civil Law	War Crimes Law (Belgium)	Qur'an
Common Law	International Law (Public)	Sharia
Comparative Law	Diplomatic Relations	<i>Jewish law (Halakha)</i>
Constitutional Law	Jus Gentium	Hebrew law (Mishpat Ivri)
Contract Law	Treaties Law	Talmud
(Consuetudinary law)	Labor law	Taqlid
Obligations	Law and economics	<i>Christian (other than Canon Law)</i>
Quasi-contract	Law and literature	Twelve Tables
Corporations law	Medical Law	Roman Law
Criminal Law	Public Health Law	Sacred text
Organised Crime	Public Law	State of Emergencies Laws
Criminal Procedure	Malpractice	Space law
Cyber Crime Law	Mental health law	Tax law
Penal law	Military law	Technology law
Cyber law	National Legal Systems -	Torts Law
Election law	(Laws of any national legal system that is not of a precise category)	Quasi-delict
Environmental law	Nationality and naturalisation	Trusts and estates Law
European Law	Laws	Liens
Evidence Law	Natural law	Water law
Family law	Philosophy of Law	Zoning
History of Law		
Human Rights Law		

All material published are available for free at <http://www.FreeWorldPublishing.com> and can be used freely for research purposes, as long as the authors' sources are acknowledged in keeping with national standards and laws regarding copyrights.

All mail correspondence can be made with the editorial board at World exchange Plaza Postal Outlet, P.O. Box 81101, Ottawa, Ontario, K1P 1B1, Canada, while electronic correspondence can be made at FWP@FreeWorldPublishing.com.

The views and opinions expressed in these pages are solely those of the authors and not necessarily those of the editors, Free World Publishing Inc.

Cite as (2013) 6 Int'l. L. Yrbk.

ISSN 1916-3096 or ISSN 1916-3096X for the electronic version.

SUBMISSION GUIDELINES

Important. The following is not meant to discourage from submitting; only to ensure quality. If your article conforms to your own national standard of writings, we accept all and any format as long as arguments are justified by footnotes or endnotes. Never hesitate to submit an article: if there is a need for improvement, we will inform you and we will always remain open for re-submissions.

1. Academics, Post-Graduate Students and Practitioners of law are all welcomed to publish their book reviews, comments, notes and articles.

2. All legal subjects are considered for publication, regardless of the legal tradition, national or international field of expertise. The only limit to the extend of our publishing would be content that is illegal in national legislation (i.e. enticement to hatred) or against international norms (i.e. promoting genocide).

3. Articles are welcomed in English, French, Bosnian, Bulgarian, Croatian, Czech, Finnish, German, Greek, Hungarian, Icelandic, Innuktikut, Italian, Latin, Polish, Portuguese (both Brazilian and European), Romanian, Russian, Serb (both Latin and Cyrillic), Slovenian, Spanish and Turkish. Note that our staff is limited and therefore we use "Word Recognition Processors" to communicate in some languages. Nonetheless, this does not prevent understanding articles submitted in these language and we are not interested in measuring every word of your article: simply in publishing your writings. Therefore, we will review the general content, but leave with you the precise sense and meaning that you want to convey in your own language. If translation is desired by the author, we then submit it for translation to a translator.

4. Their is no defined system of reference (footnotes or endnotes) demanded. As long as you justify your argument through references (author and work), we accept all writings respecting your own national standards. Exceptions: For Canadians, the Canadian Legal Guide to Citation is recommended but not mandatory. For Americans, referencing is expected to be in accordance with Harvard University's The Bluebook, A Uniform System of Citation. Any breach of copyrights is the sole responsibility of the author.

5. The author retains the copyrights to his or her writings. As articles are unpaid for, ownership remains within your hands. We act as publishers and caretaker. Nothing prevents you from publishing elsewhere. You may even decide to have the article taken off this site if another publisher desires to buy the rights to your article.

6. We reserve ourselves the right to edit the content or length of the article, if at all necessary.

7. We do not discriminate in any way. Our aim is to bring under one roof perspectives from everywhere and everyone. Never hesitate to submit.

8. If you desire information or desire to submit, do not hesitate to contact us at: FWP@FreeWorldPublishing.com.

Dr. Louis-Philippe F. Rouillard

Director and Editor-in-Chief, Free World Publishing Inc.

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE PRINCIPLES OF *RES JUDICATA* IN CANADIAN CRIMINAL LAW AND OF *NE BIS IN IDEM* IN EUROPEAN UNION CRIMINAL LAW

NORA SZÉLES, PH.D

Table of Content

INTRODUCTION	5
1. THE PRINCIPLE OF <i>RES JUDICATA</i> IN CANADIAN CRIMINAL LAW	6
Application	7
Substance	8
2. THE PRINCIPLE OF <i>NE BIS IN IDEM</i> IN EUROPEAN UNION CRIMINAL LAW	12
Origins	12
Application	15
Substance	16
CONCLUSION	20
APPENDIX	22

Introduction

Nowadays, criminal law faces new challenges under globalization because of easier migration between states which helps crime become more international in scale. Evidently, it is not just the migration of people with a criminal record that can cause later judicial problems, but also criminal activities which can touch at least two states such as in the cases of illegal drug, of arms trafficking or of money laundering. These kinds of criminal activities predictably can cause jurisdictional problem related to states' sovereignty; which state can prosecute the offence, or after a criminal procedure the convicted or acquitted person can be prosecuted again in another state because part of the crime's elements was committed on the other state's land, or because the same facts in the other state can implement another criminal offence¹.

Obviously states can cooperate in criminal matters², but the depth of this cooperation always depends on national sovereignty because of national criminal law. Although, the same facts can generate practically the accusation for two different criminal offences in the same procedure without any jurisdictional problem.

¹ See for example R c Van Rassel (1990) 1. R.C.S. 225, at 226-227.

² In this case the best working cooperation can be found in the European Union since The Treaty on European Union, "Maastricht Treaty", the judicial cooperation in criminal matters comes under Title V of the Treaty on the Functioning of the European Union, signed in Maastricht on 7 February 1992, entered into force on 1 November 1993; recently cooperation in criminal matters framed by in force Chapter 4 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

To prevent multiple convictions for the same matter or cause against the same accused person, the criminal law has developed one of its most fundamental principles: *res judicata* at the national level and the principle of *ne bis in idem* at the international level.

This article focuses on comparing the principle of *res judicata* in Canadian criminal law and the principle of *ne bis in idem* in European Union criminal law by analysing their respective case law. Although these principles seem similar at the first sight on the grounds that both of them are crucial principles of criminal law³ and a fundamental judicial guarantee⁴ at the same time, however they present very important differences.

The importance of these principles from the point of view of accused is always the same: protection against the potential abuse of government power by protecting against the repeated exercise of *ius puniendi*. However these principles do not solely protect the accused's rights; they also protect the integrity of the judicial system by eliminating the possibility to have multiples procedures, contradictory judicial decisions and further help maintain and enhance the confidence of the public in the judicial system.

1. The principle of *Res judicata* in Canadian criminal law

Origins

The principle of *res judicata* is a fundamental principle of Canadian criminal law as the jurisprudence has restated it several times.⁵ This principle has its origins in Roman law, wherein it meant “a controversy which was concluded by a judge” and “it is considered as truth”⁶, resulting that the case was barred from a following procedure on the same question.⁷ As a historical fact, this principle was developed first in Roman civil law, but was later incorporated and used also in Roma criminal law which has undeniably influenced common law.⁸ In 1950, Lord MacDermott emphasized in *Sambasivam v Malaya Federation Public Prosecutor* that the principle of *res judicata* is applicable as much in criminal proceedings as it is in civil proceedings⁹. This was reprinted and approved subsequently by several judgements of the Supreme Court of Canada.¹⁰ Nevertheless, the case law had pointed out that the

³ In Canadian jurisprudence: *The Queen v. King* (1897) 1. Q.B. 214 at p. 218; *Wright, McDermott and Feeley v The Queen* (1963) S.C.R. 539, at 545; *McDonald v The Queen* (1959) S.C.R. 186, at p. 195; *Brunet v The King* (1918) S.C.R. 83, at p. 115; *Duhamel v The Queen* (1984) 2. S. C.R. 555, at p. 561-562;

⁴ In case of *Res judicata*, as a legal right section 11 h) of The Constitution Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule B, Part I. In case of *Ne Bis In Idem*, as fundamental right, section 50 of The Charter of Fundamental Rights of The European Union, O.J. 2012/C 326/02 and sections 54-58 of the Convention on the Implementation of the Schengen Agreement, Official Journal L 239, 22/09/2000 P. 0019 – 0062.

⁵ See for example: *The Queen v. King* (1897) 1. Q.B. 214 at 218; *Cullen v The King* (1949) R.C.S. 658, at p 668; *Wright, McDermott and Feeley v The Queen* (1963) S.C.R. 539, at 545; *McDonald v The Queen* (1959) S.C.R. 186, at 195; *Brunet v The King* (1918) S.C.R. 83, at 115; *Duhamel v The Queen* (1984) 2. S. C.R. 555, at 561-562.

⁶ “*res iudicata pro veritate accipitur*” see in Adolf Berger: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, New Series, Volume 43, part II, (1953), The American Philosophical Society, Philadelphia, reprinted in 1991, at p. 678. *Brunet v The King* (1918) S.C.R. 83, at p 115; *Goldhar v The Queen* (1960) R.C.S. 431, at p. 441-442.

⁷ W.A. Hunter, *A systematic and historical exposition of Roman Law, in the order of a Code*, Fourth Edition, London, Sweet & Maxwell Ltd, 1903, at p. 666.

⁸ William L. Burdick, *The principles of Roman law and their relation to modern law*, The Lawbook Exchange Ltd, New Jersey, 2004, at p. 706-707.

⁹ (1950) A.C. 458, P.C., at p 479.

¹⁰ *McDonald v The King* (1960) S.C.R. 186, at p. 193-195. *Goldhar v The Queen* (1960) S.C.R. 431, at p. 441-442. *Bingham v R* (1971) S.C.R. 369, at p. 376. *Gushue v R*. (1980) 1. S.C.R. 798, at p 802.

application of *res judicata* maxim is different in criminal law than it is in civil law because of the rights of the accused in a criminal trial are based on the construct of the “fair trial” concept.¹¹ As it evolved, the case law translated this maxim in the criminal law context as to mean that “no person shall be placed in jeopardy twice for the same matter”¹².

The principle of *res judicata* was further developed by common law¹³ to give it another point of analysis: the substantive elements of the maxim. For a long time, there was confusion about the exact meaning of the *res judicata* principle seeing from different judgements that “*res judicata*” was used as *issue estoppel*¹⁴ or to describe *autrefois acquit*, *issue estoppel* or *res judicata* as rule stated in *Kienapple* by Judge Laskin.¹⁵

The origins of *autrefois acquit*, *issue estoppels* and *res judicata* (*interdiction of multiple convictions*) as ruled in *Kienapple* is all the same: the principle of *res judicata* which is codified in section 11. h) of the Charter¹⁶ as a legal right but their application are different.¹⁷

The maxim of *res judicata* is a cornerstone of criminal law and a substantive defence under section 8 (3) of *Criminal Code*.¹⁸

Application

In general, this maxim is not applicable if there are two procedures against the accused related to the same act but one of them is an internal disciplinary matter, as has been ruled in *R v. Wigglesworth* in the case of a common assault committed by a police officer who was tried first by a disciplinary committee for a major service offence and then later by a criminal trial for a common assault. It is not the act itself but the quality of the person who committed it that gave an explanation as to why the maxim of *res judicata* is not applicable when there is both a disciplinary procedure and a criminal trial based on the same facts. In this case, the accused was member of the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) at the time of assault and was therefore subject of the Royal Canadian Mountain Police Act and the force’s Code of Discipline was applicable to the officer, as was the Criminal Code. The officer was not just a member of a special group of individuals subject to the internal discipline mechanisms of his public organization, but also a member of society at large. As a result, the first procedure was an internal disciplinary matter and the accused was accountable to his profession, and further the accused was also accountable to society for his conduct. Consequently, the same act

¹¹ *R v Smith* (1997) 36 OR (3d) 530; 119 CCC (3d) 547; 9 CR (5th) 337; 104 OAC 133,- 1997 CanLII 3473 (ON CA) at p 14-21; *R. v. Greenlaw*, 2007 CanLII 3489 (ON SC), <<http://canlii.ca/t/1qhlq>> retrieved on 2013-06-26; *R. v. F. D. J. F.*, (2005) 197 CCC (3d) 365; 198 OAC 126, 2005 CanLII 18707 (ON CA),

¹² “*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*” in *The Queen v Riddle* (1980) 1. S.C.R., 380, at p 385; *R. v. Turmel*, 1996 CanLII 7940 (ON CA), <<http://canlii.ca/t/1trwg>> retrieved on 2013-07-10, (109 CCC (3d) 162; 92 OAC 215); *R v Badiuk* (1930) 53, C.C.C. 63 (C.A. Man) at p 66; *Flatman v Light* (1946) K.B. 414 at p 419.

¹³ *Hudson v. Lee* (1589) 4Co. Rep. 43 a. 76 E.R. 989; *The Queen v. Miles* (1890) 24 Q.B.D. 423. *Wemyss v. Hopkins* (1875) L.R. 10 Q.B. 378.

¹⁴ See for example: *Wright, McDermott and Feeley v The Queen*, supra note 3, at p. 543. *Manchuk v The King* (1938) S.C.R. 341, at 352; *R. v. Owens*, [1970] 2 C.C.C. 38 (B.C.C.A.) at p 43-44; *McDonald v The King*, supra note 10, at p 195;

¹⁵ *Kienapple v R.* (1975) 1 S.C.R. 729, at p 748. *R v Van Rassel*, supra note 1, at p.233.

¹⁶ “11. Any person charged with an offence has the right

(h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again;...”Canadian Charter of Rights and freedoms, idem supra note 4.

¹⁷ *R v Van Rassel*, supra note 1, at p 233.

¹⁸ *Regina v Siggins* (1960) O.R. 284, at p 285. *The Queen v Osborn* (1971) R.C.S. 187, at p 193. *Kienapple v R.*, supra note 15, at p.748. *Doré v Attorney General of Canada* (1975) 1. S.C.R. 756, at p 783.

represented two different offences because of two different matters.¹⁹

In *Duhamel v The Queen*, Justice Lamer explained the meaning of the maxim of *res judicata* as “something that has clearly been decided” which subsumes *autrefois acquit*, *autrefois convict* and the rule of *res judicata* stated in *Kienapple*.²⁰

As a result, the maxim of *res judicata* has expanded beyond the restricted scope that some judgements previously applied it.

Substance

Issue estoppel

The ruling in *Sambasivan v the Public Prosecutor, Federation of Malaya* clearly stated the application of the criteria of *issue estoppels*: 1.) that there are two trials (earlier and later), against the same accused, for the same offence and; 2.) the first trial’ verdict of acquittal be imperative and ultimate and made by a competent court after a lawful trial based on a lawful indictments.²¹

This ruling thereby established the essential elements of *issue estoppel* and was affirmed in *McDonald v The King*, in which the accused was acquitted on the charge of conspiracy in a first trial but later prosecuted for the charge of being in possession of heroin for the purpose of trafficking. As Justice Martland explained, the Crown was stopped in the later trial “from questioning that which was in substance the ratio of and fundamental to the decision of the earlier proceeding”. The final decision of the earlier trial, on the charge of conspiracy, was not relevant to the subject-matter of later trial, on the charge of possession of heroin for trafficking purposes, even if these two charges were related based on the same facts. As a result *issue estoppel* did not apply²².

In the subsequent case of *R v Van Den Meerssche*, the British Columbia Court of Appeal stated that *issue estoppel* does not apply against a decision of “voir-dire”.²³ As Justice Lamer explained in *Duhamel v R*, the decision of “voir-dire” is an interlocutory finding on admissibility of evidence and misses the character of finality which is crucial to apply *issue estoppel*.²⁴

There is a slight distinction between *issue estoppel*, double jeopardy and *res judicata* (as ruled in *Kienapple*) as Justice Laskin in *Gushue v The Queen* pointed out, furthermore *issue estoppel* is not based on double jeopardy. As a result, *issue estoppel* cannot be invoked in a later trial for perjury and making contradictory statements even if the accused made his false statement in the earlier trial for murder, because *issue estoppel* cannot be based on false evidences, in the case of the accused’s admission in the first trial.²⁵

¹⁹ *R c. Wigglesworth* (1987) 2. R.C.S. 541 at p 566-567.

²⁰ *Duhamel v The Queen*, supra note 3, at p 561-562.

²¹ Supra note 9, at p. 479.

²² *McDonald v The King*, supra note 10, at p 193-195.

²³ *R v Van Den Meerssche* (1989) 74. C.R. (3d) 161 (B.C.C.A.) at p 175.

²⁴ *Duhamel v The Queen*, supra note 3, at 559.

²⁵ *Gushue v The Queen*, supra note 10, at p. 802-803, 807.

In *R v Van Rassel*, Justice McLachlin defined that the meaning of “same offence” in a context with an international aspect. The accused was an officer of the RCMP who had conducted a joint investigation with the Drug Enforcement Administration of the United States Department of Justice in Roberval, Province of Quebec. During this joint investigation, the accused received official and confidential reports from the DEA related to Réal Gaudreau living in Florida. After obtaining vacation leave, the accused went to meet Mr. Gaudreau in Florida, upon which occasion he disclosed confidential information to him for bribe. The American authorities arrested and prosecuted Van Rassel for soliciting and accepting bribes in exchange for confidential information. The accused was acquitted at trial. In Canada, he was charged with breach of trust under section 111 of the Criminal Code. The Supreme Court found that *issue estoppel* did not apply in this situation because there was no evidence that the American trial’s issue was the same as Canadian trial’s issue especially since the charges were different.²⁶

However the application of *issue estoppel* is not absolute in case of extrinsic evidence such as fraud, and collateral acts such as perjury committed by accused in the first trial, for the reason that it can mislead the court and consequently its judgement. In the case of perjury, the later trial’s judge can reconsider the same evidence, judge differently and decide differently with the help of additional evidence that the previous trial judge did not possess. For perjury charge, the Crown can re-litigate the same issue decided in favour of the accused if it can provide additional evidence which had not be available at the time of the previous trial despite the exercise of reasonable diligence.²⁷

According to the ruling in *R v Mahalingan*, *issue estoppel* applies in cases of acquittal based on positive findings or reasonable doubt. The finding does not mean that every evidences used in the previous trial cannot be used in a later trial; only factual or legal issues which were “expressly or necessarily” resolved in the first trial cannot be prosecuted later. To determine if the issues have been decided, the court must review the allegations, the nature of the Crown and the defence’s case consequently. It means “the review of the relevant portions of the transcript of the first trial”. Furthermore *issue estoppel* can not apply retrospectively in relation to evidence presented in the prior trial because it would be inconsistent with the finality as character of *issue estoppel*.

Nonetheless in case of similar fact evidence, *issue estoppel* does not give a complete protection against having litigation again on similar factual issue because the admissibility of factual evidence depends on the balancing of the probative value of the evidence against the prejudice that the use of this evidence can cause to the accused.²⁸

Autrefois acquit or autrefois convict

This element of the maxim *res judicata* is one of the earliest explained even if its elements were the same offence based upon the same facts.²⁹ As explained in *R. v. Feeley, McDermott and Wright*, the offences must be substantially identical in both charges at the

²⁶ *R v Van Rassel*, supra note 1, at p 239.

²⁷ *Gridic v The Queen* (1985) 1 S.C.R. 810, at p 826-829.

²⁸ *R v Mahalingan*, (2008) 3. S.C.R. 316, at p 23, 27, 33, 43-44, 78-79.

²⁹ *The Queen v King*, (1897) 1. Q.B. 214, at p. 218.

previous and later trial, but not the facts relied upon. It means that the substantial basic facts of both charges must be common.³⁰

Autrefois acquit or autrefois convict are codified as a special plea in the Criminal Code at subsection 607 (1) a) and b).³¹, at subsection 607 (5) of the Criminal code³² gives the elements for their application. However *R v. Van Rassel* explained that to invoke *autrefois acquit or autrefois convict* the defence must reveal that there was a previous trial against accused and that the identity of charge in the new trial is the same as the previous trial charge was. Mainly the defence must show the existence of two conditions: a) the matter of both trials is the same, in whole or in part; and b) the new charge must be the same as the previous trial's charge was, or it was inherently implicated in the previous trial' charge, either in law or by evidence presented in the previous trial if it had been a legal possibility to make an amendment of the charge at the time of the previous trial.³³

This special plea can be invoked if there is a judgement on the charge following a "trial on the merits"³⁴, but not in case of stay of procedures³⁵, of an order setting aside the committal³⁶ or of a decision to quash the charge because of lack of jurisdiction which entails absolute nullity³⁷.

***Res judicata* (as ruled in *Kienapple* or "the *Kienapple* principle")**

This element of the maxim *res judicata* was named by Justice Laskin in *Kienapple v R* giving it a narrower meaning than the maxim *res judicata* truly has. In case of *res judicata* as ruled in *Kienapple*, concerned only one trial but the indictment contained multiple charges based upon the same facts. Consequently there were inconsistent counts. As a result, there was a possibility that the accused could be punished twice for the same act. In such a case, the court cannot find the accused guilty on inconsistent counts. This can be seen in a case such as a thief stole a good and kept it: he cannot be found guilty both on the same charges of stealing and of receiving the same stolen goods at the same time.³⁸

Clearly, the Crown can accuse a person of having committed two distinct offences based upon one act of the accused; in this case, the second charge is an alternative charge. When there is an alternative charge the judge must direct the jury that they cannot find the accused guilty on both charges, but rather can only find the accused not guilty of the first charge or

³⁰ *R. v. Feeley, McDermott and Wright*, [1963] 1 C.C.C. 254, 38 C.R. 321, 38 D.L.R. (2d) 133, at p 263. This decision was approved by *Wright, McDermott and Feeley v The Queen* (1963), supra note 3 at p 543-544.

³¹ "607. (1) An accused may plead the special pleas of

(a) *autrefois acquit*;

(b) *autrefois convict*; .." Criminal Code (R.S.C. 1985, c, C-46)

³² "(5) Where an accused pleads *autrefois acquit* or *autrefois convict*, it is sufficient if he

(a) states that he has been lawfully acquitted, convicted or discharged under subsection 730(1), as the case may be, of the offence charged in the count to which the plea relates; and

(b) indicates the time and place of the acquittal, conviction or discharge under subsection 730(1). » Criminal Code, idem.

³³ *R v Van Rassel*, supra note 1, at 234-235.

³⁴ *R v Riddle*, (1980) 1. S.C.R. 380, at p 399.

³⁵ *R v Tateham* (1982) 70 C.C.C. 2d. 565 (B.C.C.A.), at p 8-19.

³⁶ *R v Gould* [1985] 5 W.W.R. 430, (Sask. C.A.) at p 10-13.

³⁷ *R v. Moore* (1988) 1. R.C.S. 1097, at p 1128.

³⁸ *Kelly v The King* (1916) 54 S.C.R. 220, at p 228-229. *R v. Siggins* (1960) O.R. 284, at 285. *Cox and Paton v The Queen* (1963) S.C.R. 500, at 514.

guilty of the second charge if the jury has found the accused not guilty on the first charge.³⁹

As Justice Laskin emphasized in *Kienapple v R* if manslaughter and assault were figured in the same indictment, the accused cannot be found guilty on both charges because of the included offence rule. Related to the application of *res judicata* as ruled in *Kienapple*, there is only one point whether the same cause or matter and not the offence can be found at least in two offences. More precisely *res judicata* is applicable if there are two counts of the indictment, and the elements of first charge are the same or substantially the same elements as those of the second charge.⁴⁰

The *Kienapple* case caused much confusion in the application of *res judicata* as interpreted by Justice Laskin, because the rule against the multiple convictions has the same name as the *res judicata* maxim itself, despite the fact that the maxim has a much larger meaning and is not restricted solely to the rule against multiple convictions.

This confusion has been cleared in *R v. Prince* which used the nomination of “the rule against multiple convictions” instead of the expression *res judicata*, or later called the *Kienapple* principle, wisely so. The rule against multiple convictions is applicable if the offences of indictment arose from the same factual incident and there is a “relationship of sufficient proximity” between the facts and at least two offences of the indictment. This means that the same act of accused must be based on the common ground of two or more charges.

To ascertain the sufficient proximity between facts and the offences, the court must have regard to factors such as the proximity of events geographically and in time; “the absence of presence of relevant intervening events” and the presence of the common objective between the accused’s acts. This requirement of proximity between offences is satisfied if there is “no additional and distinguishing element” between the two offences. In this sense, an element is additional and distinguishing “if (1) an element in one offence is a particularization of an element in another offence; (2) there is more than one method, embodied in more than one offence, to prove a single delict; and (3) when Parliament in effect deems a particular element to be satisfied by proof of a different nature because of social policy or inherent difficulties of proof”. Evidently, the same cause, matter, offences or victim must be the basis of both charges.

In the case of a stabbed pregnant victim who lost her child as a consequence of the stabbing five days later; the accused was found guilty of causing bodily harm and was charged attempted murder and later manslaughter. Even if the factual nexus was satisfied because of the accused’s single act caused the bodily harm and the child’s death, resulting in the accused’s single act as grounds of both charges.

In the analysis of the legal nexus, it must be considered the consequences of the act, the circumstance of the commission, the status of the victim(s) only when these factors are integrated in the offence as its elements. To cause bodily harm and the evidence of death are both different elements of two different offences; therefore, neither of these elements can be incorporated into the other. In this case, both offences had a different victim. In case of crime

³⁹ *Cox and Paton v The Queen*, *idem*, at 513.

⁴⁰ *Kienapple v R*, *supra* note 15, at p 750, 751, 754.

against person, the rule against multiple convictions was not applicable because there were two different victims for two different offences.⁴¹

The Court found that the accused had to answer for injuries caused to two different persons, even if the child was not alive at the time of commission of the act by the accused. The Court used the reasoning of *R v Birmingham and Taylor* case⁴² to support this argument, a case which related to a criminal negligence in the operation of a motor vehicle and wherein all of the victims were existing human being before the accused's act was committed. Later Section 223 of the Criminal Code⁴³ which deals "when child becomes human being" codified the common law's approach that "the foetus must be born alive to enjoy rights".⁴⁴

After the case law analysis of the maxim of *res judicata*, it is clear that this maxim is not just a rule of evidence; it has attained the status of cornerstone in the Canadian criminal law and must be understood as being much broader than it first seemed.

The understanding of the broadness of the maxim can be better understood when opposed to the interpretation of the maxim of *ne bis in idem* in European Union criminal law. When the interpretation of the Court of Justice of the European Union are contrasted with those of Canadian Courts, whether under a common law or continental system, it becomes clear that the interpretation to be given to *res judicata* in national law is not solely than of a prohibition on multiple convictions, but rather that of a fundamental right that served both individual and collective rights, protecting the integrity of the justice system and reaching much beyond the immediate protection of the accused.

2. The principle of *Ne bis in idem* in European Union Criminal law

Origins

The principle of *ne bis in idem* also originated in Roman civil law, just like the maxim of *res judicata* in Canadian criminal law. However, it possessed two interpretations: first one "*bis de eadem re ne sit action*" which meant that the parties were bounded by the outcome; and second "*bis de eadem re agree non licet*", which meant that the proceeding exhausted the claim, and therefore its matter became barred before a second claim.⁴⁵ Through time, this principle can be found in an 1844 extradition convention between France and Netherland and between France and Luxembourg.⁴⁶

⁴¹ *R v Prince* (1986) 2. S.C.R. 480, at p. 491 -507. *R v Wigman* (1987) 1 S.C.R 246, at p. 17-18.

⁴² *R. v. Birmingham and Taylor*, [1976] O.J. No. 495, 34 C.C.C. (2d) 386. See *idem*, at p. 507.

⁴³ "223. (1) A child becomes a human being within the meaning of this Act when it has completely proceeded, in a living state, from the body of its mother, whether or not

(a) it has breathed;

(b) it has an independent circulation; or

(c) the navel string is severed.

Marginal note: Killing child

(2) A person commits homicide when he causes injury to a child before or during its birth as a result of which the child dies after becoming a human being." Criminal Code, *supra* note 31.

⁴⁴ *Tremblay v Daigle* (1989) 2. S.C.R. at p 532.

⁴⁵ Bas Van Bockel, *The Ne Bis in Idem principle in EU law*, Kluwer Law International BV, 2010, at p 30.

⁴⁶ Albert Billot, *Traité de l'extradition*, E. Plon et C^oie Imprimeur, Paris, 1874, at p 541, 527.

The maxim of *ne bis in idem* can be found as the principle of “*nemo debet bis vexari, bis de eadem re ne sit actio*”, which has the same meaning as the prohibition of double prosecution. In Europe, the most commonly used maxim for the meaning of prohibition of double prosecution and double punishment is *ne bis in idem*.⁴⁷ Subsequently this maxim appeared in article 9 of the 1957 European Convention on Extradition.⁴⁸

The first appearance of the *ne bis in idem* principle in European Union law was in the 1987 Convention between the Member States of the European Communities on double jeopardy⁴⁹. However the Court of Justice of the European Union (CJEU) did not use it much in its case law and it remained on an inter-governmental basis which means that to apply this convention, European Union (EU) Member States had to sign and ratify it just like any other international convention. A significant change appeared in 1990 with article 54 of the Convention of Implementation of the Schengen Agreement⁵⁰ (CISA), which stated:

“A person whose trial has been finally disposed of in one Contracting Party may not be prosecuted in another Contracting Party for the same acts provided that, if a penalty has been imposed, it has been enforced, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing Contracting Party”.

This convention aimed to realize the unique “Schengen Area” wherein citizens of the “Schengen area”⁵¹ can move freely without any physical barrier. The EU did not have the right to legislate on criminal matter, as every aspect of criminal law at the EU level depended on intergovernmental negotiations, finalised by agreements or conventions.

Following the political and economical changes of the 1980’s and 1990’s, the protection of society against criminal activities became more and more important due to the increase in transnational effects of criminality, but there was no legislative power in criminal matter for EU institutions. The reason for this is simple: criminal law was always a national priority and is closely related to States’ sovereignty. Any limit on this sovereignty is subject to national scrutiny and therefore required inter-governmental negotiations. As transnational criminal activities increased and became more complex, it became imperative that the EU needs to develop its system of institutions to better serve and protect its citizens.

The first change of the EU’s legal thinking arrived by articles K.12.5 of Title VI and 2. 5) of the Treaty of Amsterdam which integrated the “Schengen acquis” into the EU’s framework. CISA became more and more important in relation to the maxim of *ne bis in idem* which is based on the principle of mutual confidence because the importance of cooperation in criminal matters became inevitable as the case law of CJEU demonstrates it⁵². Progressively,

⁴⁷ Supra note 45, at p 31-32.

⁴⁸ European Convention on Extradition, Paris, 1957. Council of Europe, CETS No : 024.

⁴⁹ Great Britain Foreign and Commonwealth Office, *Convention Between the Member States of the European Communities on Double Jeopardy: Brussels, 25 May 1987*, Volume 438 (GB Parliament), Issue 19 of Treaties etc, European Economic Community, H.M. Stationery Office, 1988.

⁵⁰ The full name of the convention is the Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, signed on 19 June 1990 at Schengen.

⁵¹ Area of Member States who signed and ratified the Schengen Agreement and the CISA.

⁵² See for example: C-436/04 - Van Esbroeck; C-467/04 – Gasparini and others; C-150/05 – Van Straaten; C-288/05 – Kretzinger; C-367/05 – Kraaijenbrink; C-297/07 – Bourquain; C- 497/07 – Turansky.

the principle of *ne bis in idem* appeared in several other EU legal instruments⁵³ before the Treaty of Lisbon (2007).

Finally the *Treaty of Lisbon* had a double importance related to EU criminal law: first, Articles 82.2 and 83.1 of the *Treaty on the Functioning of the European Union* (TFEU) gave itself a legislative power related to criminal law in cases having cross-border dimension and particularly where serious crime are involved⁵⁴; second, Article 50 of the *Charter of Fundamental Rights of the European Union* (ChFREU) names “*ne bis in idem*” as a fundamental right and gave it the same legal value as the Treaty have by article 6.1 of the Treaty on European Union (TEU)⁵⁵. The article 50 of the ChFREU stated:

“Right not to be tried or punished twice in criminal proceedings for the same criminal offence

No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law.”⁵⁶

After the changes made by the Treaty of Lisbon, it is clear that the *ne bis in idem* maxim is not solely a cornerstone of EU criminal law but also that it is a fundamental right, based on the principle of mutual recognition⁵⁷ and of mutual trust. The purpose of this maxim is double: on the one hand, the EU wants, by application of this maxim, to ensure the right of freedom of movement for its citizens, which is another fundamental right⁵⁸; while at the same time it is a protection against State abuse by ensuring a fair trial⁵⁹ and ensuring the principle of legitimate expectations⁶⁰; and on the other hand, the EU wants the use of this maxim to provide the judicial system with a protection by eliminating the possibility of having multiple procedures, contradictory judicial decisions as a guarantee for legal certainty and thus maintain and enhance the confidence of citizens in the judicial system.

First the CJEU case law used this principle as prohibition of double penalties and recognized in competition law cases as a general principle of Community law⁶¹. Later yet, it further expended its meaning to cover the prohibition of double prosecution “*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*”.⁶²

The principle evolved in its application through the Court’s decisions and, as follows, demonstrates an application that departs from a restrictive approach to encompass generous

⁵³ See for example: EU arrest warrant 2002/584/JHA modified by framework decision 2009/299/JHA OJ L 81, 27.3.2009; Convention drawn up on the basis of Article K.3 (2) (c) of the Treaty on European Union on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union, OJ C 195. 25.6. 1997, p 2-11.

⁵⁴ Articles 82. 2 and 83. 1 of the TFEU, OJ C 326, 26.10.2012. at p 81-82.

⁵⁵ Article 6.1 of the TEU, OJ C 326, 26.10.2012. at p 21.

⁵⁶ Article 50 of the Charter of Fundamental Rights of The European Union. OJ C 326, 26.10.2012, at p 408

⁵⁷ Paragraph 33 of the conclusions of the Tampere European Council of 16 October 1999, OJ 2001 C 12, p. 10.

⁵⁸ Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer on Case C-187/01 and C-385/01, (2003), ECR-I-01345, at p 114. Case 436/04 *Leopold Henri Van Esbroeck*, (2006), ECR-I-2351, at p.34. Case, C-187/01 and C-385/01 *Gözütok and Brügge*, (2003) ECR-I-01345, at p. 38. Case C-469/03 *Miraglia* (2005) ECR I-2009, at p 32.

⁵⁹ Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer on Case 297/07 *Bourquain* (2008) ECR I-09425, at p 35-37.

⁶⁰ Case C-150/05 *Van Straaten*, note 74, at p 59.

⁶¹ Case 7/72 *Boehringer Mannheim v Commission* [1972] ECR 1281, at p. 1284.

⁶² Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer on Case 297/07 *Bourquain* (2008) supra note 58, at p 33.

protections that conform to the ideals of the EU's principles and fundamental rights.

Application

Firstly, it is important to note that the maxim of *ne bis in idem* appeared first in relation to competition law in CJEU case law⁶³.

The subject of application of the principle *ne bis in idem* is complex, especially if this maxim is looked at from the point of view of the CISA because its article 55 erects a barrier to the application of Article 54: (a) offences committed in whole or in part in its own territory of the second state to initiate the second prosecution, (b) act committed constitute an offence against national security or other equally essential state' interests, and (c) crimes committed by the officials of the (second) state, in violation of their duties. Notwithstanding, to rely on this article a prior declaration is required from a Member State.⁶⁴ As important is the fact that national reservations and declarations can be made when joining CISA under its Articles 55 to 58, which clearly indicates that traces of sovereignty remain in the enforcement clause⁶⁵.

Interestingly, the possibility of making a national reservation or declaration is different in case of EU Member States at the time of the ratification of CISA and future EU Member States, because Member States could made a national reservation; on the other hand EU candidate state had no choice, it did must not make a reservation because the implementation of *Schengen acquis* is one of the Copenhagen criteria which must be fully filled to become a Member State.⁶⁶

Another interesting element that there are EU Member States where the Schengen Agreement is not applicable such as in United Kingdom or Ireland (Non- Schengen EU States); on the other hand there are EU Member States but just Schengen candidate countries such as Romania, Bulgaria and Croatia; finally there are non EU Member States such as Lichnstein, Swiss, Norway and Iceland which countries are Schengen states because they adhered to the *Schengen Agreement*.⁶⁷

As the CJEU pointed out the principle of *ne bis in idem* is applicable even if the CISA was not yet in force in the first state at the time of conviction but was in force in both states at the time of assessment by the second court.⁶⁸

In case of application the maxim *ne bis in idem* according to ChFREU, it is a little bit different because its article 51(1) predicts that the Charter is applicable not just to the institutions, bodies, offices and agencies of the EU, with regard for the principle of

⁶³ Case 14-68 *Walt Wilhelm and others v. Bundeskartellamt* [1969] ECR 1. Case 7/72 *Boehringer Mannheim v. Commission*, supra note 61.

⁶⁴ Article 55 (1) of the Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, OJ L 329, 22.09.2000. p. 0019-0062.

⁶⁵ Article 54 of CISA.

⁶⁶ European Council in Copenhagen (21-22 June 1993), Conclusion of the Presidency, DOC 93/3, Point 7 (a)

⁶⁷ <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/>

⁶⁸ Case 436/04 *Van Esbroeck*, (2006), supra note 58, at p. 24. Case C-297/07 *Klaus Bourquain* (2008) ECR I-09425 at p 27. Case C-367/05 *Kraaijenbrink* [2007] ECR I-6619, at p. 22. Case C-491/07 *Vladimir Turanský*, ECR I-11039 , at p 27.

subsidiarity, but also to Member States only when they implemented EU law.⁶⁹

This was exactly one of the major issues in Åkerberg Fransson case who was imposed tax penalties for the same act which was the base of criminal proceeding against him brought on, because he provided false information in his tax return and he failed to declare employers' contributions. Although the subject matter of the main proceedings did not arise from implementation of EU law for the reason that both the tax and criminal proceedings were based on national legislation, the CJEU affirmed that every Member State has an obligation to create appropriate administrative and legislative measures to ensure the collection of all the value added taxes (VAT) due on its territory and to prevent fiscal and tax evasions under EU legislation⁷⁰. Thus, the Charter was applicable in this context.⁷¹

The standpoint is different if the practice or a disposition of national law is not compelling with a right guaranteed by the Charter, the national court must apply EU law to give full effect of its provisions.⁷²

Substance

The principle of *ne bis in idem* was progressively recognized as a principle of Community law by the CJEU⁷³, at a moment in time when national and inter-governmental institutions of EU acknowledged that cooperation in criminal matters was becoming ever more important. The CJEU developed the meaning of this maxim in its case law.

By this development the CJEU started to use this maxim as a prohibition of double sanctions for the same act in Case 14/68 *Wilhelm and others*⁷⁴, in relation to competition law. Subsequently, this approach was slightly modified by incorporating the prohibition of double proceedings for the same act as an element of the maxim.⁷⁵ Finally, by the creation and ratification of CISA, the CJEU started to give meaning for both substantive elements of this maxim such as "*bis*" or "*idem*".

Bis “..finally disposed of..”

The CJEU acknowledged that the application of *ne bis in idem* principle does not distinguish

⁶⁹ Article 51 (1) of the Charter of Fundamental Rights of The European Union. OJ C 326, 26.10.2012, at p 408

⁷⁰ Articles 2, 250(1) and 273 of Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax (OJ 2006 L 347, p. 1). Article 4(3) TEU and Article 325 TFEU obliges the Member States to counter illegal activities affecting the financial interests of the European Union. Article 2(1) of Council Decision 2007/436/EC, Euratom of 7 June 2007 on the system of the European Communities' own resources (OJ 2007 L 163, p. 17), revenue from application of a uniform rate to the harmonised VAT assessment bases determined according to European Union rules. Case 617/10 *Hans Åkerberg Fransson* (26 February 2013) (2013) ECR I-0000 (not published yet), at 24-27.

⁷¹ Case 617/10 *Hans Åkerberg Fransson*, at p. 16-17.

⁷² Case 106/77 *Simmenthal* [1978] ECR 629, at p. 21, 24; Case C-314/08 *Filipiak* [2009] ECR I-11049, at p. 81; and Joined Cases C-188/10 and C-189/10 *Melki and Abdeli* [2010] ECR I-5667, at p 43-44. Case 617/10 *Hans Åkerberg Fransson*, *idem*, at p 45-47.

⁷³ *Idem* supra note 61. Joined Cases C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99P, C-247/99 P, C-250/99 P to C-252/99 P and C-254/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij and Others v Commission* [2002] ECR I-8375, at p 59.

⁷⁴ Case 14/68 *Wilhelm and Others v Bundeskartellamt* [1969] ECR 1, at p 9.

⁷⁵ In Joined Cases T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 and T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij and others v Commission* (1999), ECR II-945, at p 96. See also Case C-397/03 P, *Archer Daniels Midland and Archer Daniels Midland Ingredients v Commission* (2006), ECR I-4501, at p 50-51.

between acquittal or conviction; rather it focuses on the finality of the decision as the principle states “*finally disposed of.*”. This means that the decision must be final and the procedure must be discontinued.⁷⁶ Under CJEU’s case law, a decision is final if it “must bring the criminal proceeding to an end and definitively bar further prosecution” under national law.⁷⁷

These decisions do not have to be made by a court; other authorities such as prosecutor authority can issue a final decision in some jurisdictions. In these cases, the Public Prosecutor, as the authority empowered by law, can make a decision which discontinues the criminal procedure according to its role in the national administration of criminal justice. In such case, the accused must undertake certain prescribed obligation by the Public Prosecutor, and is therefore penalised for his allegedly unlawful conduct. Consequently, once the accused complies with the prescribed obligation, a later prosecution on the same facts is barred because it has been seen as “enforced” in the purpose of the article 54 of CISA, giving it a character of finality as understood by the Court⁷⁸. Evidently, the application this principle in an out-of-court settlement cannot preclude any civil action initiated later by the victim or any other harmed person.⁷⁹

The Court clarified in *Miraglia* that a decision is not final if it discontinues the criminal proceeding on the sole ground that another Member State has initiated a criminal proceeding based on the same facts against the same person. To see the decision as being final, the decision must be rendered on the merits of the case in order to benefit from the principle of *ne bis in idem*.⁸⁰

A decision by a police authority on suspending a criminal proceeding before the suspect was charged cannot be defined as a final decision because of the simple reason that it was not barred further prosecution under national law, and therefore the prosecution was not brought to an end.⁸¹

In case of time-barred offence, the Court stated that the accused must benefit from the maxim for the reason that the acquittal precludes the application of any enforceable penalty at the end of the first trial and further criminal proceedings in other Member State.⁸²

As the Court stated earlier the application of the principle does not distinguish between acquittal and conviction; the maxim is fully applicable in the case of an acquittal for lack of evidence for the reason that in Article 54 of CISA, the main clause does not make any difference between the content of the judgement. It is only the subordinate clause of article 54 of CISA that refers to the case of a conviction. According to the Court’s reasoning, if the main clause intended to apply only in the case of convictions, there would be no meaningful purpose to the subordinate clause.⁸³

⁷⁶ Joined Cases C-187/01 and C-385/01, *Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge* (2003) ECR I-1378, at p 40. Case C-150/05 *Van Straaten* [2006] ECR I-9327, at p. 56. Case C-467/04, *Gasparini and others* (2006), ECR I -9245 at p 24.

⁷⁷ Case C-491/07 *Vladimir Turanský*, supra note 68, at p 34-38.

⁷⁸ Joined Cases C-187/01 and C-385/01, *Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*, supra note 76, at p 28-31, 38

⁷⁹ *Idem*, at p 47.

⁸⁰ Case C-469/03 *Miraglia* (2005) ECR I-2012, at p 28-35.

⁸¹ Case C-491/07 *Vladimir Turanský*, supra note 68, at p 39-40, 45.

⁸² Case C-467/04, supra note 76, at p 23-33.

⁸³ Case C-150/05 *Van Straaten*, supra note 76, at p 54-56, 60.

In case of a sentence that was never directly enforced, the Court stated that the principle is applicable on sentence taken *in absentia*, by reasons of the specificity of national law such as the limitation of time period applicable on penalty and of the applied amnesty, the verdict can never directly be enforced on the accused.⁸⁴

Interestingly, if an indictment contains more or broader charges than the accused was found guilty under an earlier judgement, this judgement cannot constitute a final decision in issues covered by a later surrendered European arrest warrant therefore a further prosecution cannot be precluded. This is the case was in relation to organized crime when the investigative authority omitted to pass all of the evidence related to other offences to the prosecutor for tactical reason and these evidences were never provided at court and a later surrendered EU arrest warrant subsumed more offences based on earlier gathered evidences also which was executed another Member State.⁸⁵

From the penalty point of view of the judgement, the Court stated that the administrative measures and penalties coming from the common agriculture policy do not constitute criminal penalties because their nature is not criminal.⁸⁶ This reasoning made it possible that an administrative measure and a criminal proceeding can be based on the same facts for example in case of making false declaration.⁸⁷

The substantial part "*idem*" of the principle *ne bis in idem* does not have as much case law under ChFREU as it does under CISA. This is mostly due to the date of entry into force of the former compared to the latter. As a result, the CJEU uses its case law of CISA in cases which are related to the ChFREU. The question of finality of judgement becomes more interesting when an administrative procedure and a criminal procedure meet in relation to a false declaration resulting tax evasion. For the protection of the financial interest of the EU, such as the declaration obligations of value added tax (VAT), Member State can choose administrative, criminal or mixed measures of them as penalties.⁸⁸

Where a decision contains a penalty which is criminal in nature, the decision constitutes a final decision. To be qualified as a penalty being criminal in nature, there must be an assessment of three relevant elements: (1) legal classification of the offence under national law; (2) the nature of the offence; (3) nature and the degree of severity of the penalty.⁸⁹ This assessment is the national court's task as the CJEU is pointed out. Hence if one of the penalties is not criminal in nature; the Member State is free to impose successively an administrative and a criminal proceeding for the same act against the same person in relation to the application of EU law. This is for a simple reason: EU legislation imposes the obligation to create penalties to protect the EU's financial interests on Members States. Such legislation must be effective, proportionate and dissuasive. Consequently, Member States are free to

⁸⁴ Case C-297/07 *Klaus Bourquain* (2008), supra note 68, at p 33-35, 38, 43.

⁸⁵ Case C-261/09 *Gaetano Mantello* (2010), ECR I-11477, at p 27-28, 34, 50-51.

⁸⁶ Case 137/85 *Maizena and Others* [1987] ECR 4587, at p.13. Case C-240/90 *Germany vCommission* [1992] ECR I-5383, at p. 25. Case C-210/00 *Käserei Champignon Hofmeister* [2002] ECR I-6453, at p 43.

⁸⁷ Case C-489/10 in the criminal proceedings against Łukasz Marcin Bonda, (2012) ECR 00000, at p 29, 44, 46.

⁸⁸ Case 68/88 *Commission vGreece* [1989] ECR 2965, at p 24. Case C-213/99 *de Andrade* [2000] ECR I-11083, at p 19. Case C-91/02 *Hanni-Hofstetter* [2003] ECR I-12077, at p 17.

⁸⁹ Case C-489/10 *Bonda* [2012] ECR I-0000, at p 37.

choose the best measure in accordance with their national law.⁹⁰

***Idem* –“.. for the same acts..”**

The second substantial element of the principle is “*idem*” which means the same acts. This element becomes more interesting when related to offences such as illegal drug, arms and tobacco trafficking, all of which have an exporting activity from another Member State and an importing activity into one Member State. It can also relate to the marketing of goods in other Member States; or when different offences were committed with the same intent but in different Member States, or in case if elements of offence are different under different national legislation.

The interpretation of this element gave diverging interpretations, especially as to the meaning of “same acts” whether it meant their identical legal qualifications or their identical protected legal interest.⁹¹ This has not been a good approach because Member States do have the obligation of approximation of their criminal law, but this obligation does not mean that every Member States must have the same definition of same offences, not even after the Article 83. 1 of TFUE came into force, giving legislative power to EU to establish minimum rules of offences and sanctions in case of serious crimes with cross-border elements.⁹²

The CJEU explained the meaning of “the same act” in *Van Esbroeck* as pertaining only to the nature of the acts in dispute, but not to their legal qualification. If there is no harmonisation of national criminal laws in the case of an offence in dispute, then the identity of the material acts is considered through the prism of the concrete circumstances which must be inevitably linked together in time, in space and by their subject matter. This assessment must be made by the national court. The CJEU stated that the activity of exporting and importing the same narcotic is qualified as being the same act.⁹³ Later the Court clarified in a case of marketing of goods, in this case olive oil originated from Turkey and Tunisia rather than Switzerland as it was declared and later imported into Portugal that “constitutes a conduct which may form part of the same acts”.⁹⁴

The Court further explained that in relation to drug trafficking offences, the quantities of trafficked narcotics or the persons participating in the alleged offence do not have to be identical for the reason that even if such identities are lacking, it can involve circumstances which are inevitably linked together by their nature.⁹⁵

In a contraband tobacco case, the Court stated that transportation of contraband cigarettes implicates importing, exporting and being in possession of it, constituted a set of facts which are covered by the “same acts” since these facts are inevitably linked together in time, in space and by their nature.⁹⁶

⁹⁰ Case C-617/10 *Hans Åkerberg Fransson*, supra note 71, at p 34-37.

⁹¹ As the Czech Government submitted its legal opinion in case *Van Esbroeck*, Case 436/04 *Van Esbroeck*, (2006) supra note 57, at p 26.

⁹² Article 83.1 of TFUE, supra note 53.

⁹³ Case 436/04 *Van Esbroeck*, (2006), supra note 58, at p. 27, 35-38, 42.

⁹⁴ Case C-467/04, *Gasparini and others* (2006), supra note 76, at p 57.

⁹⁵ Case C-150/05 *Van Straaten*, supra note 76, at p 49-53.

⁹⁶ C-288/05 criminal proceeding against *Jürgen Kretzinger* (2007) ECR I-6484, at p 36-37.

As to offences shared the same intention, the Court ruled that a subjective link between facts does not satisfy the requirement to be qualified as “same acts” because it must have an objective link between facts in space, in time and by their subject matter. This can be made in case of proceeds of drug trafficking and exchanging it at a bureau of exchange, resulting in money laundering, if an objective link can be found between the sums of money in both criminal proceedings.⁹⁷

The Court used its interpretation of “same acts” of CISA for the interpretation of article 3 (2) of former work decision on European arrest warrant⁹⁸ in *Mantello*.⁹⁹

Conclusion

From the analysis of both principles, even if they seem identical at first sight because of their origins, it is clear that there are similarities in application such as the finality of judgement, but it is undeniable that there are several interesting differences that demand reflection.

First, despite the similarity in their origins, it is clear that the basis of these maxims are different: for EU criminal law, the maxim is based on the principal of mutual recognition and mutual trust; which means that Member States recognize other Member States’ criminal law and its decisions. In the Canadian criminal law these principles do not exist and the maxim is based on the construct of the “fair trial” concept. Meanwhile both maxims want to protect citizens against state’s abuse in a criminal procedure.

In case of application, the *ne bis in idem* maxim may apply according to EU legislation (CISA or the ChFREU), but there are some exception in case of national reserve or declaration under CISA or lacking implementation of EU law which bars to invoke ChFREU. In Canadian criminal law, if the required criteria of *res judicata* are present, the maxim is fully applicable with exception of cases of extrinsic evidence, such as a collateral act, fraud in the case of perjury.

In case of substance of these maxims, the maxim of *ne bis in idem* does not distinguish between conviction and acquittal as such, while the *res judicata* maxim does in Canadian criminal law, the sole important element in the application of *ne bis in idem* being the character of finality of the decision and not the qualification of the decision. This character renders easier the application of the maxim. Moreover, in the EU legal context the final decision can come from an institution other than a court, such as public prosecutor office for example which does not exist in Canadian criminal law.

Furthermore, in the case of prohibition of multiple convictions in Canadian criminal law, prior to a final decision or lack of two trials, the *res judicata* maxim is still applicable.

In cases pertaining to “the same acts”, the meaning of “the same acts” applying the *ne bis in*

⁹⁷ Case C-367/05 Kraaijenbrink, supra note 68, at p 30-36.

⁹⁸ Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, OJ 2002 L 190, p. 1.

⁹⁹ Case C- 261/09 *Mantello* (2010) ECR I-11477, at p 40.

idem maxim requires the identical nature of the act in dispute; in case of lack of harmonisation between national criminal laws related to an offence in dispute, an assessment must be made by a national court. This assessment requires the identity of the material acts through the prism of the concrete circumstances which must be inevitably linked together in time, in space and by their subject matter. Even if an act could be a part of the same event, the maxim is applicable.

In Canadian criminal law, there are three meanings to “same acts”. First, in case of *autresfois acquit, autresfois convict*, “the same acts” means that the matter must be the same in part or in whole and that both trials’ counts must be the same or must be implicitly included in the first trial’s count, either in law or by presented evidence if it was legally possible to amend the charge in the first trial. Second, in case of *issue estoppel*, the accused cannot be called to answer again to the same factual or legal allegations which were already resolved on his/her favor by a judgement on the merits. Finally, in case of the *prohibition of multiple convictions*, the meaning of “same acts” must be based on the same factual incident and have a sufficient proximity to events, geographically and in time, which can be realized if the cause, matter, offence or victim of both charges are the same.

Evidently, the Canadian maxim is more complex and requires more elements to prove which makes harder to satisfy its criteria of application, contrary to the *ne bis in idem* maxim which simplifies its application by giving larger meaning to “ same acts”.

Finally, the purpose of these maxims is similar but more complex in case of EU criminal law. The EU wants to protect its citizens and its Member States’ justice systems, both at the same time. To protect its citizens, the EU wants to ensure the right of freedom of movement for, which is another fundamental right meaning free moving without fear of a second prosecution by respecting the legitimate expectation principle and to give a safeguard against abuse of State power in order to ensure a fair trial. On the other hand, this maxim provides a protection to the judicial systems by eliminating the possibility of having multiple procedures, contradictory judicial decisions as a guarantee for legal certainty and keep the trust in the judicial system.

As we can see from the progressive development of the CJEU under the European Union’s jurisdiction, the concept of *ne bis in idem* has grown to encompass much more than solely a prohibition against multiple convictions. It stands now as a cornerstone of European Union law and can be expected to have further impacts upon Member States’ society. This example may give some further growth to the development of Canadian criminal law.

These divergences originated mostly in the speciality of EU law and in the fact that EU is not simply a country like Canada but an alliance of Member States with its system of institutions.

When all is compared, the application of *ne bis in idem* as a maxim may well benefit Canadian criminal law, avoiding the misnomer of *res judicata* to name both a maxim and its element, and further providing a judicial guarantee that is more encompassing than solely that of a protection against multiple convictions.

Appendix

Legislation

(Canadian)

The Constitution Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule B, Part I.

Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46)

(EU)

Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, signed on 19 June 1990 at Schengen.

Charter of Fundamental Rights of The European Union, OJ C 326, 26.10.2012;

Convention drawn up on the basis of Article K.3 (2) (c) of the Treaty on European Union on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union, OJ C 195. 25.6. 1997.

Convention on the Implementation of the Schengen Agreement, Official Journal L 239, 22/09/2000 P. 0019 – 0062.

Council Decision 2007/436/EC, Euratom of 7 June 2007 on the system of the European Communities' own resources (OJ 2007 L 163, p. 17

Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax (OJ 2006 L 347, p. 1)

Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, OJ 2002 L 190.

EU arrest warrant 2002/584/JHA modified by framework decision 2009/299/JHA OJ L 81, 27.3.2009.

European Convention on Extradition, Paris, 1957. Council of Europe, CETS No : 024.

European Council in Copenhagen (21-22 June 1993), Conclusion of the Presidency, DOC 93/3,

Great Britain Foreign and Commonwealth Office, *Convention Between the Member States of the European Communities on Double Jeopardy: Brussels, 25 May 1987*, Volume 438 (GB Parliament), Issue 19 of Treaties, European Economic Community, H.M. Stationery Office, 1988.

Tampere European Council of 16 October 1999, OJ 2001 C 12.

The Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, OJ L 329, 22.09.2000. p. 0019-0062.

Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, 2012/C 326/01.

Jurisprudence :

(Canadian cases)

Bingham v R (1971) S.C.R. 369.

Brunet v The King (1918) S.C.R. 83.

Cox and Paton v The Queen (1963) S.C.R. 500.

Cullen v The King (1949) R.C.S. 658.

Doré v Attorney General of Canada (1975) 1. S.C.R. 756.

Duhamel v The Queen (1984) 2. S. C.R. 555.

Flatman v Light (1946) K.B. 414.

Goldhar v The Queen (1960) S.C.R. 431.

Gridic v The Queen (1985) 1 S.C.R. 810.

Gushue v R. (1980) 1. S.C.R. 798.

Hudson v. Lee (1589) 4Co. Rep. 43 a. 76 E.R. 989.

Kelly v The King (1916) 54 S.C.R. 220.

Kienapple v R. (1975) 1 S.C.R. 729.

Manchuk v The King (1938) S.C.R. 341.

McDonald v The King (1960) S.C.R. 186.

McDonald v The Queen (1959) S.C.R. 186;
R c Van Rassel (1990) 1. R.C.S. 225.

- R c. Wigglesworth* (1987) 2. R.C.S. 541.
- R v Badiuk* (1930) 53, C.C.C. 63 (C.A. Man).
- R v Gould* [1985] 5 W.W.R. 430, (Sask. C.A.).
- R v Mahalingan*, (2008) 3. S.C.R. 316.
- R v Prince* (1986) 2. S.C.R. 480.
- R v Riddle*, (1980) 1. S.C.R. 380.
- R v Smith* (1997) 36 OR (3d) 530; 119 CCC (3d) 547; 9 CR (5th) 337; 104 OAC 133.
- R v Tateham* (1982) 70 C.C.C. 2d. 565 (B.C.C.A.).
- R v Van Den Meerssche* (1989) 74. C.R. (3d) 161 (B.C.C.A.).
- R v Wigman* (1987) 1 S.C.R 246.
- R v. Moore* (1988) 1. R.C.S. 1097.
- R v. Siggins* (1960) O.R. 284.
- R. v. F. D. J. F.*, (2005) 197 CCC (3d) 365; 198 OAC 126, 2005 CanLII 18707 (ON CA).
- R. v. Feeley, McDermott and Wright*, [1963] 1 C.C.C. 254, 38 C.R. 321, 38 D.L.R. (2d) 133.
- R. v. Greenlaw*, 2007 CanLII 3489 (ON SC).
- R. v. Owens*, [1970] 2 C.C.C. 38 (B.C.C.A.).
- R. v. Turmel*, 1996 CanLII 7940 (ON CA).
- R. v. Birmingham and Taylor*, [1976] O.J. No. 495, 34 C.C.C. (2d) 386.
- Regina v Siggins* (1960) O.R. 284.
- The Queen v King*, (1897) 1. Q.B. 214.
- The Queen v Osborn* (1971) R.C.S. 187.
- The Queen v Riddle* (1980) 1. S.C.R, 380.
- The Queen v. Miles* (1890) 24 Q.B.D. 423.

Tremblay v Daigle (1989) 2. S.C.R 532.

Wemyss v. Hopkins (1875) L.R. 10 Q.B. 378.

Wright, McDermott and Feeley v The Queen (1963) S.C.R 539.

(EU case law)

C-150/05 – Van Straaten.

C-288/05 – Kretzinger;

C-288/05 criminal proceeding against *Jürgen Kretzinger* (2007) ECR I-6484.

C-467/04 Gasparini and others;

Case 106/77 *Simmenthal* [1978] ECR 629;

Case 137/85 *Maizena and Others* [1987] ECR 4587.

Case 14/68 *Wilhelm and Others v Bundeskartellamt* [1969] ECR 1.

Case 14-68 *Walt Wilhelm and others v. Bundeskartellamt* [1969] ECR 1.

Case 436/04 *Leopold Henri Van Esbroeck*, (2006), ECR-I-2351.

Case 617/10 *Hans Åkerberg Fransson* (26 February 2013) (2013) ECR I-0000 (not published yet).

Case 68/88 *Commission vGreece* [1989] ECR 2965.

Case 7/72 *Boehringer Mannheim v. Commission*,

Case 7/72 *Boehringer Mannheim v Commission* [1972] ECR 1281

Case C- 261/09 *Mantello* (2010) ECR I-11477.

Case C-150/05 *Van Straaten* [2006] ECR I-9327.

Case C-210/00 *Käserei Champignon Hofmeister* [2002] ECR I-6453.

Case C-213/99 *de Andrade* [2000] ECR I-11083.

Case C-240/90 *Germany v Commission* [1992] ECR I-5383.

Case C-261/09 *Gaetano Mantello* (2010), ECR I-11477.

Case C-297/07 *Klaus Bourquain* (2008) ECR I-09425.

Case C-314/08 *Filipiak* [2009] ECR I-11049;

Case C-367/05 *Kraaijenbrink* [2007] ECR I-6619.

Case C-397/03 P, *Archer Daniels Midland and Archer Daniels Midland Ingredients v Commission* (2006), ECR I-4501.

Case C-467/04, *Gasparini and others* (2006), ECR I -9245.

Case C-469/03 *Miraglia* (2005) ECR I-2009.

Case C-489/10 in the criminal proceedings against Łukasz Marcin Bonda, (2012) ECR 00000.

Case C-489/10 *Bonda* [2012] ECR I-0000.

Case C-491/07 *Vladimir Turanský*, ECR I-11039.

Case C-91/02 *Hannl-Hofstetter* [2003] ECR I-12077.

Case, C-187/01 and C-385/01 *Gözütok and Brügge*, (2003) ECR-I-01345.

Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge (2003) ECR I-1378.

Joined Cases C-188/10 and C-189/10 *Melki and Abdeli* [2010] ECR I-5667.

Joined Cases C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99P, C-247/99 P, C-250/99 P to C-252/99 P and C-254/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij and Others v Commission* [2002] ECR I-8375.

Joined Cases T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 and T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij and others v Commission* (1999), ECR II-945.

Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer on Case 297/07 *Bourquain* (2008) ECR I-09425.

Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer on Case C-187/01 and C-385/01, (2003), ECR-I-01345.

Monographs

Berger, Adolf: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, New Series, Volume 43, part II,

(1953), The American Philosophical Society, Philadelphia, reprinted in 1991.

Billot, Albert, *Traité de l'extradition*, E. Plon et Cie Imprimeur, Paris, 1874.

Burdick, William L., *The principles of Roman law and their relation to modern law*, The Lawbook Exchange Ltd, New Jersey, 2004.

Hunter, W.A., *A systematic and historical exposition of Roman Law, in the order of a Code*, Fourth Edition, London, Sweet & Maxwell Ltd, 1903.

Van Bockel, Bas, *The Ne Bis in Idem principle in EU law*, Kluwer Law International BV, 2010.

LES CRIMES DE GUERRE EN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE : ORIGINES ET CONCEPT CONTEMPORAIN

AGNIESZKA NAWROTEK

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	29
1. DÉFINITION ET CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DU CONCEPT CONTEMPORAIN DES CRIMES DE GUERRE	30
2. ORIGINES ET ÉVOLUTION DE LA NOTION HISTORIQUE DE CRIMES DE GUERRE	31
2.1. CRIMES DE GUERRE ET CONFLITS INTERNES	34
3. ANALYSE COMPARATIVE DES PRINCIPALES SOURCES CONVENTIONNELLES DES CRIMES DE GUERRE	35
3.1. LES CONVENTIONS DE GENÈVE DE 1949	35
3.2. LES PROTOCOLES ADDITIONNELS DE 1977	36
3.3. LE STATUT DE ROME DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE	38
3.3.1. Éléments nécessaires aux crimes de guerre sous l'article 8 du Statut de Rome	40
3.3.2. L'article 8 du Statut de Rome et la <i>lex lata</i>	41
4. CRIMES DE GUERRE LORS DU DERNIER CONFLIT AU LIBAN (2006)	43
4.1. LA QUALIFICATION DU CONFLIT ISRAËL/HEZBOLLAH	43
4.2. LES RÈGLES DE DIH APPLICABLES AU CONFLIT ISRAËL/HEZBOLLAH	45
4.3. LES OBLIGATIONS DE RÉPRESSION DES CRIMES DE GUERRE COMMIS LORS DU CONFLIT ISRAËL/HEZBOLLAH	54
CONCLUSION	54

INTRODUCTION

En 1995, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie rappela que « les crimes contre le droit international sont commis par des hommes et non par des entités abstraites », justifiant ainsi la responsabilité criminelle individuelle qu'impliquent certains crimes. Le Tribunal réaffirmait ainsi l'objectif de promouvoir le respect du droit international (DI). Ceci est particulièrement approprié dans le contexte des violations les plus graves du droit international humanitaire (DIH), dont les crimes de guerre. Le présent travail cherche à exposer l'état actuel du droit relatif à la notion de crimes de guerre en DIH. Il débutera par la présentation d'une définition des crimes de guerre et des principales caractéristiques de ce concept juridique, suivit d'un survol des origines et de l'évolution historique de ce concept. Une attention particulière sera portée à l'application des crimes de guerre en temps de conflits armés non-internationaux. La

notion et la portée des crimes de guerre seront ensuite examinées dans le contexte d'instruments juridiques spécifiques, soit les Conventions de Genève de 1949, leurs Protocoles additionnels de 1977 et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

Pour terminer, une analyse des crimes de guerre allégués lors du conflit qui a eu lieu au Liban en 2006 entre Israël et le Hezbollah sera présentée.

1. Définition et caractéristiques principales du concept contemporain des crimes de guerre

Afin de bien définir la notion juridique de crimes de guerre, il faut préalablement souligner quelques distinctions. Tout d'abord, il faut différencier la définition des crimes de guerres en DI de celle qui peut prévaloir dans le droit municipal.¹ Dans les systèmes juridiques nationaux, la notion des crimes de guerre englobe souvent tous les crimes liés à la guerre, dont ceux qui sont uniquement gérés par le droit municipal, par exemple la haute trahison.² Ainsi, certains crimes peuvent être considérés comme crimes de guerre par le droit municipal sans en être aux yeux du DI.³ La deuxième distinction qui s'impose est celle entre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Contrairement aux crimes contre l'humanité, les crimes de guerre doivent être commis lors d'un conflit armé et ne peuvent donc pas se produire en temps de paix.⁴ De plus, les crimes de guerre n'ont pas à être commis à grande échelle ou dans le cadre d'une politique, ce qui est généralement le cas pour les crimes contre l'humanité.⁵

Les crimes de guerre sont des règles secondaires, c'est-à-dire des règles qui criminalisent la violation de règles primaires, conventionnelles ou coutumières, établissant les interdictions substantives du DIH.⁶ Autrement dit, tandis que les règles primaires cherchent à *interdire* des actes spécifiques, les règles secondaires cherchent à *réprimer* leur violation en leurs attribuant des sanctions pénales. Ceci signifie qu'un acte qui ne fait pas l'objet d'une interdiction en DIH ne peut constituer un crime de guerre⁷. De même, ce ne sont pas toutes les violations du DIH qui constituent automatiquement des crimes de guerres en DI.⁸ En effet, le DI doit en plus assortir ces violations d'une responsabilité criminelle individuelle,⁹ qui est la sanction pénale centrale au concept juridique de crimes de guerre.

¹ Georges Abi-Saab, « The Concept of 'War Crimes' » dans Sienho Yee et Wang Tieya, dir, *International Law in the Post-Cold War World : Essays in memory of Li Haopei*, Londres, Routledge, 2001 à la p 110 [Abi-Saab].

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 à la p 438 [Shaw].

⁵ *Ibid.*

⁶ Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R. W. D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, Vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002 aux p 381 et 387 [Cassese]; Abi-Saab, supra note 1 à la p 112.

⁷ Cassese, supra note 6 à la p 387.

⁸ Abi-Saab, supra note 1 à la p 112; Cassese, supra note 6 à la p 387.

⁹ Abi-Saab, supra note 1 à la p 112.

On peut donc définir les crimes de guerre comme les « violations des règles du [DIH] qui entraînent, au vu du DI, la responsabilité criminelle personnelle des individus qui les commettent »¹⁰ ou qui ordonnent leur perpétration¹¹.

La nécessité de définir avec précision les actes constituant des crimes de guerres est impérative afin de respecter le principe de la légalité en droit criminel.¹² Toutefois, à cet impératif se rajoutent des développements récents en DI qui ont rendu obligatoire la poursuite des individus soupçonnés d'avoir commis ou ordonnés l'exécution de crimes de guerre¹³, nécessitant ainsi une définition précise de ce concept afin d'habiliter ces poursuites.

Les crimes de guerre impliquent trois caractéristiques juridiques principales. La première, évoquée ci-haut, est la responsabilité criminelle individuelle de la personne responsable du crime de guerre. Cependant, celle-ci n'exclut aucunement la responsabilité de l'État¹⁴ : ces deux régimes de responsabilité sont concurrents et non exclusifs. La deuxième caractéristique, de plus en plus reconnue, est l'imprescriptibilité des crimes de guerre.¹⁵ Il existe d'ailleurs une Convention des Nations Unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (1968)¹⁶, ainsi qu'un équivalent européen datant de 1974¹⁷. L'article 29 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale prévoit également l'imprescriptibilité des crimes de guerre.¹⁸ Enfin, les crimes de guerre sont assujettis à la juridiction universelle, c'est-à-dire que tout État peut poursuivre une personne soupçonnée de crime de guerre se retrouvant sur son territoire, malgré l'absence de facteurs de rattachement tel le lieu où a été commis le crime ou la nationalité de l'auteur du crime ou de la victime.¹⁹

2. Origines et évolution de la notion historique de crimes de guerre

L'origine de la notion juridique contemporaine de crime de guerre est difficile à déterminer, ce concept s'étant établi par la criminalisation progressive en DI de certaines interdictions du DIH. Historiquement, la notion de crime de guerre était plutôt déterminée par la reconnaissance et la démarcation de la compétence pénale qu'avaient les États en DI de poursuivre les auteurs de crimes particuliers.²⁰ Ainsi, l'identification de ces actes interdits et leur sanction pénale relevaient du droit municipal

¹⁰ *Ibid.*, TRADUCTION.

¹¹ Shaw, supra note 4 aux p 381 et 402.

¹² Selon ce principe, exprimé par la maxime latine *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tout crime, et corolairement, toute peine, doit être établi et identifiable par loi, voir Cassese, supra note 6 à la p 381.

¹³ *Abi-Saab*, supra note 1 à la p 100.

¹⁴ Shaw, supra note 4 à la p 402.

¹⁵ *Abi-Saab*, supra note 1 à la p 113.

¹⁶ *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, 26 novembre 1968, A.G. res. 2391 (XXIII), annexe, 23 U.N.GAOR Supp. (No. 18) à 40, U.N. Doc. A/7218 (1968).

¹⁷ *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, Série des traités européens, Vol. III, 1972-1974, Strasbourg, 1975, aux p 213-216.

¹⁸ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, RO 2002 3743, art 29 [Statut de Rome].

¹⁹ *Abi-Saab*, supra note 1 à la p 113.

²⁰ *Ibid.* à la p 100.

et plus particulièrement des codes militaires.²¹ À ce sujet, il est pertinent de rappeler que sous la conception classique du DI, la responsabilité pour violation du DI, dont le DIH, est attribuable aux États et non aux individus.²²

La première codification du principe de criminalisation individuelle semble remonter à 1863 avec le code de Lieber américain.²³ Élaboré dans le contexte de la guerre civile américaine, ce code devait servir de modèle pour la gestion sur le terrain des armées américaines et contenait une référence expresse à des sanctions pénales individuelles pour certaines violations des « lois et coutumes de la guerre ». ²⁴ Malgré son statut d'instrument national et non international, le code de Lieber a été très influent dans l'élaboration des codes militaires d'autres nations et lors des efforts de codification du droit de la guerre en DI.²⁵ À titre d'exemple, le manuel d'Oxford adopté en 1880 par l'Institut de Droit international comme modèle pour les codes militaires nationaux²⁶ prévoyait également la punition individuelle des personnes qui transgressaient les lois et coutumes de la guerre par le système pénal du belligérant sur le territoire duquel elles se trouvaient.²⁷ Toutefois, malgré ces précédents, les principaux instruments de DI d'avant la première guerre mondiale, c'est-à-dire la Déclaration de Bruxelles de 1874²⁸ et le Règlement de la Haye de 1899²⁹ et de 1907³⁰, ne sanctionnaient pas la violation de leurs règles par la responsabilité criminelle individuelle.³¹

Un point tournant dans l'évolution du concept contemporain de crime de guerre est survenu avec la première guerre mondiale. En effet, le principe de la responsabilité criminelle individuelle fut incorporé au traité de Versailles, dont les articles 228 à 230 prévoyaient que l'Allemagne reconnaissait la compétence des pouvoirs Alliés de poursuivre les individus accusés de violation des « lois et coutumes de la guerre », ainsi que son obligation de transférer ces accusés aux Alliés.³² Cependant, le traité ne

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.* à la p 101; voir l'article 44 du code Lieber qui se lit comme suit (soulignement ajouté) : « All wanton violence committed against persons in the invaded country, all destruction of property not commanded by the authorized officer, all robbery, all pillage or sacking, even after taking a place by main force, all rape, wounding, maiming, or killing of such inhabitants, are prohibited under the penalty of death, or such other severe punishment as may seem adequate for the gravity of the offense. »

²⁵ Abi-Saab, supra note 1 à la p 101.

²⁶ *Ibid.* à la p 102.

²⁷ Manuel des lois de la guerre sur terre, Oxford, 9 septembre 1880, disponible en ligne : <http://www.icrc.org/dih.nsf/WebART/140-80085?OpenDocument>.

²⁸ Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre, Bruxelles, 27 août 1874, Actes de la Conférence de Bruxelles, Bruxelles, F. Hayez, 1874, aux p 297-305 et 307-308.

²⁹ Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 29 juillet 1899, Conférence internationale de la Paix 1899, La Haye, Martinus Nijhoff, 1907, aux p 19-28.

³⁰ Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907, Deuxième Conférence internationale de la Paix, La Haye 15 juin-18 octobre 1907, Actes et Documents, La Haye, 1907, Vol. I, aux p 626-637.

³¹ Cassese, supra note 6 à la p 382.

³² Abi-Saab, supra note 1 à la p 102.

précisait pas le contenu exact de ces « lois et coutumes de la guerre »³³, perpétuant l'ambiguïté entourant la catégorie de crimes pour lesquels des individus pouvaient être tenus responsables. Les Conventions de Genève telles qu'elles étaient rédigées à l'époque contribuaient peu à l'éclaircissement de cette définition. En effet, elles ne mentionnaient que l'engagement des États signataires³⁴ de prendre les mesures nécessaires pour réprimer les violations de leurs dispositions, sans spécifier la nature de ces mesures.³⁵

Ainsi, jusqu'à la seconde guerre mondiale, aucune codification précise du concept de crime de guerre par le DI n'avait pris place.³⁶ Toutefois, le 8 août 1945, les vainqueurs de la seconde guerre mondiale établirent le Tribunal de Nuremberg, un tribunal militaire international dont la juridiction s'étendait, entre autres, aux « crimes de guerre ».³⁷ C'était la première fois que ces termes étaient utilisés dans un instrument juridique international. L'article 6(b) du Statut du tribunal de Nuremberg définissait ces crimes de guerre comme étant les « violations des lois et coutumes de la guerre »³⁸, faisant enfin le lien entre la notion de crimes de guerre et la formulation utilisée dans le Traité de Versailles, le Manuel d'Oxford et le Code de Lieber. Ce même article prévoyait la responsabilité individuelle des personnes commettant ces crimes³⁹ et fournissait une liste non-exhaustive d'actes constituant de telles violations.⁴⁰ Le Statut de Nuremberg a donc permis de cerner avec plus de précision les actes constituant des crimes de guerre.⁴¹ La fin de la deuxième guerre mondiale a vu l'établissement d'un autre grand tribunal militaire international, soit le tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient connu plus communément sous le nom de Tribunal de Tokyo. Toutefois, ce dernier n'a pas apporté d'éléments nouveaux à la définition des crimes de guerre puisqu'il suivait la même formule générique que le Traité de Versailles⁴². Le 11 décembre 1946, l'Assemblée générale de l'Organisation internationale des Nations Unies (ONU) a confirmé de manière unanime les principes de DI reconnus par le statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement émis par ce dernier.⁴³

³³ Cassese, supra note 6 à la p 382.

³⁴ Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne, Genève, 6 juillet 1906, Actes de la Conférence de Révision, réunie à Genève du 11 juin au 6 juillet 1906, Genève, 1906, aux p 277-293, art 28; Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, Genève, 27 juillet 1929, art 30.

³⁵ Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, Genève, 27 juillet 1929, art 30.

³⁶ Abi-Saab, supra note 1 à la p 104.

³⁷ Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire, Londres, 8 août 1945, art 6(b) [Statut de Nuremberg].

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.* à l'art 6 : « Le Tribunal [...] sera compétent pour juger et punir toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, auront commis [...] l'un quelconque des crimes suivants. □ Les actes suivants [...] sont des crimes [et] entraînent une responsabilité individuelle ».

⁴⁰ *Ibid.* à l'art 6(b) : « 'Les Crimes de Guerre' : c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires ».

⁴¹ Cassese, supra note 6 à la p 383.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Abi-Saab, supra note 1 à la p 106.

Ce sont cependant les développements d'après la guerre froide, particulièrement l'établissement de tribunaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et le Rwanda⁴⁴ (TPIR), qui furent marquants pour l'évolution du concept contemporain de crimes de guerre. Cette évolution a pris place par l'extension jurisprudentielle de la notion juridique de crimes de guerre aux conflits armés non-internationaux (conflits internes).

2.1. Crimes de guerre et conflits internes

Traditionnellement, les crimes de guerre étaient considérés comme des crimes associés aux conflits armés à caractère international; c'était également le cas pour le régime des « infractions graves » des Conventions de Genève de 1949 (Conventions).⁴⁵ En effet, ni les Conventions, ni le Protocole additionnel II de 1977 (Protocole II) ne contiennent de dispositions se rapportant à des infractions graves en temps de conflits internes.⁴⁶ Les interdictions liées aux conflits internes contenues dans ces instruments constituaient donc seulement des règles primaires, c'est-à-dire des interdictions substantives non-assorties de règles secondaires prévoyant leur sanction en cas de violation.⁴⁷ Cette lacune n'est pas surprenante lorsque l'on considère l'extrême difficulté d'atteindre un consensus lors des négociations des instruments juridiques internationaux et la réticence de certains États à perdre leur souveraineté dans ce qu'ils considèrent leurs « affaires internes ».⁴⁸

Malgré ceci, les crimes de guerre peuvent survenir en temps de conflits internes : cette conclusion découle de la jurisprudence du TPIY et du TPIR. Le jugement décisif à ce sujet fut l'arrêt *Tadic* du TPIY du 2 octobre 1995.⁴⁹ Dans cet arrêt, le TPIY a procédé à une analyse rigoureuse de la pratique des États et est arrivé à deux conclusions. Premièrement, le tribunal a confirmé que le régime des « infractions graves » des Conventions, indiqué à l'article 2 du Statut comme étant de la compétence du tribunal, ne s'appliquait pas aux conflits internes.⁵⁰ Toutefois, le tribunal a conclu que les « violations des lois et coutumes de la guerre » prévues à l'article 3 de son Statut, étaient de portée plus vaste et s'appliquaient aux conflits internes, tout en étant passibles de responsabilité criminelle individuelle comme tous les crimes tombant sous la compétence du tribunal.⁵¹⁵² L'application de la notion de crimes de guerre aux conflits internes a donc été développée par le tribunal sur le fondement du DI

⁴⁴ Cassese, supra note 6 à la p 384.

⁴⁵ Abi-Saab, supra note 1 à la p 115.

⁴⁶ Cassese, supra note 6 à la p 417.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Le Procureur c Dusko Tadic*, IT-94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) au para 98 [Tadic].

⁵⁰ *Ibid.* aux para. 81-82 et 84; Abi-Saab, supra note 1 à la p 116.

⁵¹ Statut de Nuremberg, supra note 37 à l'art 7.

⁵² Abi-Saab, supra note 1 à la p 116; Cassese, supra note 6 à la p 417.

coutumier.⁵³

Cet enjeu est réapparu avec l'établissement du TPIR étant donné la nature complètement interne du conflit au Rwanda.⁵⁴ L'article 4 du Statut du TPIR reconnaît expressément la compétence du tribunal en matière de violation de l'article 3 commun aux Conventions, qui impose certaines règles de conduite minimale en temps de conflits internes.⁵⁵ Pourtant, aucune sanction pour la violation de ces dispositions n'est prévue dans ces conventions, ce qui a mené certains acteurs, dont le Secrétaire général de l'ONU, à affirmer que l'article 4 constitue l'équivalent d'une criminalisation rétroactive contraire au principe de la légalité.⁵⁶ Toutefois, tel que souligné plus tôt, l'origine coutumière de cette criminalisation a été établie dans le jugement antérieur *Tadic*, confirmant la légalité de l'article 4 du Statut du TPIR.⁵⁷

L'applicabilité du concept juridique de crimes de guerre aux conflits internes est de plus en plus appuyée par la doctrine⁵⁸ et a d'ailleurs été confirmée avec l'adoption du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qui sera abordé sous peu.

3. Analyse comparative des principales sources conventionnelles des crimes de guerre

3.1. Les Conventions de Genève de 1949

Les Conventions furent adoptées peu de temps après le procès de Nuremberg qui traitait explicitement des crimes de guerre. Ces conventions n'utilisent pas les mots « crimes de guerre », mais plutôt l'expression « infractions graves », une catégorie d'infractions spécifiques prévue dans les Conventions. Nonobstant cette différence, la liste exhaustive d'infractions graves fournie à chaque Convention⁵⁹ ressemble beaucoup à la liste (non-exhaustive) fournie à l'article 6(b) du Statut de Nuremberg⁶⁰, qui jusqu'alors constituait la seule autorité reconnue sur les actes constituant des crimes de guerre. Les deux premières Conventions partagent la même liste d'infractions graves :

l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande

⁵³ Cassese, supra note 6 à la p 417; Abi-Saab, supra note 1 à la p 116; voir aussi *Tadic*, supra note 49 aux para 134 et 137.

⁵⁴ Abi-Saab, supra note 1 à la p 115.

⁵⁵ Cassese, supra note 6 à la p 417.

⁵⁶ Abi-Saab, supra note 1 à la p 117.

⁵⁷ *Ibid.* aux p 115 et 116.

⁵⁸ *Ibid.* à la p 116; voir aussi Theodor Meron, « International Criminalization of Internal Atrocities », 89 *AJIL* (1995), 554.

⁵⁹ Voir respectivement les articles 50/51/130/147 des quatre Conventions.

⁶⁰ Abi-Saab, supra note 1 à la p 106.

échelle de façon illicite et arbitraire.⁶¹

Certaines modifications ont été apportées aux deux dernières Conventions étant donné les sujets particuliers dont elles traitent.⁶² Par exemple, l'article 130 définissant les infractions graves à la troisième Convention sur le traitement des prisonniers de guerre n'inclut pas la dernière catégorie prévue aux deux premières Conventions (« destruction et appropriation de biens »), tout en ajoutant les actes suivants :

le fait de contraindre un prisonnier de guerre à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie, ou celui de le priver de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement selon les prescriptions de la présente Convention.⁶³

Quant à la quatrième Convention sur la protection des civils, l'article 147 maintient la catégorie de la « destruction et appropriation de biens », mais ajoute plusieurs actes :

la déportation ou le transfert illégaux, la détention illégale, le fait de contraindre une personne protégée à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie, ou celui de la priver de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement selon les prescriptions de la présente Convention, [et] la prise d'otages.⁶⁴

Les infractions graves prévues aux Conventions doivent satisfaire à deux conditions. Premièrement, un conflit armé au sens de l'article 2 commun aux Conventions doit exister au moment où l'infraction est commise. L'article 2 énumère les situations suivantes :

« guerre déclarée ou [...] tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles [et] tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire. »

Deuxièmement, l'infraction doit être perpétrée contre une personne⁶⁵ ou un objet protégé par les dispositions de la Convention spécifique qui interdit l'acte.⁶⁶

3.2. Les Protocoles additionnels de 1977

⁶¹ Voir respectivement les articles 50/51 des Conventions III et IV.

⁶² *Abi-Saab*, supra note 1 à la p 106.

⁶³ *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, RO 1951 230, art 130.

⁶⁴ *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, RO 1951 302, art 147.

⁶⁵ La définition de « personnes protégées » pour les quatre Conventions se retrouve respectivement aux articles 13/13/4/4.

⁶⁶ *Cassese*, supra note 6 à la p 390.

Le Protocole additionnel I de 1977 (Protocole I) relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux introduit plusieurs nouvelles infractions graves.⁶⁷ Toutefois, la portée de ces infractions est limitée par l'exigence de facteurs additionnels : les actes doivent être « commis intentionnellement »⁶⁸ et pour certains, doivent aussi « entraîne[r] la mort ou cause[r] des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé »⁶⁹.

D'autre part, le Protocole I a permis de résoudre une ambiguïté importante entourant le régime des infractions graves des Conventions et du Protocole I. Outre la similarité frappante entre les infractions graves et les crimes de guerres prévus dans le Statut de Nuremberg, ces deux catégories d'infractions impliquent la responsabilité criminelle individuelle. L'article 85(5) du Protocole I reconnaît toutefois expressément ce qu'on avait jusqu'alors seulement pu spéculer : que « les infractions graves [...] sont considérées comme des crimes de guerre ».⁷⁰ Ainsi, les infractions graves peuvent être considérées un regroupement de crimes spécifiques appartenant à la catégorie plus large des crimes de guerre.⁷¹

Malgré cela, le régime des infractions graves se distingue des crimes de guerre de deux façons importantes. Premièrement, les Conventions et le Protocole I sont uniques, car ils fournissent à la fois les règles primaires (les actes prohibés à titre d'infractions graves) et la règle secondaire qui rend ces violations passibles de responsabilité criminelle individuelle.⁷² Ceci facilite la répression des crimes de guerre en vertu de ces instruments juridiques en concrétisant sous forme conventionnelle la règle secondaire qui doit être prouvée (la règle qui attribue à une interdiction la sanction de responsabilité criminelle individuelle), allégeant ainsi considérablement le fardeau de preuve de l'État poursuivant.⁷³

La deuxième distinction est encore plus significative, et concerne la juridiction des États poursuivants. Tel que mentionné plus tôt, tous les crimes de guerre sont passibles de juridiction universelle. Toutefois, cette juridiction n'est qu'une faculté ou une prérogative, nullement une obligation. Par opposition, les Conventions transforment cette prérogative en obligation en imposant aux États signataires deux obligations⁷⁴, soit de criminaliser dans leur droit pénal interne les actes constituant des infractions graves et de poursuivre ou extradier toute personne accusée d'avoir commis des infractions graves. Le régime des infractions graves des Conventions vise donc à

⁶⁷ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977, RO 1982 1362, art 85(3) et 85(4) [Protocole I].

⁶⁸ *Ibid.* à l'art 85(3).

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.* à l'art 85(5).

⁷¹ *Abi-Saab*, supra note 1 à la p 114.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Voir respectivement les articles 49/50/129/146 des quatre Conventions.

éliminer l'impunité pour les crimes de guerres compris dans cette catégorie.⁷⁵ Cependant, certains auteurs soutiennent que cette dernière distinction perdra de son importance puisque l'établissement de tribunaux internationaux pénaux imposera, si ce n'est pas déjà le cas, une obligation de transférer tout accusé de crimes de guerre à un tribunal international compétent lorsque l'État décide de ne pas exercer sa prérogative de poursuite.⁷⁶

Quant au Protocole II, celui-ci ne prévoit pas d'infractions graves.⁷⁷ Les violations des interdictions qui y sont établies ne peuvent donc pas être considérées comme des crimes de guerre faute de sanction pénale prévoyant la responsabilité criminelle individuelle.

3.3. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale

La Cour pénale internationale (CPI) fut établie en juillet 1998 avec l'adoption du Statut de Rome.⁷⁸ L'article 8 de ce Statut, extrêmement long et complexe, constitue la codification la plus récente et la plus détaillée en DI du concept de crime de guerre.⁷⁹ À cet article s'ajoute le texte des *Éléments des crimes* (EDC) prévus par l'article 9 du Statut de Rome qui vise à aider la CPI à interpréter et à appliquer plusieurs articles, dont l'article 8.

L'article 8 contient trois paragraphes : le premier établit la compétence de la CPI en matière de crimes de guerre⁸⁰, le deuxième fournit une définition des crimes de guerre et le troisième contient une clause de sauvegarde. Relativement à la question de la compétence, il est important de comprendre que sous le Statut de Rome, ce sont les États qui ont la responsabilité première de poursuivre les accusés de crimes de guerre; la CPI intervient uniquement dans le cas où l'État est incapable ou s'il démontre un manque de volonté de mener les poursuites.⁸¹ Le paragraphe 2 de l'article 8 fournit une liste d'actes constituant des crimes de guerre, ces derniers étant subdivisés en deux groupes. D'abord, ces crimes sont divisés selon la nature internationale ou non du conflit armé, et puis chaque sous-section est divisée selon la source des règles primaires auxquelles elle fait référence, c'est-à-dire soit aux Conventions, soit au DIH général.⁸²

Il en résulte donc quatre listes de crimes de guerre: l'alinéa (a) relatif aux infractions graves des Conventions lors de conflits armés internationaux, l'alinéa (b) relatif aux

⁷⁵ Abi-Saab, supra note 1 à la p 115.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Contrairement aux Convention de Genève et au Protocole I, le Protocole II ne contient aucun article énumérant ni mentionnant des infractions graves.

⁷⁸ Abi-Saab, supra note 1 à la p 110.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Pour une analyse de l'interaction entre la compétence de la CPI sous l'article 8(1) et l'article 5(1), voir Cassese, supra note 6 aux p 380 et 381.

⁸¹ Statut de Rome, supra note 18 à l'art 17.

⁸² Cassese, supra note 6 à la p 386.

violations graves du DIH général lors de conflits armés internationaux, l'alinéa (c) relatif aux violations graves de l'article 3 commun aux Conventions lors de conflits armés non-internationaux et enfin l'alinéa (e) relatif aux violations graves du DIH général lors de conflits armés non-internationaux.⁸³ Les alinéas (d) et (e) définissent les situations internes qui ne constituent pas des conflits internes au sens du DIH.⁸⁴ Il est aussi à noter que l'article 31 du Statut de Rome prévoit la possibilité d'exclure la responsabilité criminelle individuelle⁸⁵ pour certains motifs qui découlent de principes généraux du droit criminel⁸⁶.

La division des crimes de guerre énumérés à l'article 8 selon la nature internationale ou non du conflit rend nécessaire de distinguer deux seuils d'application du DIH.⁸⁷ Le premier seuil est celui qui différencie un conflit armé international d'un conflit armé non-international (conflit interne). Le Statut de Rome ne définit pas expressément ce seuil, mais fait référence à l'article 2 commun aux Conventions⁸⁸ qui a déjà été évalué plus tôt⁸⁹.

Le deuxième seuil permet de distinguer un conflit interne d'une situation interne dont l'intensité est insuffisante pour déclencher l'application du DIH.⁹⁰ Pour ce qui est des crimes de guerre prévus à l'alinéa (c) (violations graves de l'article 3 commun aux quatre Conventions), ce seuil est régi par l'alinéa (d), qui exclut les « situations de troubles et tensions internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire ». L'alinéa (f) exclu ces mêmes situations pour l'application de l'alinéa (e), c'est-à-dire en relation aux « autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés dans le cadre établi du droit international ». Ce même alinéa contient une autre précision importante, à l'effet que les crimes de guerre énumérés à l'alinéa (e) sont applicables aux « conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un État les autorités du gouvernement de cet État et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux. »⁹¹ Reproduisant en partie la définition de « conflit armé » donnée par le TPIY dans *Tadic*⁹², cette spécification rend l'application de l'alinéa (e) plus restrictive que celle de l'alinéa (c) en exigeant deux éléments additionnels : (1) un conflit armé prolongé et (2) une opposition entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre ces derniers. L'expression « groupe armé organisé » a été définie dans le Protocole additionnel II comme étant un groupe « sous la conduite d'un commandement responsable, exerçant sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Statut de Rome, supra note 18 aux art 8(2)(d) et 8(2)(e)

⁸⁵ Statut de Rome, supra note 18 à l'art 31.

⁸⁶ Cassese, supra note 6 à la p 388.

⁸⁷ *Ibid.* à la p 418.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Voir la section 3.1. sur Les Conventions de Genève de 1949 à la p 12.

⁹⁰ Cassese, supra note 6 à la p 418.

⁹¹ Statut de Rome, supra note 18 à l'art 8(2)(f).

⁹² *Tadic*, supra note 49 au para 70.

Protocole. »⁹³ L'application de l'alinéa (e) à un conflit opposant deux ou plusieurs groupes armés organisés malgré l'absence d'intervention des autorités gouvernementales représente un élément innovateur qui est absent du Protocole II. Le concept de crime de guerre tel que défini au Statut de Rome accorde donc une protection accrue aux victimes des conflits internes et se montre mieux adapté à une réalité contemporaine dans laquelle ce type de conflit est de plus en plus fréquent.

3.3.1. Éléments nécessaires aux crimes de guerre sous l'article 8 du Statut de Rome

Pour établir la perpétration d'un crime de guerre sous l'article 8, la preuve de plusieurs éléments est requise. Le premier est l'élément matériel⁹⁴, soit la commission de l'acte interdit. Le deuxième est l'existence d'un lien avec un conflit armé. En effet, un crime de guerre doit avoir été commis non seulement dans le contexte d'un conflit armé, mais *en lien* avec ce conflit armé. Cette exigence est claire dans les EDC et se fonde sur la jurisprudence du TPIY et TPIR.⁹⁵ Cette exigence fut notamment formulée dans *Tadic* comme suit :

For a crime to fall within the jurisdiction of the International Tribunal, a sufficient nexus must be established between the alleged offence and the armed conflict which gives rise to the applicability of international humanitarian law.⁹⁶

Toutefois, le TPIY a spécifié qu'il n'est pas nécessaire que le crime de guerre soit commis au moment même du combat.⁹⁷

Un élément psychologique est également requis. Selon l'article 30 du Statut de Rome, la responsabilité criminelle individuelle implique *l'intention* et la *connaissance* de la part de l'accusé.⁹⁸ Ce même article définit l'intention comme étant le fait qu'une personne « entend adopter [le] comportement [interdit] »⁹⁹ ou « entend causer [une] conséquence [prohibée] ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements »¹⁰⁰. La connaissance, quant à elle, est définie comme l'état d'une personne « consciente qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. »¹⁰¹ Certaines des interdictions prévues à l'article 8 impliquent des exigences additionnelles quant à l'élément d'intention¹⁰², ce qui

⁹³ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, 8 juin 1977, RO 1982 1432, art 1(1) [Protocole II].

⁹⁴ Statut de Rome, supra note 18 à l'art 30.

⁹⁵ Cassese, supra note 6 à la p 388.

⁹⁶ *Le Procureur c Dusko Tadic*, CC/PIO/188-F, prononcé du jugement (7 mai 1997), para 572 et suivants.

⁹⁷ *Ibid.* au para 573.

⁹⁸ Statut de Rome, supra note 18 à l'art 30.

⁹⁹ *Ibid.* à l'art 30(2)(a).

¹⁰⁰ *Ibid.* à l'art 30(2)(b).

¹⁰¹ *Ibid.* à l'art 30(3).

¹⁰² Cassese, supra note 6 à la p 389.

concorde avec la formulation de l'article 30 selon laquelle cet article s'applique « [s]auf disposition contraire »¹⁰³. De plus, les EDC introduisent certaines précisions quant au degré de connaissance requis pour certains crimes de guerre.¹⁰⁴ Ainsi, l'article 30, l'article 8 et les EDC doivent tous être pris en compte pour déterminer le contenu de l'élément psychologique requis pour un crime de guerre particulier sous le Statut de Rome.

Il importe aussi de souligner que seule la connaissance des faits, et non de la loi, est pertinente. Ainsi, pour commettre un crime de guerre, une personne doit connaître les facteurs qui établissaient l'existence d'un conflit armé.¹⁰⁵ Toutefois, une évaluation *juridique* de l'existence du conflit ou de sa nature internationale ou non-internationale n'est pas requise.¹⁰⁶ Ceci est aussi le cas pour l'évaluation du statut d'une personne ou d'un objet pour les fins de l'alinéa (a) relatif aux infractions graves des Conventions lors de conflits armés internationaux; il suffit que l'accusé ait connaissance des circonstances de fait établissant le statut protégé de la personne ou de l'objet.¹⁰⁷ Ainsi, une erreur de droit n'est pas un motif d'exonération pour les crimes de guerre sous l'article 8.¹⁰⁸

3.3.2. L'article 8 du Statut de Rome et la *lex lata*

Selon certains auteurs, l'article 8 ne serait pas réellement représentatif de l'état du DI en matière de crimes de guerre. Selon ces derniers, cet article irait au-delà de la *lex lata*¹⁰⁹ dans certains domaines, dont les crimes de guerre lors de conflits internes, le nettoyage ethnique, les crimes sexuels et les crimes contre les biens et le personnel de l'ONU, tout en ne reconnaissant pas suffisamment certains progrès incontournables en DI dans d'autres champs, particulièrement en ce qui a trait à l'usage des armes de destruction massive qui sont nécessairement sans discrimination.¹¹⁰ À ce sujet, il est utile de comparer la portée de certains crimes de guerre prévus à l'article 8 et à d'autres instruments juridiques internationaux, particulièrement le Protocole I.

Une limite importante et regrettable de l'article 8(2)(b)(x) et des EDC relativement aux expériences médicales ou scientifiques est l'absence de l'exigence que tout acte médical soit effectué selon les « normes médicales généralement reconnues »¹¹¹, ce qui inclut l'exigence de consentement¹¹². Ces exigences sont intégrées aux infractions graves du Protocole I¹¹³ qui offre donc une protection accrue aux victimes.

¹⁰³ Statut de Rome, supra note 18 à l'art 30(1).

¹⁰⁴ Cassese, supra note 6 à la p 389.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.* à la p 390.

¹⁰⁸ *Ibid.* à la p 389; voir aussi Statut de Rome, supra note 18 à l'art 32(3).

¹⁰⁹ Maxime latine signifiant « la loi telle qu'elle est », par opposition à la *lex ferenda*, ou loi telle qu'elle devrait l'être.

¹¹⁰ Abi-Saab, supra note 1 à la p 118.

¹¹¹ Protocole I, supra note 67 à l'art 11(1).

¹¹² *Ibid.* à l'art 11(5).

¹¹³ *Ibid.* à l'art 11(4).

La protection accordée à l'environnement naturel par l'article 8 et le Protocole I diffère également. Le Protocole I interdit les attaques contre l'environnement dont le but ou l'effet est de causer des « dommages étendus, durables et graves »¹¹⁴, mais cette interdiction ne constitue pas une infraction grave¹¹⁵ et n'est donc pas un crime de guerre faute de sanction pénale prévoyant la responsabilité criminelle individuelle. L'article 8(2)(b)(iv) quant à lui, criminalise clairement l'endommagement de l'environnement par les attaques militaires, toutefois, cette criminalisation ne reflète pas l'étendue de l'interdiction contenue aux règles primaires énoncées dans le Protocole I.¹¹⁶ En effet, les interdictions contenues aux articles 35(3) et 55 du Protocole I sont absolues, tandis que l'article 8(2)(b)(iv) introduit un élément de proportionnalité en ajoutant l'exigence que les dommages causés, en plus d'être « étendus, durables et graves », soient « manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu »¹¹⁷.

Une autre divergence notable est le fait que l'article 8(2)(b)(xiv) protège seulement le droit d'ester en justice pour les nationaux de la partie adverse, sans en réguler les modalités. La portée de cet article est donc considérablement plus restreinte que celle prévue au Protocole I¹¹⁸ ainsi qu'à l'article 8(2)(a)(vi), qui criminalise la privation intentionnelle du droit d'être « jugé régulièrement et impartialement »¹¹⁹.

Enfin, la clause de sauvegarde contenue au paragraphe 3 de l'article 8 mérite aussi notre attention. Selon celle-ci, « la responsabilité d'un gouvernement de maintenir ou de rétablir l'ordre public dans l'État ou de défendre l'unité et l'intégrité territoriale de l'État par tous les moyens légitimes » n'est pas affectée par le paragraphe 2, alinéas (c) et (e), auxquels sont indiqués les actes constituant des crimes de guerres en temps de conflits internes. Cette clause pose nécessairement des difficultés d'interprétation qui doivent être résolues selon les règles générales d'interprétation des traités. Les traités doivent être interprétés selon le sens ordinaires des termes utilisés et à la lumière de l'objet et du but du traité.¹²⁰ La répression des crimes de guerre en temps de conflits internes par voie d'attribution de responsabilité criminelle individuelle est un objectif important de l'article 8.¹²¹ La clause de sauvegarde ne peut pas être interprétée comme accordant pleine liberté aux États quant aux moyens qu'ils utilisent pour rétablir l'ordre ou le contrôle sur leur territoire sans frustrer l'objectif de l'article.¹²² Cette conclusion est soutenue par l'exigence dans la clause de sauvegarde que les moyens employés par l'État soient « légitimes ». En effet, il est difficilement envisageable que des crimes de guerre constituent des moyens légitimes de maintenir l'ordre public ou de défendre

¹¹⁴ *Ibid.* aux art 35(3) et 55.

¹¹⁵ *Ibid.* à l'art 85.

¹¹⁶ Cassese, supra note 6 à la p 400.

¹¹⁷ Statut de Rome, supra note 18 à l'art 8(2)(b)(iv).

¹¹⁸ Cassese, supra note 6 à la p 412.

¹¹⁹ Protocole I, supra note 67 à l'art 85(4)(e), soulignement rajouté.

¹²⁰ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331, art. 31(1).

¹²¹ Cassese, supra note 6 à la p 424.

¹²² *Ibid.*

l'intégrité et l'unité d'un territoire national.¹²³ Ainsi, selon une interprétation qui prend en compte les termes de la clause de sauvegarde ainsi que le but de l'article 8, il apparaît que cette clause s'appliquerait plutôt à l'interprétation de certains termes utilisés aux alinéas (c) et (e) du paragraphe 3 qui pourraient être imprécis¹²⁴, telles la notion des « impératifs militaires »¹²⁵ ou encore celle des « nécessités du conflit »¹²⁶.

Ainsi, la portée du concept juridique des crimes de guerre varie significativement selon l'instrument juridique qui établit ces crimes. Cela crée à son tour d'importants défis quand vient le temps d'appliquer le droit relatif aux crimes de guerre à un conflit concret, tel qu'il sera illustré dans l'analyse suivante du conflit qui eu lieu en 2006 entre Israël et le groupe Hezbollah.

4. Crimes de guerre lors du dernier conflit au Liban (2006)

En juillet 2006, une série d'affrontements militaires d'une haute intensité éclatèrent au Liban entre Israël et le groupe Hezbollah, dont la relation conflictuelle est de longue date. Le conflit a été déclenché le 12 juillet par un raid du Hezbollah sur un convoi militaire israélien et n'a prit fin qu'après 34 jours.¹²⁷ Dès le début du conflit, il y a eu des allégations de commission de crimes de guerre. Ces allégations ont été faites à l'encontre des deux parties, toutefois, ce travail se concentrera sur une analyse des crimes de guerre qui auraient été commis par Israël.

4.1. La qualification du conflit Israël/Hezbollah

Afin de pouvoir mener une analyse des allégations à la lumière des règles de DIH applicables, il faut tout d'abord qualifier le conflit en question. Cette qualification sert deux objectifs. Premièrement, elle permet de confirmer que le DIH s'applique effectivement au conflit en le différenciant des situations dans lesquelles le DIH ne s'applique pas. Deuxièmement, elle permet de cerner plus spécifiquement quel régime du DIH s'applique au conflit selon qu'il s'agisse d'un conflit armé international ou d'un conflit interne. Dans le présent cas, cette qualification est complexe et incertaine. Le conflit implique trois acteurs : deux États signataires aux quatre Conventions de Genève (Israël et le Liban)¹²⁸ et un groupe armé non-étatique (le Hezbollah), qui de par ce statut ne peut être signataire aux Conventions de Genève (les Conventions)¹²⁹. Certains auteurs maintiennent que le Hezbollah peut être considéré un acteur étatique

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Statut de Rome, supra note 18 à l'art 8(2)(e)(viii).

¹²⁶ *Ibid.* à l'art 8(2)(e)(xii).

¹²⁷ Amnistie internationale2, « Israel/Lebanon: Out of all proportion - civilians bear the brunt of the war », MDE 02/033/2006, Novembre 2006, à la p 2 [Amnistie Out of All Proportion].

¹²⁸ Comité internationale de la Croix Rouge, *States Party to the Geneva Conventions and their Additional Protocols*, <http://www.cicr.org/fre/assets/files/annual-report/current/icrc-annual-report-map-conven-a3.pdf>.

¹²⁹ Catherine Bloom, « The Classification of Hezbollah in both International and Non-International Armed Conflicts », 2008 *Annual Survey of International & Comparative Law*, Vol. 14, No. 1, Article 5, à la p 71 [Bloom].

libanais.¹³⁰ Toutefois, dans le cadre du conflit qui fait l'objet de la présente analyse, il est à noter que le Hezbollah a confirmé que son attaque du 12 juillet n'était pas connue du gouvernement libanais¹³¹ et que le gouvernement n'a pas soutenu le Hezbollah lors du conflit, ayant au contraire cherché le règlement pacifique du conflit par voie d'un cessez-le-feu.¹³² L'attaque du Hezbollah sur le convoi militaire israélien en territoire israélien et la réplique militaire d'Israël menant à des affrontements militaires réguliers et de haute intensité entre les parties constitue clairement un conflit armé.¹³³ En effet, il serait déraisonnable de qualifier cette situation comme un cas de tensions ou de troubles internes isolés ou sporadiques¹³⁴. D'ailleurs, le fait que les attaques aient été menées en sol libanais et israélien et ce, par des acteurs de nationalité distincte indique que ce n'est pas une situation purement interne. Le conflit est donc effectivement régi par le DIH; il reste à déterminer la nature internationale ou non du conflit afin de savoir quelles règles du DIH s'appliquent. Le conflit opposait Israël au Hezbollah et malgré le fait que l'offensive israélienne a eu lieu sur le territoire du Liban, ce dernier n'a pas pris part au conflit armé.¹³⁵ De ce point de vue, le conflit n'est pas un conflit armé international au sens du DIH car il n'oppose pas deux Hautes Parties contractantes au sens de l'article 2 commun aux quatre Conventions.

Toutefois, cette conclusion est plus controversée qu'elle ne le semble à première vue. Tout d'abord, il se dégage des déclarations officielles d'Israël¹³⁶ que celui-ci se considérait en état de guerre contre le Liban. Ceci est significatif car selon l'article 2 cité plus tôt, l'état de guerre n'a pas à être reconnu par l'autre partie pour que le conflit soit considéré un conflit armé international. Néanmoins, l'absence d'affrontements armés entre Israël et les forces libanaises rend improbable la reconnaissance d'une guerre réelle entre ces deux États. D'autre part, l'article 2 consacre aussi l'application des Conventions aux situations d'occupation partielle du territoire d'un État contractant et ce même en l'absence de résistance militaire à l'occupation. Dans le présent cas, malgré l'absence de résistance militaire libanaise, les forces israéliennes ont effectivement occupé le sud du Liban pendant les 34 jours du conflit, ce qui pourrait potentiellement être considéré comme une occupation au sens de l'article 2. Enfin, il est également mentionné à l'article 2 que toute « Puissance » en conflit qui n'est pas partie aux Conventions peut accepter et appliquer les dispositions qui y sont contenues et que dans un tel cas, toute Haute Partie contractante est liée par les Conventions envers cette Puissance. Or, le Hezbollah a signé un traité avec Israël en 1996 dans lequel les deux acteurs s'engageaient à respecter certaines règles du DIH, dont l'interdiction de mener des attaques contre les populations civiles¹³⁷. Les conséquences juridiques de ce traité eut égard à l'article 2 sont toutefois loin d'être claires et il ne semble pas avoir

¹³⁰ Voir l'article de Bloom, *ibid.*

¹³¹ Amnistie Out of All Proportion, supra note 127 à la p 6.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Bloom, supra note 129 à la p 63.

¹³⁴ Protocole II, supra note 93 à l'art 1(2); Statut de Rome, supra note 18 aux art 8(2)(d) et 8(2)(f).

¹³⁵ Amnistie Out of All Proportion, supra note 127 à la p 5.

¹³⁶ *Ibid.* à la p 6.

¹³⁷ *Ibid.* à la p 8; Bloom, supra note 129 à la p 80.

de doctrine définitive au sujet de la qualification du Hezbollah en DIH.

Dans un rapport détaillant les crimes de guerre qui auraient été commis par Israël au Liban lors du conflit de 2006¹³⁸, Amnistie internationale cite le Protocole I et l'article 8(2)(b) du Statut de Rome de la CPI à l'appui de ses allégations. Or, ces instruments juridiques s'appliquent uniquement aux conflits armés internationaux, ce qui semble indiquer une qualification implicite du conflit comme étant un conflit armé international (ou une qualification implicite des règles en cause comme étant de nature coutumière). Toutefois, aucune justification de l'applicabilité de ces instruments ou de ces règles juridiques n'est fournie dans le rapport. Il semble d'ailleurs peu probable que le conflit armé entre Israël et le Hezbollah puisse être qualifié de conflit armé international sans contestation. Ainsi, par prudence juridique, ce travail analysera le conflit sous l'angle d'un conflit interne. Ceci semble également être la position adoptée par l'organisation non-gouvernementale Human Rights Watch (HRW).¹³⁹

4.2. Les règles de DIH applicables au conflit Israël/Hezbollah

Les conflits internes sont régis par l'article 3 commun aux quatre Conventions, le Protocole II, ainsi que la coutume internationale. Dans le présent cas, Israël est signataire des quatre Conventions, mais pas du Protocole II. Néanmoins, dans la mesure où certaines dispositions du Protocole II codifient des règles du DIH coutumier, Israël demeure lié par ces règles comme tout autre État. Ceci est également le cas de certaines dispositions pertinentes du Protocole I qui sont reflétées dans la coutume internationale.¹⁴⁰ En fait, les principales règles qui semblent avoir été transgressées dans le présent conflit font l'objet d'interdictions de nature coutumière puisqu'elles relèvent de principes fondamentaux du DIH. Elles lient donc Israël malgré le fait que cet état n'est pas signataire des Protocoles I et II.¹⁴¹ Un commentaire similaire s'impose également quant aux dispositions de l'article 8(2)(b) du Statut de Rome. La codification minutieuse et complexe effectuée dans cet article représente en grande partie des normes généralement acceptées à titre de coutume internationale.¹⁴² En tant que tel, ces dispositions particulières lient Israël.

Les principes de DIH mis en jeu par le conflit entre Israël et le Hezbollah sont tout d'abord le principe de distinction et les obligations qui sous-tendent ce dernier – obligation de n'attaquer que des objectifs militaires, de prendre toutes les précautions possibles pour protéger la population civile et de ne pas mener d'attaques sans discrimination – et le principe de la proportionnalité selon lequel le dommage civil ne doit pas excéder l'avantage militaire anticipé d'une attaque.

¹³⁸ Amnistie Out of All Proportion, supra note 127 à la p 6.

¹³⁹ Human Rights Watch, « Fatal Strikes – Israel's Indiscriminate Attacks Against Civilians in Lebanon », Vol. 18, No. 3 (E), Août 2006 aux p 7 et 43 [HRW].

¹⁴⁰ *Ibid.* à la p 44; Amnistie Out of All Proportion, supra note 127 à la p 8.

¹⁴¹ Bloom, supra note 129 à la p 73.

¹⁴² Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, à la p 266.

La violation du principe de distinction est au cœur des allégations de crimes de guerre énoncées à l'encontre d'Israël. Traditionnellement, le DIH accorde aux civils une immunité contre les attaques en temps de conflit armé.¹⁴³ Cette protection est reflétée aux articles 48, 51(2) et 52(2)¹⁴⁴ du Protocole I, qui établissent l'obligation de distinguer la population civile et les biens de caractère civil des objectifs militaires et de n'attaquer que les objectifs militaires¹⁴⁵. La définition d'un objectif militaire est fournie à l'article 52(2) du Protocole I :

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

Selon l'article 52(1), les biens de caractère civil sont ceux qui ne répondent pas à ces critères (qui ne sont pas des objectifs militaires). Dans certaines circonstances, des biens de caractère civil peuvent devenir des objectifs militaires s'ils acquièrent les caractéristiques d'un objectif militaire tel qu'établies à l'article 52(2), c'est-à-dire s'ils apportent une contribution effective à l'action militaire et si leur destruction, capture ou neutralisation offre un avantage militaire précis.¹⁴⁶ En cas de doute du caractère civil d'un bien qui est « normalement affecté à un usage civil », l'article 52(3) du Protocole I établit une présomption selon laquelle le bien n'est pas utilisé à des fins militaires et n'est donc pas transformé en objectif militaire pouvant être légitimement attaqué.

Toute attaque menée contre des personnes civiles ou contre la population civile constitue un crime de guerre lorsque commis intentionnellement et entraînant la mort ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé¹⁴⁷, de même que les attaques menées sans discrimination et avec connaissance de l'impact préjudiciel et excessif de l'attaque sur la population civile ou à des biens de caractère civil¹⁴⁸.

Selon un rapport émit par Human Right Watch, les forces armées israéliennes (les forces israéliennes) auraient systématiquement mené des attaques aériennes et d'artillerie dont l'avantage militaire était douteux ou minime lorsque comparé aux pertes et dommages civils excessifs et prévisibles.¹⁴⁹ Dans plusieurs cas, aucun objectif militaire n'était apparent dans les environs de l'attaque.¹⁵⁰ D'autres cas documentés semblent indiquer que les forces israéliennes ont délibérément soumis des personnes

¹⁴³ HRW, supra note 139 à la p 44.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Protocole I, supra note 67 à l'art 48.

¹⁴⁶ HRW, supra note 139 à la p 46.

¹⁴⁷ Protocole I, supra note 67 à l'art 85(3)(a).

¹⁴⁸ *Ibid.* à l'art 85(3)(b); Statut de Rome, supra note 18 à l'art 8(2)(b)(iv).

¹⁴⁹ HRW, supra note 139 aux p 3 et 5.

¹⁵⁰ HRW, supra note 139 aux p 3 et 5.

civiles et des biens à caractère civil à des attaques.¹⁵¹ Israël aurait ainsi manqué à son obligation de distinguer la population civile et les biens civils des objectifs militaires ainsi qu'à son obligation de respecter le principe de la proportionnalité¹⁵².

Plus spécifiquement, de telles attaques ont été menées sur des domiciles civils et des véhicules civils.¹⁵³ Des centaines de milliers de Libanais se sont retrouvés piégés au sud du Liban suite au bombardement intensif des routes, dont une grande proportion est devenue inutilisable.¹⁵⁴ Les attaques ciblant les domiciles civils dans cette région, dont 15 000 auraient été détruits¹⁵⁵, représentent la cause première de décès de civils durant le conflit¹⁵⁶. Selon la preuve recueillie par Amnistie internationale, ces attaques étaient souvent exécutées avec des bombes guidées (*precision-guided, air-delivered munitions*) de telle façon qu'elles frappaient les supports principaux des bâtiments qui s'écroulaient alors sous leur propre poids.¹⁵⁷ Un cas particulier est frappant, où la preuve indique qu'une bombe guidée à laser (*laser-guided precision bomb*) fut utilisée lors d'une attaque pour pénétrer un édifice à trois étages et faire exploser le seul étage occupé.¹⁵⁸ Cette attaque a fait au moins 28 morts dont la majorité des enfants.¹⁵⁹ Les attaques ont également ciblé des écoles¹⁶⁰, dont jusqu'à 50 furent détruites complètement et plus de 300 endommagées¹⁶¹. Il est clair que des maisons et des écoles sont des biens habituellement affectés à des usages civils et bénéficient donc de la présomption de statut civil établit par l'article 52(3)¹⁶² du Protocole I; d'ailleurs, ces biens sont expressément mentionnés à l'article.

Aux alentours du 15 juillet, les forces israéliennes ont émis des avertissements à la population civile du sud du Liban, utilisant notamment la radio, des pamphlets et des haut-parleurs, ordonnant aux habitants de fuir au nord de la rivière Litani.¹⁶³ Lorsque les habitants ont tenté de suivre ces instructions, ils se sont retrouvés victimes d'attaques directes dans les rues alors qu'ils tentaient de fuir dans des véhicules¹⁶⁴ et ce, alors que plusieurs d'entre eux agitaient des drapeaux blancs par les fenêtres pour s'identifier comme personnes civiles.¹⁶⁵ Le rapport de HRW fait état de 27 personnes tuées dans de telles attaques.¹⁶⁶ Bien que le DIH requiert effectivement que les parties avertissent

¹⁵¹ *Ibid.* à la p 3.

¹⁵² Protocole I, supra note 67 à l'art 57(2)(iii).

¹⁵³ HRW, supra note 139 à la p 4.

¹⁵⁴ *Ibid.* à la p 35.

¹⁵⁵ Amnistie internationale, « Israel/Lebanon: Deliberate destruction or "collateral damage"? », MDE 18/007/2006, Août 2006 à la p 7 [Amnistie Deliberate Destruction].

¹⁵⁶ HRW, supra note 139 à la p 14.

¹⁵⁷ Amnistie Deliberate Destruction, supra note 155 à la p 7.

¹⁵⁸ Amnistie Out of All Proportion, supra note 127 à la p 37.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ HRW, supra note 139 à la p 16.

¹⁶¹ Amnistie Out of All Proportion, supra note 127 à la p 55.

¹⁶² Voir aussi Statut de Rome, supra note 18 à l'art 8(2)(e)(iv).

¹⁶³ HRW, supra note 139 à la p 35.

¹⁶⁴ *Ibid.* aux p. 5 et 6.

¹⁶⁵ *Ibid.* aux p. 35 et 40.

¹⁶⁶ *Ibid.* à la p 5.

les populations civiles d'attaques lorsque cela est possible¹⁶⁷, un tel avertissement ne libère nullement les parties contractantes de leur obligation de distinguer les personnes civiles des combattants, ni de prendre toutes les précautions possibles pour éviter des pertes et des dommages civils.¹⁶⁸ Ainsi, Israël n'était aucunement autorisé à traiter les civils demeurant au sud du Liban comme des combattants pouvant être attaqués.¹⁶⁹

Même si l'on accepte que des combattants ou des armes du Hezbollah étaient présents sur le site des attaques décrites ci-haut, ce qui n'est pas appuyé par la preuve recueillie par HRW et Amnistie internationale et est même parfois contredit par les compte-rendu officiels des forces israéliennes¹⁷⁰, Israël était tenu de prendre toutes les précautions possibles pour éviter ou minimiser les pertes et dommages civils¹⁷¹ tout en étant tenu de respecter le principe de la proportionnalité¹⁷². Les attaques faisaient souvent au-delà de dix morts et même parfois des dizaines puisque les familles n'ayant pas pu fuir le sud du Liban se réfugiaient souvent en très grand nombre dans un seul bâtiment¹⁷³. Les attaques ont tué en tout 1 191 civils, dont environ un tiers étaient des enfants¹⁷⁴, et en ont blessé 400 autres¹⁷⁵. HRW a de plus documenté certains cas où les avions israéliens ont attaqué un site récemment bombardé alors que des voisins et d'autres civils s'étaient rassemblés sur le site pour aider les blessés et recueillir les corps.¹⁷⁶ Dans certains cas, les édifices étaient déjà réduits en ruines¹⁷⁷ par la première attaque, ce qui rend très douteux la nécessité militaire de la deuxième attaque.

Israël maintient que ces pertes et dommages ont été causés par l'utilisation de civils comme boucliers humains par le Hezbollah¹⁷⁸, une pratique illégale en DIH¹⁷⁹. Toutefois, ceci ne permettrait pas à Israël de se défaire de son obligation de distinguer les personnes civiles et les biens à caractère civil des objectifs militaires, ni de ne pas mener des attaques indiscriminées.¹⁸⁰ D'autre part, les forces israéliennes ont soutenu dans plusieurs cas ne pas avoir été conscientes de la présence de civils sur les lieux des attaques, mais l'emploi de méthodes sophistiquées de surveillance dont l'usage de drones rend ceci très invraisemblable.¹⁸¹

Si les attaques décrites ci-haut ne constituent pas des attaques directes sur la

¹⁶⁷ Protocole I, supra note 67 à l'art 57(2)(c).

¹⁶⁸ *Ibid.* à l'art 51(8).

¹⁶⁹ HRW, supra note 139 à la p 7.

¹⁷⁰ Amnistie Out of All Proportion, supra note 127 à la p 38.

¹⁷¹ Protocole I, supra note 67 à l'art 57(2)(ii).

¹⁷² *Ibid.* à l'art 57(2)(iii).

¹⁷³ Amnistie Out of All Proportion, supra note 127 à la p 37.

¹⁷⁴ Amnistie Deliberate Destruction, supra note 155 à la p 2.

¹⁷⁵ Amnistie Out of All Proportion, supra note 127 à la p 3.

¹⁷⁶ HRW, supra note 139 à la p 14.

¹⁷⁷ *Ibid.* à la p 20.

¹⁷⁸ *Ibid.* à la p 14.

¹⁷⁹ Protocole I, supra note 67 à l'art 51(7).

¹⁸⁰ Amnistie Deliberate Destruction, supra note 155 à la p 6; HRW, supra note 139 à la p 15; Protocole I, supra note 67 à l'art 51(8), voir aussi l'art 50(3).

¹⁸¹ Amnistie Out of All Proportion, supra note 127 à la p 20.

population civile, elles constituent certainement des attaques sans discrimination¹⁸² puisqu'elles ne respectaient pas le principe de la proportionnalité¹⁸³ ou ne ciblaient pas des objectifs militaires déterminés¹⁸⁴. D'ailleurs, certains soldats ont admis que les coordonnées qui leurs étaient fournies pour les bombardements d'artillerie équivalaient à une « inondation » (*flooding*) de plusieurs villages libanais¹⁸⁵, une pratique aussi connue en anglais comme *area bombardment*¹⁸⁶ et expressément interdite à titre d'attaque sans discrimination dans le Protocole I.¹⁸⁷

Le non-respect du principe de distinction par les forces israéliennes tend à être confirmé par des déclarations faites par le gouvernement israélien qui semblent indiquer que toute personne ayant une connexion, même lointaine, au Hezbollah pouvait être un objectif légitime d'attaque et parfois même toutes les personnes dans la zone des hostilités.¹⁸⁸ Par exemple, le ministre de la Justice d'Israël, Haim Ramon, aurait déclaré que suite aux avertissements mentionnés ci-haut, « [t]ous ceux qui occupent maintenant le sud du Liban sont des terroristes reliés d'une façon ou d'une autre au Hezbollah »¹⁸⁹, rajoutant que les forces aériennes israéliennes devraient bombarder les villages au sud avant l'arrivée des forces terrestres afin de minimiser les pertes de soldats¹⁹⁰. D'ailleurs, les pamphlets distribués par les forces israéliennes dans les villages libanais reconnaissent expressément l'intention des forces israéliennes de ne pas vérifier si les cibles de leurs attaques constituaient des objectifs militaires tel que le requière le DIH¹⁹¹ : « Tout véhicule voyageant au sud de la rivière Litani, qu'importe son type, sera bombardé sous soupçon qu'il transporte des bombes, de l'équipement militaire et des terroristes. »¹⁹² Le manque délibéré de distinction lors des attaques israéliennes est aussi confirmé par la déclaration du 13 juillet du chef de cabinet des forces israéliennes, le Lt.-Gen. Dan Halutz, selon laquelle Beyrouth dans son entièreté pourrait être ciblée si les attaques du Hezbollah sur le nord d'Israël ne cessaient pas : “*Nothing is safe [in Lebanon], as simple as that*”.¹⁹³

Les forces israéliennes ont également attaqué du personnel ainsi que des sites onusiens et de sociétés de secours, parfois alors même que ceux-ci tentaient d'aider les blessés et de recueillir les corps sur les routes bombardées.¹⁹⁴ Un cas bien documenté s'est déroulé le 25 juillet lorsqu'un missile guidé a frappé un poste d'observateur onusien alors que ce dernier était clairement identifié, causant la mort de

¹⁸² *Ibid.* aux p 22 et 65.

¹⁸³ Protocole I, supra note 67 à l'art 51(5)(b).

¹⁸⁴ *Ibid.* à l'art 51(4)(a)

¹⁸⁵ Amnistie Out of All Proportion, supra note 127 à la p 26.

¹⁸⁶ HRW, supra note 139 à la p 45.

¹⁸⁷ Protocole I, supra note 67 à l'art 51(5)(a).

¹⁸⁸ HRW, supra note 139 à la p 6.

¹⁸⁹ *Ibid.*, TRADUCTION.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Protocole I, supra note 67 à l'art 57(2)(a)(i).

¹⁹² Amnistie Deliberate Destruction, supra note 155 à la p 18: pamphlet adressé au « peuple libanais » et signé « l'État d'Israël », 7 août 2006. TRADUCTION, Soulignement ajouté.

¹⁹³ *Ibid.* à la p 4.

¹⁹⁴ HRW, supra note 139 aux p 15 et 38.

quatre membres du personnel.¹⁹⁵ Quatorze bombes et obus étaient déjà tombés à proximité de ce poste onusien avant l'attaque fatale et le commandant de la Force intérimaire des Nations Unies au Liban (FINUL), le général Alain Pelligrini, avait réitéré cette même journée à l'armée israélienne la nécessité de protéger le poste.¹⁹⁶ Cette attaque semble très difficilement justifiable et fut d'ailleurs qualifiée de « *apparently deliberate targeting* » par le Secrétaire-général de l'ONU Kofi Annan¹⁹⁷. Malgré le fait qu'elles sont habituellement formées de soldats, les forces de maintien de la paix bénéficient de la même protection que les civils tant qu'elles ne prennent pas part au conflit.¹⁹⁸ Mener une attaque directe contre de telles personnes ou contre des biens utilisés dans des opérations de maintien de la paix constitue un crime de guerre en DIH coutumier¹⁹⁹ et ceci est reflété dans plusieurs instruments juridiques²⁰⁰.

Similairement, HRW a documenté deux attaques aériennes contre des ambulances clairement identifiées de la Croix Rouge²⁰¹, contre des hôpitaux gouvernementaux, dont deux ont été complètement détruits et trois autres gravement endommagés²⁰², ainsi que contre un convoi de Médecins sans frontières²⁰³. Cette dernière attaque a eu lieu au nord du Litani, c'est-à-dire dans la zone qui devait être sécuritaire selon les informations fournies par les forces israéliennes.²⁰⁴ Les forces armées soumises au DIH doivent respecter et protéger tout le personnel sanitaire et leurs moyens de transport.²⁰⁵ Toute attaque contre des membres d'un personnel médical ou sur les biens associés à cet apport d'aide médicale constitue un crime de guerre.²⁰⁶ La Croix Rouge bénéficie d'ailleurs d'un statut et d'une protection particulière.²⁰⁷ Israël a également systématiquement bloqué ou fait attendre des convois d'aide humanitaire aux frontières, notamment en imposant un blocus maritime et aérien.²⁰⁸ Le manque de coopération des autorités israéliennes conjugué aux attaques directes sur les membres de sociétés de secours a privé les habitants de l'accès à l'eau, à la nourriture, à l'aide médicale et à d'autres nécessités, particulièrement au sud du pays. Cette situation sera traitée davantage sous peu.

Un autre point de contention lors du conflit était l'usage par Israël d'armes à sous-munitions menant à des attaques sans discrimination. Les attaques sans discrimination sont celles qui frappent sans distinction des objectifs militaires et des personnes civiles

¹⁹⁵ *Ibid.* à la p 29.

¹⁹⁶ *Ibid.* aux p 29 et 30.

¹⁹⁷ *Ibid.* à la p 30.

¹⁹⁸ *Ibid.* à la p 31.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ Statut de Rome, supra note 18 aux art 8(2)(b)(iii) et 8(2)(e)(iii).

²⁰¹ HRW, supra note 139 aux p 5, 35, 41 et 42.

²⁰² Amnistie Deliberate Destruction, supra note 155 à la p 3.

²⁰³ *Ibid.* à la p 12.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ Protocole I, supra note 67 aux art 12(1), 15 et 21.

²⁰⁶ *Ibid.* à l'art. 85(2); Statut de Rome, supra note 18 aux art 8(2)(b)(iii), 82bxxiv, 8(2)(e)(iii) et 8(2)(e)(ii).

²⁰⁷ Protocole I, supra note 67 à l'art 81.

²⁰⁸ Amnistie Out of All Proportion, supra note 127 à la p 45.

ou des biens à caractère civil.²⁰⁹ Elles incluent des attaques qui (1) ne sont pas dirigées contre un objectif militaire déterminé, (2) utilisent des méthodes ou des moyens de combat ne pouvant pas être dirigés contre un objectif militaire déterminé et (3) utilisent des méthodes ou des moyens de combat dont les effets ne peuvent être limités selon les modalités requises par le Protocole I.²¹⁰ Bien qu'il n'existe aucune norme de DIH interdisant spécifiquement les armes à sous-munitions²¹¹, leur grande zone de dispersion rend impossible l'emploi de ces armes pour cibler un point particulier à moins que celui-ci soit très large.²¹² De plus, ces armes ayant un taux élevé de non-explosion²¹³, il est impossible de limiter leurs effets d'une façon à ne pas entraîner des pertes ou des dommages civils. En effet, il reste jusqu'à un million de bombes à sous-munitions non-explosées au sud du Liban qui continuent de blesser et de tuer des civils²¹⁴, dont la majorité sont des enfants²¹⁵ puisque ces derniers sont souvent les premiers à entrer en contact avec les bombes en jouant à l'extérieur²¹⁶. Ceci a aussi des conséquences importantes sur la situation de sécurité alimentaire déjà précaire au Liban puisqu'une grande partie des champs sont parsemés de bombes non-explosées.²¹⁷ L'utilisation des armes à sous-munitions par Israël dans des zones peuplées constituait donc une violation du DIH²¹⁸, et lorsque leur utilisation de cette manière était intentionnelle et avec la connaissance que des pertes ou des dommages civils clairement excessifs par rapport à l'avantage militaire attendu s'ensuivront, constituait un crime de guerre.²¹⁹

Enfin, les bombardements israéliens ciblaient également l'infrastructure civile libanaise, menant à une destruction intensive et à grande échelle. Sous le Statut de Rome, la destruction à grande échelle de biens à caractère civil, non justifiée par la nécessité militaire, constitue un crime de guerre.²²⁰ Des aéroports, des centres de traitement de l'eau et de déchets et des centrales électriques furent complètement ou partiellement détruites, ainsi que 120 ponts²²¹, 94 routes, plus de 25 stations d'essences²²² et 900 édifices commerciaux²²³. Israël maintient que ces attaques ciblaient des positions du Hezbollah ainsi que leurs installations et que les pertes et dommages civils causés étaient accidentels.²²⁴ Toutefois, Amnistie internationale maintient que la preuve démontre assez solidement que la destruction à grande échelle

²⁰⁹ Protocole I, supra note 67 à l'art 51(4).

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ HRW, supra note 139 à la p 29.

²¹² *Ibid.* à la p 28.

²¹³ *Ibid.* à la p 6.

²¹⁴ Amnistie Out of All Proportion, supra note 127 à la p 4.

²¹⁵ *Ibid.* à la p 58.

²¹⁶ *Ibid.* à la p 59.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ HRW, supra note 139 à la p 28; voir aussi Protocole I, supra note 67 à l'art 51(4).

²¹⁹ Protocole I, supra note 67 à l'art 85(3)(b); Statut de Rome, supra note 18 à l'art 8(2)(b)(iv).

²²⁰ Statut de Rome, supra note 18 à l'art 8(2)(a)(iv).

²²¹ Amnistie Deliberate Destruction, supra note 155 à la p 6.

²²² *Ibid.* à la p 2.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Ibid.* à la p 3.

de l'infrastructure civile libanaise était intentionnelle et faisait partie de la stratégie militaire israélienne, tel que démontré entre autres par le type d'attaques menées, le nombre de pertes civiles et l'étendue de la destruction.²²⁵ Plusieurs déclarations faites par Israël semblent indiquer que cette destruction visait à soumettre la population libanaise à une sorte de punition collective²²⁶ pour pousser le gouvernement et les résidents libanais à se retourner contre le Hezbollah.²²⁷ À ce titre, le chef de cabinet des forces israéliennes aurait dit que le but des attaques était de mettre de la pression sur le gouvernement libanais et de livrer le message selon lequel le gouvernement devait assumer la responsabilité du « cancer » qu'est le Hezbollah et que le gouvernement devait l'éliminer, « car sinon, leur pays paiera un prix très élevé »²²⁸. Les attaques sur l'infrastructure civile endommagèrent aussi environ deux tiers du secteur industriel dont au moins 23 grandes usines.²²⁹ Il est en effet difficile de voir quel avantage militaire cette destruction accordait à Israël²³⁰, si ce n'est que d'affaiblir le gouvernement et la population libanaise en paralysant l'économie du pays.

De plus, Israël maintient que les biens à caractère civil qui ont fait l'objet de bombardements étaient des cibles militaires légitimes en raison de leur potentiel d'utilisation à des fins militaires.²³¹ Toutefois, un avantage militaire ne peut être « potentiel ou indéterminé »²³². En effet, l'article 52(2) du Protocole I qui définit l'objectif militaire mentionne un « avantage militaire précis » tandis que l'article 51(5) qui définit les attaques sans discrimination appuie cette interprétation en utilisant les mots « avantage militaire concret et direct attendu ». De plus, même si l'on considère que ces biens à caractère civil avaient été transformés en objectifs militaires légitimes en raison de leur potentiel d'utilisation à des fins militaires, les attaques devaient demeurer proportionnelles²³³. Il est particulièrement difficile de comprendre l'avantage militaire anticipé du bombardement des ports libanais étant donné le blocus déjà mis en place par la marine israélienne et considérant les pertes et dommages civils causés.²³⁴

Certains bâtiments civils tels les supermarchés et les entrepôts de nourriture semblent avoir été ciblés avec plus de fréquence.²³⁵ Le DIH prohibe « d'attaquer, de détruire, d'enlever ou de mettre hors d'usage des biens indispensables à la survie de la population civile, tels que des denrées alimentaires et [des] zones agricoles [...] en vue d'en priver, à raison de leur valeur de subsistance, la population civile »²³⁶. Or, selon Amnistie internationale, ces attaques utilisaient des munitions guidées dont la trajectoire

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Les punitions collectives sont interdites en droit international humanitaire, voir Protocole I, supra note 67 aux art 75(2)(d) et 75(2)(e), ainsi que le Protocole II, supra note 93 aux art 4(2)(b) et 4(2)(h).

²²⁷ Amnistie Deliberate Destruction, supra note 155 aux p 3 et 4.

²²⁸ *Ibid.* à la p 4, TRADUCTION.

²²⁹ *Ibid.* à la p 16.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ *Ibid.* à la p 5.

²³² *Ibid.* à la p 4, TRADUCTION.

²³³ Protocole I, supra note 93 à l'art 51(5).

²³⁴ Amnistie Deliberate Destruction, supra note 155 à la p 13.

²³⁵ *Ibid.* à la p 17.

²³⁶ Protocole I, supra note 67 à l'art 54(2).

était réglée de façon à causer le plus de dommage à l'intérieur des bâtiments, c'est-à-dire aux produits alimentaires contenus à l'intérieur.²³⁷ Le blocus naval et aérien, combiné aux bombardements des routes, a également exacerbé cette pénurie de nourriture. Israël a notamment bloqué la dernière connexion routière entre le Liban et la Syrie le 4 août, empêchant l'entrée à la frontière de 150 tonnes de matériel de secours.²³⁸ Le DIH interdit de retarder l'acheminement des envois de secours sauf pour motif urgent concernant l'intérêt de la population civile²³⁹ et exige en plus que les parties au conflit facilitent la distribution rapide et assure la sécurité des envois de secours²⁴⁰. Un autre cas fort révélateur a eu lieu le 6 août, lorsque la FINUL tentait de négocier la reconstruction temporaire d'un des ponts traversant la rivière Litani pour permettre le transport d'envois de secours essentiels.²⁴¹ Israël a refusé, en déclarant que le pont serait détruit et en avertissant supposément la FINUL que ses agents seraient eux-mêmes ciblés par des attaques s'ils tentaient une reconstruction.²⁴² Selon Amnistie internationale, ces attaques pourraient même être considérées comme une tentative d'utiliser la famine comme méthode de guerre²⁴³, également interdite en DIH²⁴⁴.

Un autre point d'analyse intéressant est celui du dommage environnemental causé par les attaques israéliennes. Deux attaques successives ont été menées sur la centrale électrique la plus grande du Liban, située sur la côte libanaise. Celles-ci ont causé le déversement de 15 000 tonnes d'huile dans la mer, menant à la contamination de plus de 150 kilomètres de côte libanaise et s'étendant au nord jusqu'aux eaux syriennes²⁴⁵ pour endommager les écosystèmes côtiers et marins²⁴⁶. Selon les estimations du gouvernement libanais, la remise en état de la zone affectée prendra dix ans.²⁴⁷ Le Protocole I²⁴⁸ et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale²⁴⁹ protègent l'environnement contre des attaques dont le but ou le résultat prévisible sont des dommages « étendus, durables et graves ». Toutefois, seul le statut de Rome en fait un crime de guerre et ce seulement dans le contexte d'un conflit armé international, rajoutant aussi l'exigence que ces dommages soient manifestement excessifs par rapport à l'avantage militaire anticipé²⁵⁰. Cependant, ces instruments juridiques n'imposent aucune obligation à Israël vu son statut d'État non-signataire et vu la nature non-internationale du conflit. Néanmoins, il reste à voir si ces interdictions n'auraient pas atteint le statut d'interdictions coutumières.

²³⁷ Amnistie Deliberate Destruction, supra note 155 à la p 17.

²³⁸ *Ibid.* à la p 12,

²³⁹ Protocole I, supra note 67 à l'art 70(3)(c).

²⁴⁰ *Ibid.* à l'art 70(4).

²⁴¹ Amnistie Deliberate Destruction, supra note 155 à la p 12.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Ibid.* à la p 5.

²⁴⁴ Protocole I, supra note 67 à l'art 54(1).

²⁴⁵ Amnistie Deliberate Destruction, supra note 155 à la p 10.

²⁴⁶ Amnistie Out of All Proportion, supra note 127 à la p 25.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ Protocole I, supra note 67 à l'art 55.

²⁴⁹ Statut de Rome, supra note 18 à l'art 8(2)(b)(iv)

²⁵⁰ *Ibid.*

Enfin, il est important de noter que les deux parties ont pris des otages durant le conflit, ce qui constitue un crime de guerre en DIH et ce, qu'importe la nature internationale ou non du conflit armé²⁵¹. Le Hezbollah a effectivement pris deux soldats en otages lors du raid du 12 juillet qui déclencha le conflit, tandis qu'Israël a capturé au moins 20 citoyens libanais²⁵² ainsi que gardé les corps d'au moins 13 combattants du Hezbollah²⁵³.

4.3. Les obligations de répression des crimes de guerre commis lors du conflit Israël/Hezbollah

Qu'en est-il maintenant de la réponse des États à ces allégations de crimes de guerre ? Étant donné qu'Israël et le Liban sont partie aux Conventions de Genève, tous deux ont l'obligation d'investiguer ces allégations et de poursuivre les individus soupçonnés d'avoir commis ces crimes et se trouvant sur leur territoire. Le Liban jusqu'à date ne semble pas avoir pris de mesures pour commencer une investigation face aux crimes de guerre qu'auraient commis les combattants du Hezbollah.²⁵⁴ Israël a mené une enquête sur les actes posés par ses forces armées, mais sans mandat expresse d'évaluer la légalité des attaques menées au vu du DIH.²⁵⁵ Les moyens et les résultats de l'enquête n'ont d'ailleurs pas été divulgués.²⁵⁶ D'autre part, il importe de souligner que si des personnes soupçonnées de crimes de guerre se trouvent sur le territoire d'autres États signataires aux Conventions de Genève, ceux-ci ont également l'obligation de poursuivre ces individus.

En ce qui concerne les crimes de guerre non-prévus aux Conventions de Genève, la poursuite d'individus soupçonnés de tels crimes devient facultative selon la doctrine de la juridiction universelle. De plus, bien qu'Israël et le Liban n'aient pas signé le Statut de Rome de la CPI, les deux États pourraient accepter la compétence de la Cour sur leurs territoires respectifs en soumettant une déclaration en vertu de l'article 12(3) du Statut de Rome. Le conflit pourrait aussi être référé à la CPI par le Conseil de sécurité des Nations Unies sous l'article 13(b).

Conclusion

Les crimes de guerre constituent une catégorie complexe d'interdictions en DIH pour lesquelles les individus sont passibles d'une accusation de responsabilité criminelle individuelle. Ce régime juridique a été créé et renforcé progressivement par le droit international dans le but de promouvoir un respect accru du DIH. Toutefois, la définition et la portée des crimes de guerre varient selon la source conventionnelle utilisée. De

²⁵¹ *Ibid.* aux art 8(2)(a)(viii) et 8(2)(c)(iii).

²⁵² Amnistie Out of All Proportion, supra note 127 à la p 5.

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ *Ibid.* à la p 66.

²⁵⁵ *Ibid.* à la p 7.

²⁵⁶ Amnistie Deliberate Destruction, supra note 155 à la p 20.

plus, le droit international accorde aux États la responsabilité première de réprimer ces crimes dans leurs propres systèmes municipaux, rajoutant aux incertitudes et au manque d'uniformité entourant ce concept juridique. Le manque de suivi rigoureux et transparent des crimes de guerre qui auraient été commis lors du conflit Israël/Hezbollah en 2006 illustre bien ces obstacles, témoignant du gouffre encore présent entre théorie et pratique en droit international.

Bibliographie

Conventions internationales

Accord concernant la poursuite et le châtimeut des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire, Londres, 8 août 1945.

Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 29 juillet 1899, Conférence internationale de la Paix 1899, La Haye, Martinus Nijhoff, 1907, p. 19-28.

Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907, Deuxième Conférence internationale de la Paix, La Haye 15 juin-18 octobre 1907, Actes et Documents, La Haye, 1907, Vol. I, p. 626-637.

Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, RO 1951 184.

Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, RO 1951 209.

Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, RO 1951 230.

Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, RO 1951 302.

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331.

Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, 26 novembre 1968, A.G. res. 2391 (XXIII), annexe, 23 U.N.GAOR Supp. (No. 18) à 40, U.N. Doc. A/7218 (1968).

Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, Série des traités européens, Vol. III, 1972-1974, Strasbourg, 1975, p. 213-216.

Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne, Genève, 6 juillet 1906, Actes de la Conférence de Révision, réunie à Genève du 11 juin au 6 juillet 1906, Genève, 1906, p.277-293.

Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre, Bruxelles, 27 août 1874, Actes de la Conférence de Bruxelles, Bruxelles, F. Hayez, 1874, p.297-305 et p.307-308.

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977, RO 1982 1362.

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977, RO 1982 1432.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, RO 2002 3743.

Doctrine

Monographies

Cassese, Antonio, Paola Gaeta et John R. W. D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, Vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002.

Dinstein, Yoram. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Shaw, Malcolm N. *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Articles

Abi-Saab, Georges. « The Concept of 'War Crimes' » dans Sienho Yee et Wang Tieya, dir., *International Law in the Post-Cold War World : Essays in memory of Li Haopei*, Londres, Routledge, 2001.

Amnistie internationale. « Israel/Lebanon: Out of all proportion - civilians bear the brunt of the war », MDE 02/033/2006, Novembre 2006.

Amnistie internationale. « Israel/Lebanon: Deliberate destruction or "collateral damage"? », MDE 18/007/2006, Août 2006.

Bloom, Catherine. « The Classification of Hezbollah in both International and Non-International Armed Conflicts », (2008) *Annual Survey of International & Comparative Law*, Vol. 14 No. 1 Article 5.

Human Rights Watch. « Fatal Strikes□Israel's Indiscriminate Attacks Against Civilians in Lebanon », Vol. 18, No. 3 (E), Août 2006.

Theodor Meron. « International Criminalization of Internal Atrocities », 89 *AJIL* (1995).

William J. Fenrick. « Should Crimes Against Humanity Replace War Crimes? », (1998-1999)
37 *Colum. J. Transnat'l L.* 767.

Jurisprudence

Le Procureur c Dusko Tadic, IT-94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) (TPIY chambre d'appel), en ligne : TPIY <<http://www.icty.org>>

Le Procureur c Dusko Tadic, CC/PIO/188-F, prononcé du jugement (7 mai 1997).

Tribunal de Nuremberg, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, p. 19.

Autres

Comité international de la Croix Rouge, *States Party to the Geneva Conventions and their Additional Protocols*, <http://www.icrc.org/fre/assets/files/annual-report/current/icrc-annual-report-map-conven-a3.pdf>.

Manuel des lois de la guerre sur terre, Oxford, 9 septembre 1880, disponible en ligne : <http://www.icrc.org/dih.nsf/WebART/140-80085?OpenDocument>.

JUVENILE INSTITUTIONAL CRIMINAL SANCTIONS IN THE NEW LAW SYSTEM OF REPUBLIC OF SERBIA

DRAGAN JOVAŠEVIĆ PH.D.*

Table of Content

ABSTRACT : All material (corporeal), processing and executive provisions related to criminal law in Republic of Serbia about juveniles are, in the new Law about juvenile comitters and criminal law protection of juveniles from 2006. January 1st (LAJCCA), conjoint in one place. That is how the juvenile criminal law has been created. It is characterized as follows : 1) principally, inquest of the juvenile injurers guilt is excluded, 2) among criminal sanctions towards juvenile injurers the priority belongs to the educable provisions comparing to the punishment that presents the exception expressed in juvenile jail implementation. By the way of exception with the juvenile jail can be punished only the older juvenile if he committed a crime for which the proposed punishment is over five years, if he is sufficiently mentally mature that he can understand importance of that crime and he control his acts and if the consequences of the committed crime are that grand, and the extent of guilt that high when the application of educative provisions wouldn't be justified, 3) in the criminal proceeding towards juveniles, prosecution and juridical apparatus have wide authority in terms of starting, processing and terminating the proceeding. Those authorities consist of discrete rights to withdraw prosecution no matter what is the committed crime, if it is considered that it would be useful in terms of education and reeducation of the juvenile delinquent. The principle of utility has the priority than the principle of objectiveness. The court mandates consist of not only a wide scale of optional means and provisions, but of possibility to replace already delivered verdict with some other more convenient provision, if it is required by the specific situation and 4) in juridical system of the Republic of Serbia there are special jurisdictional bodies for struggle against juvenile criminality: special departments for juvenile delinquency in internal affairs agencies, a prosecuting attorney for juveniles and special juvenile council i.e. the juvenile court that supervises the whole criminal proceeding against any juvenile delinquent. The juvenile court is represented with lay judges that have competences and personal qualities whereby can influence the juvenile delinquent. In the process the special role belongs to the authorities of social welfare. The new juvenile criminal law anticipates two basic types of the juvenile criminal sanctions. These are: 1) the educational measures and 2) the juvenile prison. They are legally anticipated measures of the social reaction towards the juvenile committers of the crime activities that are sentenced the legally determined organs (the district court – the judge for the juveniles and the tribunal for the juveniles) in aim to protect the society from the criminality trough the education, reeducation and proper development of the juvenile. Beside and instead of sanctions, the new criminal legislature recognizes also the special type of measures – the educational dictates (orders) as the alternative measures that have the aim the deflecting of the criminal proceeding towards the juveniles (*la diversion*) to the other measures application. In this paper the author has analysed theoretical and practical aspects of institutional criminal sanctions for juvenile criminal offenders in new criminal law of Republic of Serbia.

INTRODUCTION

New juvenile criminal legislation (substantial, procedural and executive) entered into force in the Republic of Serbia at the beginning of 2006¹. That opened an entire new chapter in the development of our country's criminal law and represented a radical twist when it comes to the establishment and functioning of a modern legal state and rule of law. Juvenile criminal law² is a part i.e. a segment of criminal law that has lately gained a status of an independent legal and scientific discipline in a series of European countries due to a multitude of its specific solutions. It represents a special, coherent and autonomous entity comprised of a number of solutions that differ from those referring to adult offenders.

Juvenile criminal law represents a set of legal provisions that determine the criminal-legal status of juveniles (as offenders but also as the victims of criminal offences)³. This term (that legal theory often refers to as a postulate of criminal policy), stands for a branch of law comprised of criminal legal provisions that are applied to juvenile offenders and that depict its particular and specific character. This field of law is focused on the personality of the offender (*Taterstrafrecht*), rather than on the offence itself (*Tatstrafrecht*). In other words, it is a set of legal provisions that determine the system of sentences for juvenile offenders⁴, but, under specific circumstances, for adult offenders as well, and the procedure for imposing and executing these sentences by competent state authorities. Therefore, it can be said that juvenile criminal law goes beyond the frames of criminal law because it does not include only substantial criminal legal provisions but the provisions of procedural and executive criminal law as well, in the extent in which they deal with juvenile perpetrators.

Juvenile criminal law⁵ represents a set (a system) of legal provisions that regulate the position (i.e. rights and obligations) of a juvenile in criminal legal system. These provisions primarily refer to:

- a) the definition and the types of juveniles as subjects of criminal law (active and passive);
- b) types, conditions, purpose and methods for prescribing and imposing sentences on juvenile offenders;
- c) the procedure for imposing sentences on juveniles (that represents a specific type of criminal procedure because of the authorities that are competent for its initiation and conduct as well as for the enforcement and execution of sentences) and, finally;
- d) the procedure of the execution of imposed juvenile sentences.

* Law Faculty, University of Niš, Republic of Serbia

¹ D.Jovašević, *Maloletničko krivično pravo*, Niš, 2011. pp. 12-18.

² The term "juvenile criminal law" is common in legal theory (G.Marjanovik, *Makedonsko krivično pravo*, Opšt del, Skoplje, 1998. p.361. and Lj.Bavcon, A. Šelih, *Kazensko pravo*, Splošnij del, Ljubljana, 1999. p. 230.). However, the term "criminal law for juveniles" is also used in legal theory for this branch of law. Both terms imply that there is a criminal law of "juvenile character" as a contrast to criminal law that refers to adults. It is worth mentioning that there are standpoints in a part of German legal theory claiming that juvenile criminal law includes the cases of offenders who are under 25.

³ In Germany (*Jugendgerichtsgesetz* of 1974. with addition of 1990.), France (*Ordonnance* No. 45-174 du 2. fev.1945. with addition of Law No. 2002-1138 of 2002.), Croatia (*Zakon o sudovima za mladež* – Official gazette of Republic of Croatia No. 111 of 1997.), Macedonia (*Zakon za maloletničku pravdu* – Official gazette of Republic of Macedonia No. 87 of 2007.) and Serbia (*Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica* – Official gazette of Republic of Serbia No. 85 of 2005), this branch of law has been officially separated from their Criminal Laws (Codes).

⁴ There are standpoints in the history of criminal law according to which the first penitentiary institution for juvenile offenders was established in Rome in 1703 upon the initiative of the Roman Pope Clement IX. Later on, other similar institutions were established in other countries as well, such as Germany, France, Switzerland and United Kingdom.

⁵ B.Đukić, D.Jovašević, *Kriminalitet maloljetnika i mjere društvene reakcije u Republici Srpskoj*, Banja Luka, 2010. pp. 34-45.

Juvenile criminal law can be singled out from the criminal law that is generally applied to adult offenders because of the character of its numerous provisions. However, it can, by way of exception, be applied to adult offenders as well, if specific conditions determined by the law are met.

THE BASIC CHARACTERISTICS OF JUVENILE CRIMINAL LAW

When it comes to national criminal law, the Law on Amendments and Changes of the Criminal Code of FNRJ from 1959 was the first to single out the provisions dealing with juvenile criminal sentences in a separate chapter. Furthermore, The Criminal Procedure Code included special provisions dedicated to the criminal procedure against juveniles, whereas the Law on the Execution of Criminal Sentences regulated the procedure, the manner and the conditions of the execution of criminal sentences imposed on juveniles. That was the beginning of the establishment of juvenile criminal law, which nowadays has the following characteristics⁶:

- 1) Criminal legal provisions do not refer to a person who was under the age of fourteen⁷ at the time of commission of an unlawful act provided under law as a criminal offence. (Paragraph 2, ZOMUKD). Such persons are referred to as children (infants) and are not treated as active subjects of criminal law. Criminal legal provisions cannot be applied to them, but provisions of other branches of law (such as Family Law and Social Welfare Law) can;
- 2) According to linguistic and grammatical interpretation, the term “juvenile perpetrator of a criminal offence” is not valid, since there is no criminal offence without perpetrator’s guilt (according to the objective-subjective theory of criminal offence from paragraph 14 of the Criminal Code of the Republic of Serbia). Also, the term “guilt” is not in accordance with the expressions such as “infant” and “juvenile”. That is the reason why the Criminal Code itself uses a rather vague formulation: “a juvenile who has committed an illegal act that is prescribed as a criminal offence by the law”. Moreover, the presence and the assessment of guilt during a criminal procedure are excluded in the case of juvenile offenders;
- 3) Juvenile criminal law, as a consistent system of criminal legal provisions that are applied to juvenile offenders, is unfamiliar with numerous terms and institutions that are commonly present in the “classical i.e. standard” criminal law that is applicable to adult offenders, such as: guilt, punishment, penal and retributive system, the proportion between the punishment and the grade of offender’s hazard and the determination of punishment for joinder of criminal offences,
- 4) The system of juvenile criminal law⁸ is supposed to be ruled by the goals of criminal policy such as juvenile offender’s education and re-education, emphasizing the principle of education instead of the principle of punishing. This has highlighted the preventive character of this branch of law and led to the abandonment of its previous “therapeutic” concept. In theory, it is pointed out that juvenile criminal sentences primarily represent measures of help and socialization containing a smaller amount of coercion, repression and limitations of rights and freedoms and a greater amount of help,

⁶ D.Jovašević, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2010. pp. 287-296.

⁷ It is worth mentioning that there are standpoints in a part of German legal theory claiming that juvenile criminal law includes the cases of offenders who are under 25 (W.Sauer, *Kriminologie*, Berlin, 1950.p.108).

⁸ D.Jovašević, *Maloletničko krivično zakonodavstvo i savremene tendencije krivičnopravne represije*, Zbornik radova, Bijeljina, 2010. pp.167-186.

guardianship, supervision, prevention of disturbances and establishment of preconditions for juvenile's normal and uninterrupted development and maturation. This is in accordance with the so-called "Havana Rules", adopted by the OUN in 1990 that insist on exclusion or at least minimization of any form of deprivation of liberty when it comes to juvenile offenders. (Paragraph 11, Point 6);

- 5) Among criminal sentences applied to juvenile offenders, educational measures are more preferable in comparison to punishment⁹ (i.e. juvenile prison sentence) that represents an exception. The Law is familiar with nine educational measures divided into three groups: a) the measures of admonition and guidance (that have replaced former disciplinary measures), b) the measures of intense supervision and c) institutional measures;
- 6) Juvenile prison sentence can be imposed solely by way of exception on an elder juvenile who has committed a serious criminal offence, for which a penalty of imprisonment exceeding five years is prescribed by the Law. Educational measures are the most common form of society's reaction to juvenile offenders. Yet, the enforcement of educational measures should be conducted gradually. That is the reason why the priority is given to milder educational measures (such as measures of admonition and guidance), whereas more severe ones such as measures of intense supervision and, finally, institutional measures are imposed as subsidiary. Moreover, the priority is not even given to criminal sentences but to their substitutes (informal sentences) whose enforcement is also reduced to the smallest possible amount¹⁰,
- 7) Contemporary criminal legislations (such as Germany, France, Macedonia, Croatia and Bosnia and Herzegovina) are familiar with various measures of alternative character (substitutes of criminal sentences) that can be imposed either along with or instead of criminal sentences. According to the non-intervention theory, their enforcement is recommended, whenever it is possible to avoid the criminal justice system through the diversion of a criminal procedure¹¹, especially in the case of petty, sporadic, primary, occasional or accidental crime. They include various *sui generis* measures such as educational orders, instructions, prohibitions or recommendations for juvenile offenders. Actually, the aim of the enforcement of these measures is the diversion of a criminal procedure against a juvenile offender from the field of Criminal Law to other branches of law such as Family Law and Social Welfare Law. Such solution is in accordance with Paragraph 40 Subpart 3 Point 6 of the OUN Convention on the Rights of the Child that requires the member states to implement all the possible measures in order to deal with children and minors in conflict with the law without initiating a criminal procedure,

⁹ According to official statistics, institutional educational measures represent 1-2,7% and juvenile prison sentence represents 0,6-1,7% of the total amount of criminal sentences imposed on juvenile offenders in the Republic of Serbia between 1997 and 2002.

¹⁰ Although imposing punishments on juvenile offenders represents an exceptional legal possibility, there are criminal legislations prescribing a wide range of punishments that can be imposed on juvenile offenders. For example, Paragraph 87 of Russian Criminal Code prescribes that either a punishment or educational measures can be imposed on juveniles who committed a criminal offence. Several punishments that can be imposed on juveniles are enumerated in its Paragraph 88: a fine, prohibition from practicing a profession, compulsory labor, correctional labor, isolation and deprivation of liberty up to 10 years.

¹¹ Legal theory disapproves the use of the term "diversion model" of criminal procedure against juveniles, especially when taking into consideration the practical significance of the principle of opportunity in criminal procedure against juveniles that is referred to as "diversion" in German legal theory. Diversion represents a form of turning from a general, common and regular criminal procedure. A diversion model means solely that the procedure ends in a way that differs from the one that is common according to general rules.

- 8) New legal provisions prescribe judicial protection of juveniles in the process of execution of imposed juvenile criminal sentences instead of former administrative protection,
- 9) The provisions dealing with the supervision of the execution of educational measures also represent an innovation. The judge for juveniles (who has imposed an educational measure) and the public prosecutor for juveniles supervise the enforcement of the imposed educational measure. They are obliged to : a) keep up with the results of the enforcement of the imposed educational measure, b) visit the juvenile in the institution he is placed into, c) conduct direct inspection and d) review reports on the course of execution of the imposed educational measure.

The competent social welfare centre is also obliged to send his report on the course of execution of other educational measures (special obligations and measures of intense supervision) to the court and to the public prosecutor for juveniles every 6 months. The judge for juveniles can require the social welfare centre to deliver these reports in shorter periods of time, but he can also demand similar reports to be written by other competent persons such as a social worker, a psychologist, a pedagogue or a special pedagogue, if some of them are employed in the court. Finally, the administration of the institution a juvenile is placed into is also obliged to send the report on the results of the execution of the imposed educational measure to the court and the public prosecutor every 6 months. However, the court can require this report to be delivered in a shorter period of time; and

- 10) The assistance offered to the juvenile after an institutional educational measure or juvenile prison sentence has been executed, is now arranged in a different way. Post-institutional treatment and acceptance of the juvenile are also set differently by emphasizing the significance of the role and the activities of the competent social welfare centre. During the entire period of the enforcement of the imposed juvenile criminal sentences, social welfare centre maintains continuous cooperation and contact not only with the institution the juvenile is placed into but also with his family in order to prepare and enable them to reintegrate the juvenile in his previous social surroundings as well as to infiltrate him in the course of normal and socially acceptable life and activities.

CRIMINAL SENTENCES FOR JUVENILE OFFENDERS

1. The definition and the purpose of juvenile criminal sentences

Juvenile criminal law in the Republic of Serbia from 2006. is familiar with two basic types of juvenile criminal sentences¹²: a) educational measures and b) juvenile prison sentence. They are defined as measures of social reaction to juvenile offenders that are prescribed by the law and imposed by the authorities determined by the law (superior court-judge for juveniles and council for juveniles) in order to protect the society from crime through education, re-education and regular development of juveniles. Educational measures represent the most common type of juvenile criminal sentences. They are imposed regularly i.e. most frequently. They can be imposed on all juvenile offenders, younger as well as elder¹³. Only subsidiary and by way of exception, when the conditions prescribed by the law are fulfilled and when the court comes to the conclusion that the purpose of juvenile criminal sentences cannot be accomplished by the enforcement of educational measures, can the court impose on an elder juvenile a penalty of a

¹² D.Jovašević, *Maloletničko krivično pravo*, Beograd, 2008. pp.45-59.

¹³ J.Hellmar, *Jugendkriminalitaet*, Darmstadt, 1978.pp-78-94.

special kind-juvenile prison sentence. Such sentence can be imposed solely on an elder juvenile who has committed a serious criminal offence. Therefore, the sentence of juvenile prison is not compulsory; it can neither be imposed on any juvenile offender nor for any criminal offence.

The purpose of juvenile criminal sentences is determined in two ways. Their primary purpose is equal to the purpose of all the other criminal sentences, defined by paragraph 4 of the Criminal Code of the Republic of Serbia and includes suppressing the acts that violate and threaten the values protected by criminal legislation. Therefore, the general purpose of juvenile criminal sentences is the suppression of all types, varieties and forms of crime. Within this general purpose of all criminal sentences (including juvenile criminal sentences), paragraph 10 of ZOMUKD separately defines the purpose of juvenile criminal sentences as : a) influencing juveniles' development and the establishment of their personal responsibility, b) influencing their education¹⁴ and c) regular development of their personality in order to enable them to reintegrate in the community. Such purpose can be accomplished in three ways¹⁵: a) through supervision, b) through offering protection and assistance and c) through providing general and professional education. When determining the aim of these sentences, the law highlights education, re-education¹⁶ and regular development¹⁷ of juveniles, particularly through special preventive measures¹⁸.

The Law on Juvenile Justice of Former Yugoslav Republic of Macedonia¹⁹ determines the purpose of juvenile criminal sentences in a similar way-the enforcement of these measures is subordinate to the aims of protection, education, re-education and regular development of juveniles. Namely, Paragraph 29 of this Law defines the purpose of educational measures as providing protection and assistance in order to facilitate juvenile's education and re-education. Finally, Paragraph 5 of the Law on Courts for Juveniles of the Republic of Croatia determines the purpose of juvenile criminal sentences within the general purpose of criminal sentences as "influencing juvenile's education, development of his entire personality and strengthening his personal responsibility through protection, care, assistance and supervision as well as through providing general and professional education"²⁰.

¹⁴ It is process that includes juvenile's training to build his own attitude towards various social values through gaining knowledge in various fields.

¹⁵ The purpose of educational measures prescribed by the law can be accomplished in different ways such as: separating a juvenile from his social surroundings or family because of the negative impact they have on his development and education; guidance and assistance in education or particular medical treatments; supervision conducted by a parent, by an adopter, by a custodian or by a representative of state authority in order to keep up with his activities and notice and attempt to prevent negative influences and causes of his unacceptable behavior; juvenile's professional training that includes obtaining socially useful skills and abilities through various forms of education; the development of juvenile's personal responsibility through a diversity of tasks and duties making the juvenile personally responsible for the quality and the efficiency of their fulfillment.

¹⁶ Such process includes the elimination of harmful consequences of the fact that a juvenile has been educationally neglected. It is conducted through a particular individual or group treatment including various methods and procedures.

¹⁷ It is the creation of an appropriate social ambient in which the juvenile might accept and respect certain rules of behavior.

¹⁸ Croatian criminal law determines the purpose of educational measures in a similar way: to influence juvenile's education, the development of his entire personality and strengthen his personal responsibility through protection, custody, assistance and supervision. Besides, the purpose of these sentences, as well as of the criminal sentences in general, is to provide that the citizens respect the legal system of the state, that nobody commits a criminal offence and that those who have committed such offence do not repeat it (Ž.Horvatić, Kazneno pravo, Opći dio, Zagreb, 2003. p.247).

¹⁹ More : Lj.Arnaudovski, L.Nenev, Juvenile Penal Code, Kavadarci, 2001.

²⁰ Ž.Horvatić, Kazneno pravo, Opći dio, Zagreb, 2003. p.247.

No matter how preventive the character of these sentences is²¹, their coercive and retributive features are not completely excluded because the enforcement of these sentences does not depend on juvenile offender's consent and they do contain certain limitations, prohibitions, conditions and obligations for the juvenile to act in accordance with specific instructions and orders. Besides, the purpose of juvenile prison sentence is to influence a juvenile offender more intensely not to commit criminal offences in the future as well as on other juveniles not to commit criminal offences. This means that the purpose of juvenile prison sentence is determined in two ways²²: a) as special prevention-influencing the perpetrator not to repeat criminal offences and b) as general prevention-influencing other juveniles not to commit criminal offences. That is how the protective model²³ and the justice model²⁴ (i.e. special preventive purpose of juvenile criminal sentences) have been implemented in new juvenile criminal legislation instead of the previously supported therapeutic conception.

2. Types of juvenile criminal sentences

Basic types of juvenile criminal sentences²⁵ prescribed by our criminal legislation include nine educational measures divided into three groups. These are the following : a) measures of admonition and guidance, b) measures of intense supervision and c) institutional measures. Although the law does not draw such distinction between them, there are standpoints in legal theory suggesting that educational measures can be divided into milder and more severe measures. Accordingly, measures of admonition and guidance are considered as milder, whereas institutional measures are considered as the most severe ones. Such division of educational measures is in accordance with the principle of their gradual enforcement, which means that a milder measure will be applied whenever it is considered as sufficient to accomplish the purpose of educational measures, whereas more severe measures will be imposed as subsidiary. This differentiation among educational measures is based upon their contents, conditions and criteria for their implementation as well as upon their duration and means of enforcement.

A special form of punishment known as juvenile prison sentence can be imposed on an elder juvenile in particular cases. However, all security measures apart from the prohibition from practicing a profession, activity or duty can be imposed on juveniles under circumstances prescribed by the law (Paragraph 39 ZOMUKD). Security measures can be imposed on a juvenile offender solely as subsidiary or supplementary sentences along with an educational measure or a juvenile prison sentence. In some cases,

²¹ In order to accomplish the purpose of educational measures prescribed by the law, juveniles are supposed to be treated in a special manner that is adjusted to their age, personal characteristics and the type and the gravity of the criminal offence they have committed. Such treatment is based upon contemporary principles of pedagogy, psychology and andragogy. Through the course of diverse treatments for juveniles, it is especially taken into account that a juvenile should be enhanced (encouraged) to participate actively in his education and upbringing, changing his attitudes and habits and developing the sense of responsibility for his own acts.

²² B.Petrović, D.Jovašević, *Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine*, Opći dio, Sarajevo,2005. pp.189-213.

²³ The protective model emphasizes juvenile's personality, his condition and needs. Namely, it is based upon the standpoint that a criminal offence solely causes the initiation of a criminal procedure against a juvenile, whereas his personality and interests have vital impact on the court's decision. The victim or the injured party is of secondary significance. The duration of criminal sentences in this model is not strictly determined and their effective duration depends upon the results achieved in juvenile's re-education, with the option to replace or suspend the imposed educational measures, which significantly increases court's active role in the process of execution of the imposed juvenile criminal sentences.

²⁴ The justice model accentuates the victim of the committed criminal offence as well as the interest of the society. Juvenile, his personality and interests have some but not predominant significance for the course of criminal procedure. This model requires the enforcement of alternative measures that lead to the diversion of criminal procedure against a juvenile offender; it rejects the indeterminate duration of the imposed criminal sentences; juvenile's deprivation of liberty is of exceptional character and the purpose of the measures consists of victims' restitution and compensation.

²⁵ M.Rutter, *Juvenile delinquency*, Harmondsworth, 1983. pp.189-207.

security measure of compulsory psychiatric treatment and confinement in a medical institution can be imposed on a juvenile as an autonomous sentence provided that conditions prescribed by the law are fulfilled (Paragraph 81, KZRS).

The law has also limited the use of security measure of compulsory alcohol addiction treatment and of security measure of compulsory drug addiction treatment, so these measures cannot be imposed along with an educational measure of admonition and guidance. New juvenile criminal law is also familiar with a particular type of measures-educational orders that can be imposed either along with criminal sentences or instead of them, as alternative measures intended to enable the diversion (*la diversion*) of criminal procedure and its replacement with other non-penal measures²⁶.

Among all the criminal sentences prescribed by our criminal law, the following cannot be imposed on juvenile offenders: a) punishments, b) judicial caution and c) suspended sentence. The precondition for the enforcement of a punishment is perpetrator's guilt. Since juvenile's age excludes the presence of guilt as the subjective element of a criminal offence, it is logical that punishments cannot be imposed on juveniles. Within the system of juvenile criminal sentences, the law is familiar with a specific measure of admonition and guidance known as "judicial reprimand", whose contents, manner of enforcement and purpose completely correspond to judicial caution as a criminal sentence for adult offenders. But, it has remained unclear why the legislator excluded the possibility of imposing a suspended sentence on a juvenile offender in spite of the reasons of criminal policy for it to be applied (especially to elder juveniles when it could intensify the exceptional character of juvenile prison sentence).

DEFINITION AND TYPES OF EDUCATIONAL MEASURES

Educational measures represent the most common type of criminal sentences that can be imposed on juvenile offenders as well as on adult offenders (under particular circumstances). The law prescribes these measures in order to suppress the acts that violate or threaten the protected values, by influencing the development and the strengthening of juvenile offender's personal responsibility, his education and regular development of his personality. They are imposed by the court and comprised of limitations or deprivations of juvenile offender's rights and freedoms. The enforcement of these sentences requires two conditions to be fulfilled²⁷ : a) offender's age at the time of commission (between 14 and 18) and b) the commission of an unlawful act provided under law as a criminal offence.

These are sentences of a remarkably preventive character, but, since being related to a committed or an attempted criminal offence, they inevitably carry certain retributive elements, especially when taking into consideration the fact that they are applied regardless of and against juvenile's consent and include deprivations and limitations of some of his rights or freedoms or choices regarding his behavior, by imposing on him certain prohibitions or conditions i.e. orders and instructions. New juvenile criminal law of the

²⁶ D.Jovašević, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd,2006. pp.302-308.

²⁷ D.Jovašević, *Položaj maloletnika u krivičnom pravu*, Niš, 2010. pp.127-132.

Republic of Serbia is familiar with nine educational measures divided into three groups (Paragraph 11 of ZOMUKD)²⁸ :

- 1) measures of admonition and guidance (that have replaced former disciplinary measures);
 - a) judicial reprimand;and
 - b) particular obligations.
- 2) measures of intense supervision:
 - a) intense supervision conducted by a parent, an adopter or a custodian,
 - b) intense supervision in another family,
 - c) intense supervision conducted by a social welfare centre and
 - d) supervision with daily attendance in relevant rehabilitation and educational institution for juveniles (a newly introduced educational measure²⁹) ; and
- 3) institutional measures:
 - a) remand to an educational institution,
 - b) remand to an educational-correctional institution and
 - c) remand to a special institution for medical treatment and rehabilitation³⁰.

None of the educational measures is prescribed as a criminal sentence for any of particular criminal offences enumerated in the special part of the Criminal Code of the Republic of Serbia. Therefore, the court is authorized to make a decision whether to impose an educational measure on a juvenile offender, which educational measure to choose in a particular case and to enforce the measure he considers as the most appropriate one to accomplish their purpose. The court is especially obliged to take into consideration the following circumstances enumerated in Paragraph 12 of ZOMUKD :

- 1) juvenile's age and maturity;
- 2) other characteristics of his personality;
- 3) the level of deviation of his social behaviour;
- 4) the gravity of the committed criminal offence;

²⁸ D.Jovašević, *Maloletničko krivično pravo*, Beograd, 2008. pp.97-104.

²⁹ This institutional measure has replaced the measure of treatment in a special institution that has not been adequately applied in up to now practice.

³⁰ Lj.Hadžović, B.Babić, *Zaštita maloletnih delikvenata – priručnik za primenu vaspitnih mera pojačanog nadzora organa starateljstva*, Beograd, 1994. pp.45-56.

- 5) the motives for committing the offence;
- 6) the environment and the circumstances under which the juvenile has been living;
- 7) his behavior after the commission of the criminal offence, in particular, whether he prevented or attempted to prevent the harmful consequences of his offence or compensated or attempted to compensate the damage he caused;
- 8) whether the juvenile has already been sentenced for a criminal offence or a misdemeanour; and
- 9) all the other circumstances that can have an impact on the determination of the appropriate measure³¹.

INSTITUTIONAL EDUCATIONAL MEASURES

Institutional measures i.e. the measures of institutional treatment represent the most severe educational measures. They are imposed when more permanent measures are necessary, including education, medical treatment, training and juvenile's complete separation from his former environment in order to influence his behavior more intensely³². Institutional measures are imposed as society's last means in the oppression of juvenile delinquency and can last (within the limits determined by the law) only for the period of time that is necessary to accomplish the purpose of educational measures. According to official statistics, the participation of these educational measures in the total number of educational measures imposed on juvenile offenders in the Republic of Serbia is relatively small- ranging from 2.7% in 1998 to 4.2% in 1996 or 4.8% in 2002.

These measures are imposed on juveniles who are so educationally neglected that their education and re-education can be accomplished only through the enforcement of long-lasting measures accompanied by a complete separation from the environment they have previously been living in³³. The law prescribes 3 institutional measures : a) remand to an educational institution, b) remand to an educational-correctional institution and c) remand to a special institution for medical treatment and rehabilitation. The court does not determine the duration of these measures when imposing them, but decides about that subsequently, within the limits determined by the law.

1. Remand to an educational institution

Educational measure of remand to an educational institution (Paragraph 20 ZOMUKD) is imposed when a juvenile offender should be separated from his previous environment and provided with assistance and permanent supervision by expert individuals (expert educators)³⁴. This measure is executed by the social

³¹ More : O.Matić, Ispitivanje ličnosti maloletnika kao osnov za određivanje vaspitne mere i tretmana u VP domovima, Beograd, 1974.

³² B.Petrović, D.Jovašević, A.Ferhatović, Izvršenje vaspitnih mjera, Pravna riječ, Banja Luka, No. 7/2006. pp.371-394.

³³ B.Čejović, Krivično pravo u sudskoj praksi, Knjiga prva, Opšti deo, Beograd, 1985. p.507.

³⁴ D.Jovašević, Maloletničko krivično pravo, Beograd, 2008. pp.164-165.

welfare centre that sends the juvenile to an opened educational institution for juveniles that provides accommodation and fulfillment of juveniles' needs regarding education, medical treatment, learning and sports activities. A juvenile stays in an educational institution for at least 6 months but no longer than 2 years and every 6 months the court estimates whether there are reasons for the suspension of this measure's execution or for its replacement with another educational measure. A juvenile can stay in such institution until he turns 21³⁵.

2. Remand to an educational-correctional institution

Remand to an educational-correctional institution (Paragraph 21 ZOMUKD) is imposed on a juvenile who, apart from being separated from his previous environment, also has to undergo intense measures of supervision and particular expert educational programs. A correctional institution represents a special institution with an established regime of re-education intended for more seriously educationally neglected juvenile offenders³⁶.

When deciding whether to impose this most severe educational measure the court especially takes into account the following circumstances : 1) juvenile's previous life, 2) the degree of deviation in his behavior, 3) the gravity and the nature of the committed criminal offence and 4) whether the juvenile has already been sentenced for a criminal offence or a misdemeanor. A juvenile can stay in a correctional institution for at least 6 months but not more than 4 years and every 6 months the court estimates whether there are reasons for the suspension of this educational measure or its replacement. A juvenile can stay in this institution until he turns 23³⁷.

3. Remand to a special institution for medical treatment and rehabilitation

Remand to a special institution for medical treatment and rehabilitation (Paragraph 23 of ZOMUKD) can either be imposed on a juvenile with disorders of psychological and physical development (blind, deaf, deaf-mute, with physical injuries or disability) or on a juvenile with psychological disorders. This measure can also be imposed instead of security measure of compulsory psychiatric treatment and confinement in a medical institution provided that the special institution for medical treatment and rehabilitation can offer confinement and medical treatment of a juvenile and, through that, contribute to the accomplishment of this security measure's purpose prescribed by the law.

In this case, the imposed educational measure can last as long as is necessary for juvenile's treatment or rehabilitation. A juvenile offender cannot stay in the special institution for medical treatment and rehabilitation for more than three years and every six months the court estimates whether there are reasons to suspend the execution of the measure or to replace it with another one. If this security measure is imposed instead of security measure of compulsory psychiatric treatment and confinement in a medical institution, the juvenile can stay in a special institution for medical treatment and rehabilitation as long as it is necessary, but after he turns 21 the execution of the measure is continued in an institution where this security measure is commonly executed (Special prison hospital within the Administration for the execution of institutional sentences).

³⁵ J.Vuković, M.Živković, Izvršenje odgovorne mjere upućivanja u odgojni zavod, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, No. 2/1999. pp.789-813.

³⁶ D.Jovašević, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2006. pp.317-318.

³⁷ I.Kos, Izvršavanje maloljetničkih sankcija, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, No.2/2006. pp.807-826.

JUVENILE PRISON SENTENCE

1. Definition and characteristics of juvenile prison sentence

Juvenile prison sentence is the only type of punishments in the system of juvenile criminal sentences in the Republic of Serbia (Paragraphs 28-38 of ZOMUKD). It is a particular type of punishment that includes deprivation of liberty of an elder juvenile, who committed a more serious criminal offence, for a certain period of time determined by a court decision³⁸. The form of this punishment is comprised of the deprivation of liberty, which is similar to the prison sentence that the court imposes on adult offenders³⁹. However, its purpose makes it seem closer to educational measures. Fundamental characteristics of juvenile prison sentence are the following⁴⁰:

- 1) It is the most severe kind of juvenile criminal sentences and the only punishment that can be imposed on a juvenile offender. Nevertheless, this punishment cannot be imposed on any juvenile (but solely on an elder juvenile) and cannot be imposed for any criminal offence (but only for a more serious criminal offence for which the law prescribes more than five years' imprisonment);
- 2) This sentence is intended to accomplish preventive purposes (special as well as general), since its enforcement makes a more intense impact on a juvenile offender not to commit criminal offences in the future as well as on other juveniles not to commit criminal offences;
- 3) The enforcement of juvenile prison sentence requires two preconditions to be fulfilled: a) a committed criminal offence and b) a high degree of offender's guilt. This is the only juvenile criminal sentence that obliges the court to estimate the presence and the degree of offender's culpability when imposing it;
- 4) Juvenile prison sentence is determined according to particular rules. Among them, subjective circumstances related to offender's personality and objective circumstances related to the nature and the gravity of the criminal offence he committed are of special significance;
- 5) Juvenile prison sentence can be imposed in the period ranging from 6 months to 5 years. It is always determined in full years and months. Apart from this general maximum, the law is familiar with another maximum of 10 years' imprisonment. Juvenile prison sentence lasting up to 10 years can be imposed in two cases : a) when a criminal offence is committed, for which the law prescribes 20 years' imprisonment or a more severe punishment and b) when there is a joinder of at least two criminal offences, for which the punishment prescribed by the law exceeds 10 years' imprisonment. The duration of juvenile prison sentence is limited by the law and cannot exceed the punishment prescribed for the committed criminal offence;

³⁸ D.Jovašević, *Maloletničko krivično pravo*, Beograd, 2008. pp.173-186.

³⁹ The most serious punishment that can be imposed on juvenile offenders with identical characteristics and conditions of enforcement is present in numerous contemporary criminal laws: Paragraph 101. of the Criminal Code of the Republic of Montenegro, Paragraph 88 of the Criminal Code of the Russian Federation, Paragraph 63 of the Criminal Code of the Republic of Bulgaria.

⁴⁰ D.Jovašević, *New juvenile criminal law in the Republic of Serbia*, *Free Law Journal*, Budapest, No. 3/2006. pp.181-198.

- 6) In the case of joinder of criminal offences, juvenile prison sentence is determined in line with the following special rules⁴¹ : a) If an elder juvenile has, by one act or several acts, committed several criminal offences for which he is tried concurrently, and the court finds that for each of the criminal offences a juvenile prison sentence should be imposed, the court shall, by its free judgment, determine a single juvenile prison sentence for all committed offences within the limits determined by the law, b) If the court finds that an educational measure should be imposed for some of the criminal offences committed by an elder juvenile, whereas a juvenile prison sentence should be imposed for the others, the court shall impose a single juvenile prison sentence for all the criminal offences in joinder, c) If the court determines a punishment of imprisonment and a juvenile prison sentence for criminal offences in joinder, the court shall impose a single punishment of imprisonment in line with the rules for the determination of punishment in the case of joinder of criminal offences committed by adult offenders (the “asperation” system-Paragraph 60, subpart 4 KZRS) and d) If the court estimates that for one of the criminal offences in joinder an educational measure should be imposed, while for the other a punishment of imprisonment should be imposed, the court shall impose a single punishment of imprisonment. The court shall act in the same way when determining a sentence for a previously sentenced person (if after the sentence is pronounced the court finds out that the convict has committed another criminal offence before or after his sentence is pronounced);
- 7) Juvenile prison sentence does not cause legal consequences of conviction that include the prohibition to acquire particular rights;
- 8) Under the following conditions, the court may release on parole the person on whom juvenile prison sentence has been imposed⁴² : a) if he has served one third of the imposed sentence, but not before a six months’ period has expired and b) if the achieved results suggest that he can be expected to behave well while at liberty and that he will refrain from committing criminal offences. Along with the parole, the court can determine some of the measures of intense supervision with the possibility to apply one or more particular obligations. Such parole can be revoked in the manner and under the conditions prescribed for adult offenders;
- 9) Limitation on enforcement of juvenile prison sentence takes effect after expiry of: a) 10 years since juvenile prison sentence exceeding 5 year’s period has been imposed, b) 5 years since juvenile prison sentence exceeding 3 year’s period has been imposed and c) 3 years since juvenile prison sentence up to 3 year’s period has been imposed;
- 10) Data on the conviction to juvenile prison sentence can be disclosed only to the following authorities enumerated by the law⁴³ : a) the court, the state prosecutor and the authority of internal affairs in respect of criminal proceedings conducted against a person with prior convictions, b) the body involved in the procedure of granting amnesty, pardon, rehabilitation or deciding on termination of legal consequences of conviction and c) social

⁴¹ M.Podrug, Kriminalistička prevencija, Policija i sigurnost, Zagreb, No. 3-4/2004. pp.238-243.

⁴² D.Jovašević, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2006. pp.320-323.

⁴³ D.Jovašević, Krivične sankcije za maloletnike u novom krivičnom pravu Republike Srbije, Bezbednost, Beograd, No. 5/2006. pp. 689-711.

welfare authorities, when they need such data to discharge duties under their competence⁴⁴;

- 11) If the court imposes a juvenile prison sentence on an elder juvenile in the course of execution of an educational measure, the educational measure shall be suspended as soon as the execution of the imposed punishment commences. If the court imposes a juvenile prison sentence or a prison from 1 year on an adult offender in the course of educational measure's execution, the educational measure shall be suspended as soon as the execution of the punishment commences. But, if the court imposes a juvenile prison sentence or a prison up to 1 year, the court shall decide whether the execution of the educational measure should be continued after the punishment has been served or completely suspended;
- 12) The person on whom a juvenile prison sentence is imposed cannot in the course of serving perform electoral functions in state bodies, bodies of territorial autonomy, bodies of local self-government, administrative bodies, executive bodies or other bodies in companies and other organizations legally entrusted to carry out particular public functions;
- 13) Records on imposed juvenile prison sentences are kept by the Superior court that made the decision in the first degree; and
- 14) Rehabilitation may be granted to a juvenile sentenced to juvenile prison sentence in the same way, under the same conditions and under the identical procedure as those prescribed for adults.

2. Conditions for imposing juvenile prison sentence

Juvenile prison sentence is a "hybrid" criminal sentence. Its form corresponds to penal measures with emphasized repressive elements, whereas its contents, essence and aim make it more similar to educational measures. This criminal sentence was introduced to our criminal law in 1959 with the Amendments of Criminal Code of FNRJ (although imposing punishments on even younger juveniles under particular conditions was possible prior to these amendments)⁴⁵. This punishment can be imposed if the following conditions prescribed by the law (Paragraph 28 ZOMUKD) are cumulatively fulfilled⁴⁶:

- 1) the perpetrator is an elder juvenile i.e. a person who was between 16 and 18 years old at the time of commission;
- 2) the juvenile committed a criminal offence for which the law prescribes more than 5 years' imprisonment,

⁴⁴ D.Jovašević, *Maloletničko krivično pravo*, Beograd, 2008. pp.173-175.

⁴⁵ B.Đukić, D.Jovašević, *Kriminalitet maloljetnika i mjere društvene reakcije u Republici Srpskoj*, Banja Luka, 2010. pp.105-109.

⁴⁶ M.Đorđević, Đ.Đorđević, *krivično pravo*, Beograd, 2010. pp.98-102.

- 3) the juvenile committed a criminal offence with a high degree of guilt. Such grade of guilt stands above the common, ordinary or average degree of perpetrator's conscious and willing determination towards the committed criminal offence. Whether there is a high degree of guilt of an elder juvenile or not, represents a factual question solved by the judicial council in each individual case. The degree of guilt of such high level is not accomplished if there appear to be some of the subjective grounds for mitigation of punishment (such as substantially impaired mental capacity)⁴⁷ and
- 4) the court is convinced that, due to the nature and the graveness of the committed criminal offence and the high degree of guilt, imposing an educational measure would be inappropriate. The graveness of the criminal offence signifies a greater extent and a stronger intensity of injury or, by way of exception, threat of the protected value. This condition indicates the extent and the intensity of the consequences of the criminal offence. However, this circumstance should also be assessed in the scope of the type of the attacked value and society's need to provide its efficient protection, which indicates the nature of the criminal offence⁴⁸.

This condition⁴⁹ implies that juvenile prison sentence is imposed only as an exception even if the conditions prescribed by the law are fulfilled. Imposing a juvenile prison sentence requires court's assessment based upon personal and material sources of evidence, according to which the enforcement of an educational measure would not be appropriate in that particular case. Therefore, juvenile prison sentence is a subsidiary punishment and its enforcement is always optional. When the conditions prescribed by the law are fulfilled, the court shall determine juvenile prison sentence for an elder juvenile within the limits prescribed by the law for the committed criminal offence, taking into consideration all the circumstances (extenuating as well as aggravating) and especially : a) the degree of juvenile's maturity and b) the time that is necessary for his education and professional training (Paragraph 30 of ZOMUKD). Juvenile prison sentence imposed by the court cannot last longer than the punishment prescribed for the committed criminal offence, but the court is not limited by the minimal measure of the prescribed punishment.

CONCLUSION

Following the standards proclaimed by a series of universal and regional international documents that have been adopted lately (created under the auspices of The Child's Rights Convention), The Republic of Serbia adopted a special Law on Juvenile Offenders and Criminal Legal Protection of Juveniles in 2005. In that manner, substantial, procedural and executive aspects of the legal position of juveniles as offenders and victims of criminal offences were arranged in a single legal document.

That is the reason why our country conducted the codification of juvenile criminal law in a way similar to the one that other European countries such as: France, Germany, Croatia, Macedonia, Bosnia and Herzegovina and others have been applying in the past couple of years. That initiated

⁴⁷ D.Jovašević, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2006. pp.322-323.

⁴⁸ I.Šimić, M.Petrović, *Krivični zakon Republike Srbije – praktična primena*, Beograd, 2004. pp.23-25.

⁴⁹ B.Čejović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2002. pp.559-562.

an entire new chapter in the development of our country's criminal law in general and represented a radical twist in the establishment and the functioning of a modern legal state and rule of law. Juvenile criminal law is a part, i.e. a segment of criminal law that has lately been gaining the character of an autonomous legal branch and scientific discipline in numerous European countries due to a multitude of its specific solutions. It represents a particular, consistent and autonomous system of legal provisions containing a series of specific solutions that differ from those referring to adult offenders.

Juvenile criminal law is a system of legal provisions that determine the criminal legal status of juveniles (as offenders and as victims of criminal offences). So, this term, that legal theory often refers to as a criminal-legal postulate, represents a branch of law comprised of criminal legal provisions that can be applied to juvenile offenders and that depict its particular and specific character. It is a set of legal provisions that determine the system of criminal sentences for juvenile offenders (that can also be applied to adult offenders under particular conditions) as well as the procedure for the imposing and the execution of these sentences by competent state authorities.

Juvenile criminal law is familiar with two fundamental types of juvenile criminal sentences : a) educational measures and b) juvenile prison sentence. They are defined as measures of social reaction to juvenile offenders that are prescribed by the law and imposed by state authorities determined by the law (superior court-judge for juveniles and council for juveniles) with the aim to protect the society from crime through education, re-education and regular development of juveniles. Educational measures are the most common type of juvenile criminal sentences. They are most regularly and commonly imposed juvenile criminal sentences. They can be imposed on all juvenile offenders (younger as well as elder juveniles). Subsidiary, and only if the conditions prescribed by the law are fulfilled and when the court estimates that the aim of juvenile criminal sentences cannot be accomplished by the enforcement of educational measures, the court can impose a special type of punishment on an elder juvenile-juvenile prison sentence.

FROM PASSIVE TO AGGRESSIVE
**THE USE OF FORCE IN MODERN PEACEKEEPING OPERATIONS AND
 CHALLENGES IN THE LAWS OF ARMED CONFLICT**

STEPHANIE CHALOULT

*Justice without strength is powerless, strength without justice is tyrannical... Unable to make what is just strong,
 we have made what is strong just. - Blaise Pascal¹*

TABLE OF CONTENT

A. BACKGROUND	76
(I). THE UNITED NATIONS: "THE ALLIED COUNTRIES"	76
(II). REGIONAL ORGANIZATIONS' HISTORY, ADVANTAGES AND USES	77
(III). PEACE OPERATIONS	77
B. THE LAWS OF WAR (<i>JUS IN BELLO</i>) APPLICABLE TO PEACE OPERATIONS	78
I. HISTORICAL AND CONCEPTUAL BACKGROUND	78
II. IHL APPLICABILITY TO UN PEACE OPERATIONS: A CONTENTIOUS DEBATE	78
III. UNITED NATIONS CHARTER CHAPTER VI: PACIFIC SETTLEMENT OF DISPUTES	81
<i>(i) Illustration 1: The Use of Force in Self-defence and the United Nations Assistance Mission for Rwanda (UNAMIR)</i>	83
IV. UNITED NATIONS CHARTER CHAPTER VII: ACTIONS WITH RESPECT TO THREATS TO THE PEACE, BREACHES OF THE PEACE AND ACTS OF AGGRESSION	83
<i>(i) Illustration 2: The Use of Force in Peace-enforcement Missions and in the United Nations Stabilization Mission in the DR of Congo (MONUSCO)</i>	84
V. UNITED NATIONS CHARTER CHAPTER VIII: REGIONAL ORGANIZATIONS AND THE USE OF FORCE	86
<i>(i) Illustration 3: The Necessary Consent of the Security Council and the Arab Deterrent Force in Lebanon (ADF)</i>	87
C. THE CONSEQUENCES OF THE USE OF FORCE IN PRACTICE	88
I. THE ACCOUNTABILITY OF PEACEKEEPERS	88
<i>(i) National Courts</i>	89
<i>(ii) International Courts</i>	89
II. THE PROTECTION OF PEACEKEEPERS	90
<i>(i) Decisions by International Courts: Special Court for Sierra Leone (SCSL)</i>	91
<i>(ii) Decisions by International Courts: International Criminal Court (ICC)</i>	92
D. CONCLUSION	92
APPENDIX A	94
APPENDIX B	95
Introduction	

¹ Blaise Pascal, *Lettres Provinciales (1656-1657)* at 298 (as cited in John Bartlett & Justin Kaplan, eds., *Bartlett's Familiar Quotations*, 16th ed. (Boston: Little, Brown and Company, 1992) at 271).

If one were to say that an “offensive military brigade” was recently deployed in the Congo, the image that would be most likely to come to mind would be one of armed soldiers or combatants, trained to fight and kill the enemy. In much the same way as the expressions “bitter sweet” and “heavy light” each form an oxymoron, the idea of a brigade promoting peace and cooperation might leave some perplexed. Yet the latest United Nations peacekeeping mission in the Congo was deployed as an “intervention brigade” with an offensive mandate to “neutralize” and “disarm” rebel groups.² This example demonstrates the extent to which peacekeeping missions have evolved. Herein lies the source of a debate that the international community has had to face given the ever-changing nature of peacekeeping operations over the last couple of decades. The question of the ways in which peacekeepers are governed by the laws of armed conflict during their peacekeeping missions appears to open a “Pandora’s box” to many more far-reaching questions. As is demonstrated in this paper, the laws of armed conflict do apply to peacekeepers, but the many errors in their application demand the attention of international jurists.

This paper begins by explaining the different peacekeeping missions deployed by the United Nations (UN), as well as the peacekeeping missions led by regional organizations mandated by the UN. It then explores how national and international courts deal with the accountability of peacekeepers when their use of force is judged to have become illicit. This discussion is followed by an examination of the protection that is conferred on peacekeepers when force is used against them during peace operations. Given the magnitude of the issues that are engaged by this topic, there are some peacekeeping topics that this paper does not deal with, such as robust peacekeeping or peacebuilding. Furthermore, this paper does not explore the depths of the different types of force.

A. Background

(i). The United Nations: “The Allied Countries”³

Largely out of fear of a third world war, the United Nations was founded in 1945 with the great aspiration to promote peace and cooperation amongst states. The United Nations Charter claims to seek

To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace.⁴

² CNN News, “UN sending offensive brigade to Democratic Republic of Congo” (March 28, 2013), online: <www.cnn.com/2013/03/28/world/africa/democratic-republic-of-congo>

³ Paul Ried & John Manchester, *The Last Lion: Winston Spencer Churchill: Defender of the Realm, 1940-1965* (New York: Little, Brown and Company, 2012).

⁴ United Nations Organisation, *The Charter of the United Nations*, 1945, article 1 [Charter].

Today the UN has 193 member states and is said to be “a different entity from what it is was envisaged to be by its founders in 1945 or from what it was during the first decade of its existence.”⁵ More specifically, “The fundamental change that has occurred is that today the UN is no longer subservient to, or aligned with, any particular Power or group of Powers. Technically, “the UN belongs to no one in particular but to all.”⁶ The UN states that it has four principal goals: “to keep peace throughout the world; to develop friendly relations among nations; to help nations work together to improve the lives of poor people, to conquer hunger, disease and illiteracy, and to encourage respect for each other’s rights and freedoms; to be a centre for harmonizing the actions of nations to achieve these goals.”⁷

When the United Nations Charter was signed in San Francisco on June 26, 1945, many believed that it was a symbol of the end of world wars. Others believed it to be too idealistic. However, in spite of the limitations on its authority, the role of the United Nations in preventing escalation of war and in restoring peace has been fairly impressive.⁸

(ii). Regional Organizations’ History, Advantages and Uses

Regional organizations for their part “have been a part of the UN system from its founding but their more recent practice has significantly redefined their place in the UN framework.”⁹ Secretary-General Boutros Boutros-Ghali’s *UN Agenda for Peace 1992* came at a time when there was much controversy over the role of UN peacekeepers. Specifically, the Agenda recognized that “regional arrangements and organizations have an important role in fact-finding and early warning. Boutros-Ghali reminded us of Chapter VIII of the UN Charter, which is devoted to regional arrangements or agencies for dealing with matters relating to the maintenance of international peace.”¹⁰

Some regional organizations have observer status which means that they can actively participate in the UN’s diplomatic activities. However, other regional organizations such as the North Atlantic Treaty Organization remain UN partners but do not have observer status.¹¹ The UN and regional organizations can have a positive impact on peace operations when they are all well coordinated. Unfortunately, more often than not, regional organizations are lacking in resources such as equipment, military expertise and budgets. More importantly, as is discussed below, strategic differences as well as a frequent lack of understanding of the regional operations’ authorized mandate can cause many difficulties.

(iii). Peace Operations

It is said that the United Nations became involved in peacekeeping out of necessity. In other words, there was a need to transition from passive peacekeeping, into what is now

⁵ K.P. Saksena, “Forty Years of the United Nations: A Perspective” (1985) 22 *International Studies* 4 at 290, online: <<http://isq.sagepub.com/content/22/4/289.extract>>

⁶ *Ibid.*

⁷ United Nations Organisation, online: <www.un.org/>

⁸ *Supra* note 5.

⁹ Paliwal Suyash, “The Primacy of Regional Organisations in International Peacekeeping: The African Example” (2012) 51 *Virginia Journal of International Law* 185 at 189, online: <<http://www.vil.org/>>

¹⁰ United Nations Security Council, *An Agenda for Peace Preventive Diplomacy Peacemaking and Peace-keeping* (1992) at para. 27, online: <www.unrol.org/files/A_47_277.pdf>

¹¹ France at the United Nations, online: <<http://www.franceonu.org/>>

called a “second generation of peacemaking” which allows for a certain amount of peace-enforcement action during missions. On too many occasions, the original intention of ending hostilities by peaceful means was just not sufficient.¹²

B. The Laws of War (*Jus in Bello*) Applicable to Peace Operations

I. Historical and Conceptual Background

The laws of war were created to limit the use of violence in armed conflicts and protect innocent bystanders. The conventions and customary rules intended to regulate problems that might arise from armed conflicts have done this by ensuring the protection of those who do not participate or who no longer directly participate in hostilities (such as civilians; injured, sick or wounded soldiers; or those taken as prisoners of war) and by limiting the use of violence to weakening the military potential of the adversary.¹³

The law of armed conflict encompasses “the 1949 Geneva Conventions (to which all the states likely to contribute contingents to a UN operation are parties), and, in some cases, the Protocol Additional to the Geneva Convention of 1977 (Protocol I) and the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict.”¹⁴

The sections below provide an examination of the laws that govern UN peacekeepers under missions deployed under Chapter VI and Chapter VII of the UN Charter, followed by an examination of how the laws of armed conflict apply to regional organizations.

The relationship between peace operations and international humanitarian law (IHL) has not been without controversy. Many concerns persist regarding the UN’s accountability during peacekeeping missions.

II. IHL Applicability to UN Peace Operations: A Contentious Debate

The theory of “member state responsibility” suggests that, when peacekeeping forces undertake military actions, IHL governs them, as their contributing states are parties to the Geneva Conventions.¹⁵ However, some authors argue that this model is inadequate, as the UN has been found, according to the International Court of Justice (ICJ) advisory opinion, “to possess an international personality distinct from states that allows them to become signatories to conventions.”¹⁶ Moreover, some states have not ratified the Protocols Additional to the Geneva Conventions. According to some observers, an additional problem associated with the concept of member state responsibility is that not all states agree on the elements of this concept that fall within the scope of customary international law.¹⁷

¹² United Nations Department of Peacekeeping Operations, *Capstone Doctrine: United Nations Peacekeeping Operations Principles and Guidelines*, DPKO (2008).

¹³ Christopher Harland, *International Humanitarian Law: the Laws of War* (New Delhi: Vij Books India, 2011) at 2.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Brian D. Tittmore, “Belligerents in Blue Helmets: Applying International Humanitarian Law to United Nations Peace Operations” (1997) 33 *Stanford Journal of International Law* 61 at 95, online: <www.heinonline.org>

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Supra* note 14 at 93.

Throughout this debate, the UN has maintained that it is not a signatory nor does it have the capacity to become a signatory to the Geneva Conventions. It also maintains that it does not have the means at its disposal to ensure the fulfilment of its obligations. The UN's legal personality later came into question with regard to the applicability of IHL instruments like the Geneva Convention to the UN.

The United Nations' legal capacity was defined in the *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations case*.¹⁸ In the ICJ advisory opinion, it was decided that the United Nations as an organization had the capacity to claim reparations for its injuries from the state that was responsible. In this particular situation, the United Nations had the capacity to bring an international claim against a state that had caused it damage through a breach of its obligations towards the UN. The court came to the conclusion that the United Nations is an international person, though one that is distinct from states. On the other hand, the court found that the UN does not benefit from the same rights and duties as those of states.¹⁹

In an attempt to squash the debate on the applicability of IHL to the United Nations, the *Secretary General's Bulletin* entered into force on August 12, 1999. Inspired by IHL instruments, the Bulletin articulates a set of fundamental principles and rules of international humanitarian law that apply to United Nations forces when they are in situations of armed conflict.²⁰ According to the document,

The fundamental principles and rules of international humanitarian law set out in the present bulletin are applicable to United Nations forces when in situations of armed conflict they are actively engaged therein as combatants, to the extent and for the duration of their engagement. They are accordingly applicable in enforcement actions, or in peacekeeping operations when the use of force is permitted in self-defence.²¹

However, the bulletin stipulates that it is only applicable to UN operations under "UN command and control" and thus it excludes regional peace operations that are not mandated by the UN.²² In addition, the bulletin only applies²³ to combatants who are actively engaged in an armed conflict.²³ Moreover, the convention does not address the accountability of peacekeepers for their violations of IHL. Although the bulletin is accepted by UN member states, it is not a legally binding document.²⁴

Status of Forces Agreement (SOFA) is a document that defines the "legal status of both the peace operation and the individual peacekeepers' conduct while on their mission."²⁵ The

¹⁸ Anna Meijknecht, *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law* (Groningen: Oxford University Press, 2001) at 23, online: <<http://books.google.ca>>

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Bruce Oswald, Helen Durham & Adrian Bates, *Documents on the Law of UN Peace Operations* (New York: Oxford University Press, 2010) at 198.

²¹ United Nations Organisation, *Secretary-General's Bulletin: Observance by United Nations' Forces of International Humanitarian Law*, August 6, 1999, UN Doc. ST/SGB/199/13, entered into force 12 August 1999 (in accordance with section 10).

²² *Supra* note 19 at 199-200.

²³ *Supra* note 19 at 200.

²⁴ *Supra* note 19 at 200.

²⁵ *Supra* note 19 at 34.

SOFA grants the rights, privileges and immunities required by peacekeepers for the governance of their peace operation mandate.²⁶ If no operation-specific SOFA has been concluded, then the *Convention on the Privileges and Immunities of the UN* governs the peacekeepers.²⁷ This was confirmed in a 2004 legal opinion by the UN Office of Legal Affairs (OLA) set out in the *Letter to the Acting Chair of the Special Committee on Peacekeeping Operations*:

United Nations civilian police officers enjoy the status of “experts performing missions” for the United Nations within the meaning of article VI of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 1946, [...]. This Status is also provided for in, inter alia, status-of-forces agreements (SOFAs) [...].²⁸

As for acts that are committed while off duty, it was established in the case of *The Government of Israel against Papa Coli Ben Dista Saar* that the UN does not accept responsibility for the off-duty acts of members. Here the district court of Haifa held that a Senegalese member of the United Nations Interim Force in Lebanon (UNIFIL) accused of smuggling explosives into Israeli territory could not claim immunity under the SOFA.²⁹ Thus, it was established that an illegal act committed by a member of a UN peacekeeping force while off duty (i.e. while on non-official business and in civilian attire) could not be attributed to the UN.

In addition, there is no requirement in international law for the contributing state to criminally prosecute the actions of repatriated members of peacekeeping forces. Often a model SOFA will

...provide for peacekeepers to be subject to the exclusive criminal jurisdiction of their contributing state in respect of any criminal offences committed by them in the host country. If local authorities wish to bring criminal charges against a member of the peace operation they need the permission of the special representative of the secretary general (SRSG). The SRSG will carry out their own investigation and then decide with the Government of the host country on if criminal proceedings should be instituted.³⁰

The Geneva Conventions and their additional Protocols refer at article 2 to the “High Contracting Parties,” thereby suggesting their limited applicability to international organizations such as the United Nations. Common article 2 of the Conventions stipulates the following:

In addition to the provisions which shall be implemented in peace-time, the present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed

²⁶ *Supra* note 19 at 34.

²⁷ *Supra* note 19 at 34.

²⁸ United Nations Organisation, *Extracts from Juridical Yearbook, Part Two: Legal Activities of the United Nations and Related Intergovernmental Organizations*, [2004] E7V1.

²⁹ *Supra* note 19 at 36.

³⁰ *Supra* note 19 at 36.

conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them.³¹

Thus, the United Nations continues to uphold the concept that, although it is not a party to the conventions, the Bulletin in conjunction with the IHL treaties and the principles of customary international law should inspire the rules of engagement (ROE) drafted for each UN officer.³²

The difficulties relating to customary international law lie within the scope of *opinio juris*. Consequently, it has been observed by many scholars that there is a lack of *opinio juris* concerning customary-law norms that are binding on peace operations. As some authors have suggested, “where a customary norm is accepted as applying to States it should *ipso facto* apply to international organisations such as the UN.”³³

The distinctions between the various types of peace operations have become less clear in recent years. For that reason, the Secretary-General in the *Agenda for Peace* believed that it was imperative to differentiate between the different categories of peace operations. Likewise, the discussion set out below attempts to distinguish between the applicability of International Humanitarian Law to the United Nations under Chapter VI and Chapter VII operations respectively. While examining each peace operation, it is important to bear in mind that there are three exceptions to the prohibition on the use of force in article 2(4) of the UN Charter. The first exception is self-defence as is seen under Chapter VI. The second is authorization by the Security Council for regional organizations. The third is the use of force as authorized by the UN Security Council at articles 39-51 under Chapter VII.

III. United Nations Charter Chapter VI: Pacific Settlement of Disputes

Although it is not expressly stated, Chapter VI of the UN Charter is widely accepted as covering peacekeeping operations. Under Chapter VI, peacekeepers are considered civilians and remain in the protective status of the fourth Geneva Convention.³⁴ This was examined in *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao (RUF case)*,³⁵ which concerned attacks made against peacekeeping personnel. The conflict in Sierra Leone dated from March 1991 when fighters of the Revolutionary United Front (RUF) launched a war from the east of the country near the border with Liberia that aimed to overthrow the government.³⁶ The question of whether peacekeepers were participants in hostilities while using force in self-defence was answered as follows:

The Trial Chamber held that “peacekeeping personnel are considered to be civilians only insofar as, they do not take direct part in the hostilities.” It also held that their protection would not cease if the personnel use armed force only in

³¹ International Committee of the Red Cross, *The Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols*, online: <http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>

³² *Supra* note 19 at 201.

³³ *Supra* note 19 at 12.

³⁴ *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention)*, August 12, 1949, 75 UNTS 287.

³⁵ *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao (RUF)*, Case No. SCSL-04-15-T, Trial Chamber I, (2 March 2009), Special Court for Sierra Leone, online: <www.sc-sl.org>

³⁶ *Ibid.*

exercising their right to individual self-defence [and that] the use of force by peacekeeping personnel in self-defence in the discharge of their mandate, provided that it is limited to such use, would not alter or diminish the protection afforded to peacekeeping personnel.³⁷

Thus, the use of force in self-defence or in defence of the mission is not considered to constitute participation in hostilities.

The first peacekeeping mission was deployed in 1956 in Egypt in the context of the Suez Crisis with a mandate “to observe the ceasefire and ensure the withdrawal of forces. UNEF I force had very little authority to intervene.”³⁸ Furthermore, “The United Nations Emergency Force (UNEF) was the key element in the United Nations efforts to resolve the crisis arising from the military action of the Israeli and Anglo-French forces against Egypt.”³⁹

It was during this first mission that the guiding principles of UN peacekeeping first began to be developed. Such principles include impartiality, consent and the non-use of force except in self-defence (and in defence of the mandate).⁴⁰ International tribunals uphold these principles while examining the nature of peacekeeping operations.

As peacekeeping missions are supposed to be deployed after a ceasefire has been established between rivals, UN troops on peacekeeping missions are supposed to remain impartial and to observe the conditions of the ceasefire. The consent of the host nation is imperative and, if this consent is retracted, the UN forces must withdraw. This consent is usually formalized in the SOFA, which establishes the jurisdictional immunity and the territorial limitations of the mission.

When they are they are on peacekeeping missions, they are considered to be civilians.⁴¹ The use of force is prohibited by article 2(4) of the Charter. The exception to this prohibition includes the use of force in self-defence as stipulated at article 51 of the same. Article 51 concerns individual and collective self-defence:

Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, [...].

Therefore, UN forces may use force at the tactical level, with the authorization of the Security Council, if they are acting in self-defence and in defence of the mandate. International humanitarian law is applicable as customary law and it is the contributing states' responsibility to ensure that their contingents are held accountable for any violations of IHL.⁴²

³⁷ Melanie O'Brien, "Protectors on trial? Prosecuting peacekeepers for war crimes and crimes against humanity in the International Criminal Court" (2012) 40 *International Journal of Law, Crime and Justice* 3 at 17, online:

<<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S175606161200016X>>

³⁸ United Nations Organisation, *UNEF I*, online: <www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unef1backgr2.html>

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Supra* note 37.

⁴¹ International Red Cross Committee, *Does humanitarian law apply to peace-keeping and peace-enforcement operations carried out by or under the auspices of the United Nations?*, online:

<<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/5I2brp.htm>>

⁴² *Ibid.*

(i) Illustration 1: The Use of Force in Self-defence and the United Nations Assistance Mission for Rwanda (UNAMIR)

The importance of the use of force in self-defence under Chapter VI was evident during the United Nations Assistance Mission for Rwanda (UNAMIR) when peacekeepers were faced with the dilemma of adhering to the characteristics of a peacekeeping operation while hostilities were increasing. The first Resolution 872 declared that the objectives of UNAMIR were as follows:

To assist in ensuring the security of the capital city of Kigali; monitor the ceasefire agreement, including establishment of an expanded demilitarized zone and demobilization procedures; monitor the security situation during the final period of the transitional Government's mandate leading up to elections; assist with mine-clearance; and assist in the coordination of humanitarian assistance activities in conjunction with relief operations.⁴³

The Security Council urged states to take action and required the increase in the peacekeepers' strength. Unfortunately, "it took nearly six months for Member States to provide the troops."⁴⁴ The independent inquiry subsequently conducted in 1999 revealed that "a lack of resources, political will and errors of judgement on the nature of the events ongoing in Rwanda were to blame."⁴⁵

Although there were many problems in Rwanda (which are beyond the scope of this paper) that led to the deaths of vast numbers of people, this example does illustrate the situation of a peacekeeping mission that needs to use more force but cannot do so. The legal ambiguities surrounding the use of force in peacekeeping missions create an apprehension among all actors involved that, as in Rwanda, in many cases delays the response times and efficiency of the mission. Thus, missions deployed under Chapter VI as peacekeeping are not always engaged in the pacific settlement of disputes. This then raises the question of what would happen if a mission is changed into a peace-enforcement operation involving the use of all necessary means in order to achieve the objectives set out in the mandate.

IV. United Nations Charter Chapter VII: Actions with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace and Acts of Aggression

The Security Council may authorize the use of force if a state commits acts of aggression. In other words, the Security Council can authorize UN military forces to strike back. Such missions are deployed under Chapter VII of the UN Charter. A particularly notable aspect of Chapter VII is that, during a peace-enforcement mission, action may be taken to use force for reasons other than self-defence. During peace-enforcement missions, the UN deploys its forces on the aggressor state without the consent of the parties to a conflict. Under Chapter VII missions, UN forces are no longer neutral arbitrators as they may now take a side.

⁴³ United Nations Organisation, *UNAMIR*, online: <www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamirbackgr2.html>

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Supra* note 42.

The use of offensive force by the UN and the applicability of IHL to peacekeepers have caused much discussion in the international community. IHL is applicable in the presence of “armed conflict.” It is not always easy to determine when force is used purely in self-defence and when a full-blown armed conflict has emerged. The expression “armed conflict” is not defined in the 1949 Geneva Conventions, and international courts have generally used a very broad interpretation of the concept.⁴⁶ For instance, in the *Tadic* case, armed conflict was defined to occur “whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State.”⁴⁷

Armed conflict was also examined in the *Commentary on the Geneva Conventions* published by the International Committee of the Red Cross. This document states that

Any difference arising between two states and leading to the intervention of members of the armed forces is an armed conflict within the meaning of Article 2, even if one of the parties denies the existence of a state of war. It makes no difference how long the conflict lasts, or how much slaughter takes place. The respect due to the human person as such is not measured by the number of victims.⁴⁸

Moreover, “When UN peacekeepers use force they cross the ‘Common article 2’ of the Geneva conventions and they should technically lose their non-combatant status since some say that they have become parties to the conflict, which renders them lawful military targets.”⁴⁹ As this theory demonstrates, there is much disagreement over whether IHL should be directly applicable to UN forces or it should remain the case that peacekeepers are bound by their national laws and should not have combatant status.⁵⁰

(i) Illustration 2: The Use of Force in Peace-enforcement Missions and in the United Nations Stabilization Mission in the DR of Congo (MONUSCO)

This mission and the subsequent missions deployed in the Congo have proved to be important to peace-enforcement operations, and the use of force during these missions by peacekeepers has been essential to the development of greater understanding of the legalities surrounding the use of force.

By way of illustration, it is important to consider the fact that, following the 1994 genocide in Rwanda, many people fled to the Democratic Republic of Congo where a rebellion against the Kabila government started in the Kivu region.⁵¹ Within weeks the rebels had seized large

⁴⁶ Christopher Greenwood, “Protection of Peacekeepers the Legal Regime” (1996) 7 *Duke Journal of Comparative & International Law* 185 at 200, online: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1377&context=djcil>>

⁴⁷ *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A (October 2, 1995), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ICTY, at para. 70.

⁴⁸ Rule of Law in Armed Conflicts Project (RULAC), *Qualification of Armed Conflicts*, online: <http://www.geneva-academy.ch/RULAC/qualification_of_armed_conflict.php>

⁴⁹ Centre for International & European Law, Asser Institute, *The Applicability of International Humanitarian Law to United Nations Peacekeeping Forces*, online: <<http://www.asser.nl/>>.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

areas of the country.⁵² Following this, the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo was created by Resolution 1279.⁵³ The purpose of the mission was “initially to plan for the observation of the ceasefire and disengagement of forces and maintain liaison with all parties to the Ceasefire Agreement.”⁵⁴

Recognizing that the situation needed even more support intervention, the UN adopted Resolution 1925 (2010) under Chapter VII of the United Nations Charter.⁵⁵ The new mission was authorized to “use all necessary means to carry out its mandate, among other things, to protect civilians, humanitarian personnel and human rights defenders under imminent threat of physical violence and to support the Government of the DRC in its stabilization and peace consolidation efforts.”⁵⁶ Nevertheless, the mandate under Resolution 1925 was insufficient to stop the rebel group and many remained in the area posing a threat to the city and communities.⁵⁷

More recently and controversially, Resolution 2098 (2013) authorizes “Offensive Combat Force” to neutralize and disarm Congolese rebels and foreign armed groups.”⁵⁸ According to this resolution,

This mission will be the first-ever “offensive” combat force, intended to carry out targeted operations to “neutralize and disarm” the notorious 23 March Movement (M23), as well as other Congolese rebels and foreign armed groups in strife-riven eastern Democratic Republic of Congo.⁵⁹

At this point, one must wonder if the nomenclature of a “peacekeeping” enforcement operation is not misleading. One author has suggested that

[...] two cumulative conditions are required for international humanitarian law to apply to the UN operation: (1) the existence of an armed conflict in the area of its deployment and (2) the active engagement of the force in the conflict as combatants to the extent that they are taking a direct part in the *hostilities* [emphasis added].⁶⁰

Based on this proposal, peacekeepers while on an enforcement mission will lose their privileges under the Geneva Conventions. However, the UN maintains that IHL customary rules apply to UN forces in instances where missions undertake Chapter VII actions such as in the Congo. Despite this clarification, there is even more of a debate regarding the scope of the bulletin’s application, the relevant rules that it governs and who are the holders of the

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ United Nations Organisation, *MONUSCO*, online:

[‘http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/monusco/background.shtml’](http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/monusco/background.shtml)

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ United Nations Organisation, *Intervention Brigade Authorized As Security Council Grants Mandate Renewal for United Nations Mission in Democratic Republic of Congo*, Res 2098 UNSC (2013), online:

[<http://www.un.org/News/Press/docs/2013/sc10964.doc.htm>](http://www.un.org/News/Press/docs/2013/sc10964.doc.htm)

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Elizabeth Wilmshurst, *International Law and the Classification of Conflicts* (London: Oxford University Press, 2012) at 192, online: <http://books.google.ca/books>

obligations under these rules.⁶¹ The UN has established that, when its forces are actively involved in armed hostilities, the *Secretary-General's Bulletin* will apply.

Yet, as we have seen, although the Bulletin is recognized by member states, it is not binding. In theory, respect for the Bulletin and for IHL customary rules works well and seems to suit the UN's purposes. But, on a more practical level, given the authorization of a full brigade in the Congo where conflicts and hostilities have the potential to explode, this model no longer seems to stay true to core peacekeeping values. In this context, it no longer seems appropriate for peacekeepers to be governed by IHL customary laws. In practice, if a peacekeeper uses excessive force and violates IHL principles, it is only on rare occasions that the state in question will actually prosecute its own citizen. Thus, respect for IHL principles in such instances is challenged. Although it is necessary for peacekeeping to evolve and although the use of force is absolutely necessary on many occasions for the protection of civilians and peacekeepers alike, the legal model that once governed its more passive operations has significant potential to hinder the kinds of coercive military operations that are sometimes necessary to stabilize a volatile situation.

V. United Nations Charter Chapter VIII: Regional Organizations and the Use of Force

There are many reasons why regional organizations are better suited to certain kinds of peacekeeping missions. For instance, they can be in close proximity to many problems, which enables them to be the first on the scene; in addition, they may have greater vested interests in the matters at issue.⁶²

Regional organizations were part of the UN system from the time of its founding.⁶³ Chapter VIII of the UN Charter recognizes regional organizations' role in peacekeeping and "articles 52 to 54 give them primacy in the peaceful settlement of disputes."⁶⁴ Nevertheless, if a regional organization requires a peace-enforcement mandate under Chapter VII, the authorization of the Security Council is necessary as is stipulated under article 33.

Most regional organizations remain passive and only take on peacekeeping missions that fall under Chapter VI of the Charter. However, those that require the use of force and fall under Chapter VII are more controversial. The third exception to the principle of the non-use of force is that of regional organizations seeking the authorization of the Security Council.

Even though the Charter is quite open to interpretation when it comes to what defines a regional organization, it is not just any organization that is considered lawful. Article 52 of the Charter stipulates that a valid regional organization is one that is designed to "assist with the maintenance of international peace and security."⁶⁵ For instance, the Organization for African Unity (OAU) is considered to be a universally acknowledged regional organization that falls

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ Suyash Paliwal, "The Primacy of Regional Organisations in International Peacekeeping: The African Example" (2012) 51 Virginia Journal of International Law 185 at 191, online: <<http://www.vil.org>>

⁶⁴ *Ibid.* at 189.

⁶⁵ James E. Hickey, *Challenges to Security Council Monopoly Power over the Use of Force in Enforcement Actions: The Case of Regional Organisations* (Baltimore: University of Baltimore – Center for International and Comparative Law, 2004).

under the obligations of Chapter VIII of the Charter.⁶⁶ The OAU is able to address local disputes and “understand cultural, linguistic and community interests.”⁶⁷

(i) Illustration 3: The Necessary Consent of the Security Council and the Arab Deterrent Force in Lebanon (ADF)

Although the terms of article 53(1) of the UN Charter indicate that authorization must be obtained *prior* to engagement in an enforcement action, some actions may be taken on a temporary basis beforehand. The UN Charter at article 51 recognizes that states can take certain actions before obtaining the authorization of the Security Council.

An example of such a case occurred in Lebanon in 1976 when the Arab League deployed a peacekeeping mission with the permission of the Lebanese government. In response to the escalation in conflict, it was shortly after this deployment that the regional organization transformed the peacekeeping mission into a new force called the Arab Deterrent Force (ADF). The responsibilities of the new force

...included “maintaining internal security,” removing all military installations and when necessary taking over public utilities and institutions and guarding military and civilian establishments. This force was almost 30,000 soldiers strong and its functions included enforcement functions and its actions became an enforcement action using “military coercion beyond that in strict self-defence.”⁶⁸

The ADF did not obtain authorization before or after the military coercion force was deployed. Interestingly, the Security Council did not condemn the ADF for this omission.⁶⁹ This begs the question of whether the Security Council recognized that the organization in this instance had an inherent right to intervene.

Some authors have examined the primacy of state sovereignty as a right that is conferred to regional organizations. The concept of state sovereignty was clearly articulated in the case of *Nicaragua v. United States (1984)*,⁷⁰ which demonstrates how this principle traditionally has been favoured throughout the international community. Even more importantly, Chapter I of the UN Charter at article 2 states clearly supports this concept:

Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to *intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state* or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter [...] [emphasis added].⁷¹

Nevertheless, in response to the rise in peacekeeping operations and the apparent need for alternative measures, many observers argue that regional organizations are essential for

⁶⁶ *Supra* note 59.

⁶⁷ *Supra* note 59.

⁶⁸ *Supra* note 61 at para. 2.

⁶⁹ *Supra* note 61 at para. 2.

⁷⁰ *Nicaragua v. United States of America*, I.C.J.14 (June 27, 1986), International Court of Justice, online: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/9615.pdf>>

⁷¹ *Supra* note 4, article 2.

maintaining stability in their respective regions and that they therefore should be able to do so with or without the Security Council's authorization.⁷² There is much ambiguity with regard to the question of who should bear this responsibility. Whether it should be the UN, regional organizations or even individual states remains unclear. In September 2005, the UN incorporated the "responsibility to protect" in the *UN Outcome Document*.⁷³ Paragraphs 137 and 138 of the document claim that it is every state's "...responsibility to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity."⁷⁴ However, notwithstanding the adoption of the document by all UN member states, it is not legally binding. Instead, national sovereignty is often given priority out of fear of interfering in internal state affairs and out of political expedience. This begs the question of the role of regional organizations in terms of interfering in internal affairs by means of this doctrine.

Some authors have pointed out that "the ongoing war in the Congo, triggered in part by the Rwanda genocide, has made it clear that Africa cannot always depend on the UN to stop the suffering of Africans."⁷⁵ There is an ongoing debate over the "legitimacy" and the "legality" of enforcement actions for humanitarian purposes without the authorization of the Security Council.⁷⁶ Thus, some observers argue that, while it might not be legal for regional organizations to intervene and use force without the Security Council's authorization, they nevertheless may have legitimate reasons to do so.

C. The Consequences of the Use of Force in Practice

What should happen if the use of force by peacekeepers goes too far? How would the crime be classified?

I. The Accountability of Peacekeepers

*"If the rule of law means anything at all, it means that no one, including peacekeepers, is above the law."*⁷⁷

There have not been many occasions when peacekeepers actually have been prosecuted for crimes committed during the execution of their mission. Unfortunately, this is not a reflection of the number of peacekeeping missions gone wrong. Rather, it is a reflection of the lack of prosecution of peacekeepers by states. Given the increasing frequency of peace operations and the increasing number of peacekeeping personnel being deployed, some critics believe that it is inevitable that some peacekeepers will abuse their ability to use force.⁷⁸ Some might also say that the deployment on peacekeeping missions of military personnel trained primarily if not exclusively for combat is contributing to illegal behaviour.⁷⁹ Regardless of the reasons for these actions, the discussion below examines the mechanisms

⁷² *Supra* note 59.

⁷³ United Nations Organisation, *World Summit Outcome*, UNGAOR, 60th Sess, UN Doc A/60/L.1 (2005).

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Jason Ladnier, *Neighbours on Alert: Regional Views on Humanitarian Intervention – Summary Report of the Regional Responses to Internal War Program* (Zurich: Center for Security Studies, 2003) at 30, online: <<http://www.isn.ethz.ch>>

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ United Nations Organisation, *Report of the Secretary-General: The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*, UN Doc. S/2004/616 (August 23, 2004).

⁷⁸ Melanie O'Brien, "Protectors on trial? Prosecuting peacekeepers for war crimes and crimes against humanity in the International Criminal Court" (2012) 40 *International Journal of Law, Crime and Justice* 3, online:

<<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S175606161200016X>>

⁷⁹ *Ibid.*

for and the legalities of prosecuting peacekeepers in order to shed some light on how IHL has been applied to peacekeepers by states and international courts.

In regard to the issue of authority to take legal action against wrongdoers, it should be acknowledged that the UN does not have the jurisdiction to undertake criminal prosecutions and that therefore exclusive jurisdiction will usually be granted to the sending state in the memorandum of understanding (MOU) (in the case of military personnel) or to the host state (for civilian personnel) *if* the legal system is functional.⁸⁰ Peacekeepers who commit crimes while on duty are liable to prosecution for those crimes in terms of the military criminal law of their own state.⁸¹ There are a number of cases where sending states prosecuted their own peacekeepers for having committed crimes during their mission. Such cases include the Somalia scandal in Canada and the “US case of Ronghi, found guilty of raping and murdering a ten-year-old girl in Kosovo.”⁸²

(i) National Courts

The manner in which sending-state courts deal with the illegal acts of peacekeepers demonstrates how IHL can be respected through the enforcement of states’ own laws. The Canadian Somali case of 1992 was a devastating scandal involving Canadian peacekeepers deployed on a humanitarian mission in Somalia. The United Nations Operation in Somalia (UNOSOM I), established by Security Council resolution 751 (1992), had a mandate to “monitor the ceasefire in the capital of Somalia.”⁸³ In the Somalia Inquiry, it was revealed that the peacekeepers claimed that they had misunderstood the level of use of force authorized through their ROEs. One of the nine Canadians prosecuted by the Canadian General Court Martial was found guilty of second-degree murder.⁸⁴

(ii) International Courts

The difficulty in prosecuting peacekeepers in front of international courts arises from the fact that there exists no clear legal position on the application of IHL to peacekeepers.⁸⁵ Some authors suggest that, in order to fill this void, the classification of peacekeepers’ crimes as, for example, war crimes or crimes against humanity would open the door to international courts prosecuting peacekeepers and enforcing IHL principles.⁸⁶ Unfortunately, this is not always a viable solution in cases of crimes against humanity since a “systematic or widespread attack” is required in order to prosecute.⁸⁷ Given the fact that it is highly unlikely that peacekeepers would formally organize themselves to commit a crime of this magnitude, the feasibility of this method remains questionable.⁸⁸

Article 8 of the Rome Statute – the treaty that established the International Criminal Court (ICC) – acknowledges the possibility that both civilians and combatants might commit war crimes. This opens the door to prosecuting peacekeepers who commit illegal acts, regardless of whether they are

⁸⁰ *Supra* note 74 at 225.

⁸¹ *Supra* note 74 at 224.

⁸² *Supra* note 74 at 224.

⁸³ United Nations Organisation, *Background UNISOM I*, online: <www.un.org/>

⁸⁴ *R. v. Brown*, [1995] CMAJ 1.

⁸⁵ *Supra* 74 at 233.

⁸⁶ *Supra* 74 at 233.

⁸⁷ *Supra* 74 at 227.

⁸⁸ *Supra* 74 at 227.

considered civilians or combatants.⁸⁹ However, in order to be eligible for prosecution, a peacekeeper must have been aware of the existence of an armed conflict and the illegal conduct must have been conducted during this armed conflict.⁹⁰ Authors who support this theory find value in the decision of the International Criminal Tribunal of the Former Yugoslavia in *Kunarac et al. (Foca)*, wherein a broad definition was given to a crime committed in the context of an armed conflict. The court decided “there is no necessary correlation between the area where the actual fighting is taking place and the geographical reach of the laws of war.”⁹¹

The theory of prosecuting war crimes is not perfect. There are many problems that can become evident in practice, such as the fact that not all countries have ratified the Rome Statute. Currently, “members of UN peacekeeping missions from nations that have not ratified the Rome Statute... are immune from investigation or prosecution under a Council resolution.”⁹²

Therefore, if illegal force is used by peacekeepers, the classification of the crimes committed by peacekeepers merits reflection and sheds light on the discussion of the enforcement of IHL during peacekeeping missions as some immediate forceful measures are often appropriate to be taken on the ground.

II. The Protection of Peacekeepers

At the other end of the spectrum is the use of force against peacekeepers and the forms of protection that are and should be offered to them. In 1993, the Security Council requested the Secretary-General to prepare a report on the security of UN operations. One of the recommendations was the consideration of the development of a convention to ensure the safety of peacekeepers. This led to the adoption of the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel in 1994 and its additional protocol of 2005.

Unfortunately, there are diverging opinions as to who is protected under the convention. There is also considerable misunderstanding about whether the convention remains applicable in the event that hostilities increase. One of the more controversial views is that protection applies to *all* forces in a peacekeeping role that are not directly involved in hostilities, regardless of whether they are participating in a peacekeeping operation established by the United Nations.⁹³ A restrictive interpretation of the provisions is that the convention only applies to missions under a UN mandate (i.e., missions that are under the command and control of the UN). Another issue frequently raised is the fact that the Safety Convention arguably “further endangers members of a UN force by making all of them lawful targets if any of them are covered by the law of international armed conflict.”⁹⁴

⁸⁹ *Supra* 74 at 233.

⁹⁰ *Supra* 74 at 233.

⁹¹ *Prosecutor v. Kunarac et al. (Foca)*, Appeal Judgment, Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 June 2002, 94, at 203.

⁹² United Nations Organisation, “UN peacekeepers exempted from war crimes prosecution for another year” (June 12, 2003), online: <<http://www.un.org/>>

⁹³ Walter Gary Sharp, Sr., “Protecting the Avatars of International Peace and Security” (1996) 7 *Duke Journal of Comparative & International Law* 93, online: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1376&context=djcil>>

⁹⁴ *Ibid.* at 148.

The problem with the convention is its limited applicability to certain peace operations.⁹⁵ Regional organizations that are operating under a UN mandate and are being deployed under Chapter VI are protected by the convention as long as they use force only in self-defence.⁹⁶ However, the convention does not apply to regional organizations that require the use of force, nor does it apply to UN missions deployed under Chapter VII.

The application of the Safety Convention is likely to prove extremely difficult in those cases in which UN forces or associated personnel are deployed under a Chapter VI peacekeeping mission but may later become involved in combat as part of an international armed conflict.⁹⁷ Indeed, "Since UN forces by definition operate in high threat areas of actual or potential hostilities, the use of force is a critical issue."⁹⁸ The question of the application of the convention to a peacekeeping operation that later mutates into a peace-enforcement mission has been examined by international tribunals. It is interesting to see how international courts draw the line as to when this protection should be offered to peacekeepers.

(i) Decisions by International Courts: Special Court for Sierra Leone (SCSL)

The first court to have tried and issued a conviction for the offence of "intentionally directing attacks against peacekeepers" was the Special Court for Sierra Leone (SCSL) in *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*.⁹⁹ This case dealt with crimes committed against UN personnel while on their Chapter VI peacekeeping mission. When the Security Council recognized that the situation in Sierra Leone was declining, Resolution 1270 was passed to establish the United Nations Mission in Sierra Leone (UNAMISIL). What should be noted is the fact that the court examined the nature of the mission, the level of force that it was allowed to employ and whether the principles of consent and impartiality were followed. Despite being authorized to engage in enforcement actions, UNAMISIL was not found by the court to have used force beyond the level necessary for self-defence; the mission was found to have fulfilled the principles of consent and impartiality in every respect. The peacekeepers were not engaged in the hostilities at the time that they were attacked. In addition, the tribunal took into consideration article 9(1)(a) of the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel, which obliges states to criminalize attacks against the "person or liberty" of any United Nations personnel or associated personnel. Article 9(1)(c) further obliges states to criminalize threats to commit such attacks.

On the other hand, the Special Court found the RUF members guilty on count 15:

Intentionally directing attacks against personnel involved in a humanitarian assistance or peacekeeping mission in accordance with the Charter of the United Nations, another serious violation of International Humanitarian Law, punishable under Article 4(b) of the Statute.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao (RUF)*, Case No. SCSL-04-15-T, Trial Chamber I, (March 2, 2009), Special Court for Sierra Leone, online: <www.sc-sl.org/>

Thus, the court carefully scrutinized the nature of the mission and the level of force employed by the peacekeepers. If UN peacekeepers had decided to use force beyond the level required for self-defence – to the extent that the principles would not have been upheld – it is likely that the judgment would have been quite different. Therefore, even if a mission might mutate into more of peace-enforcement action under Chapter VII, a case-by-case analysis would still need to be performed in order to determine exactly who used force and under what circumstances the peacekeepers ought to have been considered protected agents.

(ii) Decisions by International Courts: International Criminal Court (ICC)

Regional organizations have also seen their share of attacks. In *Prosecutor v. Bahr Idriss Abu Garda*,¹⁰⁰ the ICC charged Bahr Idriss Abu Garda (Garda) with the offence of “intentionally directing attacks” against peacekeepers of the African Union Mission in Sudan (AMIS) operating under a UN mandate in North Darfur.¹⁰¹ The prosecution charged Garda with war crimes of

[...] (ii) Intentionally directing attacks against personnel, installations, material, units and vehicles involved in a peacekeeping mission, within the meaning of articles 8(2)(e)(iii) and 25(3)(a) of the Statute; [...]

However, in the appeal decision, Garda was acquitted, as the subjective elements were insufficient to demonstrate that he had had the intention to commit the attacks. What is especially noteworthy is the fact that AMIS was a regional peacekeeping mission established under Chapter VIII and mandated by the UN. The court examined whether AMIS took part in any hostilities or used force beyond the self-defence mandate. The Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel facilitated the development of the elements of the crime of which Garda was accused and provided the grounds on which to prosecute the offenders.¹⁰²

It is interesting to see that regional organizations created under Chapter VIII are still provided consideration under the convention, as was the case for a peace mission in Sierra Leone that was transformed into a Chapter VII operation. It would appear that international courts indeed uphold protection for peacekeepers deployed on humanitarian missions.

D. CONCLUSION

Matters have evolved considerably since the first peacekeeping mission was launched during the Suez Crisis. Gone are the days when a peacekeeping mission would remain just a passive operation. Some might even say that a perfect line of demarcation between a peacekeeping mission and peace-enforcement mission has never really existed.

¹⁰⁰ *Prosecutor v. Bahr Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09, Situation in Darfur, Sudan (February 8, 2010), International Criminal Court, online: <www.icc-cpi.int>

¹⁰¹ BBC News, “Darfur rebel appears before ICC” (May 18, 2009), online: <<http://www.bbc.co.uk>>

¹⁰² *Supra* note 96 at 103.

The laws of armed conflict certainly apply to peacekeepers. However, as was discussed, many challenges arise when attempts are made to build a framework around the application of IHL instruments to peacekeeping missions and their personnel.

SOFAs continue to establish the jurisdictional immunities of peacekeepers, usually by stipulating that it is up to sending states to prosecute their own peacekeepers who have strayed from their rules of engagement. Attempts to enforce the accountability of peacekeepers have not met with much success. Nevertheless, the occasions when sending-state courts prosecute their own nationals for illegal acts committed during peacekeeping missions testify to the high overall level of respect for IHL instruments. When force is used against peacekeepers, the international courts appear to use a broad interpretation of the use of force in self-defence and in defence of the mission.

Unfortunately, the fact that many states disagree on the prosecution of their own citizens for actions taken during peace missions and on the level of force that should be used by missions creates ambiguities regarding the laws that should apply to peacekeepers. In the words of the renowned Canadian peacekeeper Roméo Dallaire, “[...] Some governments regard the use of force itself as the greatest evil [...].”¹⁰³ Unfortunately, the use of force by peacekeepers is not going to fade away. The apprehension of some governments about the use of force has led to inaction and even paralysis in the past, and this has in turn resulted in many otherwise preventable fatalities. Therefore it is imperative to have a consistent legal framework that is able to both protect peacekeepers and ensure their accountability in the future.

¹⁰³ Roméo Dallaire, *Roméo Dallaire Quotes* at para. 7, online:
<http://www.goodreads.com/author/quotes/11102.Rom_o_Dallaire>

APPENDIX A

ADF	Arab Deterrent Force
AU	African Union
CAR	Canadian Airborne Regiment
DRC	Democratic Republic of Congo
ICC	International Criminal Court
IHL	International Humanitarian Law
MONUSCO	United Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo
OLA	United Nations Office of Legal Affairs
ROE	Rules of engagement
SOFA	Status of forces agreements
UN	United Nations
UNAMIR	United Nations Assistance Mission for Rwanda
UNAMISIL	United Nations Mission in Sierra Leone
UNEF	United Nations Emergency Force
UNIFIL	United Nations Interim Force in Lebanon
UNOSOM I	United Nations Operation

APPENDIX B

Jurisprudence

Canada

R. v. Brown, [1995] CMAJ 1.

International

Nicaragua v. United States of America, I.C.J. 14 (June 27, 1986), International Court of Justice, online: <www.icj-cij.org/>

Prosecutor v. Bahr Idriss Abu Garda, ICC-02/05-02/09, Situation in Darfur, Sudan (February 8, 2010), International Criminal Court, online: <www.icc-cpi.int>

The Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-1-A, (October 2, 1995), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ICTY.

Prosecutor v. Kunarac et al. (Foca), Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Appeal Judgment (June 12, 2002), International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, online: <www.icty.org>

Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao, Case No. SCSL-04-15-T, Trial Chamber I (March 2, 2009), Special Court for Sierra Leone, online: <www.sc-sl.org/>

Laws

United Nations Organisation, *The Charter of the United Nations*, June 26, 1945, Can TS 1945 No 7.

United Nations Organisation, *Secretary-General's Bulletin: Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law*, August 6, 1999, UN Doc. ST/SGB/199/13, entered into force August 12, 1999 (in accordance with section 10).

United Nations Organisation, *Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, February 13, 1946, 1 UNTS 15, entered into force September 17, 1946 (in accordance with section 32).

United Nations Organisation, *Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, December 15, 1994, UN Doc. A/RES/60/42, Annex, entered into force January 15, 1999 (in accordance with article 27).

Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention), August 12, 1949, 75 UNTS 287.

United Nations Organisation, *Extracts from Juridical Yearbook, Part two: Legal activities of the United Nations and related intergovernmental organizations*, [2004] E7V1.

Secondary Sources: Academic Journals

Brian D. Tittmore, "Belligerents in Blue Helmets: Applying International Humanitarian Law to United Nations Peace Operations" (1997) 33 *Stanford Journal of International Law* 6, online: <www.heinonline.org>

Christopher Greenwood, "Protection of Peacekeepers the Legal Regime" (1996) 7 *Duke Journal of Comparative & International Law* 185, online: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1377&context=djcil>>

Daniel S. Blocq, "The Fog of UN Peacekeeping: Ethical Issues Regarding the Use of Force to Protect Civilians in UN Operations" (2006) 5 *Journal of Military Ethics* 3, online: <www.scholarsportal.com>

K.P. Saksena, "Forty Years of the United Nations: A Perspective" (1985) 22 *International Studies* 4, online: <<http://isq.sagepub.com/content/22/4/289.extract>>

M. Du Plessis & Stephen Pete, "Who Guards the Guards? The ICC and serious crimes committed by United Nations peacekeepers in Africa" (2004) 13 *African Security Review* 4, online: <www.issafrica.org/pubs/ASR/13No4/FduPlessis.pdf>

Melanie O'Brien, "Protectors on trial? Prosecuting peacekeepers for war crimes and crimes against humanity in the International Criminal Court" (2012) 40 *International Journal of Law, Crime and Justice* 3, online: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S175606161200016X>>

Suyash Paliwal, "The Primacy of Regional Organisations in International Peacekeeping: The African Example" (2012) 51 *Virginia Journal of International Law* 1, online: <<http://www.vil.org>>

Walter Gary Sharp, Sr., "Protecting the Avatars of International Peace and Security" (1996) 7 *Duke Journal of Comparative & International Law* 93, online: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1376&context=djcil>>

Secondary Sources: Doctrine

Anthony Clark Arend & Robert J. Beck, *International Law & the Use of Force* (New York: Routledge Press, 1993).

Anna Meijknecht, *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law* (Groningen: Oxford University Press, 2001), online: <<http://books.google.ca>>

Bruce Oswald, Helen Durham & Adrian Bates, *Documents on the Law of UN Peace Operations* (New York: Oxford University Press, 2010).

Christopher Harland, *International Humanitarian Law: The Laws of War* (New Delhi: Vij Books India, 2011).

Elizabeth Wilmshurst, *International Law and the Classification of Conflicts* (London: Oxford University Press, 2012), online: <<http://books.google.ca/books>>

James E. Hickey, *Challenges to Security Council Monopoly Power over the Use of Force in Enforcement Actions: The Case of Regional Organisations* (Baltimore: University of Baltimore – Center for International and Comparative Law, 2004).

Paul Ried & John Manchester, *The Last Lion: Winston Spencer Churchill: Defender of the Realm, 1940-1965* (New York: Little, Brown and Company, 2012).

Secondary Source: Article

Jason Ladnier, *Neighbours on Alert: Regional Views on Humanitarian Intervention – Summary Report of the Regional Responses to Internal War Program* (Zurich: Center for Security Studies, 2003) at 30, online: <<http://www.isn.ethz.ch>>

Secondary Sources: Websites

BBC News, “Darfur rebel appears before ICC” (May 18, 2009), online: <<http://ews.bbc.co.uk>>

Centre for International & European Law, Asser Institute, *The Applicability of International Humanitarian Law to United Nations Peacekeeping Forces*, online: <<http://www.asser.nl/>>

CNN News, “UN sending offensive brigade to Democratic Republic of Congo” (March 28, 2013), online: <www.cnn.com/2013/03/28/world/africa/democratic-republic-of-congo>

Roméo Dallaire, *Roméo Dallaire Quotes* at para. 7, online: <http://www.goodreads.com/author/quotes/11102.Rom_o_Dallaire>

International Red Cross Committee, *Does humanitarian law apply to peace-keeping and peace-enforcement operations carried out by or under the auspices of the United Nations?*, online: <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/5l2brp.htm>>

International Red Cross Committee, *The Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols*, online: <www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>

United Nations Organisation, “Intervention brigade authorized as Security Council grants mandate renewal for United Nations mission in the Democratic Republic of Congo”, Res 2098 UNSC (2013), online: <<http://www.un.org/News/Press/docs/2013/sc10964.doc.htm>>

Rule of Law in Armed Conflicts Project (RULAC), *Qualification of Armed Conflicts*, online: <http://www.geneva-academy.ch/RULAC/qualification_of_armed_conflict.php>

United Nations Organisation, "UN peacekeepers exempted from war crimes prosecution for another year" (June 12, 2003), online: <<http://www.un.org/>>

United Nations Organisation, Department of Political Affairs, *Regional Organisations*, online: <www.un.org/wcm/content/site/undpa/main/issues/regional_organization>

United Nations Organisation, *United Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo*, online: <<http://www.un.org/> tml>

United Nations Organisation, *UNAMIR Background*, online: <<http://www.un.org/>>

United Nations Organisation, *UNAMISIL Background*, online: <<http://www.un.org/>>

United Nations Organisation, *UNEF Background*, online: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unef1backgr2.htm>>

Other Materials: International Materials

International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflict*, 31C/11/5.1.2, ICRC, 31st Sess, (2011).

United Nations Organisation, Department of Peacekeeping Operations, *Capstone Doctrine: United Nations Peacekeeping Operations Principles and Guidelines*, DPKO (2008).

United Nations Organisation, Secretary General, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict and Post-Conflict Societies*, UNSG, 2004, supp No 33, UN Doc S/2004/616 (2004).

United Nations Organisation, Security Council, *An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy Peacemaking and Peace-keeping*, A/47/277 – S/24111, UNSC, (1992). online: www.unrol.org/files/A_47_277.pdf

United Nations Organisation, Security Council, 6943rd Mtg, UN Doc SC/10964 (2013).

United Nations Organisation, World Summit Outcome, UNGAOR, 60th Sess, UN Doc A/60/L.1 (2005).

L'INTERDICTION DE TORTURE ET DE TRAITEMENTS INHUMAINS ET DÉGRADANTS EN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE : LOIS ET COUTUME

Karine Millette

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	99
I. L'INTERDICTION DE LA TORTURE ET SA CONCEPTUALISATION EN DROIT INTERNATIONAL	99
II. LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE RELATIVES À L'INTERDICTION DE LA TORTURE	104
<i>i. Les conventions de Genève</i>	104
<i>ii. La coutume</i>	108
III. DIFFÉRENCIER LA TORTURE DES TRAITEMENTS INHUMAINS	112
IV. LE CAS DES « COMBATTANTS ILLÉGAUX » DE GUANTANAMO	116
CONCLUSION	118

« La torture n'est jamais un phénomène isolé, elle ne commence pas dans les salles de torture de ce monde. Elle commence bien avant, lorsque le respect de la dignité de tout être humain et le droit à la reconnaissance de cette dignité inhérente sont absents. »¹

Introduction

Le droit à la liberté, à la dignité humaine et au respect de sa personne est indélogeable. Depuis longtemps, le droit international pour les droits de l'Homme ainsi que le droit international humanitaire reconnaissent la nécessité d'élaborer des dispositions précises concernant le traitement des personnes privées, en temps de guerre comme en temps de paix. L'interdiction de la torture et des traitements cruels et inhumains se retrouve au cœur des instruments internationaux qui régissent les actes des individus. Qu'ils soient civils, soldats ou États, tous sont soumis, sous différents traités ou conventions, au respect de cette interdiction fondamentale. Bien que ces outils du droit international ou du droit international humanitaire ont comme but commun le respect de droits fondamentaux, ceux-ci s'appliquent dans des situations différentes.»

I. L'interdiction de la torture et sa conceptualisation en droit international

La Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) statut, à son article 5, que nul ne sera soumis à la torture:

¹ KÄLIN Walter, *La lutte contre la torture*, (30 septembre 1998), Revue internationale de la Croix-Rouge, 831, en ligne : http://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzg_gd.htm, citant Peter Kooijmans

Article 5. Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Elle est le premier texte à reconnaître universellement la prohibition de tels actes. Bien qu'on y accorde aucune force juridique, elle a, depuis son adoption le 10 décembre 1948, inspirée l'élaboration de plusieurs lois, traités et conventions, qui eux, ont force exécutoire. On retrouve, à l'article premier de la Déclaration sur la protection de toutes personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants² (« Déclaration contre la torture »), la première définition contraignante de la torture :

Article 1. Aux fins de la présente Déclaration, le terme "torture" désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont délibérément infligées à une personne par des agents de la fonction publique ou à leur instigation, aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'un tiers des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle a commis ou qu'elle est soupçonnée d'avoir commis, ou de l'intimider ou d'intimider d'autres personnes. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles, dans une mesure compatible avec l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus.

2. La torture constitue une forme aggravée et délibérée de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants.³

Due à sa nature juridique non exécutoire ainsi qu'à sa définition large et ambiguë, la Déclaration contre la torture de 1975 reste un instrument inefficace pour lutter contre la torture. En réponse à cette lacune, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁴ (« Convention contre la torture ») fut adoptée par les Nations-Unis le 10 décembre 1984. « Cette révision [de l'article premier] a élargie la définition de la torture en l'appliquant à une gamme plus large d'action.»⁵ [traduction libre]

Article 1. Aux fins de la présente convention, le terme « torture » désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne

² Déclaration sur la protection de toutes personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruel, inhumains ou dégradants, 9 décembre 1975

³ Ibid., article 1

⁴ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984

⁵ ROUILLARD Louis-Philippe F, *Misinterpreting the prohibition of torture Under international law : The office of Legal Counsel memorandum*, American University International Law review 21, no. 1 (2005) : 9-41, p. 19

s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles.

2. Cet article est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large.⁶

Alors que l'élément de douleur ou souffrances infligées intentionnellement est un prérequis sous les deux textes, la Convention contre la torture s'inspire de la formulation de la Déclaration contre la torture dans deux secteurs clés⁷. Premièrement, elle étend la gamme des actes illégaux où la Déclaration contre la torture les limitait en y instaurant la notion de discrimination. Puis, la Déclaration contre la torture requérait que ces conduites illégales soient perpétrées « par des agents de la fonction publique ou à leur instigation »⁸ pour que l'acte se qualifie de torture, tandis que dans la Convention contre la torture, ces actes illégaux peuvent être accomplis par « un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. »⁹ Cette révision de l'article premier de la Déclaration, tel que reformulée dans la Convention, élargie le gabarit d'actes qui peuvent être qualifiés de torture en plus de couvrir une plus grande catégorie de personne dont les actes pourront être qualifiés de torture.

L'interdiction de l'usage de la torture dans la Convention contre la torture de 1984, ainsi que dans tous les instruments de droit international traitant de la torture, a été reconnue, par le Tribunal pénal international de l'ex-Yougoslavie (TPIY), comme étant une norme de « *jus cogens* ». « La Chambre d'appel du TPIY, dans *Le Procureur c. Furundzija*¹⁰ a estimé que la définition de la torture contenue dans l'article premier de la [Convention contre la torture] représentait une norme de droit international coutumier.»¹¹

Afin de clarifier le concept de la torture, l'article 1 de la Convention contre la torture distingue quatre éléments qui caractérisent la signification de cet acte illicite en droit international des droits de l'homme.

- i. Douleurs ou souffrances aiguës – Le niveau de douleur et de souffrance requis pour pouvoir être qualifié de torture n'est pas clair. La jurisprudence du TPIY, dans *Le Procureur c. Delalic*¹² a « retenu la position de l'ancien Rapporteur spécial de l'ONU sur la torture, Sir Nigel Rodley, qui avait déclaré : *une définition juridique ne peut dépendre d'un catalogue de pratiques horribles car ce serait tout simplement mettre à l'épreuve l'ingéniosité des tortionnaires et non pas édicter une interdiction juridique valable.* »¹³ On doit donc en conclure que le degré de douleur ou de souffrance requis afin qu'un acte soit qualifié de torture sera évalué au cas par cas, en prenant compte de plusieurs critères et de circonstances spécifiques à chaque affaire. Ces critères

⁶ Convention contre la torture, *supra* note 4

⁷ Misinterpreting the prohibition of torture, *supra* note 5, p. 19

⁸ Déclaration contre la torture, *supra* note 2

⁹ Convention contre la torture, *supra* note 4, article 1

¹⁰ TPIY, *Le Procureur c. Furundzija*, affaire IT-95-17/1-T, Chambre de première instance, 10 décembre 1998

¹¹ *La torture en droit international : guide de jurisprudence*, Association pour la Prévention de la torture, (APT) et Center for Justice and International Law (CEJIL), (2008) en ligne : < www.apr.ch >, p.167

¹² TPIY, *Le procureur c. Delalic et consort (Affaire Celebici)*, affaire IT-96-21-T, Chambre de première instance, 16 novembre 1998

¹³ *La torture en droit international*, *supra* note 10, citant *Le Procureur c. Delalic et consort (affaire Celebici)* *supra* note 12, citant Sir Nigel Rodley, ancien Rapporteur spécial de l'ONU sur la torture

seront subjectifs, tels que les conséquences physiques ou psychologiques de la victime, ainsi que les facteurs personnels comme l'âge, le sexe et l'état physique du torturé.¹⁴

Il est important de noter que les souffrances mentales et psychologiques sont autant proscrites et illégales que la douleur physique. Les dommages corporels ne sont qu'une preuve du mauvais traitement, et cela n'implique pas que seul l'infliction de ceux-ci peut être punie.

- ii. Intention - « Le crime de torture peut être commis soit par un acte positif, soit par omission, à condition qu'il s'agisse d'un acte intentionnel ».¹⁵ Dans *Le Procureur c. Delalic*¹⁶, le TPIY a jugé que l'acte ne devait pas être désobligé ni accidentel. Ce doit être un acte délibéré fait avec l'intention d'imposer des douleurs ou de la souffrance, physique ou mental, à un individu. Dans l'affaire *Le Procureur c. Akayesu*¹⁷, la Cour reconnaît la difficulté de juger du critère intentionnel :

« S'agissant de la question de savoir comment déterminer l'intention spécifique de l'agent, la Chambre considère que l'intention est un facteur d'ordre psychologique qu'il est difficile, voire impossible, d'appréhender. Elle estime qu'il est pourtant possible de déduire l'intention génocidaire de l'ensemble des actes et propos de l'accusé, ou encore du contexte général de perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, que ces autres actes soient commis par le même agent ou même par d'autres agents. D'autres facteurs, tels que l'échelle des atrocités commises, leur caractère général, dans une région ou un pays, ou encore le fait de délibérément et systématiquement choisir les victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, tout en excluant les membres des autres groupes, peuvent également permettre à la Chambre de déduire une intention génocidaire. »¹⁸

- iii. Le but recherché – L'article premier de la Convention contre la torture mentionne que pour constituer de la torture, le commettant doit le faire dans un but précis, soit;

[...] celui notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou qu'une autre personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination [...] ¹⁹

Le TPIY, dans *Le Procureur c. Akayesu*²⁰ ne considère pas cette liste comme exhaustive. De plus, dans plusieurs autres affaires, le TPIY semble conclure que le mot *notamment* inclus dans la définition de la Convention contre la torture est la

¹⁴ TPIY, *Le procureur c. Kvočka*, affaire IT-98-30/1-T, Chambre de première instance, 2 novembre 2001 § 163

¹⁵ La torture en droit international, supra note 11, p. 169

¹⁶ *Le Procureur c. Delalic et consort (affaire Celebici)*, supra note 12

¹⁷ ICTR, *Le Procureur c. Akayesu*, affaire N.ICTR-96-4-T, Chambre de première instance, 2 septembre 1998

¹⁸ *Op cit.* § 44

¹⁹ Convention contre la torture, supra note 4, article 1

²⁰ *Le procureur c. Akayesu*, supra note 17

preuve que l'article n'est pas limitatif. Donc, afin de pouvoir être qualifié comme un acte de torture, le commettant doit vouloir relever ou soutirer de l'information à la victime.

- iv. Acte commis à titre d'officiel – En ce qui concerne ce critère, la jurisprudence émise par le TPIY amenait, jusqu'à récemment, des conclusions plutôt contradictoires. Dans un premier jugement,²¹ le TPIY a estimé que le critère relatif aux actes commis à titre d'officiel s'appliquait dans la définition coutumière du droit international, mais que dans le contexte du droit international humanitaire, celui-ci devait être interprété plus largement pour y inclure les agents des parties au conflit autre que les États.

La Chambre d'appel du TPIY a soutenu la conclusion précédente dans *Le Procureur c. Furundzija*²² en mentionnant, premièrement « qu'il y avait maintenant un consensus général sur les éléments contenus dans la définition de l'article 1 de la Convention contre la torture, [et deuxièmement] que malgré que la Convention statue expressément que la définition s'applique seulement dans le but de cette Convention, elle doit être considérée comme autoritaire puisqu'elle explique clairement tous les éléments nécessaires implicites du droit international sur la matière. »²³ [Traduction libre]

Nonobstant les verdicts institués par la jurisprudence antérieure, la Chambre de première instance du TPIY, dans *Le Procureur c. Kunarac*²⁴ a estimé que la définition de la torture en droit international humanitaire ne comportait pas les mêmes éléments que celle généralement appliquée dans le domaine du droit de l'homme. La présence d'un agent de l'État n'est pas requise afin de constituer de la torture lors des conflits armés. La Chambre d'appel, dans ce même litige, a renforcé la conclusion de son inférieure en déclarant que la Convention contre la torture liait seulement les États et qu'elle visait à régler leurs activités. Ce n'est que dans cette mesure qu'elle traite du critère des actes des individus agissant à titre d'officiel.²⁵

Le TPIY, en Chambre d'appel a ainsi « spécifiquement précisé qu'une affirmation [...] qui revient à dire que la définition figurant dans la Convention relative à la torture reflète l'état du droit international coutumier en ce qui concerne les obligations des États, ne signifie pas que cette définition reflète totalement l'état du droit international coutumier en ce qui concerne la signification du terme torture en général. »²⁶

Donc, bien que la Convention contre la torture ait été le premier instrument contraignant à donner une définition au mot *torture* et qu'elle sert encore aujourd'hui de référence à ce sujet, son dernier élément, celui de l'acte à titre d'officiel, ne semble pas refléter les convictions universelles, ou du moins, celle du TPIY en droit international humanitaire. Le droit international relatif aux droits de l'homme régie les rapports entre l'État et les individus. À

²¹ *Le Procureur c. Delalic et consort (affaire Celebici)*, supra note 12

²² *Le Procureur c. Furundzija*, supra note 10

²³ LORD Rachel, *The liability of Non-state actors for torture in violation of international humanitarian law : an assessment of the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, 4 Melb. J. Int'l L. 112 2003, p. 118

²⁴ TPIY, *Le Procureur c. Kunarac et consort*, affaire IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Chambre de première instance, 22 février 2001

²⁵ TPIY, *Le Procureur c. Kunarac et consort*, affaire IT-96-23-T & IT -96-23/1-A, Chambre d'appel, 12 juin 2002

²⁶ *Op cit.* § 147

cette fin, la définition de la Convention contre la torture semble appropriée. Par contre, le droit international humanitaire vise à contrôler le droit de la guerre et à réduire les impacts de celle-ci sur les individus. De ce point de vue, le quatrième élément de la Convention contre la torture semble réduire la portée des actes illégaux qui pourraient être considérés de la torture. « Par conséquent, si au regard du droit international relatif au droit de l'homme, il faut démontrer l'existence d'un lien entre un acte donné et l'État, cela n'est pas le cas pour un individu tenu responsable d'une infraction du droit humanitaire. »²⁷ Comme soutient au TPIY, le Statut de Rome atteste cette différence du droit international relatif aux droits de l'homme en stipulant qu'il n'est pas requis qu'un individu agisse à titre officiel pour qu'il puisse être tenu pénalement responsable du crime de torture.²⁸

On peut donc conclure que la définition coutumière de la torture en droit international humanitaire semble être celle adoptée par le TPIY, en Chambre de première instance et renforcée par la Chambre d'appel, dans le jugement *Kunarac*,²⁹ où celui-ci met de côté le critère relatif à l'acte commis en tant qu'officiel.

II. Les sources du droit international humanitaire relatives à l'interdiction de la torture

Le droit conventionnel et le droit coutumier sont les deux principales sources d'élaboration du droit international humanitaire. Bien avant les Conventions de Genève de 1949³⁰, la guerre était régie par des règles non écrites auxquelles les États se conformaient. Ces règles constituaient la coutume. Encore de nos jours, celle-ci reste un élément primordial dans la codification des lois de la guerre, notamment dans le respect de l'interdiction de la torture.

Alors qu'il existe un nombre important de traités et de conventions relatifs au droit international humanitaire, les quatre Conventions de Genève sont parmi les plus estimés et les plus respectés au niveau universel.

i. Les conventions de Genève

« Les Conventions de Genève restent la pierre angulaire de la protection et du respect de la dignité humaine dans les situations de conflits armés internationaux. Elles ont contribué à limiter ou prévenir les souffrances humaines pendant les guerres du passé, et conservent leur pertinence dans les conflits armés contemporains. »³¹

L'importance des Conventions de Genève a été reflétée dans l'*affaire Delalic*³², où le TPIY, en Chambre d'appel, a reconnu son caractère universel et coutumier. « La Chambre d'appel oppose le caractère automatique de la succession aux traités humanitaires universels : [on] peut désormais considérer en droit international qu'il y a une succession automatique des États aux traités humanitaires multilatéraux au sens large, c'est-à-dire aux traités à caractère universel qui proclament des droits de l'homme fondamentaux [...]. Traités auxquels elle

²⁷ La torture en droit international, *supra* note 11, p. 172

²⁸ Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, 17 juillet 1998, article 38

²⁹ *Le procureur c. Kunarac et consort*, *supra* notes 24, 25

³⁰ Conventions de Genève, 12 août 1949

³¹ DORMANN Knüt, *Les conventions de Genève aujourd'hui* (9 juillet 2009), Comité international de la Croix-Rouge, en ligne : <<http://www.cicr.org/fre/resources/documents/statement/geneva-conventions-statement-090709.htm>>, p.1

³² TPIY, *Le Procureur c. Delalic et consort (affaire Celibici)*, affaire IT-96-21, Chambre d'appel, 20 février 2001

associe les Conventions de Genève compte tenu de leur universalité. »³³ Ces dernières sont aussi pertinentes en ce qui trait à l'interdiction de l'usage de la torture dans ces conflits. Chacune des quatre Conventions de Genève (« Conventions »), ainsi que les deux Protocoles additionnels de 1977, considèrent et reprochent cet acte illégal.

Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949.

L'article 12 de ladite Convention est la première des quatre à strictement interdire l'usage de la torture sur les blessés et les malades.

Article 12. Les membres des forces armées et les autres personnes mentionnées à l'article suivant, qui seront blessés ou malades, devront être respectés et protégés en toutes circonstances.

[Il] est strictement interdite [...] de les soumettre à la torture [...].³⁴

L'article 50 de cette même Convention vient renforcer le caractère grave et illicite de cet acte en le qualifiant d'infraction grave.

Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949

La deuxième Convention reprend mot pour mot le texte du même article de la Convention précédente, mais l'applique aux individus que comporte son titre, en plus de la qualifier d'infraction grave à son article 51.

Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949

À son article 17, on retrouve l'interdiction de toute forme de torture clairement établie. Celle-ci est qualifiée, à l'article 130, d'infraction grave.

Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949

L'interdiction formelle de la torture se retrouve aussi dans la quatrième et dernière Convention de Genève. L'article 32 impose aux Hautes Parties contractantes de ne pas causer de souffrances physiques, ce qui inclut la torture. À son article 147, ont rappel que la torture se classe au rang d'infraction grave.

Infractions graves communes aux quatre Conventions

On remarque que les quatre Conventions de Genève font état, aux articles 50, 51, 130 et 147, respectivement, que la torture est considéré comme étant un infraction grave.

³³ Céline Renaut, *Actualité de droit international : revue d'analyse juridique de droit international*, (2001) Tribunal Pénal pour l'ex-Yougoslavie, citant *Le Procureur c. Delalic et consort (affaire Celebici)*, Chambre d'appel, *supra* note 32, § 111 et 112

³⁴ Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, article 12

Article 51. - Les infractions graves visées à l'article précédent sont celles qui comportent l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention : l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire.³⁵

Ces articles viennent renforcer le caractère fondamental de l'interdiction de la torture. Les articles qui suivent les articles susmentionnés, soit ; article 51, 52, 131 et 148 respectivement, édictent qu' « aucune Partie contractante ne pourra s'exonérer elle-même, ni exonérer une autre Partie contractante, des responsabilités encourues par elle-même ou par une autre Partie contractante en raison des infractions prévues à l'article précédent. »³⁶ Les États sont donc tenus de respecter ces règles élémentaires et de sanctionner toutes personnes ayant commis ces actes illégaux, sans quoi ils seront accusés de crime de guerre, selon le droit international humanitaire.³⁷

Les Protocoles additionnels

Au cours des deux décennies qui ont suivi l'adoption des Conventions de Genève, « le monde a connu une recrudescence des conflits armés internes et des guerres de libération nationale. En réponse à cette situation, deux Protocoles additionnels aux quatre Conventions de Genève de 1949 ont été adoptés en 1977. Ces instruments renforcent la protection octroyée aux victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et non internationaux (Protocole II). »³⁸ Ces Protocoles visent aussi, tout comme les Conventions auxquelles ils se rattachent, l'interdiction de l'usage de la torture en temps de guerre. L'article 75 (i) du premier Protocole entend la prohibition de l'usage de la torture comme une garantie fondamentale du droit des conflits armés de nature internationaux.

Aux termes de son article 1 al. 1, le champ d'application du Protocole additionnel II s'étend à tous les conflits armés qui ne sont pas couverts par l'article premier du Protocole additionnel I. Il régit donc la protection des victimes des conflits armés non internationaux. « Le Protocole II a été le tout premier traité international exclusivement consacré aux situations de conflits armés non internationaux. »³⁹

À son article 4, il énonce les garanties fondamentales dont il est impossible de déroger. La torture s'y retrouve à l'alinéa a).

³⁵ Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, article 51

³⁶ *Ibid.*, article 52

³⁷ *Op cit.*, article 50

³⁸ *Les Conventions de Genève de 1949 et leur Protocoles additionnels*, (29 octobre 2010), Comité international de la Croix-Rouge, en ligne : <<http://www.cicr.org/fre/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>>, p. 3

³⁹ *Ibid.*

Application des Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels - Les conflits internationaux

Alors que les Conventions de Genève ont un caractère universel et qu'elles s'appliquent nonobstant la ratification d'un État ou non, il n'en est pas de même pour leurs Protocoles additionnels. Comme tous les traités internationaux relatifs aux conflits armés, les Protocoles additionnels I et II se voient imposer une limite dans leur champ d'application. En effet, ceux-ci se trouvent réduits à la volonté des États de ratifier ou non leur contenu.

« Si les quatre Conventions de Genève de 1949 sont désormais universellement ratifiées, il n'en est pas de même pour d'autres traités de droit international humanitaire, comme les Protocoles additionnels. »⁴⁰ N'étant pas contraint de respecter le contenu des Protocoles, les parties non signataire ne se voient donc pas dans l'obligation de se soumettre aux devoirs et contraintes qu'ils énoncent. Cela reste un des grands points faibles associés au droit conventionnel.

Il importe de préciser que les Conventions de Genève et leurs Protocoles visent principalement à régler les conflits armés de type internationaux. « Le fait que ce type de conflit soit peut-être devenu moins fréquent, ou de moindre ampleur que par le passé, ne porte nullement atteinte à la pertinence ou à la validité de ces Conventions à notre époque. Elles ont conservé toute leur valeur et continuent de garantir des formes importantes de protection. »⁴¹ Lors de ces conflits, les Conventions sont primordiales afin d'assurer le respect des droits de guerre et la protection des victimes.

Article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 – Les conflits non internationaux

Les conflits armés non internationaux peuvent prendre différentes formes; de la guerre civile traditionnelle aux conflits politiques internes d'un État. « L'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 s'applique spécifiquement en cas de conflit *ne représentant pas un caractère international*. Cela recouvre les conflits armés entre gouvernements et groupes armés organisés, ou des conflits entre les groupes eux-mêmes. »⁴² Le droit international humanitaire conventionnel n'est pas assez détaillé pour régir de façon efficace ce type de conflit et les dispositions qui s'y appliquent sont beaucoup moins nombreuses que pour les conflits internationaux. L'article 3, commun aux quatre Convention de Genève, établit un ensemble de règles fondamentales qui doit être respecté en toutes circonstances dans la situation de conflit armé non internationaux.

Article 3. En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenu d'appliquer au moins les dispositions suivantes : □1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause,

⁴⁰ Paul Tavernier et Jean-Marie Henckaerts, dir., *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruxelles, Bruyant, 2008, p.28

⁴¹ Les Convention de Genève aujourd'hui, *supra* note 31, p.2

⁴² *Mieux faire respecter le droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux*, (25 avril 2008), Comité international de la Croix-Rouge, en ligne : <http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0923.pdf>, p. 7

seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue. □□ A cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus : □

a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, **tortures** et supplices ;

Cet article, toutefois, n'énonce que des normes de protection minimales à tous ceux qui ne prennent pas activement part aux hostilités. Le Protocole additionnel II aux quatre Conventions a été spécifiquement édicté pour s'appliquer à certaines situations de conflit armé non international; « il a renforcé la protection au-delà des normes minimales contenues dans l'article 3 commun. »⁴³ Ensemble l'article 4 du Protocole additionnel II et l'article 3 des Conventions protègent et tentent d'assurer un traitement humain et non discriminatoire⁴⁴ à ceux qui ne participent pas au conflit. Cela inclus explicitement l'interdiction de l'usage de la torture.

La Cour International de justice, dans *l'affaire Nicaragua* rendu en 1986, a estimée que [...] les règles énoncées à l'article 3 commun aux quatre conventions qui visent des conflits armés ne présentant pas un caractère international doivent s'appliquer. Les Etats-Unis ont l'obligation de « respecter » et même de « faire respecter » ces conventions et donc de ne pas encourager des personnel ou des groupes prenant part au conflit à agir en violation des dispositions de cet article. Cette obligation découle des principes généraux de base du droit humanitaire dont les conventions en question ne sont que l'expression concrète.⁴⁵

Les dispositions de l'article 3, commun aux Conventions de Genève, codifient le droit international coutumier et représentent les règles minimales auxquelles les parties, à tout conflit armé non international, n'ont pas le droit de déroger. Cet article élève maintenant à la norme de « *jus cogens* », qui fait référence aux règles impératives du droit. « Bien que seuls les États puissent formellement ratifier divers traités internationaux ou y devenir parties, les groupes armés parties à un conflit armé non international ont eux aussi l'obligation de se conformer à l'article 3 commun, et le cas échéant, au Protocole additionnel II. La vaste pratique des cours et tribunaux internationaux confirme cette obligation. »⁴⁶

ii. La coutume

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

⁴³ *Op cit.*, p. 9

⁴⁴ Conventions de Genève, *supra* note 30, article 3

⁴⁵ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celle-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), résumé des arrêts et des ordonnances, 1986 § 215 - 220

⁴⁶ Mieux faire respecter le droit humanitaire dans les conflits armés non internationaux, *supra* note 42, p. 10

*respectaient car on présentait que ces règles étaient indispensables pour empêcher une dérive vers une violence illimitée.*⁴⁷

Les traités et les conventions d'aujourd'hui et du passé sont en fait la codification des lois et coutumes de la guerre. Cela n'implique pas que la coutume perd son importance en droit international humanitaire. En effet, comme mentionné plus haut, les États n'ont pas l'obligation de ratifier tous les traités, ce qui a comme conséquence l'inapplicabilité de certaines règles régissant les conflits armés. « Si l'universalité des Conventions de Genève de 1949 est aujourd'hui réalisée, ce n'est le cas ni des Protocoles additionnels à ces Conventions ni des autres traités adoptés ces dernières années. »⁴⁸ Le droit international coutumier comble les vides juridiques quant à la protection offerte par le droit conventionnel aux victimes des conflits armés. Ces lacunes sont majoritairement dues au manque de règles détaillées du droit conventionnel ou à l'insuffisance de ratification des traités par les États. Dans ces situations, le droit coutumier offre un avantage, soit « qu'il n'est pas nécessaire, pour un État, d'accepter formellement une règle pour être lié par elle, dans la mesure où la pratique généralisée des États sur laquelle la règle se fonde est étendue, représentative et virtuellement uniforme, et acceptée en tant que droit. »⁴⁹

Alors que les traités sont le résultat de la volonté des parties de mettre par écrit des règles sur différents sujets de droit international humanitaire, la coutume découle de convictions juridiques et de précédents qui se conforment avec la pratique. « Cette pratique doit être générale et pratiquement uniforme. »⁵⁰

La formation de règles coutumières

L'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice décrit le droit international coutumier comme la « preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit. »⁵¹ Cette même cour, dans *l'affaire du plateau continental de la mer du Nord*⁵², expose les éléments à prendre en considération afin qu'une règle de droit humanitaire puisse devenir coutume.

[...] deux conditions doivent être remplies. Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitudinis*. Les États intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent.⁵³

⁴⁷ BUGNION François, *Droit international humanitaire coutumier*, (24 novembre 2007), Comité international de la Croix-Rouge, en ligne : <<http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/droit-coutumier-article-bugnion.pdf>>, p. 1

⁴⁸ *Ibid.*, p.7

⁴⁹ Droit international humanitaire coutumier : questions et réponses, (18 mars 2005), en ligne : <http://www.droit-international-humanitaire.org/telechargements/pictures/droit_international_humanitaire_coutumier%20_%20questions_&_r%E9ponses.PDF>,

⁵⁰ Droit international humanitaire coutumier, supra note 47, p. 10

⁵¹ *Statut de la cour internationale de justice*, article 38

⁵² CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt du 20 février 1969, recueil 1969

⁵³ *Ibid.*, § 77

Cela implique d'une part la pratique des États comme premier élément à prendre en considération, et la conviction des États que cette pratique est requise en raison d'une règle de droit. « Cela ne signifie pas que cette pratique doive être absolument universelle [...]. Ainsi que l'a relevé la Cour internationale de justice, tout dépend de la façon dont le comportement contraire est évalué : *La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les États y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme manifestation de la reconnaissance d'une règle nouvelle.* »⁵⁴

I. La pratique des États

Les actes des États, de quelque nature qu'ils soient, contribuent à l'élaboration de règles de droit international coutumier. Les comportements militaires, le traitement accordé aux individus, la pratique des organes gouvernementales, la jurisprudence antérieure, les codes militaires, les protestations diplomatiques, les mémoires, les déclarations, etc..... Afin d'être considéré dans le processus d'élaboration des règles coutumières, la pratique des États doit être assez dense. Pour établir une règle de droit international coutumier, la Cour internationale de justice, dans *l'affaire Nicaragua*, stipule que cette pratique doit être pratiquement uniforme, fréquente et représentative.⁵⁵

Pratiquement uniforme

Ce critère tient compte des comportements de différents États face à une règle. Ceux-ci ne doivent pas adopter des conduites radicalement divergentes. « La jurisprudence de la Cour internationale de justice montre qu'une pratique contraire, paraissant de prime abord compromettre l'uniformité de la pratique concernée, n'empêche pas la formation d'une règle de droit international coutumier, pour autant que cette pratique contraire fasse l'objet d'une condamnation par d'autres États ou de dénégation de la part du gouvernement concerné. »⁵⁶

Fréquente et représentative

Comme il l'a été mentionné plus haut, la Cour internationale de justice, dans *l'affaire Nicaragua*⁵⁷, a signalé qu'une pratique ne doit pas avoir un statut universel pour être élevée au rang de coutume. Pour prouver l'existence d'une règle de droit coutumier, il n'est pas nécessaire que chaque État ait participé de façon active à la réalisation de la règle, il suffit seulement d'une pratique générale, étendue et uniforme de celle-ci. « Aucun nombre ni pourcentage précis d'État n'est requis; il est impossible de quantifier exactement le niveau de participation nécessaire [...]. »⁵⁸

⁵⁴ Droit international humanitaire coutumier, *supra* note 47, p. 12

⁵⁵ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celle-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, recueil 1986

⁵⁶ Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains, *supra* note 40, p.38

⁵⁷ *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*, *supra* note 55

⁵⁸ Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains, *supra* note 40, p.39

II. La conviction des États (*Opinio juris*)

Le critère de l'*opinio juris* consiste à faire la différence entre une simple règle générale et une règle de droit. Pour établir l'existence d'une règle de droit coutumier, les États doivent avoir la conviction juridique qu'une pratique est effectivement établie comme répondant à une règle de droit. Lorsque la pratique reflète une règle de droit qui est suffisamment respectée, elle sera alors considérée comme *opinio juris*. En droit international humanitaire, il est parfois plus difficile d'évaluer l'*opinio juris* d'une règle. En effet, bon nombre de règles du droit de la guerre exigent que l'on s'abstienne de certains comportements. « [...] les omissions posent un problème particulier pour évaluer l'*opinio juris*, car il est nécessaire de prouver que l'abstention n'est pas fortuite, mais bien fondée sur une attente légitime. »⁵⁹ Donc, afin de faire état de droit international coutumier, les règles doivent être une règle de droit suffisamment respectée par l'opinion publique de l'État.

III. Relation entre la coutume et le droit conventionnel

Le droit conventionnel peut aussi avoir un impact sur le droit coutumier. En effet, une participation très large et le nombre de ratification d'un traité ou d'une convention par les États peuvent servir comme base d'évaluation du droit international coutumier. La Cour, dans *l'affaire du Plateau continental de la mer du Nord*⁶⁰ stipule qu'une règle conventionnelle peut codifier une règle coutumière préexistante et que dans ce cas, la règle conventionnelle est simplement déclaratoire de la règle coutumière qui existait antérieurement.⁶¹

Plus tard, la Cour de justice internationale, dans *l'affaire Nicaragua*⁶² énonce ce qui suit ;

[...] quand bien même une norme conventionnelle et une norme coutumière intéressant le présent litige auraient exactement le même contenu, la Cour ne verrait pas pourquoi le droit international coutumier ne conserverait pas une existence et une applicabilité autonomes par rapport au droit international conventionnel. En conséquence, rien n'obligera la Cour à n'appliquer que des règles coutumières différentes des règles conventionnelles que la réserve américaine l'empêche d'appliquer.⁶³

Donc, qu'une règle de nature conventionnelle soit élevée au rang de coutume ou bien, qu'au contraire, une règle de coutume soit codifiée, les deux ont une existence concourante et ce n'est pas parce qu'un droit coutumier antérieur est maintenant parti à un traité qu'il cesse de s'appliquer aux États qui ont décidé de ne pas le ratifier.

L'interdiction de l'usage de la torture dans la coutume

L'article 3, commun aux quatre Conventions de Genève de 1949, ainsi que l'article 75 du Protocole additionnel II, sont considérés relevant du droit international coutumier.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 41

⁶⁰ *Plateau continental de la mer du Nord*, supra note 52,

⁶¹ Droit international humanitaire coutumier, supra note 47, p. 14

⁶² *Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*, supra note 55

⁶³ *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), résumé, supra note 45, § 172-182

L'interdiction de la torture fait partie des garanties fondamentales protégées par le droit international humanitaire. Cette prohibition a été reconnue comme règle coutumière à plusieurs reprises dans les jugements du TPIY et de la Cour internationale de justice.

Rappelons-le, le TPIY, dans plusieurs affaires⁶⁴ a reconnu la définition de la torture contenue dans la Convention contre la torture de 1984, qui prohibait un tel acte, comme faisant état du droit international coutumier.

Ensuite, les Conventions de Genève de 1949, qui sont des instruments de prédilection en droit international coutumier, ont pris une allure de coutume quand elles ont acquis leur statut international suite à leur ratification universelle. La torture y est expressément interdite dans chacune d'elles, sous des articles spécifiques.

De plus, leur article 3 codifie l'essentiel des garanties fondamentales qui ont comme source, la coutume. Le TPIY, dans *Le Procureur c. Furundzija*, « a considéré que l'interdiction de la torture constituait non seulement une règle obligatoire, mais aussi une règle impérative relevant de la catégorie de *Jus cogens*. Le tribunal précise, à propos de l'interdiction de la torture, qu'en raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier ordinaire. La conséquence la plus manifeste en est que les États ne peuvent déroger à ce principe [...]»⁶⁵

Finalement, il existe un nombre appréciable de traités et de Conventions qui traitent spécifiquement de l'interdiction de la torture lors des conflits armés. Le fait que ces traités soient respectés comme étant règles de droit par une quantité estimable d'États donne un bon indice de son statut coutumier.

III. Différencier la torture des traitements inhumains

Il ne fait maintenant plus aucun doute que la torture est un acte prohibé par le droit conventionnel et coutumier du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme. Comme nous l'avons définie dans la première partie de cet écrit, l'article 1 de la Convention contre la torture de 1984 détermine les éléments qui constituent la torture en ce qui trait du droit relatif aux droits de l'homme. Ce n'est que plus tard, avec l'*arrêt Kunarac*⁶⁶ que le TPIY viendra soustraire l'élément concernant les actes commis à titre d'officiel afin de rendre la définition applicable au droit humanitaire. Cette dernière définition deviendra alors considérée comme coutumière. La torture n'est toutefois pas le seul acte interdit par cette même Convention. Son titre mentionne expressément la prohibition de mauvais traitement.⁶⁷ Cependant, aucune définition de ce que consiste « *autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* » n'est précisée dans la Convention.

⁶⁴ *Le Procureur c. Delalic et consort*, supra note 12, *Le procureur c. Furundzija*, supra note 10 et *Le Procureur c. Kunarac et consort*, supra note 24

⁶⁵ *Le procureur c. Furundzija*, supra note 10 § 151

⁶⁶ *Le Procureur c. Kunarac et consort*, supra note 24

⁶⁷ Convention contre la torture, supra note 4

Malgré cette lacune, l'offense de traitement inhumain est, tout comme la torture, prohibée autant dans les sources conventionnelles que dans la coutume. En effet, sous la rubrique des « crimes graves »⁶⁸, les quatre Conventions de Genève font état des traitements inhumains. Malheureusement, les Conventions de 1949 ne proposent pas plus une définition de ces traitements que la Convention contre la torture.

L'article 3 commun aux Conventions de Genève, prohibe aussi ce genre de traitements.

Article 3. - En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international [...] traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue

A cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus :□

a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices

;

[...]

c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants.⁶⁹

Bien que le terme « traitements inhumains » ne soit pas spécifiquement formulé dans cet article, « la jurisprudence internationale [dans l'affaire Delalic], montre qu'aucune distinction ne peut être faite entre les traitements cruels tels qu'interdits par l'article 3 commun, et les traitements inhumains mentionnés dans les dispositions relatives aux infractions graves. [...] Les éléments de crime du Statut de Rome de la Cour pénale internationale confirment cette approche. »⁷⁰ En fait, cette affaire fut la première, en droit international humanitaire, à tenter de définir les traitements inhumains.

[...] la Chambre a défini un traitement inhumain comme "un acte ou une omission intentionnel, c'est-à-dire un acte qui, jugé objectivement, apparaît délibéré et non accidentel, et qui cause de graves souffrances mentales ou physiques ou constitue une atteinte grave à la dignité humaine".⁷¹

La ressemblance entre cette définition et la définition de la torture est frappante, à quelques différences près. Toutes deux demandent qu'il y ait un acte ou une omission intentionnelle causant de graves souffrances, qu'elles soient mentales ou physiques. Distinction; la torture requiert un but précis et les souffrances doivent être plus que graves, elles doivent être aigües.

Mais, à quel moment une douleur infligée devient-elle plus que grave ? À quel point devient-elle aigüe? La ligne entre les deux est mince en plus de n'être pas très claire.

⁶⁸ Conventions de Genève, *supra* note 30, article 50, 51, 130 et 137 respectivement des quatre Conventions.

⁶⁹ Convention contre la torture, *supra* note 4, article 3

⁷⁰ DROEGE Cordula, « *Le véritable leitmotiv* » : *l'interdiction de la torture et d'autres formes de mauvais traitements dans le droit international humanitaire*, (30 septembre 2007), Revue internationale de la Croix-Rouge, 867, en ligne : <<http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/irrc-867-droege.pdf>>

⁷¹ *Le Procureur c. Delalic et consort (affaire Celebici)*, *supra* note 12

Nous verrons que les tribunaux du droit international humanitaire, ainsi que les tribunaux relatif aux droits de l'homme se sont fréquemment penchés sur la question afin de mieux distinguer les actes de torture des traitements inhumains.

Pour commencer, les définitions de la torture et des traitements inhumains ou dégradants sont des concepts destinés à couvrir de larges gammes de situations qui évoluent avec le temps.⁷² Le fait que ces définitions peuvent changer avec les périodes rend encore plus difficile la tâche de tracer une ligne distincte entre les traitements inhumains et les actes de torture. Néanmoins, le TPIY, dans *Le Procureur c. Delalic*, a fait état que « tout acte de torture constituait un traitement inhumain, mais que le traitement inhumain était une infraction plus large qui comprenait également un traitement qui provoque délibérément des souffrances mentales et physique, grave, mais insuffisantes pour justifier la qualification de torture. Ainsi, la distinction entre torture et traitement inhumain se fonde sur la gravité des souffrances infligées ainsi que sur le but recherché par ces actes. »⁷³ La cour, dans la même affaire, a de plus mentionnée que le concept de traitement inhumain s'étendait également aux actes qui violent le principe fondamental de la dignité humaine.⁷⁴

La distinction majeure qui distingue les deux actes prohibés se trouve donc principalement dans le degré de douleur infligée. Dans un arrêt de choix portant sur les mauvais traitements, *l'affaire Delalic*⁷⁵, le TPIY a constaté la difficulté de fixer précisément le degré de souffrances nécessaire pour que des mauvais traitements deviennent de la torture.

« L'affaire *Irlande c. Royaume Uni* est une bonne illustration de la difficulté de fixer un seuil au-delà duquel les mauvais traitements constituent de la torture. Alors que la Commission européenne a jugé que l'usage combiné de certaines techniques d'interrogatoire comme la station debout contre un mur, l'encapuchonnement, l'exposition au bruit, la privation de sommeil, de nourriture et de boisson constituait une violation de l'article 3 de la CEDH et était assimilable à des tortures, la Cour européenne a jugé que ces agissements ne pouvaient être qualifiés de torture puisqu'ils "n'ont pas causé des souffrances de l'intensité et de la cruauté particulières qu'implique le mot torture ainsi entendu". [...] La Cour européenne a jugé qu'il n'y avait torture que pour autant que les mauvais traitements aient occasionnés de "fort graves et cruelles souffrances". [...] elle a reconnue que l'utilisation des cinq techniques d'interrogatoire en question a causé de "vives souffrances physiques et morales", mais elle a néanmoins jugé, sans plus d'explication, que l'intensité des souffrances infligées n'était pas telle qu'elle justifie la qualification de torture. »⁷⁶

Une approche au "cas par cas"

⁷²CEDH, *Selmouni c. France*, affaire 25803/94, Grande Chambre, 27 juillet 1999, § 101 «[...] la Cour estime que certains actes autrefois qualifiés de « traitements inhumains et dégradants », et non de « torture », pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir.»

⁷³ La torture en droit international, *supra* note 11 citant *Le Procureur c. Delalic et consort*, *supra* note 12, § 442

⁷⁴ *Le Procureur c. Delalic et consort (affaire Celebici)*, *supra* note 12, § 542

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*, § 463, 464, citant CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, affaire 5310/71, Cour (plénière), 18 janvier 1978, § 167

L'idée que chaque personne supporte différemment la douleur est ce qui rend si ardue et complexe la nécessité de la définir. Le TPIY a développé cette approche dans l'*arrêt Kvočka*⁷⁷ en énonçant que

[...] lorsqu'elle est amenée à estimer la gravité de tel ou tel mauvais traitement, la Chambre de première instance doit tout d'abord juger de la gravité objective du mal infligé. Des critères subjectifs, tels que les conséquences physiques ou psychologiques pour la victime du traitement auquel celle-ci a été soumise et, dans certains cas, des facteurs tels que l'âge, le sexe ou l'état de santé de la victime, sont également pris en compte afin d'estimer la gravité du mal infligé.⁷⁸

L'*arrêt Krnojelac*⁷⁹ viendra élaborer sur ces critères en précisant que toutes les circonstances relatives doivent être prises en considération,

[...]notamment la nature des souffrances et le contexte dans lequel elles ont été infligées, la préméditation et l'institutionnalisation des mauvais traitements, la condition physique de la victime, la manière et la méthode employée, ainsi que la position d'infériorité de la victime. En particulier, dans le cas d'un individu maltraité pendant une longue période ou soumis à des sévices répétés ou à différentes formes de mauvais traitements, il faut apprécier la gravité des actes pris dans leur ensemble, dans la mesure où l'on peut montrer qu'il y a une corrélation entre ces actes qui s'étalent dans le temps ou se répètent, qu'ils suivent le même scénario ou qu'ils visent à atteindre le même but défendu.⁸⁰

Finalement, dans un arrêt plus récent, l'*affaire Selmouni*,⁸¹ la Cour confirme que pour être qualifié d'aiguës, les douleurs infligées devront être évalués dans l'ensemble des circonstances.

« Autrement dit, en l'espèce, reste à savoir si les « douleurs ou souffrances » infligées à M. Selmouni peuvent être qualifiées d'« aiguës » au sens de l'article 1^{er} de la Convention des Nations unies. La Cour estime que ce caractère « aigu » est, à l'instar du « minimum de gravité » requis pour l'application de l'article 3, relatif par essence ; il dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc.»⁸²

De plus, comme il a été mentionné plus haut, les notions de torture et de traitements inhumains sont des concepts larges qui changent avec le temps.⁸³ Ce qui pouvait être de la torture avant ne l'est plus nécessairement maintenant et il va de soit pour les traitements inhumains.

⁷⁷ TPIY, *Le Procureur c. Kvočka*, affaire IT-98-30/1-T, Chambre de première instance, 2 novembre 2001

⁷⁸ *op cit.*, § 143

⁷⁹ TPIY, *Le Procureur c. Krnojelac*, affaire IT-97-25-T, Chambre de première instance II, 15 mars 2002

⁸⁰ *Ibid.*, § 182

⁸¹ *Selmouni c. France*, *supra* note 72

⁸² *Ibid.*, § 101

⁸³ Voir note 72

«La Cour estime en effet que le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques.»⁸⁴

On peut conclure de ces citations que le degré de douleur ou de souffrance sera évalué sur une base individuelle, même personnelle de la victime. Les tribunaux devront prendre en compte l'état préexistant de celle-ci ainsi que ses conditions sociales, culturels et même religieuses pour ensuite l'appliquer au contexte.⁸⁵

Enfin, les tribunaux accordent aux traitements inhumains une définition qui découle directement de celle de la torture telle que représentée dans la Convention contre la torture. Cette similitude a entraîné beaucoup de questionnements et d'interrogations sur le point du degré de douleur nécessaire pour qu'un mauvais traitement s'élève au rang de torture. Encore aujourd'hui, aucune définition plus claire n'a été amenée, mais les tribunaux ont offerts des directives afin de faciliter la distinction. L'évaluation du degré de douleur ou de souffrances sera évaluée au cas par cas, en prenant compte des critères objectifs et subjectifs de la victime, mais aussi du contexte dans lequel les actes ont été commis. Les mauvais traitements ne doivent pas être infligés dans un but précis, puisque dans ce cas, ils seront automatiquement qualifiés de torture.

IV. Le cas des « combattants illégaux » de Guantanamo

« Au lendemain du 11 septembre, le Président Bush a déclaré la guerre au terrorisme. Ce vocabulaire aurait dû engendrer un grand nombre de conséquences juridiques. S'il s'agit bien d'une guerre, alors les ennemis capturés sont des prisonniers de guerre et le droit international humanitaire doit leur être appliqué. Néanmoins, l'administration Bush a emprunté un autre chemin. Ainsi, un conseiller du Ministre de la Justice, John Yoo, a explicitement déclaré vouloir créer un nouveau régime juridique. Le statut de prisonnier de guerre a donc été refusé aux combattants, ainsi que l'application du droit humanitaire. Les États-Unis se sont donc alors considérés libérés de toutes contraintes. »⁸⁶

Sur ce fondement juridique, le gouvernement américain décida que la base militaire située à Guantanamo, deviendrait une prison pour les personnes capturées dans le cadre du conflit en Afghanistan. Ces détenus deviendront alors, au sens du nouveau droit américain, des « combattant illégaux ».

Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949

Le conflit opposant les États-Unis aux *Talibans* et aux membres d'*Al-Qaïda* a été reconnu comme un conflit armé international. De ce fait, le droit international humanitaire est applicable, plus spécifiquement, la troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre. Bien que l'administration Bush s'oppose à l'attribution du statut de

⁸⁴ *Selmouni c. France*, supra note 72, § 101

⁸⁵ DEWULF Steven, *The signature of evil : (re)defining torture in international law*, Cambridge, Intersentia, 2011, p. 147

⁸⁶ FARCHAKH FOURET Loubna, Guantanamo : le trou noir juridique (juin 2005), en ligne : <http://survie.org/bpem/dossiers-thematiques/justice-penale-internationale/contributions-287/article/guantanamo-le-trou-noir-juridique>, p.1

prisonnier de guerre aux détenus en proférant que ceux-ci n'ont aucun droit puisqu'ils sont des « combattants illégaux » et que par conséquent le droit international humanitaire ne leur est pas opposable, le contenu du droit humanitaire prétend autrement. Effectivement, l'article 4 de la troisième Convention est assez précis dans ce cas :

« Article 4(a) - Sont prisonniers de guerre, au sens de la présente Convention, les personnes qui, appartenant à l'une des catégories suivantes, sont tombées au pouvoir de l'ennemi :

1) les membres des forces armées d'une Partie au conflit, de même que les membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées. »⁸⁷

Les Talibans constituent *de facto* le gouvernement de l'Afghanistan, et sont donc sujet à l'article précédent. « En effet, entre le 7 octobre 2001 au 18 juin 2002, les talibans dirigeaient le pays, l'armée afghane, en partie démantelée, s'est trouvée sous le commandement des talibans. »⁸⁸ Il est donc légitime de croire que malgré les affirmations du gouvernement américain, qui ont créés un vide juridique, le droit international humanitaire concède le statut de prisonnier de guerre aux Talibans, ainsi qu'au membres d'Al-Qaïda, qui se sont battus au sein des forces militaires des Talibans, et que ceux-ci sont donc protégés de la torture en vertu de l'article 3 commun, mais aussi à l'article 17 de la troisième Convention. De plus, l'article 5 de cette Convention mentionne expressément qu'en cas de :

« [...]doute sur l'appartenance à l'une des catégories énumérées à l'article 4 des personnes qui ont commis un acte de belligérance et qui sont tombées aux mains de l'ennemi, lesdites personnes bénéficieront de la protection de la présente Convention en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent. »⁸⁹

Donc, la situation ne permet pas au gouvernement américain de créer un droit nouveau en qualifiant les détenus de « combattants illégaux » alors qu'ils sont des prisonniers de guerre sous le droit international humanitaire, droit expressément applicable au présent conflit.

Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949

Certaines règles du droit international humanitaire, tel que la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, s'appliquent aux détenus qui ne tombent pas sous les dispositions de la troisième Convention.

Dans un conflit armé international, les personnes détenues ou capturées par la partie adverse sont protégées au titre de l'article 4 de la Convention de Genève IV. Cet article dispose

⁸⁷ *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, article 4*

⁸⁸ JACQUOT Camille, sous la direction de Yves Sandoz, *Le statut des détenus de Guantanamo capturés en Afghanistan au regard du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme : quelle protection dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme » ?*, (2011), Genève, p. 21

⁸⁹ *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, supra note 87, article 5*

« Article 4 - Sont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes. □ □

Les ressortissants d'un Etat qui n'est pas lié par la Convention ne sont pas protégés par elle. Les ressortissants d'un Etat neutre se trouvant sur le territoire d'un Etat belligérant et les ressortissants d'un Etat co-belligérant ne seront pas considérés comme des personnes protégées aussi longtemps que l'Etat dont ils sont ressortissants aura une représentation diplomatique normale auprès de l'Etat au pouvoir duquel ils se trouvent.»⁹⁰

Ces personnes peuvent être des civils ou des personnes ayant pris part aux hostilités (tels les membres d'Al-Qaida) car il est précisé qu'il s'agit des personnes qui se retrouvent « de quelque manière que ce soit » au pouvoir d'une partie dont elles ne sont pas ressortissantes. Ainsi des personnes, même qualifiées de combattants illégaux, peuvent donc être protégées par cette Convention. L'article 32 de cette Convention interdit l'usage de la torture sur les détenus de Guantanamo qui ne sont pas des prisonniers de guerre.

Il est bien connu qu'à la prison de Guantanamo, les méthodes d'interrogatoires utilisées par l'intelligence américaine, telle que la CIA et le FBI, sont inhumaines. Les détenus sont soumis à des traitements cruels, inhumains et dégradants qui plus souvent qu'autrement aboutissent à de la torture, pure et simple. Bien que celle-ci soit expressément interdite en temps de guerre et qu'une Convention⁹¹ ait été précisément mise sur pied pour régler les traitements des prisonniers, elle est malheureusement encore trop souvent utilisée entre les murs de cette prison.

Donc, bien que l'administration Bush, en déclarant la guerre aux terroristes a voulu créer un nouveau droit qui écartait le droit principal applicable en temps de guerre, celle-ci a probablement sous-estimé le droit international humanitaire en tentant de qualifier les détenus de « combattants illégaux ».

Conclusion

L'interdiction de la torture dans les conflits armés est bien « visible ». Elle fait partie des droits fondamentaux exprimés à l'article 3 commun aux Conventions de Genève en plus d'avoir sa place dans des articles spécifiques de ces mêmes Conventions. En droit international humanitaire tout comme en droit international relatif aux droits de l'homme, la torture est considérée comme un des crimes les plus graves, soit un crime de guerre et un crime contre l'humanité, respectivement. Cela est une preuve que l'utilisation de la torture est un acte prohibé au plus haut degré, tout comme les mauvais traitements. Bien qu'elle soit garantie par le droit conventionnel et coutumier, les actes de torture sont encore trop présents dans les conflits d'aujourd'hui. Elle reste malheureusement une méthode de choix pour les interrogatoires puisque les êtres humains « répondent » bien à la douleur.

⁹⁰ *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, article 4

⁹¹ *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, *supra* note 87

Bibliographie

1. Instruments internationaux

Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948

Déclaration sur la protection de toutes personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 9 décembre 1975

Convention contre la torture et autres peines et traitements inhumains ou dégradants, 26 juin 1984

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949

Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949

Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977

2. Jurisprudence

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie

TPIY, *Le Procureur c. Delalic et consort (affaire Celebici)* affaire IT-96-21-T, Chambre de première instance, 16 novembre 1998

TPIY, *Le Procureur c. Delalic et consort (affaire Celebici)*, affaire IT-96-21, Chambre d'appel, 20 février 2001

TPIY, *Le Procureur c. Furundzija*, affaire IT-95-17/1-T, Chambre de première instance, 10 décembre 1998

TPIY, *Le Procureur c. Krnojelac*, affaire IT-97-25-T, Chambre de première instance II, 15 mars 2002

TPIY, *Le Procureur c. Kunarac et consort*, affaire IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Chambre de première instance, 22 février 2001

TPIY, *Le Procureur c. Kunarac et consort*, affaire IT-96-23-T & IT -96-23/1-A, Chambre d'appel, 12 juin 2002

TPIY, *Le procureur c. Kvočka*, affaire IT-98-30/1-T, Chambre de première instance, 2 novembre 2001

Cour internationale de justice

CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celle-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, recueil 1986

CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt du 20 février 1969, recueil 1969

Cour Européenne des droits de l'homme

CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, affaire 5310/71, Cour (plénière), 18 janvier 1978,

CEDH, *Selmouni c. France*, affaire 25803/94, Grande Chambre, 27 juillet 1999

Tribunal Pénal International pour le Rwanda

TPIR, *Le Procureur c. Akayesu*, affaire N.ICTR-96-4-T, Chambre de première instance, 2 septembre 1998

3. Doctrine

AKSAR Yusuf, *Implementing international humanitarian law : from the Ad Hoc Tribunals to a permanent international criminal court*, London and New York, Routledge, 2004

BÉLANGER Michel, *Droit international humanitaire général*, 2^{ème} édition, Paris, Gualino, 2007

DAVID Éric, *Principes de droit des conflits armés*, 4^{ème} édition, Bruxelles, Bruyant, 2008

DEWULF Steven, *The signature of evil : (re)defining torture in international law*, Cambridge, Intersentia, 2011

DOSWALD-BECK Louise, *Human rights in times of conflict and terrorism*, Oxford New-York, Oxford University Press, 2011

HENCKAERTS Jean-Marie, DOSWALD-BECK Louise, *Droit international coutumier*, traduit de l'anglais par Dominique Leveillé, Bruxelles, Bruyant, 2006

TAVERNIER Paul et HENCKAERTS Jean-Marie, dir., *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruxelles, Bruyant, 2006

4. Articles spécialisés

BUGNION François, *Droit international humanitaire coutumier*, (24 novembre 2007), Comité international de la Croix-Rouge, en ligne : <http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/droit-coutumier-article-bugnion.pdf>

DORMANN Knüt, *Les Conventions de Genève aujourd'hui* (9 juillet 2009), Comité international de la Croix-Rouge, en ligne : <http://www.cicr.org/fre/resources/documents/statement/geneva-conventions-statement-090709.htm>

DROEGE Cordula, « Le véritable leitmotiv » : l'interdiction de la torture et d'autres formes de mauvais traitements dans le droit international humanitaire, (30 septembre 2007), Revue internationale de la Croix-Rouge, 867, en ligne : <http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/irrc-867-droege.pdf>

FARCHAKH FOURET Loubna, Guantanamo : le trou noir juridique (juin 2005), en ligne : <http://survie.org/bpem/dossiers-thematiques/justice-penale-internationale/contributions-287/article/Guantanamo-le-trou-noir-juridique>

JACQUOT Camille, sous la direction de Yves Sandoz, *Le statut des détenus de Guantanamo capturés en Afghanistan au regard du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme : quelle protection dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme » ?*, (2011), Genève

KÄLIN Walter, *La lutte contre la torture*, (30 septembre 1998), Revue internationale de la Croix-Rouge, 831, en ligne : <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzgd.htm>

LORD Rachel, *The liability of Non-state actors for torture in violation of international humanitarian law : an assessment of the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, 4 Melb. J. Int'l L. 112 2003

RENAUT Céline, *Actualité de droit international : revue d'analyse juridique de droit international*, (2001) Tribunal Pénal pour l'ex-Yougoslavie

ROUILLARD Louis-Philippe F, *Misinterpreting the prohibition of torture Under international law : The office of Legal Counsel memorandum*, American University International Law review 21, no. 1 (2005) : 9-41,

Droit international humanitaire coutumier : questions et réponses, (18 mars 2005), en ligne : http://www.droit-international-humanitaire.org/telechargements/pictures/droitinternational_humanitaire_coutumier%20_%20questions_&_r%E9ponses.PDF

Mieux faire respecter le droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux, (25 avril 2008), Comité international de la Croix-Rouge, en ligne : http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0923.pdf

La torture en droit international : guide de jurisprudence, Association pour la Prévention de la torture (APT) et Center for Justice and International Law (CEJIL), (2008) en ligne : www.appt.ch

Les Conventions de Genève de 1949 et leur Protocoles additionnels, (29 octobre 2010), Comité international de la Croix-Rouge, en ligne :<<http://www.cicr.org/fre/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>>

**LA PROTECTION DES CIVILS LORS DE LA
CAMPAGNE ISRAËLIENNE AU LIBAN (2006)**

Karl Jérôme

Table des matières

INTRODUCTION	124
1. PROTECTION DES CIVILS EN DIH	124
1.1 Contexte historique.....	124
1.2 Conventions de Genève	125
1.3 Protection des civils contre les effets des hostilités.....	126
2. CONFLIT DE 2006 ENTRE ISRAËL ET LE HEZBOLLAH.....	129
2.1 Description des parties au conflit.....	129
2.2 Contexte et bilan du conflit.....	131
2.3 Qualification du conflit	133
2.4 Instruments juridiques applicables	134
2.5 Analyse d'événements du conflit	135
2.5.1 Capture de prisonniers.....	135
2.5.2 Attaques des forces aériennes d'Israël sur des réserves de pétrole	136
2.5.3 Attaques des infrastructures civiles.....	137
2.5.4 Utilisation de bombes à sous-munitions.....	138
2.5.5 Avertissement transmis aux libanais par Israël avant d'attaquer	140
2.7 Intervention du Conseil de sécurité : Résolution 1701 du 11 août 2006	141
2.8 Analyse des violations d'Israël : Conseil des droits de l'Homme (ONU) et l'établissement d'une Commission d'enquête de haut niveau.....	142
CONCLUSION.....	143
BIBLIOGRAPHIE	144

INTRODUCTION

La notion de guerre a beaucoup évolué au fil du temps, les méthodes de combat et les types d'affrontements ayant souvent aujourd'hui une toute nouvelle nature. En effet, les conflits armés contemporains ne se limitent plus aux conflits interétatiques puisqu'il y a des groupes de résistances un peu partout au monde qui s'organisent des forces armées indépendantes du contrôle de leur État. Les juristes internationalistes doivent donc faire face à ce défi, les règles du droit international humanitaire devant s'y adapter. Cependant, il y a plusieurs lacunes et vides juridiques qui mènent trop souvent à une impunité totale face aux violations des principes garantissant la protection des populations civiles contre l'effet des hostilités. Un exemple récent de cette confusion juridique est le conflit libanais de 2006, opposant aux forces militaires régulières israéliennes une organisation religieuse, politique et militaire nommée le Hezbollah, qui est activ principalement au sud du Liban.

Le thème central de ce travail est la protection des civils lors de la campagne israélienne au Liban qui s'est déroulée du 12 juillet au 11 août 2006. Je démontrerai que l'État d'Israël a commis de nombreuses violations du droit international humanitaire (DIH) en causant trop de pertes civiles qui auraient pu être évitées si les principes juridiques avaient été appliqués lors du conflit. Ces affrontements méritent une analyse approfondie puisque plusieurs questions sont encore sans réponse et les violations du DIH n'ont toujours pas été sanctionnées.

Ce texte traitera d'abord du contexte historique ainsi que de la description du régime juridique applicable à la protection des civils en temps de conflit armé. Ensuite, j'analyserai les hostilités entre le Hezbollah et Israël à la lumière des principes du droit international humanitaire. Plus particulièrement, j'élaborerai sur la description du Hezbollah et sur le contexte historique dans lequel s'inscrivent ces hostilités de 2006 afin de qualifier le conflit et de déterminer les instruments juridiques applicables. Puis, je me pencherai sur quelques événements sélectionnés du conflit afin de conclure aux nombreuses violations du DIH, dont les attaques des forces aériennes israéliennes, la destruction d'infrastructures civiles et l'utilisation de bombes à sous-munitions. Finalement, une analyse de l'intervention du Conseil de sécurité pour mettre fin aux hostilités sera faite et je traiterai des conclusions du Conseil des droits de l'Homme de l'ONU et de sa Commission d'enquête sur le conflit.

1. PROTECTION DES CIVILS EN DIH

1.1 Contexte historique

Autrefois, la guerre était faite entre militaires des forces armées étatiques régulières qui se battaient entre eux. Pour cette raison et en raison des caractéristiques des moyens de guerre de l'époque, les affrontements armés avaient beaucoup moins d'impacts négatifs directs sur les populations civiles¹. Cependant, l'évolution technologique dans l'industrie de l'armement a permis aux armes d'augmenter leur puissance destructrice et ces dernières « se sont révélées de plus en plus indiscriminées, c'est-à-dire susceptibles de produire des effets,

¹Dominique Turpin, « Protection de la population civile contre les effets des hostilités » (1992) 23:4 Études internationales à la p 797

souvent fatals, aussi bien sur les populations civiles que sur les militaires »². En effet, les bilans des morts civils sont clairs à cet effet, car par exemple : dans la guerre de 1914-1918, 15 % des victimes furent des civils tandis que dans la guerre de 1939-1945, 65 % des morts furent des civils et la pourcentage de civils augmente jusqu'à 90 % dans les conflits contemporains³. De plus, les méthodes de guerres ont aussi changé et il est maintenant beaucoup plus difficile de distinguer les militaires des civils tant en ce qui concerne les hommes et les biens matériels à cibler comme objectifs⁴. Par conséquent, le DIH se devait d'évoluer pour refléter cette nouvelle réalité et en ce sens il importe de rappeler que le « rôle protecteur » du droit international humanitaire n'existe que depuis quelques décennies⁵.

Le rôle que s'est donné le droit international humanitaire de protéger les populations civiles suite aux deux guerres mondiales n'est pas une idée totalement nouvelle. En effet, la protection des civils est un concept qui remonte à longtemps puisque déjà en 1868 avec la Déclaration de Saint-Pétersbourg, les civils recevaient une protection indirecte puisqu'on retrouvait le principe de l'interdiction des violences inutiles ou disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi qui était défini comme étant seulement « l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi »⁶. De plus, une conférence sur la paix s'est tenue à La Haye en 1899 et quatre conventions portant sur les lois et coutumes de la guerre sur terre, sur les règlements des différents internationaux et sur la régulation des moyens de guerre en furent le produit⁷. Une seconde conférence sur la paix s'est déroulée dans cette même ville huit ans plus tard, soit en 1907 et a eu pour conséquence de réviser les premières conventions et de créer plusieurs nouvelles dispositions concernant notamment les droits et obligations des États et du personnel militaire en temps de conflit et les types d'armes qui peuvent être utilisées⁸. En effet, les articles 23 g et h, 28, 43 à 47 et 50 à 53 du Règlement de La Haye de 1907 évoquent indirectement la protection des civils et ces principes ont atteints aujourd'hui le statut de droit coutumier⁹.

1.2 Conventions de Genève

Les autres grandes conventions en la matière ont été faites à Genève en 1949 et ont mis en place un cadre législatif plus cohérent comprenant quatre conventions, la quatrième portant sur la protection des civils étant la plus pertinente pour l'analyse du conflit libanais¹⁰. L'article 13 de cette convention énonce que les règles visent « l'ensemble des populations des pays en conflit » sans aucune distinction défavorable dans le but d'« atténuer les souffrances engendrées par la guerre »¹¹. Les conventions de Genève élargissent la protection offerte par le droit international en incluant la protection des populations civiles, se

² *Ibid.*

³ Turpin, *supra* note 1, à la p 798

⁴ *Ibid.*, à la p. 797

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, à la p. 798 ; Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight. Saint Petersburg, 29 November / 11 December 1868.

⁷ Catherine Bloom, « The classification of Hezbollah in both international and non-international armed conflicts » (2008) 14 Ann. Surv. Int'l & Comp. L à la p 68

⁸ Bloom, *supra* note 7, aux pp 68, 69

⁹ *Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 18 octobre 1907, La Haye, Convention (IV); Turpin, *supra* note 1, à la p 798

¹⁰ Bloom, *supra* note 7, à la p 69

¹¹ *Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, Genève, Convention (IV)

démarquant ainsi des conventions de La Haye qui se limitaient à la sécurité du personnel militaire. Aujourd'hui, l'universalisme des conventions de Genève de 1949 est incontestable étant donné qu'à partir de 2006, tous les 194 États du monde avaient signé et ratifié ces conventions¹².

De plus, deux Protocoles additionnels (Protocole I et Protocole II) aux conventions de 1949 furent signés à Genève le 8 juin 1977 et ont permis d'améliorer la protection juridique accordée aux civils et de définir de manière plus concrète les règles humanitaires qui s'appliquent en temps de Guerre¹³. Les protocoles additionnels de 1977 combinent les principes juridiques fondamentaux contenus dans les conventions de La Haye et dans celles de Genève de 1949 et créent aussi de nouvelles protections¹⁴. Le Protocole I traite des conflits armés internationaux alors que le Protocole II porte sur les conflits armés non internationaux. De plus, le Protocole I ajoute l'obligation de faire l'importante distinction entre les civils et les combattants ainsi qu'entre les biens civils et les objectifs militaires¹⁵.

Cependant, malgré la signature de presque tous les États du monde, certains n'ont pas signé les protocoles additionnels dont notamment Israël¹⁶. Par conséquent, il n'est pas possible d'appliquer directement ces protocoles additionnels à l'État israélien, mais plusieurs principes juridiques s'y trouvant sont opposables à cet État par le biais du droit coutumier, ce qui sera abordé dans une section subséquente de ce travail.

1.3 Protection des civils contre les effets des hostilités

Les principaux principes juridiques concernant la protection des civils contre les effets des hostilités qui seront abordés dans cette section sont le principe de distinction, d'humanité, de précaution, de nécessité militaire ainsi que de proportionnalité.

PRINCIPE DE DISTINCTION

Le principe de distinction fut d'abord établi dans la déclaration de Saint-Pétersbourg puisqu'on obligeait d'attaquer seulement des cibles qui diminuent les forces militaires de l'ennemi, obligeant ainsi implicitement à distinguer les cibles civiles¹⁷. De plus, le principe de distinction entre les combattants et les civils est tout de même présent dans les Règlements de La Haye de 1907 bien qu'il n'en soit pas directement question. En effet, l'interdiction de bombarder ou d'attaquer par tous les moyens les villages et les infrastructures non défendues que l'on retrouve à l'article 25 est basée sur ce principe¹⁸.

Concrètement, une distinction doit être faite « d'une part entre les combattants et les personnes civiles; d'autre part, et corrélativement entre les objectifs militaires et les biens de caractère civil »¹⁹. Ce principe a été codifié à l'article 48 du premier protocole additionnel

¹² Bloom, *supra* note 7, à la p 70

¹³ Comité International de la Croix-Rouge. «Les Protocoles additionnels I et II aux Conventions de Genève». *CICR*. Janvier 2009. En ligne: «<http://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/additional-protocols-1977.htm>»

¹⁴ Bloom, *supra* note 7, à la p 70

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Mohsen Omidzamani, «Israel's attacks on southern Lebanon: Legal perspectives on the conduct of hostilities» (2008) 4:4 *International Studies Journal* à la p 54

¹⁸ *Ibid.* à la p 54 ; Règlement de La Haye *supra* note 9 à l'art. 25

¹⁹ Turpin, *supra* note 1, à la p 801

signé à Genève²⁰. Par conséquent, le principe de distinction oblige les commandants militaires à utiliser des armes susceptibles de pouvoir distinguer les civils des combattants²¹. De plus, le fait d'infliger des attaques indiscriminées est considéré comme un crime de guerre selon le Statut de Rome de la Cour pénale internationale à l'article 8(2)(iv)²². Aussi, il est bien établi en droit international humanitaire coutumier que les parties aux hostilités doivent distinguer en tout temps les combattants des non-combattants (civils), interdisant ainsi les attaques ayant comme cibles des civils et les attaques sur les biens civils, tel que les maisons, les hôpitaux, les écoles, lieux de travail, etc.²³ En cas de doute sur la nature de l'objet ciblé, cette cible doit être présumée comme étant une cible civile et l'attaque y est prohibée²⁴. En ce qui concerne les objets qui sont utilisés à la fois par les civils et les militaires, ils restent protégés par le principe de la proportionnalité et par conséquent une attaque contre ces objets doit être justifiée²⁵. Bref, le principe de distinction est au coeur du DIH et le non-respect de ce principe solidement établi en droit est une grave violation. Finalement, les doctrines de distinction et d'humanité, bien qu'étant deux concepts distincts, doivent se chevaucher et être analysées conjointement²⁶. Passons maintenant à l'analyse du principe d'Humanité.

HUMANITÉ

La doctrine d'Humanité énonce que les commandants militaires ont la responsabilité de protéger les combattants et les civils contre la souffrance non nécessaire²⁷. Ce principe a comme base la prohibition des méthodes de guerres inhumaines, ce qui signifie concrètement une limite dans le choix des moyens et des méthodes de faire la guerre²⁸. Par conséquent, ce principe se traduit par l'interdiction d'utiliser des méthodes de combat qui aggraveraient la souffrance inutilement²⁹. Bref, même en temps de guerre, il faut respecter certaines considérations d'humanité.

PRÉCAUTION

Le principe de précaution trouve sa source dans l'article 2 al.3 de la Convention IX de Haye de 1907 qui énonce que les commandants des forces navales doivent prendre « toutes les dispositions voulues pour qu'il en résulte pour cette ville le moins d'inconvénients possible » lorsqu'il n'est pas possible d'accorder un délai aux civils pour quitter.³⁰ Ce principe oblige les parties belligérantes à toujours prendre toutes les précautions pour protéger les civils incluant

²⁰ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, 8 juin 1977, Genève, Protocole I à l'art. 48

²¹ Zachary Myers, « Fighting Terrorism: Assessing Israel's Use of Force in Response to Hezbollah » (2008) 45 San Diego L. Rev. à la p 342

²² Ling-Yee Huang, « The 2006 Israeli-Lebanese conflict : a case study for protection of the environment in times of armed conflict » (2008) 20 Fla. J. Int'l L à la p 106 ; *Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, A/CONF. 183/ 9.

²³ Omidzamani, *supra* note 17, à la p 55

²⁴ Protocole I, *supra* note 20, aux art. 51 à 53

²⁵ Omidzamani, *supra* note 17, à la p 55

²⁶ Myers, *supra* note 21, à la p 343

²⁷ *Ibid.*, à la p 342

²⁸ Huang, *supra* note 22, à la p 106

²⁹ Myers, *supra* note 21, à la p 342

³⁰ *Convention concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre*, 18 octobre 1907, La Haye, Convention (IX)

notamment l'obligation d'avertir les populations avant d'attaquer³¹. L'obligation de prendre des précautions est clairement établie en droit en vertu de l'article 57 (1) du Protocole additionnel I de 1977 et est maintenant un principe de droit coutumier³².

NÉCESSITÉ MILITAIRE :

Le principe de la nécessité militaire se traduit par l'interdiction d'attaquer des objectifs militaires à moins que l'attaque apporte un avantage militaire précis³³. En vertu de l'article 147 de la IV^e Convention de Genève de 1949, le fait de causer des dommages excessifs non justifiés par la nécessité militaire est considéré comme une infraction grave du droit international humanitaire³⁴. De plus, l'article 52 du Protocole I définit de manière plus moderne la nécessité militaire en énonçant que les parties à un conflit doivent limiter leurs attaques aux « (...) objectifs militaires. En ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis ». ³⁵

L'interprétation de l'expression « avantage militaire précis » est cruciale, mais non simple. Il ressort de la doctrine deux approches interprétatives dominantes, soit l'approche cumulative et l'approche du cas par cas³⁶. Selon l'approche cumulative, l'expression « avantage militaire précis » doit être interprétée largement, ce qui signifie qu'il ne faut pas se limiter aux attaques apportant des avantages immédiats, mais aussi accepter les attaques apportant un avantage stratégique général³⁷. En d'autres termes, selon cette interprétation, les commandants militaires doivent faire la balance entre les pertes civiles en général d'une attaque et les avantages anticipés de l'opération militaire dans son ensemble³⁸. Malgré le fait que la plupart des États du monde prônent cette interprétation large, il y a plusieurs problèmes pratiques qui en découlent³⁹. En effet, un commandant militaire peut difficilement avant chaque attaque dans le cadre d'un conflit calculer l'ensemble des avantages stratégiques et psychologiques de l'opération, cela étant trop large et abstrait⁴⁰.

La deuxième méthode d'interprétation est celle du cas par cas qui requiert que l'on mesure les avantages militaires spécifiques de chaque attaque, les avantages stratégiques et psychologiques ne devant pas être considérés dans ce calcul. En d'autres mots, les attaques procurant un possible avantage militaire futur sont proscrites⁴¹. Cependant, cette approche est aussi problématique, car les conflits armés ne se limitent pas seulement au calcul militaire de l'affaiblissement des forces ennemies, car il y a aussi beaucoup de buts politiques et cette

³¹ Omidzamani, *supra* note 17, à la p 57

³² Protocole I, *supra* note 20, à l'art. 57 (1) ; Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck et al. «Droit international humanitaire coutumier - Volume I : règles», (2006) Comité international de la Croix-Rouge, Bruylant à la p 92

³³ Myers, *supra* note 21, à la p 330

³⁴ Huang, *supra* note 22, à la p 107 ; Convention IV, *supra* note 11

³⁵ Protocole I, *supra* note 20, à l'art. 52

³⁶ Myers, *supra* note 21, aux pp 334 et 336

³⁷ *Ibid.*, à la p 334

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, à la p 335

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, à la p 336

approche n'en tient pas compte⁴². Certains avantages pouvant résulter d'une attaque ne sont pas purement militaires par leur nature, étant souvent politiques ou culturels⁴³. Bref, il n'y a pas de consensus sur la méthode d'interprétation et cela peut causer des problèmes lorsque l'on doit appliquer dans les faits ce principe de la nécessité militaire.

PROPORTIONNALITÉ

Le principe de proportionnalité est fondamental et émerge de la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868. Ce principe énonce qu'il faut être proportionné dans les attaques, ce qui signifie que les pertes civiles ne doivent pas être démesurées par rapport aux avantages obtenus. Dans un premier temps, ce principe se traduit d'une part par une limite dans les méthodes et les moyens de guerre et d'autre part par l'interdiction d'utiliser des armes et des méthodes de guerre causant des morts superflus⁴⁴. Ce principe juridique est aussi présent dans le Protocole I de 1977 aux articles 35 et 51⁴⁵. L'article 51 (5)b) de ce protocole énonce qu'il est interdit de mener des attaques dont on pourrait s'attendre à ce que les dommages soient « excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ». Il faut donc par conséquent considérer aussi le principe de l'avantage militaire⁴⁶.

En définitive, toutes ces protections juridiques doivent être vues ensemble puisqu'une analyse de la légalité d'une opération lors d'un conflit armé requiert le chevauchement des principes susmentionnés.

2. CONFLIT DE 2006 ENTRE ISRAËL ET LE HEZBOLLAH

2.1 Description des parties au conflit

D'un côté, il y a l'armée régulière israélienne qui est réputée être l'une des armées les plus fortes et détenant les meilleurs équipements et technologies militaires au monde⁴⁷. Cependant, de l'autre côté, il ne s'agit pas de l'État du Liban avec ses forces militaires régulières, mais bien d'une organisation nommée le Hezbollah. Bien comprendre l'émergence et la structure du Hezbollah est essentiel pour une analyse du conflit libanais de 2006. Voici un bref résumé.

HEZBOLLAH

Le groupe islamique a débuté ces activités en réaction à l'invasion et à l'occupation d'Israël sur le territoire du Liban en 1982. Israël voulait par cette occupation mettre fin aux raids faits au nord de son territoire par l'Organisation pour la Libéralisation de la Palestine (OLP)⁴⁸. Jusqu'en 1985, le groupe du Hezbollah était très désorganisé, mais l'aide logistique et

⁴² Myers, *supra* note 21 à la p 337

⁴³ *Ibid.*, à la p 338

⁴⁴ Turpin, *supra* note 1, à la p 799

⁴⁵ Protocole I, *supra* note 20, aux art. 35 et 51-5-b, 51-6

⁴⁶ *Ibid.* à l'art. 51

⁴⁷ Rafaâ Ben Achour, « La résolution 1701 (2006) du Conseil de Sécurité : trop tard et trop peu ! » (2006) *Actualité et Droit international* (<http://www.ridi.org/adi>) à la p1

⁴⁸ Jennefer B. Bottoms, « When Close Doesn't Count: An Analysis of Israel's Jus Ad Bellum and Jus In Bello in The 2006 Israel-Lebanon War » (2009) 27-50-431 *Army Law* à la p24

financière fournie par l'Iran en cette année a amélioré de beaucoup la structure organisationnelle de ce groupe⁴⁹.

L'origine du mot « Hezbollah » vient du nom arabe « Hezb' Allah », qui signifie « Parti de Dieu »⁵⁰. Le Hezbollah se décrit comme une force de résistance contre l'occupation israélienne au sud Liban⁵¹. Plus précisément, cette organisation vise à défendre l'intégrité territoriale du Liban ainsi qu'à libérer les prisonniers palestiniens et libanais qui sont détenus et sujets à de mauvais traitements dans les prisons israéliennes⁵². En effet, le Hezbollah a le désir d'être une résistance non seulement pour le Liban, mais aussi pour l'entière région du Moyen-Orient⁵³. Selon Myers, l'organisation rejette le droit d'exister d'Israël, rappelant fréquemment son désir d'une destruction totale des juifs⁵⁴. Ce mouvement a pris beaucoup d'importance grâce au support logistique, financier ainsi que militaire de la part de la Syrie et de l'Iran⁵⁵. Cela a permis d'unifier les milices Shiite dans une organisation plus cohérente et organisée⁵⁶.

De plus, le Hezbollah est une organisation islamique ayant une aile politique ainsi qu'une aile militaire indépendante. L'aile militaire agit de manière autonome face aux forces libanaises régulières, les fournisseurs d'armes du Hezbollah étant l'Iran et la Syrie⁵⁷. En effet, environ trois cents millions de dollars en armement et en aide financière sont fournis annuellement au Hezbollah par l'Iran et la Syrie⁵⁸. L'introduction dans le système politique libanais n'a pas empêché cette organisation de maintenir sa force armée indépendante et de résister aux nombreuses requêtes de désarmement faites par les Nations-Unis⁵⁹.

Cette organisation a débuté son implication dans la politique étatique du Liban à partir des élections de 1992⁶⁰. Cependant, le Hezbollah n'avait pas beaucoup de poids politique à ce moment, mais sa force politique a drastiquement augmenté suite aux élections de 2005⁶¹. En effet, le Hezbollah a gagné 14 sièges sur 128 au parlement libanais et deux ministres en provenance de ce groupe ont été nommés au gouvernement⁶². La Commission d'enquête sur le Liban mandatée par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU considère le Hezbollah comme une composante importante du système gouvernemental libanais⁶³. En plus de son rôle politique, le Hezbollah a augmenté sa popularité auprès de la population libanaise par son rôle social puisque ce groupe finance des services dont des écoles, des hôpitaux et fourni de l'aide aux civils notamment dans le domaine de l'agriculture et de l'emploi⁶⁴.

⁴⁹ *Ibid.*, à la p 24

⁵⁰ Casten Hoppe, «Who was calling whose shots? — Hezbollah and Lebanon in the 2006 armed conflict with Israel» (2006) 16 Italian Y.B. Int'l L. à la p 21

⁵¹ Bloom, *supra* note 7, à la p 64

⁵² Omidzamani, *supra* note 17, à la p 72

⁵³ Bloom, *supra* note 7, à la p 65

⁵⁴ Myers, *supra* note 21, à la p 310

⁵⁵ Bloom, *supra* note 7, à la p 64

⁵⁶ Hoppe, *supra* note 50, à la p 22

⁵⁷ Stefan Kirchner, «Third Party Liability for Hezbollah Attacks against Israel» (2006) 7:9 German Law Journal à la p 782

⁵⁸ Myers, *supra* note 21, à la p 310

⁵⁹ Natalino Ronzitti, «The 2006 Conflict in Lebanon and International Law» (2006) 16 Italian Y.B. Int'l L. aux pp 5,6

⁶⁰ Bloom, *supra* note 7, à la p 65

⁶¹ Ronzitti, *supra* note 59, à la p 5

⁶² Bloom, *supra* note 7, aux pp 65-66

⁶³ Rapport de la Commission d'enquête sur le Liban suivant la résolution S-2/1 du Conseil des droits de l'Homme de l'ONU, Doc. ONU A/HRC/3/2, 23 novembre 2006

⁶⁴ Myers, *supra* note 21, à la p 310

De plus, il importe de mentionner que seulement certains pays considèrent le Hezbollah comme étant une organisation terroriste opérant bien au-delà des frontières du Liban⁶⁵. Plusieurs attaques d'ambassades américaines et israéliennes sont attribuées à ce mouvement de résistance⁶⁶. Israël, les États-Unis, le Canada et les Pays-Bas considèrent que le Hezbollah est une organisation terroriste, mais cette organisation n'apparaît pas sur la liste des groupes terroristes de l'Union-Européenne⁶⁷. D'ailleurs, le Royaume-Uni et l'Australie considèrent que seulement l'aile militaire du Hezbollah est une organisation terroriste⁶⁸.

Bref, les informations ci-dessus sont importantes, car la classification du Hezbollah est d'une importance très significative. En effet, si le Hezbollah est considéré comme un acteur étatique, le conflit est donc entre Israël et le Liban (2 états), ce qui signifie un conflit armé international. Cependant, si le Hezbollah n'est pas un acteur étatique, le conflit sera alors un conflit interne et sera beaucoup moins bien encadré juridiquement⁶⁹. Il y a un débat au sein des auteurs de doctrine à savoir si les actes du Hezbollah sont attribuables à l'État libanais, cette question n'étant pas encore tranchée. Cependant, on peut qualifier le conflit malgré l'incertitude sur la responsabilité de l'État libanais et c'est ce qui sera expliqué dans la section 2.3 de ce travail.

2.2 Contexte et bilan du conflit

TENSIONS HISTORIQUES ENTRE LE HEZBOLLAH ET ISRAËL

Les tensions autour de cette frontière séparant le nord d'Israël au sud du Liban sont constantes depuis les années 1970. Par exemple, il y a eu des opérations militaires israéliennes dirigées contre les groupes armés Palestiniens en 1978 et en 1982 ainsi que des opérations militaires menées contre le Hezbollah en 1993 et en 1996⁷⁰. En 1992, un dirigeant du Hezbollah fut tué lors d'une opération militaire israélienne et en 1993, une campagne fut menée contre les quartiers généraux du Hezbollah⁷¹. De plus, Israël a répondu à une intrusion du Hezbollah sur son territoire par une occupation de trois semaines sur le territoire du Liban en 1996 et a occupé encore le sud du Liban en 2000⁷². De 2000 à 2006, plusieurs incidents violents sont survenus entre Israël et le Hezbollah à la frontière des deux pays, mais aussi ailleurs sur le territoire⁷³. Par exemple, des avions militaires israéliens ont souvent survolé le territoire libanais et le Hezbollah a souvent envoyé des roquettes sur l'armée israélienne ainsi que dans les villes⁷⁴. De plus, le Hezbollah a tué sept civils israéliens en 2002 et en 2003 des soldats de l'armée de terre d'Israël ont traversé la frontière pour se rendre en sol Libanais et comme réponse à cela, le Hezbollah a bombardé les fermes de

⁶⁵ Hoppe, *supra* note 50, à la p 22

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Bogdan Aurescu, « Le conflit libanais de 2006. Une analyse juridique à la lumière des tendances contemporaines en matière de recours à la force » (2006) 52 *Annuaire français de droit international* à la p 143

⁶⁸ Hoppe, *supra* note 50, à la p 26

⁶⁹ Bloom, *supra* note 7, à la p 62

⁷⁰ Omidzamani, *supra* note 17, à la p 50

⁷¹ Ronzitti, *supra* note 59, à la p 4

⁷² Ronzitti, *supra* note 59, à la p 4

⁷³ Bottoms, *supra* note 48, à la p 24

⁷⁴ *Ibid.*, à la p 25

Shebba⁷⁵. Aussi, les deux forces armées avaient comme pratique de kidnapper des soldats de l'autre camp afin de s'en servir comme monnaie d'échange pour des futurs échanges de prisonniers⁷⁶. Bref, les tensions entre les deux parties sont constantes et intenses depuis 1982 et l'on peut qualifier cela d'une guerre non déclarée qui se traduit par de nombreux incidents survenus entre les parties⁷⁷. Il importe d'inscrire l'élément déclencheur du 12 juillet 2006 dans ce contexte de tensions qui perdurent depuis des décennies.

ÉLÉMENT DÉCLENCHÉUR DU CONFLIT LIBANAIS DE 2006

La situation a dégénéré une fois de plus suite à une série d'événements qui se sont produits le 12 juillet 2006. L'élément déclencheur du conflit fut l'attaque d'une patrouille militaire israélienne près de la frontière séparant l'État d'Israël du Liban par des combattants du Hezbollah qui ont tué cinq soldats et en ont capturé deux pour servir de monnaie d'échange⁷⁸. De plus, Israël a reçu quelques roquettes envoyées par le Hezbollah sur la partie nord de son territoire. Le plan du Hezbollah d'utiliser les prisonniers dans le cadre d'un échange est devenu incontrôlable puisqu'Israël a répondu à cet enlèvement par l'envoi de forces armées sur le territoire du Liban pour la première fois depuis 2000 et a bombardé des cibles visant à détruire le système de transport⁷⁹. Bref, Israël a répliqué à ce kidnapping avec une force de frappe intense, du jamais vu depuis 1982⁸⁰. Le conflit a pris très rapidement de l'ampleur à partir de ce jour.

BILAN DU CONFLIT

Le conflit libanais n'a duré que 34 jours, mais le bilan n'est pas léger pour autant. Le rapport de la Commission d'enquête du 12 septembre 2006⁸¹ fait un bilan général du conflit. Pour le Liban : 1 187 civils morts (dont environ 400 enfants), 4 092 blessés, environ un million de libanais déplacés dont 230 000 à l'étranger ainsi que 3,6 milliards de dollars de dommages « dus notamment à la destruction de 80 ponts, de 600 kilomètres de routes, de 900 usines, de marchés, de 31 aéroports, y inclus celui de Beyrouth, de ports, stations d'épuration d'eaux usées, barrages et centrales électriques et 15 000 habitations détruites »⁸². La plupart de ces morts du côté libanais est attribuable aux attaques ciblées par Israël sur leurs maisons, leurs véhicules ainsi que sur les routes utilisées par les civils pour évacuer les zones de combat⁸³. Pour Israël, le conflit a certes eu des répercussions, mais le bilan est plus léger. En effet, en ce qui concerne les pertes civiles : 43 morts, 33 blessés graves, 68 blessés modérément et 300 000 habitants déplacés⁸⁴.

Une analyse des opérations militaires est aussi pertinente pour comprendre l'ampleur du conflit. L'armée israélienne a effectué plus de 12 000 missions du 12 juillet au 14 août 2006, ses forces navales ont lancé approximativement 2 500 roquettes et plus de 100 000

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Omidzamani, *supra* note 17, à la p 50

⁷⁸ Bottoms, *supra* note 48, à la p 25

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Bloom, *supra* note 7, à la p 62

⁸¹ Rapport de la Commission d'enquête, *supra* note 63

⁸² Aurescu, *supra* note 67, à la p 139 ; Rapport de la Commission d'enquête, *supra* note 63

⁸³ Bottoms, *supra* note 48, à la p 51

⁸⁴ Rapport de la Commission d'enquête, *supra* note 63

projectiles ont été lancés par les forces terrestres⁸⁵. L'effort de combat du Hezbollah fut aussi non négligeable, puisqu'ils ont tiré 3 970 roquettes sur le territoire d'Israël, dont 901 dans des zones urbaines⁸⁶. En définitive, les éléments factuels et la description des parties présentés dans cette section du travail sont pertinents afin de qualifier juridiquement le conflit de 2006.

2.3 Qualification du conflit

EST-CE QU'IL S'AGIT D'UN CONFLIT ARMÉ?

Il n'existe pas de définition conventionnelle d'un conflit armé, mais on peut interpréter l'article 1 (2) du Protocole additionnel II⁸⁷ *a contrario* afin de saisir le sens d'un conflit armé. En effet, cette disposition détermine ce qui n'est pas une situation de conflit armé, telle que des « (...)tensions internes, des troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues (...) »⁸⁸. De plus, il est clair que le concept de conflit armé est plus large que celui de guerre⁸⁹, la participation de deux entités étatiques n'étant pas nécessaire pour qu'il s'agisse d'un conflit armé⁹⁰. En effet, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) considère qu'« un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État »⁹¹. Bref, Bogdan Aurescu résume les critères mentionnés par le TPIY comme étant l'intensité des hostilités et l'usage de la force armée⁹².

De plus, Andrew Yuile, un auteur de doctrine voulant synthétiser l'état du droit sur la question, soutient qu'il y a deux considérations centrales afin de déterminer s'il s'agit d'un conflit armé, soit l'intensité des violences ainsi que la volonté et la capacité des parties de mener et de coordonner des hostilités sur une période prolongée⁹³. Par conséquent, le conflit libanais constitue un conflit armé au sens du droit international humanitaire puisque les violences ont été très intenses, causant beaucoup de morts et la destruction de milliards de dollars en infrastructure⁹⁴. Les attaques furent plus que des simples incidents frontaliers puisqu'il y a eu une utilisation large et systématique de la force et que les dimensions, la nature et le type d'opérations militaires sont d'une ampleur suffisante pour conclure à un conflit armé⁹⁵. Bref, l'existence dans les faits de l'utilisation de la force armée est l'élément décisif pour déterminer s'il s'agit d'un conflit armé et il est clair en ce sens que le conflit entre le Hezbollah et Israël cadre dans cette définition⁹⁶.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux*, 8 juin 1977, Genève, Protocole II à l'art. 1 (2)

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Aurescu, *supra* note 67, à la p 141

⁹⁰ Andrew Yuile, « At the Fault-Lines of Armed Conflict : The 2006 Israel-Hezbollah Conflict and the Framework of International Humanitarian Law » (2009) 16 *Austl. Int'l L.J.* à la p 195

⁹¹ *Affaire Tadic*, (1995) TPIY (IT-94-01) au par 70 ; *Affaire Aleksovki* (1999), TPIY (IT-95-14/1) au par 43; *Affaire Jelusic* (1999) TPIY (IT-95-10) au par 29

⁹² Aurescu, *supra* note 67, à la p 141

⁹³ Yuile, *supra* note 90, à la p 194

⁹⁴ *Ibid.*, à la p 196

⁹⁵ Aurescu, *supra* note 67, à la p 141

⁹⁶ Aurescu, *supra* note 67, à la p 141

EST-CE QUE L'ON PEUT QUALIFIER LE CONFLIT LIBANAIS DE CONFLIT ARMÉ INTERNATIONAL?

On retrouve dans la doctrine en droit international humanitaire six hypothèses faisant qu'un conflit armé peut être réputé international : « il est interétatique, il est interne, mais il a fait l'objet d'une reconnaissance de belligérance, il s'y produit une ou plusieurs interventions étrangères ou l'ONU y intervient, il est une guerre de libération nationale, il est une guerre de sécession »⁹⁷. Analysons maintenant certaines de ces hypothèses à la lumière des faits du conflit libanais de 2006.

Premièrement, le conflit n'est pas interétatique, car l'armée régulière du Liban n'est pas impliquée et l'attribution des actes du Hezbollah à l'État libanais n'est pas claire⁹⁸. Deuxièmement, selon Bogdan Aurescu, docteur en droit s'appuyant d'ailleurs sur l'avis d'autres auteurs dans le domaine, assimiler le conflit libanais à un conflit armé international par le biais d'une reconnaissance de belligérance serait « discutable »⁹⁹. Il faut donc poursuivre l'analyse des autres hypothèses. L'élément crucial soutenant la prétention que ce conflit est international est la déclaration faite par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1701¹⁰⁰ concernant le conflit libanais, ce dernier considérant que « la situation au Liban constitue une menace à la paix et à la sécurité internationale »¹⁰¹. De plus, l'implication de l'ONU par le prolongement du mandat de la FINUL exigé par la résolution 1701 est un autre élément en faveur de la catégorisation du conflit comme étant international¹⁰². En somme, ces interventions du Conseil de sécurité conduisent à la conclusion que le conflit opposant Israël au Hezbollah est juridiquement un conflit armé international, ce qui ne signifie pas d'emblée que le Hezbollah est considéré comme un sujet de droit international¹⁰³. De plus, l'occupation du territoire libanais par les forces israéliennes implique implicitement le gouvernement libanais, ce qui milite aussi en faveur de l'internationalisation du conflit¹⁰⁴. Finalement, la Commission d'enquête sur le Liban en arrive à la même conclusion en affirmant qu'il s'agit d'un conflit armé international pour lequel le droit conventionnel, les droits humains ainsi que le droit coutumier en droit international humanitaire s'appliquent¹⁰⁵.

2.4 Instruments juridiques applicables

Partant de la conclusion que le conflit opposant le Hezbollah à Israël en 2006 est un conflit armé international, il importe présentement de déterminer sur cette base les instruments juridiques applicables à ces hostilités. Le conflit libanais tombe sous le champ d'application des Conventions de Genève de 1949 et l'existence factuelle d'un conflit armé entre les deux belligérants rend les Conventions opérationnelles automatiquement¹⁰⁶. Plus particulièrement, la quatrième Convention de Genève de 1949 relativement à la protection des civils est

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*, à la page 142

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Conseil de Sécurité, résolution 1701, 5511e séance, 11 août 2006

¹⁰¹ Aurescu, *supra* note 67, à la p 143

¹⁰² Aurescu, *supra* note 67, à la p 143

¹⁰³ *Ibid.*, à la p 143, 144

¹⁰⁴ Omidzamini, *supra* note 17, à la p 51

¹⁰⁵ James G. Stewart, « The UN Commission of Inquiry on Lebanon : A Legal Appraisal » (2007) 5 *Journal of International Criminal Justice* à la p 1042

¹⁰⁶ Omidzamini, *supra* note 17, à la p 50

applicable à ce conflit puisque les deux parties sont signataires de cette convention¹⁰⁷. La quatrième convention de Genève protégeait donc les civils dans ce conflit en vertu de l'article 4 tant sur le territoire libanais qu'israélien et en vertu de l'article 6, la convention s'applique dès le début des hostilités¹⁰⁸.

Malgré qu'Israël est une partie contractante de la quatrième Convention de Genève de 1949, ce pays n'est pas signataire du Protocole additionnel I de 1977 et par conséquent, il faut s'en remettre aux principes de droit international coutumier applicables¹⁰⁹. Premièrement, la nature et l'applicabilité du principe de proportionnalité à tout type de conflit armé ont été confirmées par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie¹¹⁰ ainsi que par la pratique des États¹¹¹. De plus, une étude analytique du droit international coutumier menée pendant dix ans par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) identifie 139 règles du Protocole additionnel I de 1977 qui sont devenus des règles de droit international coutumier incluant notamment les principes de base de la conduite des hostilités, mais aussi des règles protégeant spécifiquement les civils, les objets ainsi que limitant les méthodes de guerre¹¹².

D'une manière plus spécifique, j'aimerais mettre l'emphase sur certains principes de droit coutumier que l'on retrouve dans cette étude du CICR qui sont pertinents pour l'analyse subséquente du conflit libanais de 2006 : le principe de la distinction entre les civils et les combattants¹¹³, la distinction entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires¹¹⁴, l'interdiction d'attaquer sans discrimination¹¹⁵, la proportionnalité dans l'attaque¹¹⁶, le principe de précautions contre les effets des attaques¹¹⁷ et le respect de l'environnement naturel¹¹⁸. Bref, tous ces principes sont contraignants et autant l'État d'Israël que le Hezbollah avaient le devoir de s'y conformer. De plus, certaines conventions internationales spécifiques sont applicables au conflit, ces dernières seront citées lorsque nécessaires dans l'analyse de différents événements survenus dans ce conflit qui suit immédiatement.

2.5 Analyse d'événements du conflit

Cette section du travail vise à analyser certains événements précis du conflit de 2006 afin de constater les violations du droit international humanitaire.

2.5.1 Capture de prisonniers

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Convention de Genève IV, *supra* note 11, aux art. 4 et 6

¹⁰⁹ Andreas Zimmermann, «The Second Lebanon War Jus ad bellum, jus in bello and the Issue of Proportionality» (2007) 11 Max Planck Y.B. U.N. L. à la p 127

¹¹⁰ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, IT-95-16-T, Judgment of 14 January 2000, Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al., par. 521 et suivants.

¹¹¹ Zimmermann, *supra* note 109, à la p 129

¹¹² Yuile, *supra* note 90, à la p 211 ; Étude CICR sur le droit coutumier, *supra* note 10

¹¹³ Étude CICR sur le droit coutumier, *supra* note 10, à la p 3

¹¹⁴ *Ibid.*, à la p 24

¹¹⁵ Étude CICR sur le droit coutumier, *supra* note 10, à la p 50

¹¹⁶ *Ibid.*, à la p 69

¹¹⁷ *Ibid.*, à la p 92

¹¹⁸ *Ibid.*, à la p 190

Il est bien important de comprendre que la pratique de capturer des prisonniers fut fréquemment utilisée depuis des décennies entre les deux belligérants et c'est pourquoi il faut mettre dans ce contexte l'intense réaction d'Israël suite à la capture de soldats le 12 juillet 2006. En effet, le Hezbollah a réclamé pendant des années la libération de prisonniers libanais tel que Samir el Kantar, un militant de l'Organisation pour la libéralisation de la Palestine emprisonné par Israël en 1978 ainsi que Nassim Nish et Yahia Skaff emprisonné depuis 1982¹¹⁹. Le Hezbollah a d'ailleurs répété souvent son intention de capturer des prisonniers israéliens afin de les utiliser pour libérer les prisonniers libanais détenus par Israël¹²⁰.

Le problème est que l'État d'Israël a considéré cet enlèvement de soldats par le Hezbollah du 12 juillet 2006 comme une agression armée justifiant une action en légitime défense sous l'article 51 de la Charte des Nations-Unis, mais les autorités israéliennes auraient dû dans un premier temps se plaindre de cette situation et attirer l'attention de la communauté internationale en utilisant les mécanismes d'investigation de l'ONU¹²¹. La capture de prisonnier n'était pas illégale en soi¹²². De plus, le kidnapping de prisonnier n'est pas unique à cet événement déclencheur du conflit, tant le Hezbollah que les forces israéliennes ont souvent capturé des prisonniers dans le passé afin de servir de monnaie d'échange contre d'autres prisonniers¹²³. Bref, la qualification par Israël de l'enlèvement du 12 juillet 2006 d'agression armée justifiant une réponse militaire agressive est discutable.

2.5.2 Attaques des forces aériennes d'Israël sur des réserves de pétrole

Les forces aériennes israéliennes ont été beaucoup utilisées lors du conflit de 2006. En effet, le rapport sur la Commission d'enquête sur le Liban estime qu'il y a eu plus de 15 500 sorties des avions militaires sur le territoire libanais qui ont attaqué plus de 7000 cibles¹²⁴. La protection des civils requiert aussi de les protéger contre les dommages indirects tels que les conséquences des désastres écologiques par exemple¹²⁵. Le bombardement sur des grandes réserves de pétrole au Liban fait par Israël est un exemple d'une violation commise par cet État concernant la protection des civils.

Le 13 juillet 2006, dans le début du conflit, une frappe aérienne israélienne a détruit une réserve de pétrole à Jiyeh, une ville côtière à 20 miles au sud de Beyrouth (capitale du Liban)¹²⁶. Ce premier bombardement a libéré 12 000 tonnes de pétrole dans l'océan et deux jours plus tard, les forces israéliennes ont frappé d'autres réserves environnantes, libérant un 3 000 tonnes de pétrole additionnelles dans l'environnement¹²⁷. Par conséquent, un grand nuage toxique a affecté négativement la santé des civils occupant cette région ainsi que leur environnement¹²⁸. Les dommages excessifs injustifiés par la nécessité militaire constituent

¹¹⁹ Omidzamani, *supra* note 17, à la p 51

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Omidzamani, *supra* note 17, à la p 52

¹²² *Ibid.*, à la p 50

¹²³ Bottoms, *supra* note 48, à la p 25

¹²⁴ Stewart, *supra* note 105, à la p 1044 ; Report of the Special Rapporteurs, Mission to Lebanon and Israel, UN Doc. A/HRC/2/7, 2 Octobre 2006

¹²⁵ Turpin, *supra* note 1, à la p 811

¹²⁶ Huang, *supra* note 22, à la p 104

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*

des graves violations en vertu de la quatrième convention de Genève de 1949¹²⁹. Cette attaque constitue une violation, car il s'agit du pire désastre environnemental de l'histoire du Liban, puisque presque 100 kilomètres de la côte libanaise ainsi que la côte syrienne et celle d'autres pays au long de la mer Méditerranée ont été affectés par le déversement de pétrole¹³⁰. De plus, Israël n'a pas procédé à un nettoyage immédiat à cause de son blocus naval, ce qui selon plusieurs groupes environnementaux a accentué les dommages¹³¹. Aussi, cette destruction environnementale contrevient au Protocole III sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires et à l'article 55 du Protocole I de 1977¹³².

Cette attaque avait des conséquences sévères à long terme sur l'environnement marin ainsi que sur la santé et les ressources économiques de la région¹³³. Les principes de distinction, de nécessité militaire et de proportionnalité doivent être appliqués lors de la détermination de cibles militaires légitimes¹³⁴. En effet, la Cour internationale de justice a conclu dans *l'Affaire sur les armes nucléaires* que le respect de l'environnement est un des éléments essentiels à prendre en considération afin de s'assurer le respect du principe de nécessité et de proportionnalité¹³⁵. De plus, les attaques contre ces réserves de pétroles ne peuvent être considérées comme étant légitimes, car il n'y a que peu de liens entre le Hezbollah et ces réserves de pétrole puisque ce groupe de résistance n'utilise pas beaucoup de pétrole étant donné que leurs attaques constituent principalement à lancer des missiles. Aussi, beaucoup de dommages collatéraux résultent de cette attaque¹³⁶. Ces frappes aériennes violent par conséquent les exigences de la nécessité militaire, de la proportionnalité, de la discrimination et des considérations d'humanité¹³⁷. De plus, la Commission d'enquête sur le Liban conclut que ces attaques causant des dommages à l'environnement vont au-delà de tout objectif militaire légitime que l'État d'Israël pourrait avoir eu¹³⁸. Le désir d'interdire ce type d'attaque est aussi codifié dans le Protocole I¹³⁹ à l'article 35 (3) et 55¹⁴⁰.

2.5.3 Attaques des infrastructures civiles

L'interdiction d'attaquer et de rendre inutilisables les biens essentiels à la survie des populations civiles est reconnu comme étant un principe de droit international humanitaire coutumier et est aussi codifié à l'article 54 (2) du Protocole Additionnel I¹⁴¹. L'interdiction d'attaquer du deuxième paragraphe de l'article 54 susmentionné ne s'applique pas lorsque les biens sont utilisés par une partie adverse pour la subsistance « des seuls membres de ses forces armées »¹⁴² ou à d'autres fins d'approvisionnement qui constitue un appui direct

¹²⁹ *Ibid.*, à la p 107

¹³⁰ *Ibid.*, à la p 108

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Omidzamani, *supra* note 17, à la p 62; *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires*, 10 octobre 1980, Genève, Protocole III ; Protocole I, *supra* note 20

¹³³ Huang, *supra* note 22, à la p 110

¹³⁴ Huang, *supra* note 22, à la p 110

¹³⁵ Stewart, *supra* note 105, à la p 1055 ; *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Cour internationale de justice, Avis consultatif du 8 juillet 1996 (C.I.J. Recueil 1996, p.66)

¹³⁶ Huang, *supra* note 22, à la p 110

¹³⁷ *Ibid.*, à la p 112

¹³⁸ Stewart, *supra* note 105, à la p 1044 ; Rapport sur la Commission d'enquête, *supra* note 63, à la p 220

¹³⁹ Protocole I, *supra* note 20

¹⁴⁰ Turpin, *supra* note 1, à la p 812

¹⁴¹ Omidzamani, *supra* note 17, à la p 68

¹⁴² Protocole I, *supra* note 20, à l'art. 54 (3)(a)

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 »¹⁴³.

Dans le cadre de l'analyse de ce conflit libanais de 2006, la Commission d'enquête sur le Liban énumère plusieurs incidents de destructions commis par Israël, soit la destruction de maisons, d'usines de filtration de l'eau, d'écoles, d'installations médicales, etc. et cela a eu des conséquences négatives sur la vie des civils¹⁴⁴. De plus, des missions terrestres et aériennes furent conduites par Israël contre des centrales électriques, des infrastructures de communication ainsi que contre l'aéroport de Beyrouth, qui sera analysé immédiatement¹⁴⁵.

ATTAQUES CONTRE L'AÉROPORT DE BEYROUTH

Un aéroport peut être considéré comme un objectif militaire seulement si elle fournit une contribution effective dans les faits aux activités de l'ennemie et que sa destruction répond à un objectif militaire précis¹⁴⁶. En l'espèce, l'aéroport de Beyrouth est le seul aéroport international du Liban et est beaucoup utilisé par les civils¹⁴⁷. De plus, Israël a attaqué cet aéroport à plusieurs reprises sans avoir de preuve publiquement disponible des récents transports d'armes ou de troupes du Hezbollah via cet aéroport¹⁴⁸. Aussi, les coûts civils de mener des missions contre des aéroports sont très élevés en comparaison aux avantages militaires¹⁴⁹. En effet, il y a plusieurs autres moyens de transport et routes alternatives pour s'approvisionner en armements et pour déplacer des troupes et de plus, rendre inefficace un aéroport diminue les capacités des civils de se déplacer et de recevoir des vivres¹⁵⁰. Par conséquent, les attaques contre l'aéroport de Beyrouth n'étaient pas légitimes et constituent des violations du principe de proportionnalité et de nécessité militaire¹⁵¹.

2.5.4 Utilisation de bombes à sous-munitions

L'interdiction d'utiliser des moyens de guerres causant des maux superflus est établie dans plusieurs instruments juridiques, dont la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes (...) ¹⁵², la déclaration de Saint-Pétersbourg ¹⁵³, la Déclaration et les règlements de La Haye ¹⁵⁴, la Convention sur l'interdiction des mines antipersonnelles ¹⁵⁵ et le Statut de la Cour pénal internationale ¹⁵⁶.

¹⁴³ *Ibid.*, à l'art. 54 (3)(b)

¹⁴⁴ Stewart, *supra* note 105, à la p 1040 ; Rapport Commission d'enquête, *supra* note 63

¹⁴⁵ Ronzitti, *supra* note 59, à la p 11

¹⁴⁶ Omidzamani, *supra* note 17, aux pp 68, 69

¹⁴⁷ *Ibid.*, à la p 68

¹⁴⁸ Omidzamani, *supra* note 17, à la p 69

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Convention 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*, 10 octobre 1980, Genève

¹⁵³ Déclaration de Saint Petersburg, *supra* note 6

¹⁵⁴ Déclaration et Règlements de La Haye, *supra* note 9

¹⁵⁵ *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction*, 3 et 4 décembre 1997, Ottawa

¹⁵⁶ Statut de Rome instituant la CPI, *supra* note 22

Les bombes à fragmentations causent des maux superflus puisqu'elles dispersent des douzaines voire des centaines de sous-munitions sur une grande surface géographique¹⁵⁷. Une bombe à fragmentation est imprécise puisqu'elle consiste en plusieurs sous-munitions qui sont dispersées sur un grand espace géographique et plusieurs sous-munitions n'explorent pas avec l'impact, pouvant ainsi causer des dommages à long terme¹⁵⁸. Ce type de munition est problématique, car dans un premier temps il s'avère impossible de larguer ces bombes sélectivement et précisément et deuxièmement, les munitions qui n'explorent pas créent des champs de mines qui ne distinguent pas les civils des militaires¹⁵⁹. Bref, ces bombes violent le principe de distinction puisqu'il est impossible de distinguer les cibles civiles des cibles militaires¹⁶⁰.

La plus grande violation du principe de proportionnalité dans ce conflit est l'utilisation de 1 800 bombes à fragmentation par Israël sur le territoire sud-libanais dans les 72 dernières heures du conflit¹⁶¹. En effet, 90 % des bombes à sous-munitions furent utilisées dans les 72 dernières heures du conflit. Cela est controversée puisque ces attaques n'avaient pas de fondement puisqu'une résolution politique du conflit était imminente étant donné l'intervention du conseil de sécurité¹⁶². De plus, les bombes à fragmentation utilisées par Israël furent achetées des Américains et leur utilisation par l'État israélien lors du conflit libanais est contraire aux termes de l'entente d'approvisionnement de ce type de munition entre les États-Unis et Israël¹⁶³.

La Commission d'enquête sur le Liban dénombre 789 zones bombardées sur le territoire Libanais durant le conflit principalement dans des zones très peuplées et estime que 30 à 40 % des bombes à fragmentations d'Israël n'ont pas explosé à temps, laissant 350 000 sous-munitions non explosées¹⁶⁴. Les bombes non explosées posent des problèmes aux populations civiles, car elles perdurent au conflit telles que des champs de mines. De plus, la Commission d'enquête sur le Liban a conclu que ces bombes furent lancées sur des grandes terres fertiles, afin d'empêcher les civils de pouvoir les utiliser¹⁶⁵. En effet, les bombes à sous-munitions empêchent par exemple les fermiers de retourner travailler dans leurs champs¹⁶⁶. Bref, puisque ces bombes sont par nature indiscriminées et qu'Israël les a utilisées dans des endroits avec une forte population civile, il s'agit d'une violation du principe de proportionnalité¹⁶⁷. Aussi, le Conseil des droits de l'Homme a qualifié ces attaques d'Israël d'excessives, d'indiscriminées, de disproportionnées et d'échec aux exigences de distinction¹⁶⁸.

¹⁵⁷ Georgina Redsell, « Illegitimate, unnecessary and disproportionate: Israel's use of force in Lebanon » (2007) 3 Cambridge Student Law Review à la p 85

¹⁵⁸ Bottoms, *supra* note 48, à la p 53

¹⁵⁹ Myers, *supra* note 21, à la p 345

¹⁶⁰ Omidzamani, *supra* note 17, à la p 64

¹⁶¹ Bottoms, *supra* note 48, à la p 52

¹⁶² Stewart, *supra* note 105, à la p 1056 ; Rapport Commission d'enquête, *supra* note 63, au par. 249

¹⁶³ Ronzitti, *supra* note 59, à la p 13

¹⁶⁴ Stewart, *supra* note 105, à la p 1056 ; Omidzamani, *supra* note 17, à la p 64 ; Rapport Commission d'enquête, *supra* note 63, aux par. 250,252

¹⁶⁵ Redsell, *supra* note 157, à la p 85

¹⁶⁶ Omidzamani, *supra* note 17, à la p 64

¹⁶⁷ Bottoms, *supra* note 48, à la p 53

¹⁶⁸ Bottoms, *supra* note 48, à la p 52 ; Conseil des droits de l'Homme de l'ONU, Résolution S-2/1: La grave situation des droits de l'homme au Liban causée par les opérations militaires israéliennes, 11 août 2006 au point 13

2.5.5 Avertissement transmis aux libanais par Israël avant d'attaquer

L'obligation d'avertir les populations civiles des attaques prévues afin de permettre l'évacuation et de limiter les morts civils découle du principe de précaution¹⁶⁹. Ce principe fut d'abord introduit en droit international par l'article 2 (3) de la Convention de La Haye de 1907¹⁷⁰ qui oblige les commandants militaires à prendre toutes les mesures nécessaires afin de faire souffrir le moins possible les villes et leur population¹⁷¹. Le principe de précaution est maintenant clairement codifié à l'article 57 (1) du Protocole additionnel I et l'on retrouve l'obligation d'avertir les civils à l'alinéa 2 (c) de cette disposition qui énonce que « dans le cas d'attaques pouvant affecter la population civile, un avertissement doit être donné en temps utile et par des moyens efficaces, à moins que les circonstances ne le permettent pas »¹⁷². L'expression « par des moyens efficaces » s'interprète selon les circonstances des conflits et nécessite de prendre en compte le synchronisme de l'attaque ainsi que la capacité d'évacuation des civils des zones concernées¹⁷³. De plus, même si les avertissements ont été convenablement transmis, les civils qui n'ont pas évacués sont tout même pleinement protégés par le droit international et les commandants militaires doivent par conséquent encore prendre toutes les précautions nécessaires pour éviter les pertes civiles, incluant la possibilité d'annuler l'attaque lorsqu'elle s'avère disproportionnée face aux avantages militaires escomptés¹⁷⁴. Passons maintenant à l'analyse des avertissements faits par Israël lors du conflit libanais à l'étude.

Le message diffusé en guise d'avertissement par plusieurs moyens, notamment par des tracts imprimés largués par avion, par des messages radio et par des messages enregistrés envoyés par téléphone, visait à faire évacuer les civils des zones qui seront cibles d'attaques¹⁷⁵. Cependant, les forces israéliennes n'ont pas donné d'avertissement efficace tel qu'exigé par le droit international humanitaire en ne laissant pas assez de temps pour que les civils puissent évacuer, seulement deux heures dans certains cas¹⁷⁶. De plus, ces tracts d'avertissement envoyés par Israël ne sont pas suffisants lorsqu'on considère que les civils voulant quitter les zones de combats font face à des attaques aériennes et de roquettes sur les routes qu'ils empruntent et plusieurs vont trouver la mort¹⁷⁷. D'ailleurs, puisque les forces israéliennes ont bombardé les routes, les ponts ainsi que les véhicules des civils, la capacité d'évacuation des civils était très négativement affectée¹⁷⁸.

Les avertissements d'attaques peuvent aussi avoir comme effet de créer une situation de panique au sein de la population civile et c'est pourquoi le droit international humanitaire interdit l'utilisation de la menace d'agressions violentes dans l'intention première de semer un climat de terreur¹⁷⁹. La Commission d'enquête mandatée par le Conseil des droits de

¹⁶⁹ Omidzamani, *supra* note 17, à la p 57

¹⁷⁰ Déclaration et Règlements de La Haye, *supra* note 9

¹⁷¹ Omidzamani, *supra* note 17, à la p 57

¹⁷² Protocole I, *supra* note 20

¹⁷³ Omidzamani, *supra* note 17, à la p 57

¹⁷⁴ *Ibid.*, à la p. 58

¹⁷⁵ *Ibid.*, à la p. 57

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Bottoms, *supra* note 28, à la p 53

¹⁷⁸ Omidzamani, *supra* note 17, à la p 57

¹⁷⁹ *Ibid.*, à la p 58

l'Homme de l'ONU indique expressément dans son rapport que les avertissements transmis par Israël ont contribué à ce climat de terreur, confirmant ainsi la non-conformité de ces messages¹⁸⁰. En somme, les avertissements d'Israël ne sont pas conformes au droit international humanitaire puisqu'ils n'ont pas laissés assez de temps aux civils pour évacuer et que ces derniers risquaient de se faire attaquer s'ils quittaient, car ils n'avaient pas accès à des corridors de sécurité¹⁸¹.

2.7 Intervention du Conseil de sécurité : Résolution 1701 du 11 août 2006

La résolution 1701 du Conseil de sécurité faite le 11 août 2006 n'est pas une résolution faite en vertu du Chapitre VII de la Charte tel que désiré par la France, mais tout au mieux vient établir une force robuste de maintien de la paix (FINUL)¹⁸². En effet, le Conseil de sécurité a augmenté par la biais de cette résolution les effectifs de la FINUL déjà présente sur le territoire libanais en augmentant le nombre de Casques bleus en ajoutant jusqu'à 15 000 soldats supplémentaires¹⁸³. Le mandat de la FINUL fut aussi prolongé jusqu'au 31 août 2006, puisque cette force devait à partir du 11 août se charger de « contrôler la cessation des hostilités », « d'accompagner et appuyer les forces armées libanaises à mesure de leur déploiement dans tout le Sud (...) », garder la partie sud du Liban libre de milices armées, aider l'acheminement de l'aide humanitaire ainsi que d'assister le gouvernement libanais à sécuriser ses frontières afin de prévenir l'entrée d'armements au pays¹⁸⁴. La véritable cessation des hostilités cependant n'a eu lieu que trois jours plus tard, soit le 14 août 2006¹⁸⁵.

CRITIQUE DE LA RÉOLUTION ET DU CONSEIL DE SÉCURITÉ

Premièrement, cette résolution du Conseil de sécurité ne se prononce pas sur la qualification des actions menées par Israël, ne parlant ni d'agression armée ni de légitime défense, mais d'« hostilités »¹⁸⁶. De plus, la résolution est un peu tardive, il a fallu en effet 31 jours de violences et de souffrances avant de pouvoir s'entendre et adopter une résolution¹⁸⁷. De plus, la résolution 1701 est critiquable sur le fait qu'elle laisse de nombreux problèmes en suspens tels que le problème des prisonniers libanais en Israël, la question de la souveraineté sur les fermes de Chebaa, la question de la responsabilité internationale ainsi que les violations du droit international humanitaire¹⁸⁸. En effet, Rafaâ Ben Achour, un auteur de doctrine en droit international, critique le fait que le conseil de sécurité a fait preuve d'un silence total face à la violation de la souveraineté territoriale du Liban par Israël, face à l'utilisation illégale par les forces israéliennes de bombes à fragmentation, face aux nombreux morts civils libanais, dont beaucoup de femmes et d'enfants, face aux infrastructures civiles détruites, face à la destruction d'installation de la FINUL, face à la pollution extrême du littoral marin du Liban suite au déversement de pétrole, etc.¹⁸⁹

¹⁸⁰ Rapport de la Commission d'enquête, *supra* note 63 ; Omidzamani, *supra* note 17, à la p 58

¹⁸¹ Omidzamani, *supra* note 17, à la p 58

¹⁸² Ronzitti, *supra* note 59, à la p 16

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Ronzitti, *supra* note 59, aux pp 16, 17 ; résolution 1701, *supra* note 100, point 11

¹⁸⁵ Ronzitti, *supra* note 59, à la p 14

¹⁸⁶ Aurescu, *supra* note 67, à la p 145

¹⁸⁷ Ben Achour, *supra* note 47, à la p 10

¹⁸⁸ *Ibid.*, aux pp 3, 10

¹⁸⁹ *Ibid.*, aux pp 12, 13

De plus, cette résolution n'établit qu'un cessez-le-feu « réversible », laissant par le vocabulaire utilisé la porte ouverte à une reprise des hostilités¹⁹⁰. En effet, on ordonne à Israël la cessation immédiate de « toutes les offensives militaires »¹⁹¹ (je souligne), laissant implicitement le champ libre pour les opérations défensives¹⁹². Cependant, depuis le début du conflit, Israël présente ses attaques comme étant défensives, découlant d'un droit de légitime défense¹⁹³. En interdisant seulement les « offensives » militaires, le Conseil de sécurité consacre implicitement la thèse israélienne de légitime défense, sans pour autant se fier aux critères juridiques requis ni même fournir de justification¹⁹⁴. D'ailleurs, ceci fut fortement critiqué par le ministre libanais des Affaires étrangères, M. Tarek qui affirma qu'un cessez-le-feu qui donne le droit à une partie de ne pas cesser de tirer ne constitue pas un véritable cessez-le-feu¹⁹⁵. Dans les faits, Israël a continué à agir militairement suite à l'adoption de la résolution 1701, notamment par la violation quotidienne de l'espace aérien libanais, par le renforcement des troupes israéliennes se trouvant à la frontière et en procédant périodiquement à des incursions en sol libanais¹⁹⁶. Bref, l'intervention du Conseil de Sécurité n'a pas été optimale pour la protection des civils lors du conflit libanais et pour la résolution à long terme du conflit entre les deux belligérants.

2.8 Analyse des violations d'Israël : Conseil des droits de l'Homme (ONU) et l'établissement d'une Commission d'enquête de haut niveau

Le 11 août 2006, le Conseil des droits de l'Homme (CDH) des Nations-Unis a adopté par 27 voix contre 11 (avec 8 abstentions) la résolution S-2/L.1 ayant pour titre « La grave situation des droits de l'homme au Liban causée par les opérations militaires israéliennes »¹⁹⁷. Le CDH condamne explicitement les graves violations du droit de l'Homme et du droit international humanitaire commises par Israël lors du conflit libanais de 2006. En effet, la résolution condamne « les opérations militaires israéliennes au Liban, qui constituent des violations flagrantes et systématiques des droits de l'homme des Libanais », affirme que le CDH est « *consterné* par les violations massives, par Israël, des droits de l'homme des Libanais, qui ont occasionné le massacre de milliers de civils » et condamne « *énergiquement* les attaques aériennes massives et frappant sans discrimination menées par Israël (...) »¹⁹⁸. Finalement, cette résolution du 11 août 2006 établit une Commission d'enquête de haut niveau composée d'experts juridiques mandatés de faire enquête sur le ciblage et la mort de civils libanais, d'examiner la conformité en droit international des types d'armes utilisées par Israël et d'évaluer l'étendue et les effets meurtriers des attaques israéliennes sur les vies humaines, les biens, les infrastructures essentielles et l'environnement¹⁹⁹.

CONCLUSION ET CRITIQUE DE LA COMMISSION D'ENQUÊTE

¹⁹⁰ *Ibid.*, à la p 10

¹⁹¹ Résolution 1701, *supra* note 100

¹⁹² Ben Achour, *supra* note 47, à la p 10

¹⁹³ *Ibid.*, à la p 11

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ Ben Achour, *supra* note 47, à la p 11

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ Résolution S-2/1 CDH, *supra* note 168

¹⁹⁸ Résolution S-2/1 CDH, *supra* note 168

¹⁹⁹ *Ibid.*

La Commission dénombre dans son rapport énormément de violations qui furent commises par Israël lors de ce conflit²⁰⁰. Ces experts mandatés d'examiner le conflit vont même jusqu'à dire que les attaques excessives menées par Israël contre les civils avaient pour but de donner une punition collective (*collective punishment*) à la population pour son support au Hezbollah²⁰¹.

De plus, d'un point de vue critique, le fait que la Commission a été mandatée uniquement pour examiner les actions d'Israël est problématique, car la compréhension du système de commandement du Hezbollah ainsi que de leurs objectifs stratégiques et militaires auraient été des éléments essentiels pour bien déterminer si les cibles détruites par Israël étaient excessives par rapport à l'avantage militaire²⁰². Bref, l'évaluation de la Commission d'enquête était politiquement déséquilibrée et substantivement inadéquate puisqu'une partie de l'information manquante était nécessaire pour une analyse juridique conforme au droit international²⁰³.

CONCLUSION

En définitive, la protection des civils en DIH était applicable au conflit libanais notamment puisqu'il s'agissait d'un conflit armé international. Les deux belligérants devaient par conséquent se conformer aux principes juridiques tels que la distinction, la nécessité militaire, le principe de précaution et les considérations d'humanité. L'analyse du conflit effectuée dans ce travail démontre clairement qu'il y a eu beaucoup de violations de ces principes, surtout par Israël. En effet, le bilan des pertes civiles démontre que la réponse d'Israël était excessive, conclusion d'ailleurs supportée par le Conseil des droits de l'Homme, par la Commission d'enquête sur le Liban et par la plupart des auteurs de doctrine.

De plus, il ne faut pas négliger l'importance de situer cette campagne israélienne au Liban dans son contexte historique puisque les tensions entre les deux parties au conflit perdurent depuis des décennies. La réponse agressive d'Israël en 2006 n'est probablement pas le fruit du hasard, puisque c'est en 2005 que le Hezbollah a augmenté sa puissance politique au sein de l'État libanais. Il est donc possible de s'imaginer que l'État israélien craignait la montée en puissance du Hezbollah (une organisation terroriste selon Israël) et l'augmentation de son influence sur la politique étrangère libanaise. L'élément déclencheur du conflit, soit l'enlèvement des soldats, doit être compris dans ce contexte puisqu'il ne s'agissait pas du premier cas d'enlèvement, pourquoi alors attaquer si vigoureusement en 2006 pour des événements qui sont déjà survenu dans le passé ? Finalement, il serait intéressant de mettre en relation, dans un autre travail, la protection des civils lors de ce conflit avec les arguments d'Israël de légitime défense, afin de voir quel est le niveau de pertes civiles acceptable pour pouvoir considérer qu'on se défend de manière légitime et non abusivement.

²⁰⁰ Rapport Commission d'enquête, *supra* note 63

²⁰¹ *Ibid.*, aux par 25, 88, 331

²⁰² Stewart, *supra* note 105, à la p 1041

²⁰³ Stewart, *supra* note 105, à la p 1041

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Convention concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre, 18 octobre 1907, La Haye, Convention (IX)

Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, 18 octobre 1907, La Haye, Convention (IV)

Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, Genève, Convention (IV)

Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, 3 et 4 décembre 1997, Ottawa

Convention 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, 10 octobre 1980, Genève

Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight, 29 Novembre au 11 Décembre 1868, Saint Petersburg

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977, Genève, Protocole I

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, 8 juin 1977, Genève, Protocole II

Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires, 10 octobre 1980, Genève, Protocole III

Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, A/CONF. 183/ 9.

JURISPRUDENCE

Affaire Tadic, (1995) TPIY (IT-94-01)

Affaire Aleksovki (1999), TPIY (IT-95-14/1)

Affaire Jelusic (1999) TPIY (IT-95-10)

Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, Cour internationale de justice, Avis consultatif du 8 juillet 1996 (C.I.J. Recueil 1996, p.66)

DOCTRINE : ARTICLES

Andreas Zimmermann, «The Second Lebanon WarL *Jus ad bellum, jus in bello* and the Issue of Proportionality» (2007) 11 Max Planck Y.B. U.N. L. 99 (HeinOnline)

Andrew Yuile, « At the Fault-Lines of Armed Conflict : The 2006 Israel-Hezbollah Conflict and the Framework of International Humanitarian Law » (2009) 16 Austl. Int'l L.J. 189 (HeinOnline)

Bogdan Aurescu, « Le conflit libanais de 2006. Une analyse juridique à la lumière des tendances contemporaines en matière de recours à la force » (2006) 52 Annuaire français de droit international 137 (Persee)

Casten Hoppe, «Who was calling whose shots? — Hezbollah and Lebanon in the 2006 armed conflict with Israel» (2006) 16 Italian Y.B. Int'l L. 21 (HeinOnline)

Catherine Bloom, « The classification of Hezbollah in both international and non-international armed conflicts » (2008) 14 Ann. Surv. Int'l & Comp. L 61 (HeinOnline)

Dominique Turpin, « Protection de la population civile contre les effets des hostilités » (1992) 23:4 Études internationales 797 (Érudit)

Georgina Redsell, « Illegitimate, unnecessary and disproportionate: Israel's use of force in Lebanon » (2007) 3 Cambridge Student Law Review 70 (HeinOnline)

James G. Stewart, « The UN Commission of Inquiry on Lebanon : A Legal Appraisal » (2007) 5 Journal of International Criminal Justice 1039 (HeinOnline)

Jennefer B. Bottoms, « When Close Doesn't Count: An Analysis of Israel's *Jus Ad Bellum* and *Jus In Bello* in The 2006 Israel-Lebanon War » (2009) 27-50-431 Army Law 23 (HeinOnline)
Ling-Yee Huang, «The 2006 Israeli-Lebanese conflict : a case study for protection of the environment in times of armed conflict » (2008) 20 Fla. J. Int'l L 103 (HeinOnline)

Mohsen Omidzamani, «Israel's attacks on southern Lebanon: Legal perspectives on the conduct of hostilities» (2008) 4:4 International Studies Journal 47 (HeinOnline)

Natalino Ronzitti, «The 2006 Conflict in Lebanon and International Law» (2006) 16 Italian Y.B. Int'l L. 3 (HeinOnline)

Rafaâ Ben Achour, « La résolution 1701 (2006) du Conseil de Sécurité : trop tard et trop peu ! » (2006) Actualité et Droit international (<http://www.ridi.org/adi>)

Stefan Kirchner, «Third Party Liability for Hezbollah Attacks against Israel» (2006) 7:9 German Law Journal 777 (HeinOnline)

Zachary Myers, «Fighting Terrorism: Assessing Israel's Use of Force in Response to Hezbollah » (2008) 45 San Diego L. Rev. 305 (HeinOnline)

AUTRE

Comité International de la Croix-Rouge. «Les Protocoles additionnels I et II aux Conventions de Genève». CICR. Janvier 2009. En ligne: [«http://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/additional-protocols-1977.htm»](http://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/additional-protocols-1977.htm)

Conseil des droits de l'Homme de l'ONU, *Résolution S-2/1: La grave situation des droits de l'homme au Liban causée par les opérations militaires israéliennes*, 11 août 2006

Conseil de Sécurité, résolution 1701, 5511e séance, 11 août 2006

Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck et al. «Droit international humanitaire coutumier - Volume I : règles», (2006) Comité international de la Croix-Rouge, Bruylant, p.991.

Rapport de la Commission d'enquête sur le Liban suivant la résolution S-2/1 du Conseil des droits de l'Homme de l'ONU, Doc. ONU A/HRC/3/2, 23 novembre 2006

Report of the Special Rapporteurs, Mission to Lebanon and Israel, UN Doc. A/HRC/2/7, 2 October 2006