

Treizième session
Genève, 6-10 mars 2006
Point 7 de l'ordre du jour
Restes explosifs de guerre

Groupe de travail sur les restes explosifs de guerre

**RAPPORT SUR LES RÉPONSES DES ÉTATS PARTIES AU QUESTIONNAIRE SUR
LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET LES RESTES EXPLOSIFS DE
GUERRE (DOCUMENT CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, DATÉ DU 8 MARS 2005)¹**

Document établi par l'Asia Pacific Centre for Military Law, de l'Université de
Melbourne (Australie), et présenté à la demande du Coordonnateur
pour la question des restes explosifs de guerre

Additif

**ANALYSE DES DONNÉES EMPIRIQUES SUR LES PRINCIPES
APPLICABLES DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE**

1. Dans le présent additif, on trouvera un résumé des réponses fournies par les États déclarants à la première partie du questionnaire, de même qu'une analyse de ces réponses et de ce qui en découle. Aucune déclaration ou réponse n'est attribuée nommément à l'un ou l'autre des États considérés, et seul le nombre d'États déclarants concernés est indiqué en tant que de besoin.
2. Dans la première partie du questionnaire, les États parties étaient invités à repérer les principes existants du droit international humanitaire applicables à l'emploi de la force pendant un conflit armé qu'ils jugent devoir prendre en considération lors de l'emploi de munitions, y compris les sous-munitions, qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre. On trouvera ci-après un résumé de leurs réponses, précédé d'une énumération des différents principes et règles du droit international humanitaire avec une indication du pourcentage des États déclarants ayant repéré chacun des principes et règles considérés:

¹ Établi par le professeur Tim McCormack sur la base des documents présentés et des transcriptions d'interventions faites oralement par les États parties, au 13 janvier 2006, en réponse au questionnaire établi par l'Australie, le Canada, les États-Unis d'Amérique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, la Suède et la Suisse, en consultation avec le Comité international de la Croix-Rouge.

Nécessité militaire	88 %
Humanité	42 %
Distinction	88 %
Discrimination	70 %
Juste proportion	97 %
Blessures superflues ou souffrances inutiles	76 %
Précautions dans l'attaque	55 %
Protection de l'environnement	48 %
Restriction	18 %
Réciprocité	9 %
Égalité	3 %

3. Dans le questionnaire, les États parties étaient invités à indiquer la source de ces principes et à informer le Groupe d'experts gouvernementaux si, selon eux, leurs obligations sont fondées sur la coutume internationale ou le droit conventionnel et, dans le dernier cas, sur quels traités et articles.

4. L'une des constatations les plus significatives que l'on puisse faire en analysant les réponses des États déclarants à la première partie du questionnaire, c'est qu'il y a un quasi-consensus quant à l'importance des «principes» généraux du droit international humanitaire et à leur applicabilité à l'emploi d'armes, en particulier de munitions ou de sous-munitions qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre. Tous les États déclarants ont noté le poids des principes du droit international humanitaire dans la prise de décisions concernant le déploiement de la force militaire. Puisque seuls 33 États ont répondu au questionnaire, il est impossible d'affirmer catégoriquement que tous les États parties à la Convention sur certaines armes classiques acceptent cette idée fondamentale, mais il demeure qu'aucun des États déclarants ne la révoque explicitement en doute. Par conséquent, le consensus qui se dégage des réponses reçues permet d'être optimiste quant à l'élaboration d'une entente commune sur la manière dont les «principes» généraux du droit international humanitaire peuvent être appliqués et mis en œuvre plus rigoureusement à l'avenir afin d'atténuer les effets tragiques des restes explosifs de guerre.

5. Toutefois, en dépit de ce consensus patent, il y a manifestement des incohérences significatives entre les conceptions des différents États déclarants, notamment dans la compréhension des principes pertinents, leur application concrète au problème des restes explosifs de guerre ainsi que les démarches suivies à l'échelon national pour exécuter les obligations juridiquement contraignantes en la matière.

6. Il y a de toute évidence une large confusion au sujet de la différence entre principes généraux du droit international humanitaire et règles précises juridiquement contraignantes. Les auteurs de la présente analyse s'efforcent d'explicitier cette différence, qui a d'importantes conséquences dans la pratique – en effet, il ne s'agit pas d'une obscure distinction théorique

sans aucun effet concret. Les principes généraux du droit international humanitaire ont pour fonction d'orienter la conduite des parties à un conflit armé, mais leur teneur a été précisée lors de l'élaboration des règles juridiquement contraignantes. Les infractions à ces règles juridiquement contraignantes peuvent constituer des crimes de guerre, de telle sorte que leurs auteurs directs et les commandants qui en ordonnent la commission ou n'exercent pas leur autorité pour y mettre fin seront tenus pour pénalement responsables et s'exposeront à des poursuites judiciaires.

7. Ces règles s'appliquent à l'emploi d'armes qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre tout comme à l'emploi de n'importe quel type d'armes. Ces règles contraignantes précises du droit international humanitaire sont bien plus que des principes nébuleux sans teneur réelle, susceptibles de servir aux États d'écran de fumée derrière lequel ils puissent se cacher commodément lorsqu'il s'agit du problème des restes explosifs de guerre. L'opinion exige sans cesse que ces règles contraignantes soient observées rigoureusement et est prête à condamner à juste titre toute infraction à ces règles et à demander que leurs auteurs en rendent compte dans la transparence.

8. Les auteurs de la présente analyse passent en revue les «principes» du droit international humanitaire et cherchent à expliciter la manière dont ces principes devraient régir l'emploi d'armes qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre. Ils ont fait fond sur les travaux antérieurs du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), du Centre international de déminage humanitaire de Genève et de commentateurs des milieux universitaires en essayant de fournir aux États déclarants quelques lumières et un concours.

9. Les auteurs du présent rapport s'efforcent également d'analyser les démarches suivies à l'échelon national par les États déclarants lorsqu'ils appliquent les règles juridiquement contraignantes du droit international humanitaire au problème des restes explosifs de guerre. Or il y a une grande diversité de démarches, qui tient en partie au fait que les États n'ont pas tous les mêmes obligations conventionnelles. Bien entendu, le droit international ne prescrit jamais la manière dont les États ont à exécuter leurs obligations juridiques sur le plan interne, mais les États parties à la Convention sur certaines armes classiques peuvent sans doute beaucoup apprendre de la démarche suivie par d'autres sur ce plan.

Nécessité militaire et humanité, en tant que principes généraux

Données empiriques sur les principes de nécessité militaire et d'humanité

10. Pour 88 % des États déclarants, le principe de nécessité militaire intéresse l'emploi d'armes qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre. Sur ce nombre, 46 % ont indiqué dans leur réponse les fondements de cette obligation. Il ressort des réponses que le principe de nécessité militaire découle tant de la coutume que du droit conventionnel, comme suit:

Coutume internationale	31 %
Règlement de La Haye de 1907 ² , article 23	23 %
Conventions de Genève de 1949 ³	8 %
Protocoles additionnels aux Conventions de Genève ⁴	8 %

11. Pour le CICR et certains commentateurs des milieux universitaires, la nécessité militaire est un principe général qu'il s'agit de concilier avec le principe d'humanité. Dans le document qu'il a présenté en 2005 au Groupe d'experts gouvernementaux⁵, le CICR renvoie au dispositif de la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868⁶ pour illustrer l'interaction entre les principes généraux de nécessité militaire et d'humanité dans l'un des premiers instruments juridiques régissant la conduite de la guerre. Dans les parties pertinentes du préambule et du dispositif de la Déclaration, il est dit ce qui suit:

² Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (Convention IV) et annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, ouverte à la signature le 18 octobre 1907, Consolidated Treaty Series (ConTS), vol. 205, p. 277 (entrée en vigueur le 26 janvier 1910) («Règlement de La Haye»).

³ Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, ouverte à la signature le 12 août 1949, Recueil des traités des Nations Unies (UNTS), vol. 75, p. 31 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) («Convention I de Genève»); Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, ouverte à la signature le 12 août 1949, UNTS, vol. 75, p. 85 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) («Convention II de Genève»); Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, ouverte à la signature le 12 août 1949, UNTS, vol. 75, p. 135 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) («Convention III de Genève»); Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, ouverte à la signature le 12 août 1949, UNTS, vol. 75, p. 287 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) («Convention IV de Genève») (désignées collectivement «Conventions de Genève»).

⁴ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, ouvert à la signature le 8 juin 1977, recueil des traités des Nations Unies, vol. 1125, p. 3 (entré en vigueur le 7 décembre 1978) («Protocole additionnel I»); Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, ouvert à la signature le 8 juin 1977, recueil des traités des Nations Unies, vol. 1125, p. 609 (entré en vigueur le 7 décembre 1978) («Protocole additionnel II»).

⁵ CICR, *Règles et principes existantes du droit international humanitaire s'appliquant à l'emploi de munitions qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre*, document CCW/GGE/XI/WG.1/WP.7 (28 juillet 2005).

⁶ Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre (soit de tout projectile d'un poids inférieur à 400 g) (Saint-Petersbourg, 11 décembre 1868).

«... ayant fixé, d'un commun accord, les limites techniques où les nécessités de la guerre doivent s'arrêter devant les exigences de l'humanité, ... les Parties contractantes ou accédantes se réservent de s'entendre ultérieurement, toutes les fois qu'une proposition précise serait formulée en vue des perfectionnements à venir que la science pourrait apporter dans l'armement des troupes, afin de maintenir les principes qu'elles ont posés et de concilier les nécessités de la guerre avec les lois de l'humanité.»

12. Le principe d'humanité a été jugé pertinent par 42 % des États déclarants. Environ la moitié de ces États ont indiqué que ce principe découlait pour eux tant de la coutume que du droit conventionnel, comme suit:

Coutume internationale	14 %
Protocole additionnel I aux Conventions de Genève	14 %
Protocoles I, II modifié, III et IV ⁷ , annexés à la Convention sur certaines armes classiques	14 % chacun
Règlement de La Haye de 1907, clause de Martens	14 %

13. Le CICR a noté que le principe général d'humanité restreint, pendant un conflit armé, les actions pour lesquelles il n'existe aucune règle spécifique du droit international humanitaire. De l'avis du CICR, le principe d'humanité ressort tout particulièrement de la clause de Martens figurant dans le préambule de la Convention (IV) de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, selon laquelle:

«En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'il résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique.»

14. Le texte originel de la clause de Martens de 1907 a été repris et adapté dans le paragraphe 2 de l'article premier du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, qui dispose ce qui suit:

«Dans les cas non prévus par le présent Protocole ou par d'autres accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique.»

⁷ Protocole IV annexé à la Convention sur certaines armes classiques, relatif aux armes à laser aveuglantes, ouvert à la signature le 13 octobre 1995, document CCW/CONF.I/16 (Part I) (entré en vigueur le 30 juillet 1998).

Nécessité militaire et humanité, en tant que principes liés

15. La nécessité militaire et l'humanité sont deux principes directeurs du droit international humanitaire. Celui de **nécessité militaire** justifie l'emploi de la force militaire létale à des fins militaires légitimes – contre les combattants de l'adversaire et des objectifs militaires. Par contraste, celui d'**humanité** interdit d'infliger des souffrances, des blessures ou des destructions qui ne sont pas effectivement nécessaires à la réalisation de buts militaires légitimes. Ces deux principes coexistent, parfois en contradiction; la définition la plus précise du rapport entre ces deux principes généraux est donnée dans la règle générale énoncée à l'article 22 de la Convention IV de La Haye de 1907, qui a été reprise au paragraphe 1 de l'article 35 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, lequel dispose que, «dans tout conflit armé, le droit des parties au conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité». Les restrictions qui s'appliquent au choix des méthodes et moyens découlent des notions d'humanité. Dans la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, par laquelle a été interdit l'emploi de projectiles explosifs d'un poids inférieur à 400 g, les parties aux négociations ont affirmé dans le préambule qu'elles avaient «fixé, d'un commun accord, les limites techniques où les nécessités de la guerre doivent s'arrêter devant les exigences de l'humanité». Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu en 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, la Cour internationale de Justice a réaffirmé ces principes cardinaux du droit international humanitaire, qui s'appliquent, à son sens, non seulement aux armes nucléaires mais aux armes de toute sorte⁸.

16. Les principes généraux de nécessité militaire et d'humanité sont aussi conciliés dans la définition des obligations précises qui incombent aux États. En fait, le principe d'humanité restreint le principe de nécessité militaire en visant à atténuer les souffrances des victimes de conflits armés et à réduire autant que faire se peut les effets de tels conflits sur la population civile. Dans la formulation de règles et d'obligations précises, telle que l'interdiction de prendre délibérément les civils pour cible, l'interdiction des attaques sans discrimination, la règle de la juste proportion et l'obligation de prendre des précautions dans l'attaque, le principe de nécessité militaire a été tempéré par le principe d'humanité. Toutefois, ainsi qu'il ressort des affirmations du CICR qui ont été évoquées ci-dessus, même dans les situations où il n'y a ni règles ni obligations précises, le principe d'humanité vient freiner, d'une manière générale, l'invocation de la nécessité militaire pour justifier l'emploi de la force létale.

17. Les États déclarants ont donné des principes généraux de nécessité militaire et d'humanité des interprétations quelque que peu différentes. Certains ont mis l'accent sur le rapport entre ces deux principes en affirmant que le droit international humanitaire reflète un compromis entre nécessité militaire et humanité dans le but d'atténuer les souffrances des êtres humains et de réduire autant que faire se peut les répercussions des conflits sur les personnes protégées. D'autres paraissent les considérer comme étant des principes distincts et particuliers.

⁸ Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (avis consultatif) [1996], répertoire de la CIJ, par. 77 et 78. Le texte peut en être consulté à l'adresse suivante: <http://www.icj-cij.org>.

i) *Interprétation du principe de nécessité militaire et application aux restes explosifs de guerre*

18. Pour 88 % des États ayant répondu au questionnaire sur le droit international humanitaire, il est pertinent d'appliquer le principe de nécessité militaire à l'emploi de munitions ou de sous-munitions qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre. Un pourcentage aussi élevé de réponses affirmatives confirme la valeur que les États attachent à ce principe lorsqu'ils planifient ou exécutent des attaques à l'aide de munitions explosives.

19. Aucun des États déclarants n'a exclu l'applicabilité du principe de nécessité militaire. Toutefois, certains d'entre eux n'ont pas précisé qu'ils le jugent pertinent dans le cas des restes explosifs de guerre. Il ressort des réponses que la nécessité militaire est conçue d'une manière générale comme un principe qui permet aux parties à un conflit armé d'employer la force létale en tant que de besoin pour réaliser le but légitime du conflit. Le but légitime de tout conflit est d'obtenir dès que possible la soumission complète ou partielle de l'ennemi par la force des armes eu égard à des règles juridiques. Il en découle notamment que, pour certains États déclarants, les munitions en grappe sont une arme militairement efficace, de sorte que tout problème de restes explosifs de guerre attendu ou prévu que poseraient des sous-munitions défailtantes ne serait pas excessif par rapport à l'avantage militaire que l'on peut attendre de leur emploi. Aucun des États déclarants n'a révoqué en doute l'idée que le fait de tuer des combattants de l'adversaire et d'autres personnes dont la mort est inévitable pourrait être considéré comme étant nécessaire à la réalisation de l'objectif militaire et serait donc justifié par le principe de nécessité militaire.

20. L'un des États déclarants a indiqué en outre que la destruction de biens peut être acceptée si les nécessités de la guerre l'exigent impérativement, mais que la destruction sans discrimination de biens constitue une violation du droit international humanitaire et n'est pas acceptable. Pour qu'une attaque contre des biens puisse être justifiée par ce principe, il faut qu'il existe un lien raisonnable entre le fait de prendre pour cible les biens (ou un objectif militaire quelconque qui est physiquement très proche des biens) et la mise hors combat des forces ennemies.

21. Nombre d'États déclarants ont précisé que la nécessité militaire ne saurait servir de prétexte pour déroger aux règles des conflits armés ou s'en écarter afin d'obtenir un avantage militaire. Il ressort des réponses que, pour les États, le principe de nécessité militaire doit être considéré conjointement avec d'autres règles et obligations du droit international humanitaire, puisque cela ne justifie jamais un emploi de la force qui serait contraire à d'autres principes de ce droit.

ii) *Interprétation du principe d'humanité et application aux restes explosifs de guerre*

22. Pour 42 % des États déclarants, le principe d'humanité s'applique au problème des restes explosifs de guerre. Certains d'entre eux ont noté la relation entre nécessité militaire et humanité, en déclarant que le droit international humanitaire reflète un compromis entre ces deux principes. D'autres se sont dits convaincus que le principe d'humanité est distinct et qu'il interdit d'infliger des souffrances, des blessures ou des destructions qui ne sont pas effectivement nécessaires à la réalisation d'objectifs militaires légitimes.

23. L'un des États déclarants a indiqué deux manières de comprendre le principe d'humanité: celui-ci peut être conçu, premièrement, comme étant à la base même du droit international humanitaire et, deuxièmement, comme un principe additionnel qui doit orienter les décisions et les actions des forces militaires dans les situations qui ne sont pas couvertes par les règles de la coutume ou du droit conventionnel. L'État considéré a précisé que, pour lui, le principe d'humanité était à la fois l'un et l'autre.

Protection contre les restes explosifs de guerre offerte par les principes de nécessité militaire et d'humanité

24. Il ressort des réponses au questionnaire que certaines armes, sans être illicites en soi, ont néanmoins des effets qui pourraient être jugés illicites si leur emploi ne pouvait être justifié par la légitime nécessité militaire.

25. En ce qui concerne spécifiquement les munitions en grappe, l'un des États déclarants a maintenu qu'il faut interdire l'emploi de telles munitions d'une manière qui inflige des souffrances, des blessures ou des destructions inutiles, que la catastrophe humanitaire soit due à l'impact direct des munitions au moment de l'attaque ou aux effets de ces munitions lorsqu'elles deviennent des restes explosifs de guerre. En l'absence d'un régime conventionnel qui interdise spécifiquement les munitions en grappe ou, à tout le moins, en réglemente l'emploi, les États vont évidemment faire fond sur des principes généraux pour appuyer leur avis sur ces armes. Certains États parties à la Convention souhaitent continuer à employer des munitions en grappe en raison de leur prétendue utilité militaire et donc s'emploieront très activement à faire accepter l'idée que le principe de nécessité militaire est un principe général *permissif*, en l'absence d'une interdiction spécifique. D'autres États, opposés à l'emploi de munitions en grappe, invoqueront le principe général d'humanité pour mettre en avant les conséquences humanitaires déléteres de l'emploi de telles armes – en particulier du fait du problème des restes explosifs de guerre. Les règles et obligations spécifiques du droit international humanitaire qui s'appliquent en l'occurrence sont elles-mêmes le produit d'un équilibre délicat des principes généraux de nécessité militaire et d'humanité. Les auteurs du présent rapport examinent dans les pages qui suivent les règles pertinentes et offrent leur propre analyse de leur efficacité face au problème des restes explosifs de guerre, en indiquant au besoin s'il faudrait envisager de nouvelles dispositions conventionnelles régissant spécifiquement les restes explosifs de guerre.

Distinction et discrimination

Données empiriques sur les règles de la distinction et de la discrimination

26. Des 88 % d'États déclarants ayant reconnu que le principe de distinction s'applique au problème des restes explosifs de guerre, les trois quarts ont indiqué la source de leur obligation. Là encore, les réponses font apparaître une combinaison de sources comprenant tant la coutume que le droit conventionnel:

Coutume internationale	14 %
Convention et Règlement de La Haye de 1907	14 %
Protocole additionnel I, article 44	5 %
Protocole additionnel I, article 48	24 %
Protocole additionnel I, article 51	19 %
Protocole additionnel I, article 52	5 %
Protocole additionnel I, article 57	5 %
Déclaration de Saint-Pétersbourg	5 %
Résolution 2444 de l'Assemblée générale des Nations Unies ⁹	5 %
Résolution 2675 de l'Assemblée générale des Nations Unies ¹⁰	5 %

27. Dans son étude sur le droit coutumier (*Customary Law Study*), le CICR définit comme suit la règle de la distinction établie par la coutume:

Règle 1. Les parties à un conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants. Les attaques ne doivent être dirigées que contre les combattants. Elles ne doivent pas être dirigées contre la population civile.

Règle 7. Les parties à un conflit doivent en tout temps faire la distinction entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires. Les attaques ne doivent être dirigées que contre des objectifs militaires. Elles ne doivent pas être dirigées contre des biens de caractère civil.

28. Le CICR note que cette règle coutumière qui impose de faire la distinction entre civils et combattants a été énoncée pour la première fois dans la Déclaration de Saint-Pétersbourg, dans le préambule de laquelle les États parties considèrent «que le seul but légitime que les États doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi». Le CICR note également que le Règlement de La Haye ne précise pas expressément qu'une distinction doit être faite entre civils et combattants, cependant que l'article 25 du Règlement, qui interdit «d'attaquer ou de bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus», est fondé sur ce principe. La règle de la distinction établie par la coutume est réaffirmée dans le droit conventionnel, dans les articles 48, 51, par. 2, et 52, par. 2, du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, dans l'article 13, par. 2, du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève, de même que dans le Protocole II

⁹ Résolution 2444 (XXIII) de l'Assemblée générale, document des Nations Unies A/RES/2444 (XXIII) (19 décembre 1968).

¹⁰ Résolution 2675 (XXV) de l'Assemblée générale, document des Nations Unies A/RES/2675 (XXV) (9 décembre 1970).

modifié et le Protocole III annexés à la Convention sur certaines armes classiques (art. 3, par. 7, et art. 2, par. 1).

29. Pour 70 % des États déclarants, la règle de la discrimination est étroitement liée à celle de la distinction et s'applique également à l'emploi de munitions qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre. Soixante-et-onze pour cent des États qui ont exprimé cet avis ont précisé l'origine de ce principe: pour eux, encore une fois, la règle considérée est attestée tant dans la coutume que dans le droit conventionnel:

Coutume internationale	35 %
Protocole additionnel I, article 51	18 %
Protocole additionnel I, article 51, paragraphe 4	29 %
Protocole additionnel I, article 51, paragraphe 5	6 %
Protocole II modifié annexé à la Convention sur certaines armes classiques, art. 3, par. 8	12 %
Statut de Rome de la Cour pénale internationale ¹¹ , art. 8, par. 2, al. <i>b</i> xx)	6 %

30. Pour le CICR, la règle de la distinction relève de la coutume internationale, ainsi qu'il ressort des règles 11 à 13 et 71 qu'il énonce dans son étude. Ces règles sont les suivantes:

Règle 11. Les attaques sans discrimination sont interdites.

Règle 12. Les attaques sans discrimination s'entendent:

- a) Des attaques qui ne sont pas dirigées contre un objectif militaire précis;
- b) Des attaques dans lesquelles sont employés des méthodes ou moyens de combat qui ne peuvent être dirigés contre un objectif militaire précis; ou
- c) Des attaques dans lesquelles sont employés des méthodes ou moyens de combat dont les effets ne peuvent pas être limités comme le prescrit le droit international humanitaire;

et qui sont, en conséquence, dans chacun de ces cas, propres à frapper indistinctement des objectifs militaires et des personnes civiles ou des biens de caractère civil.

Règle 13. Les attaques par bombardement, quels que soient les méthodes ou moyens employés, qui traitent comme un objectif militaire unique un certain nombre d'objectifs militaires nettement espacés et distincts, situés dans une ville,

¹¹ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, ouverte à la signature le 17 juillet 1998, UNTS, vol. 2187, p. 3 (entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002).

un village ou toute autre zone contenant une concentration analogue de personnes civiles, sont interdites.

Règle 71. Il est interdit d'employer des armes qui, de par leur nature, frappent sans discrimination.

31. Le CICR partage l'avis de la majorité des États, selon lequel l'interdiction des attaques sans discrimination est codifiée aux paragraphes 4 et 5 a) de l'article 51 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, ainsi qu'au paragraphe 8 de l'article 3 du Protocole II modifié annexé à la Convention sur certaines armes classiques.

Interprétation des règles de la distinction et de la discrimination et application aux restes explosifs de guerre

32. La règle de la distinction requiert que les parties à un conflit distinguent, en tout temps, entre civils et combattants ainsi qu'entre objectifs militaires et biens de caractère civil. Il est interdit de prendre délibérément pour cible ou d'attaquer volontairement la population civile ou des biens de caractère civil.

33. Il ressort des réponses au sujet de la règle de la distinction que les États sont nombreux à penser que cette dernière est étroitement liée au prétendu «principe» de discrimination, qui revient en fait à une interdiction rigoureuse des attaques sans discrimination. De nombreux États estiment que la distinction est au centre de l'interdiction des attaques sans discrimination. L'un des États déclarants a maintenu que la distinction et la discrimination devraient être considérées comme formant un seul principe. Il serait peut-être plus exact de dire que l'obligation incombant à toutes les parties à un conflit de distinguer les civils des combattants recouvre deux interdictions rigoureuses, à savoir l'interdiction des attaques délibérées contre la population civile et l'interdiction des attaques sans discrimination.

34. Il est évident que toute attaque utilisant des munitions censées d'emblée devenir des restes explosifs de guerre et présenter par ce biais une menace pour la population civile constituerait à la fois une violation de l'interdiction de prendre délibérément pour cible des civils et un crime de guerre¹². Il s'agit là d'une hypothèse extrême. La vaste majorité des munitions non explosées qui ont créé un problème de restes explosifs de guerre n'ont pas été dirigées délibérément contre des civils. Il ne faut pas supposer pour autant que la volonté délibérée de ce faire est inimaginable. Il importe de reconnaître que toute atrocité de cette nature devrait être qualifiée comme telle et que les responsables devraient être appelés à en rendre compte au pénal.

35. Il est bien plus courant qu'un problème de restes explosifs de guerre soit créé par le biais d'attaques légitimes contre des combattants et des objectifs militaires de l'ennemi. En fait, il s'agit de déterminer si l'interdiction des attaques sans discrimination s'applique aux armes dont on peut attendre qu'elles deviennent des restes explosifs de guerre. L'un des États déclarants a soutenu que les munitions ou sous-munitions qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre ne devraient pas être employées lorsqu'il n'est pas possible de distinguer, au moment de

¹² Voir, par exemple, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 8, par. 2, al. b i) et ii) et al. e i).

l'attaque, les objectifs militaires des personnes ou des biens protégés. Selon un autre État, en cas de doute, il convient de supposer que tout bien servant normalement à des fins civiles ne saurait apporter une contribution effective à l'action militaire.

36. Les munitions à employer pendant un conflit doivent être choisies de manière à ne pas saper la règle suivant laquelle il importe de distinguer les objectifs militaires des civils et biens de caractère civil. L'un des États déclarants a affirmé qu'il faudrait interdire l'emploi d'armes que l'utilisateur ne peut pas contrôler. Les bombes en grappe et leurs sous-munitions ont été considérées comme intéressant tout particulièrement l'interdiction des attaques sans discrimination. Les bombes en grappe sont difficiles à contrôler du fait qu'elles sont conçues pour exercer leurs effets sur une grande superficie et risquent donc fort d'avoir un impact sur les civils et les biens de caractère civil, en particulier lorsqu'elles sont employées contre des objectifs militaires situés dans des zones où se trouvent des civils, de même qu'après la cessation des hostilités, lorsque les civils tentent de regagner la zone où se sont déroulées les opérations militaires. Le fait d'employer près des civils et des biens de caractère civil des munitions susceptibles d'être défaillantes ou dont on sait qu'elles présentent un taux élevé de ratés est contraire à l'interdiction des attaques sans discrimination. On ne saurait avoir l'assurance que de telles munitions frapperont uniquement les objectifs militaires visés, en particulier lorsqu'elles sont employées dans des zones où se trouvent des civils ou dont on sait qu'elles sont fréquentées par des civils lorsque des combats ne s'y déroulent pas.

37. L'un des États déclarants a affirmé au contraire que l'emploi de sous-munitions ne contrevient pas au principe de distinction. Selon cet État, seul un pourcentage négligeable des sous-munitions employées au cours d'opérations militaires sont défaillantes et, lorsqu'elles n'éclatent pas et deviennent des restes explosifs de guerre, elles présentent un danger uniquement lorsque les civils les *manipulent* délibérément, à la différence des mines terrestres antipersonnel qui tuent et mutilent sans discrimination lorsqu'elles sont déclenchées par des victimes innocentes après la fin des hostilités. L'un des États déclarants a maintenu qu'il «serait erroné de prétendre que l'emploi de sous-munitions contrevient systématiquement au principe de discrimination dès lors que, au moment de l'utilisation même de ce type d'arme, les objectifs visés – et affectés à titre principal – sont bien militaires».

38. Cependant, plusieurs États ont souligné que l'emploi de sous-munitions continue de présenter un risque important pour les êtres humains, même lorsque ces armes sont dirigées contre des cibles militaires. L'un des États déclarants a affirmé que l'emploi de sous-munitions pose problème même lorsque celles-ci sont dirigées contre des cibles militaires: en raison de leur zone d'impact large, elles risquent de frapper le personnel civil et des biens de caractère civil se trouvant près des objectifs militaires. Pour un autre État, l'emploi d'armes à sous-munitions dans des zones très peuplées pose de gros problèmes, à plus forte raison s'il s'agit de sous-munitions présentant un taux de ratés élevé, car elles sont conçues pour frapper une superficie plus large et risquent donc plus fortement d'avoir un impact sur les civils ou des biens de caractère civil comme sur des cibles militaires.

39. Le CICR est d'avis que les caractéristiques des sous-munitions font qu'elles présentent un danger immédiat pour les civils au moment de l'attaque. Il mentionne en particulier les munitions en grappe, qui se dispersent largement, libèrent un grand nombre de sous-munitions et sont sensibles aux conditions dans lesquelles elles sont lancées (vent, altitude et vitesse aérodynamique). Ces facteurs font qu'il est difficile, sinon impossible, de l'avis du CICR, de

distinguer les objectifs militaires des civils dans une zone peuplée qui serait prise pour cible¹³. L'un des États déclarants a affirmé que le taux élevé de ratés et l'impossibilité de frapper des cibles avec précision présente un risque constant, fait qui milite d'autant plus pour le remplacement de ces armes par d'autres qui auraient un impact moins délétère sur la population civile.

40. Les **effets** des attaques utilisant des sous-munitions présentent aussi un gros risque pour les êtres humains, même lorsque ces attaques sont dirigées contre des objectifs militaires. Cela tient au taux élevé de sous-munitions défailtantes, qui produisent des quantités importantes de munitions non explosées, lesquelles constituent «un risque durable, aveugle et non maîtrisé» pour les civils. Deux des États déclarants ont soutenu que la possibilité de défailtances n'est pas contraire au principe de discrimination, puisque c'est à moyen et à long terme que de telles armes exercent des effets sans discrimination. Plusieurs États déclarants ont reconnu que les effets de sous-munitions qui sont défailtantes posent effectivement un problème. À ce titre, l'un des États a mis en lumière la nécessité de restreindre ces effets aux seules cibles militaires. Cet État a préconisé certaines mesures, telles que la restriction de la zone d'emploi et la limitation de la durée de vie utile de munitions et de sous-munitions qui sont susceptibles de devenir des restes explosifs de guerre.

41. L'un des États a déclaré que la règle de la discrimination revêt une importance particulière en ce qui concerne l'emploi de munitions en grappe, car elle interdit «les attaques par bombardement, quels que soient les méthodes ou moyens utilisés, qui traitent comme un objectif militaire unique un certain nombre d'objectifs militaires nettement espacés et distincts situés dans une ville, un village ou toute autre zone contenant une concentration analogue de personnes civiles ou de biens de caractère civil»¹⁴. Cet État a avancé l'idée d'établir une interdiction générale de l'emploi de munitions en grappe contre les objectifs militaires situés dans des zones où se trouvent des civils.

42. Si les munitions en grappe étaient déployées uniquement contre des cibles militaires loin des zones où se trouvent des civils, il n'y aurait pas de discussion sur leur rapport avec l'interdiction des attaques sans discrimination. Le fait qu'il est théoriquement possible de les employer ainsi incitera certains États à continuer de maintenir avec force que ces armes ne sont pas interdites en vertu des principes existants du droit international humanitaire et ne devraient pas faire l'objet d'une interdiction conventionnelle spécifique. Malheureusement, il est tout simplement irréaliste de croire que des munitions en grappe puissent être employées exclusivement contre des cibles «purement» militaires, et nombre de munitions en grappe ont été employées dans des conflits récents contre des cibles militaires se trouvant très proches de zones habitées par des civils. Le débat sur les munitions en grappe et l'interdiction des attaques sans discrimination est au cœur de la question de savoir si les principes existants du droit international humanitaire sont suffisants pour régler le problème des restes explosifs de guerre. Les États pour qui les munitions en grappe ont une grande utilité militaire cherchent à souligner l'importance du principe de nécessité militaire, tandis que les États (et organisations internationales et non

¹³ CICR, document CCW/GGE/XI/WG.1/WP.7 (28 juillet 2005).

¹⁴ Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, art. 51, par. 5, al. a.

gouvernementales) que préoccupent les conséquences humanitaires déléteres de l'emploi de munitions en grappe cherchent à mettre en avant l'importance du principe général d'humanité.

Juste proportion

Données empiriques sur la règle de la juste proportion

43. Pour 97 % des États déclarants (soit la proportion la plus forte de réponses au sujet de l'un quelconque des prétendus principes du droit international humanitaire), la règle de la juste proportion intéresse l'emploi de munitions qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre. Toutefois, sur ce nombre, seuls 45 % ont précisé la source de cette obligation. Il ressort des réponses que, pour les États, tant la coutume que le droit conventionnel sont à la base du «principe» de juste proportion:

Coutume internationale	21 %
Protocole additionnel I, article 51	36 %
Protocole additionnel I, article 57	29 %
Protocole II modifié annexé à la Convention sur certaines armes classiques, article 3	7 %
Règlement de La Haye de 1907, article 23	7 %

44. Dans son étude sur le droit coutumier, le CICR formule comme suit la règle de la juste proportion telle qu'elle est issue de la coutume:

Règle 14. Il est interdit de lancer des attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu.

45. Le CICR indique que la règle coutumière de la juste proportion dans l'attaque est codifiée au paragraphe 5, alinéa *b*, de l'article 51 du Protocole additionnel I, puis repris à l'article 57, et figure également au paragraphe 8 de l'article 3 du Protocole II modifié annexé à la Convention sur certaines armes classiques.

Interprétation de la règle de la juste proportion et application aux restes explosifs de guerre

46. La règle de la juste proportion sert à déterminer la licéité de toute attaque armée susceptible de faire des victimes dans la population civile. Si ce principe reconnaît que des attaques contre des objectifs militaires peuvent causer des blessures aux civils ou des dommages aux biens de caractère civil, il requiert que les parties s'abstiennent de lancer des attaques dont on peut escompter qu'elles aient incidemment sur les civils un impact bien trop important par rapport à l'avantage militaire attendu. Toute attaque «dont on peut attendre qu'[elle cause] incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et

dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu»¹⁵ constituerait un crime de guerre dont les auteurs devraient répondre au pénal¹⁶.

47. Bien que la règle de la juste proportion soit très largement reconnue, les réponses au questionnaire font apparaître des incohérences dans l'interprétation de ce principe et son application au problème des restes explosifs de guerre.

48. Selon l'un des États déclarants, il n'y a lieu d'appliquer le principe de juste proportion que lorsque l'attaque risque d'affecter les civils. Si la cible est purement militaire, il est inutile de procéder à une analyse de l'attaque eu égard au principe de juste proportion. Plusieurs États déclarants ont indiqué en outre que, en appliquant la règle de la juste proportion, les commandants militaires ne sont pas censés peser les pertes *effectives* et l'avantage militaire direct *effectivement* obtenu. Au contraire, ils sont censés mesurer les pertes en vies humaines dans la population civile et les dommages causés aux biens de caractère civil qui sont *attendus* et l'avantage militaire direct *attendu*. Cela soulève la question de savoir quelles sont les variables possibles et quels facteurs doivent être pris en considération dans le calcul de la proportion – en particulier en ce qui concerne les restes explosifs de guerre.

49. L'application du principe de juste proportion soulève le point de savoir quelle quantité de munitions doit être déployée. L'un des États déclarants a indiqué que les munitions employées doivent être ramenées à la quantité nécessaire pour assurer le succès de l'action militaire. Il serait excessif d'employer des quantités de munitions ou de sous-munitions supérieures à celles qui s'imposent pour assurer le succès d'une mission.

50. Il ressort des réponses que, pour pouvoir bien appliquer la règle de la juste proportion, ceux qui planifient les opérations militaires doivent connaître les caractéristiques des armes qui seront employées. Il conviendrait de leur fournir des données telles que le taux de ratés probable et, partant, la probabilité selon laquelle les armes deviendront des restes explosifs de guerre, ainsi que des informations sur tous mécanismes d'autoneutralisation ou d'autodestruction dont les munitions seraient équipées.

51. Les études faites par le CICR sur les munitions en grappe font apparaître un taux élevé de restes explosifs de guerre produits par l'emploi de telles armes. Le fait de les utiliser près des civils ou dans une zone que les civils vont sans doute regagner après la cessation des hostilités pose des difficultés particulières en ce qui concerne l'application de la règle de la juste proportion. Dans de telles circonstances, il importe de prendre en considération le taux de ratés attendu et la zone de dispersion probable des sous-munitions. De l'avis de certains des États déclarants, on peut prévoir et l'on doit attendre que tout reste explosif de guerre laissé sur le terrain après une attaque tuera ou blessera des civils et causera des dommages à des biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et préjudices. Il est probable qu'un système d'armes dont le taux de défaillance est élevé, comme les bombes à sous-munitions, produise d'autant plus de restes explosifs de guerre et, partant, des dommages incidents bien plus importants, lorsque les ratés finissent par éclater. Le point de savoir si cela est excessif par

¹⁵ Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, art. 51, par. 5, al. *b*.

¹⁶ Voir, par exemple, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 8, par. 2, al. *b* iv).

rapport à l'avantage militaire dépendra de la situation et doit être évalué au cas par cas. Un État indique, quant à l'avantage militaire attendu, que plus l'on accorde d'importance à la cible militaire visée et plus l'on est prêt à admettre l'éventualité de gros dommages incidents.

52. La question de savoir si un commandant militaire doit prendre en considération les effets attendus à plus long terme sur le plan humanitaire en appliquant la règle de la juste proportion a été soulevée par plusieurs États déclarants. L'un d'entre eux a noté que cette question fait encore l'objet d'un débat international et qu'il faut l'examiner plus avant afin d'établir si les principes existants du droit international humanitaire offrent une protection adéquate à la population civile. Plusieurs d'entre eux se sont dits convaincus qu'il faudrait prendre en compte, dans l'évaluation de la juste proportion, les problèmes humanitaires à long terme que poseraient sans doute les restes explosifs de guerre. Un État a indiqué en outre que, à défaut de prendre en considération, à cet égard, les effets des restes explosifs de guerre à long terme auxquels on peut s'attendre, on peut difficilement conclure que, en l'état, le droit international humanitaire est suffisant pour venir à bout du problème posé par ces restes.

53. Des universitaires ont étudié à l'intention du Groupe d'experts gouvernementaux la question de savoir si les effets à long terme devraient être pris en considération au moment de mesurer les pertes en vies humaines dans la population civile et les dommages aux biens de caractère civil qui sont attendus. Selon le professeur Greenwood, seuls les risques immédiats présentés par les restes explosifs de guerre peuvent être en cause car il y a bien trop de facteurs qui ne peuvent être évalués au moment de l'attaque. Le critère de la juste proportion doit être appliqué sur la base des renseignements qui sont raisonnablement disponibles au moment de l'attaque.

54. Toujours selon le professeur Greenwood, si des armes à sous-munitions sont employées contre des objectifs militaires dans une zone où l'on sait qu'il y a des civils, il se peut que, eu égard au critère de la juste proportion, il faille prendre en considération tant les risques présentés pour les civils par des sous-munitions explosant au cours de l'attaque que des risques inhérents à des sous-munitions non explosées dans les heures suivant immédiatement l'attaque. Cependant, c'est une toute autre affaire que d'exiger qu'il soit tenu compte des risques à plus long terme présentés par les restes explosifs de guerre, en particulier après la fin du conflit ou après le retour des civils dans une zone qu'ils ont fuie. Le degré de ces risques-là est fonction d'un trop grand nombre de facteurs qui ne peuvent pas être évalués au moment de l'attaque, notamment le point de savoir si et quand les civils seront autorisés à retourner dans la zone, quelles mesures la partie contrôlant cette zone prendra pour enlever les munitions non explosées et quelle importance cette partie-là accordera à la protection des civils. Le critère de la juste proportion doit être appliqué sur la base des renseignements qui sont raisonnablement disponibles au moment de l'attaque. Les risques présentés par les restes explosifs de guerre une fois passé le moment du contrecoup immédiat de l'attaque sont trop lointains pour pouvoir être évalués au moment de l'attaque.

55. Selon Timothy McCormack, puisque l'avantage militaire attendu tant dans l'immédiat qu'à plus long terme sera pris en considération avant l'attaque, il est raisonnable d'insister pour que les effets sur la population civile qui sont attendus dans l'immédiat comme à plus long terme

soient eux aussi pris en considération¹⁷. Le professeur McCormack n'a pas mis en cause l'affirmation du professeur Greenwood selon laquelle on ne peut attendre des commandants militaires qu'ils prévoient, au moment de planifier une attaque, ce qu'ils n'ont aucun moyen de connaître. Toutefois, la longue expérience des effets des restes explosifs de guerre, qui a aussi donné lieu à la collecte de données sur les effets de ces restes sur le plan humanitaire, font que les parties à un conflit armé ne peuvent pas, tout simplement, négliger les effets probables à plus long terme de l'emploi de munitions en grappe dans des zones habitées par des civils ou dans d'autres zones que les civils vont probablement regagner après la cessation des hostilités. Le critère de la juste proportion oblige ceux qui planifient les opérations militaires à prendre en compte toutes les conséquences attendues pour la population civile, afin de s'assurer que l'avantage militaire attendu est suffisamment important pour justifier les pertes indirectes attendues en vies humaines dans la population civile.

56. En ce qui concerne spécifiquement les munitions en grappe, le CICR a pris une position analogue: la règle de la juste proportion requiert des commandants qu'ils évaluent, au moment de planifier et d'exécuter une attaque aux munitions en grappe, les conséquences indirectes prévisibles de l'attaque pour les civils pendant que celle-ci se déroule (pertes en vies humaines et blessures causées immédiatement) et qu'ils prennent aussi en considération les effets prévisibles à court et à long terme des sous-munitions qui deviendront des restes explosifs de guerre¹⁸.

57. Rappelant l'affirmation du professeur Greenwood selon laquelle il n'est pas nécessaire, en appliquant la règle de la juste proportion, de prendre en considération les effets à long terme des restes explosifs de guerre, le commandant militaire ne pouvant raisonnablement prévoir de tels risques, le CICR a noté que cela a pu être vrai dans le passé mais ne l'est plus eu égard à l'expérience acquise par l'emploi de munitions en grappe et aux études qui ont été faites sur l'effet de ces munitions.

58. Ici encore, il est évident que les États déclarants divergent dans leurs avis sur la règle de la juste proposition appliquée aux restes explosifs de guerre. Charles Garraway affirme qu'«il n'existe à cet égard aucune formule mathématique». Le critère dont les États sont convenus est intentionnellement élastique et laisse une certaine marge à l'erreur. Il est vrai que l'application du principe de juste proportion «exige que soit faite une évaluation de bonne foi des informations provenant de toutes sources dont [le commandant peut] raisonnablement disposer au moment voulu»¹⁹. Il reste, comme l'a établi le CICR, qu'il sera toujours plus difficile à ceux qui planifient les opérations militaires de soutenir que les effets à plus long terme de l'emploi de munitions en grappe dans des zones où se trouvent des civils ne sont pas prévisibles. Les États qui tiennent absolument à continuer d'employer des munitions en grappe dans des zones où se trouvent des civils se verront sans doute reprocher avec toujours plus d'énergie, que les effets,

¹⁷ Timothy McCormack, *Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre*, document CCW/GGE/XI/WG.1/WP.19 (25 août 2005).

¹⁸ CICR, document CCW/GGE/XI/WG.1/WP.7 (28 juillet 2005), par. 20.

¹⁹ Charles Garraway, *Le droit international en vigueur et la question des restes explosifs de guerre: adéquation et lacunes*, document CCW/GGE/XII/WG.1/WP.15 (15 décembre 2005), par. 21.

sur le plan des restes explosifs de guerre, des armes qu'ils ont choisies d'employer contreviennent à la règle de la juste proportion.

Précautions dans l'attaque

Données empiriques sur les précautions dans l'attaque

59. Pour 55 % des États déclarants, l'obligation de prendre des précautions dans la conduite des opérations militaires devrait s'appliquer à l'emploi de munitions qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre. Il ressort des réponses que ce prétendu principe est fondé tant sur le droit conventionnel que sur la coutume.

Coutume internationale	8 %
Protocole additionnel I, article 57	42 %
Protocole additionnel I, article 58	8 %
Protocole II modifié annexé à la Convention sur certaines armes classiques	8 %
Convention IX de La Haye, article 2	8 %
Convention IV de La Haye, articles 25, 26 et 27	8 %

60. Dans son étude sur le droit coutumier, le CICR formule comme suit l'obligation coutumière de prendre des précautions dans l'attaque:

Règle 15. Les opérations militaires doivent être conduites en veillant constamment à épargner la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil. Toutes les précautions pratiquement possibles doivent être prises en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment.

Règle 17. Chaque partie au conflit doit prendre toutes les précautions pratiquement possibles quant au choix des moyens et méthodes de guerre en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment.

Règle 19. Chaque partie au conflit doit faire tout son possible pour annuler ou interrompre une attaque lorsqu'il apparaît que son objectif n'est pas militaire ou que l'on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu.

Règle 21. Lorsque le choix est possible entre plusieurs objectifs militaires pour obtenir un avantage militaire équivalent, ce choix doit porter sur l'objectif dont on peut penser que l'attaque présente le moins de danger pour les personnes civiles ou pour les biens de caractère civil.

Règle 22. Les parties à un conflit sont tenues de prendre toutes les précautions pratiquement possibles pour protéger la population civile et les biens de caractère civil sous leur contrôle contre les effets d'attaques.

61. Le CICR a indiqué que l'obligation coutumière de prendre des précautions dans l'attaque a été énoncée pour la première fois au paragraphe 3 de l'article 2 de la Convention IX de La Haye de 1907²⁰, et est aujourd'hui plus clairement codifiée dans les articles 57 et 58 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, ainsi qu'au paragraphe 10 de l'article 3 du Protocole II modifié annexé à la Convention sur certaines armes classiques.

Interprétation de l'obligation de prendre des précautions dans l'attaque et application aux restes explosifs de guerre

62. En ce qui concerne l'application de cette obligation, on pense communément que les parties à un conflit devraient choisir les systèmes d'armes qui risquent le moins de devenir des restes explosifs de guerre²¹, du fait que ces restes, dès lors qu'ils existent, continuent de tuer et de mutiler des civils longtemps après la cessation des hostilités. Il a été affirmé qu'il y a lieu de prendre en considération les effets, après le conflit, des munitions et sous-munitions non explosées en déterminant si des précautions ont bien été prises en vue de réduire autant que faire se peut les pertes et préjudices causés à la population civile.

63. L'un des États déclarants a soutenu, au contraire, que l'obligation de prendre des précautions dans l'attaque ne signifie pas nécessairement qu'il ne faut jamais opter pour des armes qui risquent davantage de devenir des restes explosifs de guerre. Dans certaines circonstances, on peut considérer que les armes susceptibles de devenir de tels restes causent moins de pertes et préjudices à la population civile qu'une arme plus puissante qui risque de causer indirectement des pertes bien plus importantes dans la population civile et des dommages bien plus conséquents aux biens de caractère civil, sans pour autant devenir un reste explosif. Le fait qu'il est théoriquement possible que l'emploi d'armes dont on attend qu'elles deviendront des restes explosifs de guerre peut en tout état de cause présenter moins de danger pour la population civile apporte la preuve que des précautions dans l'attaque n'excluent pas automatiquement le recours à des armes qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre.

64. Outre le fait de choisir leurs armes, les parties sont aussi tenues d'annuler ou de remettre une attaque s'il apparaît que l'objectif visé risque de causer incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux civils ou des dommages aux biens de

²⁰ Convention (IX) concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre, conclue à La Haye et ouverte à la signature le 18 octobre 1907, ConTS, vol. 205, p. 345 (entrée en vigueur le 26 janvier 1910).

²¹ Timothy McCormack, document CCW/GGE/XI/WG.1/WP.19 (25 août 2005), par. 13.

caractère civil, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire direct et concret attendu. Par exemple, s'il apparaît qu'il y a dans la zone un nombre de civils bien plus important qu'escompté en un premier temps, alors l'attaque doit être annulée. De l'avis de l'un des États déclarants, des précautions dans l'attaque doivent être prises eu égard non seulement aux effets immédiats de l'attaque, mais aussi aux effets ultérieurs attendus ou prévus. Cette obligation rappelle le critère de la juste proportion évoqué ci-dessus.

65. Les parties à un conflit sont également tenues de prendre toutes les précautions *pratiquement possibles* en vue de donner à la population civile préavis effectif de toute attaque qui pourrait avoir des répercussions pour elle. Selon l'un des États déclarants, cette obligation ne s'applique que lorsque les circonstances s'y prêtent. Un autre État a appuyé cette interprétation conditionnelle de l'obligation en déclarant que «lorsque la mission le permet il convient d'avertir d'une manière appropriée la population civile qu'elle court un danger si elle se trouve dans l'axe de l'attaque ou près des objectifs et des biens visés». Un autre État a indiqué que les parties ont aussi l'obligation de donner préavis effectif au sujet de toute zone contenant des mines, pièges et autres dispositifs qui pourrait avoir des répercussions pour la population civile. On peut supposer que cette obligation de préavis effectif s'étende à la probabilité selon laquelle des restes explosifs de guerre se trouveront dans la zone après la cessation des hostilités.

66. Plusieurs des États déclarants ont soulevé la question de savoir comment interpréter les mots «possible» ou «pratiquement possible» et en quoi consiste une protection possible. Les délégations qui ont participé à la rédaction du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève ont examiné cette question longuement. Certaines d'entre elles ont été d'avis qu'il faut entendre par-là les précautions praticables ou qu'il est pratiquement possible de prendre eu égard à toutes les conditions du moment, y compris celles qui sont liées au succès de l'opération militaire. Il ressort des réponses au questionnaire sur le droit international humanitaire que cette interprétation est déficiente dans le contexte des restes explosifs de guerre. L'un des États déclarants a souligné que, à son avis, il s'agit de prendre des précautions dans l'attaque eu égard aux effets immédiats de cette dernière. Toutefois, puisque toutes les précautions possibles doivent être prises, les parties sont tenues, toujours selon cet État, de prendre en considération les informations disponibles sur les effets ultérieurs qu'il faut attendre. Pour un autre État déclarant, les mots «pratiquement possible» ou «possible» limitent ou rendent conditionnelle la règle relative aux précautions dans l'attaque.

67. À l'évidence, les mots «pratiquement possible» ou «possible» limitent la portée de l'obligation de prendre des précautions dans l'attaque, que ce soit sur le plan du choix des armes, du choix des cibles ou de la production probable de restes explosifs de guerre. Il importe de noter que le fait de ne pas prendre toutes les précautions «possibles» dans l'attaque ne constitue pas un crime de guerre au sens de l'article 8 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Peut-être les États participant à la Conférence diplomatique à laquelle le Statut de la Cour a été négocié et adopté ont-ils reconnu qu'il serait difficile de prouver la responsabilité pénale personnelle lorsque l'accusé peut prétendre avoir pris toutes les précautions «possibles» et que si des mesures quelconques n'ont pas été prises, c'était tout simplement qu'elles n'étaient pas possibles dans les conditions du moment. Bien entendu, l'absence de sanctions pénales ne rend pas cette obligation juridique superflue et ceux qui planifient les opérations militaires restent tenus de prendre toutes les décisions raisonnablement possibles en vue de réduire au minimum le risque de faire des victimes civiles au cours d'une attaque quelconque.

Blessures superflues ou souffrances inutiles

Données empiriques sur la règle proscrivant les blessures superflues ou les souffrances inutiles

68. Il ressort des réponses au questionnaire sur le droit international humanitaire que 76 % des États déclarants considèrent que la règle relative aux blessures superflues ou aux souffrances inutiles s'applique à l'emploi d'armes qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre. Il en ressort également que les sources coutumières ou conventionnelles de ce prétendu «principe» sont disparates. En bref, ces sources sont les suivantes:

Coutume internationale	11 %
Protocole additionnel I, article 35	22 %
Protocoles I, II modifié, III et IV, annexés à la Convention sur certaines armes classiques	17 % chacun

69. Dans son étude sur le droit coutumier, le CICR formule cette interdiction comme suit:

Règle 70. Il est interdit d'employer des moyens et méthodes de guerre qui sont de nature à causer des blessures superflues ou des souffrances inutiles.

70. Le CICR indique que l'interdiction coutumière d'employer des moyens et méthodes de guerre qui sont de nature à causer des blessures superflues ou des souffrances inutiles est reprise dans un grand nombre de traités, y compris dans les instruments anciens tels que la Déclaration de Saint-Petersbourg ou les Conventions et Règlements de La Haye. Cette interdiction a également été réaffirmée dans des traités récents, notamment à l'article 35 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, dans le préambule de la Convention sur certaines armes classiques et au paragraphe 3 de l'article 3 du Protocole II modifié annexé à la Convention.

Interprétation de la règle relative aux blessures superflues ou aux souffrances inutiles et application aux restes explosifs de guerre

71. Certains des États déclarants ont indiqué que cette règle devrait être appliquée *avant* même l'emploi effectif du matériel, c'est-à-dire au stade de l'examen de la conformité d'armes nouvelles au droit²². Certains des États déclarants ont également noté qu'il convenait de prendre des précautions avant que l'attaque ne commence, afin d'éviter les blessures superflues ou les souffrances inutiles.

72. Deux des États déclarants ont noté que cette règle comporte deux éléments. Le premier en est l'interdiction d'employer des armes qui sont *conçues* pour causer des souffrances inutiles. Ces armes sont prosrites de par leur nature même. On peut citer à ce titre les armes biologiques, les armes chimiques, les projectiles remplis de verre, les armes à laser aveuglantes et les balles dum-dum, qui sont toutes considérées comme susceptibles d'infliger des souffrances inutiles

²² Voir la quatrième section du présent rapport pour plus de détails sur l'examen de la conformité des armes au droit.

aux combattants. Chacune de ces catégories d'armes est interdite par la voie d'un traité, notamment la Convention sur les armes biologiques²³, la Convention sur les armes chimiques²⁴, le Protocole de Genève de 1925²⁵ et les Protocoles annexés à la Convention sur certaines armes classiques.

73. Le second élément en est l'interdiction d'employer des armes licites de manière à causer des souffrances inutiles. Il existe plusieurs types d'armes qui ne sont pas classées comme étant illicites *en soi*, mais qu'il est interdit de déployer de manière à causer des blessures superflues ou des souffrances inutiles. C'est ainsi qu'il est interdit, par exemple, d'employer des armes incendiaires qui peuvent affecter la population civile. C'est ce second élément du principe qui, pour nombre des États déclarants, intéresse tout particulièrement l'emploi d'armes qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre.

74. Pour d'autres États déclarants, cette règle est liée à la notion fondamentale d'humanité. Suivant cette règle, si plusieurs armes ou méthodes peuvent être employées pour obtenir le même avantage militaire, il s'agit d'opter pour celle qui causera le moins de blessures ou de souffrances. Selon l'un de ces États, il est peu probable que cette règle doive être appliquée à des armes dont on peut attendre qu'elles deviennent des restes explosifs de guerre, puisque rien ne laisse supposer que de telles armes sont intrinsèquement plus perverses que toutes les autres. Toutefois, si l'on peut attendre le même avantage militaire de l'emploi d'armes qui ne sont pas censées devenir des restes explosifs de guerre, on pourra soutenir que le déploiement d'une arme qui deviendra un reste explosif de guerre cause des souffrances inutiles et contrevient de ce fait à l'interdiction considérée. Certains des États déclarants ont maintenu qu'une restriction des zones dans lesquelles certaines munitions ou sous-munitions peuvent être employées, une limitation de la durée de vie utile desdites munitions et sous-munitions, de même que des efforts particuliers pour apporter des améliorations techniques auxdites munitions et sous-munitions, auraient globalement pour effet de réduire les probabilités d'apparition de restes explosifs de guerre qui seraient contraires à la règle relative aux souffrances inutiles.

75. Il importe de mesurer que la règle relative aux blessures superflues ou aux souffrances inutiles vise principalement à protéger les combattants plutôt que la population civile. Les civils sont protégés par la règle de la distinction, l'interdiction des attaques sans discrimination et la règle de la juste proportion. On peut soutenir que, si ces obligations sont correctement mises en œuvre, la règle relative aux blessures superflues ou aux souffrances inutiles ajoute peu à la protection des civils contre les effets des restes explosifs de guerre.

²³ Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, ouverte à la signature le 10 avril 1972, UNTS, vol. 1015, p. 163 (entrée en vigueur le 26 mars 1975).

²⁴ Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, ouverte à la signature le 13 janvier 1993, UNTS, vol. 1975, p. 3 (entrée en vigueur le 29 avril 1997).

²⁵ Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, ouvert à la signature le 17 juin 1925, *Recueil des Traités de la Société des Nations*, vol. XCIV, p. 65 (entré en vigueur le 8 février 1928).

Protection de l'environnement

Données empiriques sur l'obligation de protéger l'environnement

76. Les États déclarants estiment aussi que la règle relative à la protection de l'environnement intéresse la question des restes explosifs de guerre: 48 % d'entre eux ont déclaré que cette règle s'applique effectivement à l'emploi de munitions ou de sous-munitions qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre. Dans ce cas encore, il ressort des réponses que l'obligation de protéger l'environnement découle tant de la coutume que du droit conventionnel:

Coutume internationale	7 %
Protocole additionnel I, article 35	20 %
Protocole additionnel I, article 55	7 %
Statut de Rome de la Cour pénale internationale, article 8, paragraphe 2, alinéa <i>b iv</i>)	7 %
Convention sur la modification de l'environnement ²⁶	7 %

77. Dans son étude sur le droit coutumier, le CICR énonce comme suit les obligations coutumières relatives à la protection de l'environnement:

Règle 43. Les principes généraux régissant la conduite des hostilités s'appliquent au milieu naturel:

- A. Aucune partie du milieu naturel ne saurait être attaquée, à moins qu'il ne s'agisse d'un objectif militaire;
- B. Il est interdit de détruire une partie quelconque du milieu naturel, à moins que ne l'exige une nécessité militaire impérieuse;
- C. Il est interdit de lancer une attaque contre un objectif militaire dont on peut attendre qu'elle cause incidemment à l'environnement des dommages qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu.

Règle 44. Les méthodes et moyens de guerre doivent être employés compte dûment tenu de la protection et de la préservation du milieu naturel. Dans la conduite des opérations militaires, toutes les précautions pratiquement possibles doivent être prises afin d'éviter ou, à tout le moins, de réduire au minimum les dommages causés incidemment à l'environnement. Le manque de données scientifiques établissant avec certitude les effets de certaines opérations militaires sur

²⁶ Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, ouverte à la signature le 10 décembre 1976, UNTS, vol. 1108, p. 151 (entrée en vigueur le 5 octobre 1978).

l'environnement ne délient pas les parties au conflit de l'obligation de prendre de telles précautions.

Règle 45. Il est interdit d'employer des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves au milieu naturel. La destruction du milieu naturel ne saurait servir d'arme.

78. Le CICR indique que les obligations coutumières relatives à la protection de l'environnement découlent du principe général de distinction entre objectifs militaires et biens de caractère civil et qu'elles sont codifiées plus précisément au paragraphe 3 de l'article 35 et au paragraphe 1 de l'article 55 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, ainsi qu'au paragraphe 4 de l'article 2 du Protocole III annexé à la Convention sur certaines armes classiques.

Interprétation de l'obligation de protéger l'environnement et application aux restes explosifs de guerre

79. Les États déclarants ont donné différentes interprétations de l'obligation de protéger l'environnement. Nombre d'entre eux ont déclaré que le principe de protection de l'environnement interdit d'employer des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves au milieu naturel. L'un des États déclarants a expliqué que, pour lui, l'environnement est protégé contre les effets de la guerre de deux manières. Premièrement, il est interdit d'employer des moyens et méthodes qui causent *des dommages inutiles* à l'environnement. Deuxièmement, il est interdit d'employer des moyens et méthodes de guerre qui causent *des dommages excessifs* à l'environnement.

80. L'un des États déclarants a noté simplement que l'environnement ne saurait constituer en soi une cible militaire. Un autre a développé cette idée, en affirmant que l'environnement, ou une partie du milieu naturel, ne saurait faire l'objet d'une attaque, à moins qu'il ne constitue un objectif militaire en raison de son emploi ou de son emplacement, ou que sa capture ou sa destruction partielle ou complète n'offre un avantage militaire certain dans les conditions du moment.

81. Pour un autre État déclarant, il est évident que les conflits armés causent toujours des dommages à l'environnement ou entraînent sa pollution, tandis que le droit international humanitaire interdit uniquement aujourd'hui les moyens et méthodes qui ont des répercussions durables et étendues sur l'environnement ou qui font des victimes parmi les personnes protégées ou causent des dommages à des biens protégés. Selon la règle, les responsables de la planification et de la conduite des opérations militaires sont tenus de veiller à ce que l'environnement soit protégé contre la création de restes explosifs de guerre qui ne sont pas nécessaires d'un point de vue militaire. De l'avis de l'un des États déclarants, l'applicabilité du principe de protection de l'environnement aux restes explosifs de guerre peut être déduite de la nature du Protocole V.

82. Selon le professeur Mc Cormack, si:

- a) Les conséquences de l'emploi d'une arme donnée;
- b) La quantité d'armes qui est effectivement déployée; et
- c) La zone dans laquelle les armes sont effectivement déployées;

sont de nature à causer un problème de restes explosifs de guerre en entraînant des dommages étendus, durables et graves à l'environnement, alors cette obligation est absolument pertinente. Avant de lancer l'attaque, les parties devraient s'interroger sur le point de savoir si des dommages étendus, durables et graves peuvent être causés à l'environnement du fait de l'arme qu'il est envisagé d'employer, des quantités d'armes qui seront déployées ou de la zone dans laquelle elles le seront. Il est concevable que l'emploi de munitions en grappe soit contraire à cette obligation lorsque les dommages causés à l'environnement par les sous-munitions qui n'éclatent pas sont plus du triple, selon le critère juridique, de ceux que provoquent les sous-munitions qui éclatent à l'impact. Pour l'un des États déclarants, il serait extrêmement rare qu'une arme crée des restes explosifs de guerre aussi importants. C'est peut-être ainsi qu'il faut voir les choses, mais il demeure qu'une large majorité des États déclarants ont reconnu qu'il pourrait y avoir en l'occurrence violation de la règle, eu égard aux restes explosifs de guerre.

Autres principes

83. Les États déclarants ont également estimé que les principes de restriction, de réciprocité et d'égalité s'appliquent à l'emploi de munitions qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre. Ils n'ont pas spécifié dans leurs réponses la source de ces obligations juridiques ni expliqué les circonstances dans lesquelles ces principes pourraient intéresser les problèmes précis causés par les restes explosifs de guerre.
