

Les Recueils de la Société internationale de Droit militaire et de Droit de la Guerre
sont édités à Bruxelles par la Société internationale de Droit militaire et de Droit de la Guerre
et imprimés avec l'appui financier de la Défense belge.

Direction:
Renaissancelaan 30 Avenue de la Renaissance
B 1000 - Bruxelles / Brussel



The “Recueils” of the International Society for Military Law and the Law of War
are edited in Brussels by the International Society for Military Law and the Law of War
and printed with the financial support of the Belgian Ministry of Defence.

PRATIQUE ET DROIT COUTUMIER DANS LE CONTEXTE DES OPERATIONS MILITAIRES
PRACTICE AND CUSTOMARY LAW IN MILITARY OPERATIONS

RECUEIL
XVIII



PRATIQUE ET DROIT COUTUMIER DANS LE CONTEXTE DES OPERATIONS MILITAIRES

EN CE COMPRIS LES OPERATIONS DE LA PAIX

PRACTICE AND CUSTOMARY LAW IN MILITARY OPERATIONS INCLUDING PEACE SUPPORT OPERATIONS

18^e Congrès international
18th International Congress
TUNIS (La Marsa)
5 - 9 mai/May 2009



**RECUEILS OF THE INTERNATIONAL SOCIETY
FOR MILITARY LAW AND THE LAW OF WAR**

**RECUEILS DE LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE
DE DROIT MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE**

Renaissancelaan 30 Avenue de la Renaissance
1000 Brussels / Bruxelles, Belgium / Belgique
TEL : +32.2.742.61.78 - FAX : +32.2.742.61.78
soc-mil-law@scarlet.be

Director - Directeur
Frederik NAERT

Layout - Conception et mise en pages
René MARION

Editorial assistant - Assistante de rédaction
Nicole VIERENDEELS

Secretariat - Secrétariat
Chrysantos PAPADOPOULOS, Hans VRANKEN, Luc DE CONINCK

Translations - Traductions
Sarra MAGRI, Stanislas HORVAT
Translation Service of the Belgian Defence
Service de traductions de la Défense belge

Printing - Impression
Printing House of Defense
Rue d'Evere / Eversestraat, 1140 - Bruxelles / Brussels, Belgique / Belgium

- © La reproduction, même partielle et sous quelque forme que ce soit, des textes publiés dans cet ouvrage est strictement interdite, sauf autorisation expresse, préalable et écrite du Directeur du Recueil
- © *No part of this publication may be reproduced, in any form or by any means, without the prior, explicit and written permission of the Director of the Recueil.*

RECUEILS
DE LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DROIT MILITAIRE
ET DE DROIT DE LA GUERRE

XVIII

**EIGHTEENTH INTERNATIONAL CONGRESS
DIX-HUITIÈME CONGRÈS INTERNATIONAL**

**LA MARSA (Tunisia - Tunisie)
5 - 9 May/mai 2009**

**PRACTICE AND CUSTOMARY LAW IN
MILITARY OPERATIONS, INCLUDING
PEACE SUPPORT OPERATIONS**

**PRATIQUE ET DROIT COUTUMIER DANS
LE CONTEXTE DES OPERATIONS
MILITAIRES, EN CE COMPRIS LES
OPERATIONS DE LA PAIX**

**Wolff HEINTSCHEL von HEINEGG
Cecilie HELLESTVEIT
Stanislas HORVAT
(eds.)**

BRUXELLES / BRUSSELS

2011

TABLE OF CONTENTS / TABLE DES MATIERES

	Pages
Introduction (English).....	10
Introduction (français).....	11
Organising Committee (English).....	14
Comité organisateur (français).....	16
Programme of the XVIIIth Congress (English)	20
Programme du XVIII^{ème} Congrès (français).....	28
Opening Speeches - Allocutions inaugurales	37
Opening speech by Mr Arne Willy Dahl, President of the Society Allocution inaugurale de M. Arne Willy Dahl, Président de la Société	38
Speech of Mr Kamel Morjane, Minister of Defense of Tunisia Discours de M. Kamel Morjane, Ministre de la Défense Nationale de Tunisie	41
Speech of Mr Pieter De Crem, Minister of Defence of Belgium Discours de M. Pieter De Crem, Ministre de la Défense de Belgique: A tribute to military law and international humanitarian law Une contribution au droit militaire et au droit international humanitaire.....	47
Questionnaire (English).....	52
Questionnaire (français)	55
 General Report to the XVIIIth Congress of the ISMLLW on the Practice and Customary Law in Military Operations, Including Peace Support Operations (English)	
Table of Contents	62
Part I: Practice and Customary Law	66
Part II: Applicability of International Humanitarian Law in Peacekeeping Operations.	97
Part III: Means and Methods in the Conduct of Military Operations.....	103
Appendixes & Figures	149
 Rapport général du XVIII^{ème} Congrès de la Société internationale de Droit militaire et de Droit de la guerre concernant la pratique et le droit coutumier dans les opérations militaires, y compris dans les opérations de paix (français)	
Table des matières.....	162
Première partie : Pratique et droit international coutumier	166
Deuxième partie : Applicabilité du Droit International Humanitaire dans les opérations de maintien de la paix	199
Troisième partie : Moyens et méthodes dans la conduite d'opérations militaires.....	205
Annexes & Figures	253

Recommendations based on the General Report to the XVIIIth Congress (English) ..	266
Recommandations basées sur le rapport général du XVIII^{ème} congrès (français).....	267

National Reports / Rapports nationaux

Austria - Autriche (English).....	271
Belgium - Belgique (français)	275
Bosnia and Herzegovina - Bosnie-Herzégovine (English).....	284
People's Republic of China - République Populaire de Chine (English)	285
Croatia - Croatie (English).....	292
Cyprus - Chypre (English).....	296
Czech Republic - République Tchèque (English).....	302
Denmark - Danemark (English)	309
Estonia - Estonie (English)	314
Finland - Finlande (English).....	322
Germany - Allemagne (Deutsch).....	325
Greece - Grèce (English)	328
Hungary - Hongrie (English).....	332
Ireland - Irlande (English)	336
Italy - Italie (English).....	340
Republic of Latvia - République de Lettonie (English).....	347
Lebanon - Liban (English).....	351
Lithuania - Lituanie (English)	354
Moldavia - Moldavie (English)	357
Namibia - Namibie (English).....	360
Netherlands - Pays-Bas (English).....	362
Norway - Norvège (English)	367
Romania - Roumanie (English)	373
Serbia & Montenegro - Serbie & Monténégro (English)	381
Spain - Espagne (English)	383
Sweden - Suède (English).....	387
Switzerland - Suisse (English).....	390
Tanzania - Tanzanie (English)	396

Tunisia - Tunisie (français).....	400
United Kingdom - Royaume-Uni (English)	406
Uruguay (français).....	411
U.S.A. - Etats-Unis (English)	414
Lectures – Communications	425
Maritime neutrality and interference to shipping: the hunt for a solid legal basis in a European context (Gianmatteo Breda)	426
Some reflections on the obligation to respect local law in situations of occupation (Ralph Wilde).....	436
Jurisdictional and substantive criminal law issues related to crimes committed in Failed States (Jean Paul Pierini)	442
Military Justice Audits - An Operational Pre-Deployment Issue (Roy Abbott)	464
La formation des forces armées tunisiennes en droit humanitaire, droits de l’homme, justice et discipline militaires lors des opérations à l’étranger (Naoufel Boukadida)	480
La responsabilité des acteurs armés non-étatiques pour violation du Droit International Humanitaire (Anis Mechergui).....	488
Investigating and prosecuting crimes in a war zone (Dimitrios Zafeiropoulos)	502
Closing speeches – Allocations de clôture	509
Closing speech of Mr Arne Willy Dahl, President of the Society - Allocution de clôture de M. Arne Willy Dahl, Président de la Société	510
Speech of Mr Béchir Tekkari, Minister of Justice and Human Rights of Tunisia - Discours de M. Béchir Tekkari, Ministre de la Justice et des Droits de l’Homme de Tunisie	513
Ciardi Prize / Prix Ciardi	517
THE INTERNATIONAL SOCIETY FOR MILITARY LAW AND THE LAW OF WAR LA SOCIETE INTERNATIONALE DE DROIT MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE	523

INTRODUCTION

INTRODUCTION (English)

From the 5th to the 9th of May 2009 was held in La Marsa, near Tunis, the XVIIIth international Congress of the International Society for Military Law and the Law of War, the main theme being “the practice and customary law in military operations, including peace support operations”.

Thirty-two countries have answered, through their Ministry of Defence or Foreign Affairs, or through their national group, to a questionnaire about that subject. Those national reports and a general report that summarizes the elements of the questionnaire and the national reports are printed in this “Recueil”, as well as the recommendations adopted by the General Assembly of the Society at the end of the congress.

This “Recueil” also contains the papers delivered by some speakers on other topics that were discussed in the specialized committees of the Society, such as the status and training of peacekeepers, the rule of law in situations of occupation, prosecution of war crimes, the rule of law in failing States, etc.

The report of the jury of the prestigious Ciardi Prize, that was awarded at the end of the congress to Dr Carsten Stahn of the university of Leyden (The Netherlands), for his study “The Law and Practice of International Territorial Administration. Versailles to Iraq and Beyond”, is printed in this “Recueil” too.

Finally, the speeches of the dignitaries of the host Nation and of the Society during the opening and closing ceremonies complete the congress proceedings.

We want to thank again very warmly the hosts of this congress, who have received the participants and the accompanying persons in a magnificent way and made sure that everyone had a pleasant stay. The socio-cultural excursions revealed the beauty and the historical richness of Tunisia and the special post stamp of the Tunisian Mail will remain a permanent reminder for every participant.

INTRODUCTION (français)

Du 5 au 9 mai 2009 s'est tenu à La Marsa, près de Tunis, le XVIII^{ème} Congrès international de la Société Internationale de Droit militaire et de Droit de la Guerre, dont le thème central était « la pratique et le droit coutumier dans les opérations militaires, y compris dans les opérations de paix ».

Trente-deux pays ont, par la voie de leur ministère de la Défense ou des Affaires étrangères ou de leur groupe national, répondu à un questionnaire se rapportant à ce sujet. Ces rapports nationaux ainsi qu'un rapport général synthétisant les éléments du questionnaire et des rapports nationaux sont repris dans ce « Recueil », ainsi que les recommandations formulées par l'Assemblée générale de la Société à l'issue du congrès.

Ce « Recueil » contient également les textes communiqués par les orateurs concernant d'autres sujets qui ont fait l'objet des débats au sein des commissions spécialisées de la Société, parmi lesquels le statut et la formation des soldats de la paix, la règle de droit lors d'occupations, les poursuites des crimes de guerre, la règle de droit dans les Etats défaillants, etc.

Le rapport du jury du prestigieux Prix Ciardi, qui a été octroyé à l'issue du congrès au Dr Carsten Stahn de l'université de Leyde (Pays-Bas) pour son ouvrage « The Law and Practice of International Territorial Administration. Versailles to Iraq and Beyond », se retrouve aussi dans ce « Recueil ».

Les allocutions des dignitaires de l'Etat hôte et de la Société lors des cérémonies d'ouverture et de clôture complètent les actes du congrès.

Nous tenons à remercier chaleureusement, une fois encore, les hôtes de ce congrès qui ont magnifiquement accueilli les participants et leurs accompagnants et se sont dévoués à rendre le séjour le plus agréable possible pour tous. Les visites socio-culturelles ont permis à tous de découvrir la beauté et la richesse historique de la Tunisie et le timbre-poste émis spécialement par la Poste tunisienne restera un souvenir permanent pour chaque participant.

ORGANISING COMMITTEE

COMITE ORGANISATEUR

Organising Committee

President:

Mr Abdellatif CHEBBI, Chief of staff of the Minister of National Defense

Vice president:

Colonel Judge Marouane BOUGUERRA

Members:

Mr Radhouane WERTHI - Mr Maher JAZIRI

Mr Mohamed BELHAJ - Col Jamil YAZIDI

Col Judge Ali FATNASSI - Lt col Mohamed NASRI

Lt col Salah BEN ABDESSALEM - Doc Maj Habib BESSGHAIER

Maj Rim CHANBAH

Treasurer:

Ph Lt col Fayçal JENEN

Secretary-general:

Cpt Judge Anis KASSIS

Sub-committee of information:

Mr Maher JAZIRI - Maj Fayek KHNISSI

Cpt Judge Adel BOUDABOUS - Cpt Judge Anis MECHERGUI

Lt Mohamed ZEKRI

Sub-committee of cultural and leisure:

Doc Maj Habib BESSGHAIER - Doc Maj dentist Sarra BOUHAFI

Cpt Judge Henda HABOUBI - Lt Judge Mohamed NEJI BOUZGANDA

Lt Judge Imen FEKHFEKH

Sub-committee of treasury:

Ph Lt col Fayçal JENEN - M. Mohamed BELHAJ

Maj Judge Mounir ABDENEBI - Maj Judge Taoufik AYOUNI

Cpt Judge Sahbi ATAYA

Sub-committee of support and transport:

Col Jamil YAZIDI - Maj Sahraoui SAID

Cpt Ghazi KLIBI - Cpt Judge Naoufel BOUKADIDA

Cpt Judge Mounir BEN ABDALLAH - W.o Imed MASSOUDI

Sub-committee of Security:

Lt col Saleh BEN ABDESSALEM - Cpt Judge Hatem AOUADI
Lt Fadhel BEN FADHEL

Sub-committee of computing and communication techniques:

Maj Sami GUESMI - Maj Judge Mohamed TRIKI
Cpt Bechir TAYACHI - Cpt Mejdı ARDHAOUİ
W.o Abdlkhalek HAFNAOUİ - W.o Ezzedine BOURGHIDA
Cc Mohamed CHIHOUİ

Sub-committee protocol:

Maj Rim CHANBAH - Cpt Judge Riadh YAKOUBI
Cpt Yosra BOUBAKRI - S/Lt Walid BETTAIB

General secretaryship:

Cpt Judge Anis KASSIS - W.o Mohamed Ali TAYARI

Coordinating committee with the Ministry of Justice and Human rights:

Mr Radhouane WERTHI - Maj Judge Fayçal OURABI
Mr Nizar NAJJAR

Coordinating committee with the International Society
for Military Law and the Law of War:

Col Judge Ali FATNASSI - Lt col Mohamed NASRI

Chairmen:

Colonel Rolet LORETAN, Senior Vice-President of the Society.
Mr Alfons VANHEUSDEN, Assistant Secretary-General of the Society
Prof. Dr. Michael NOONE, Catholic University of America,
Washington D.C.
Prof. Dr. Stefan OETER, University of Hamburg.
Dr. Alexander PORETSCHKIN, Head Legal Advisor to the German
Chief of Defence.
LTC Marc PHILIPPE, Canadian Judge Advocate General Corps.

Secretariat:

Mr Chrysantos PAPADOPOULOS
Mr Hans VRANKEN
Mr Luc DE CONINCK

Comité organisateur

Président :

M. Abdellatif CHEBBI, Chef de cabinet du Ministre de la Défense Nationale

Vice président :

Colonel Magistrat Marouane BOUGUERRA

Membres

M. Radhouane WERTHI - M. Maher JAZIRI

M. Mohamed BELHAJ - Col Jamil YAZIDI

Col Magistrat Ali FATNASSI - Lt col Mohamed NASRI

Lt col Salah BEN ABDESSALEM - Med Cdt Habib BESSGHAIER

Cdt Rim CHANBAH

Trésorier:

Ph Lt col Fayçal JENEN

Secrétaire général:

Cne Magistrat Anis KASSIS

Sous-comité de l'information:

M. Maher JAZIRI - Cdt Fayek KHNISSI

Cne Magistrat Adel BOUDABOUS - Cne Magistrat Anis MECHERGUI

Lt Mohamed ZEKRI

Sous-comité du programme socioculturel:

Med Cdt Habib BESSGHAIER - Med Cdt dentiste Sarra BOUHABA

Cne Magistrat Henda HABBOUBI - Lt Magistrat Mohamed NEJI BOUZGANDA

Lt Magistrat Imen FAKHFEKH

Sous-comité de trésorerie:

Ph Lt col Fayçal JENEN - Mr Mohamed BELHAJ

Cdt Magistrat Mounir ABDENNEBI - Cdt Magistrat Taoufik AYOUNI

Cne Magistrat Sahbi ATTIYA

Sous-comité de soutien et de transport:

Col Jamil YAZIDI - Cdt Sahraoui SAID

Cne Ghazi KLIBI - Cne magistrat Naoufel BOUKADIDA

Cne magistrat Mounir BEN ABDALLAH - Adj/chef Imed MASSOUDI

Sous-comité de Sécurité:

Lt col Salah BEN ABDESSALEM - Cne Magistrat Hatem AOUADI
Lt Fadhel BEN FADHEL

Sous-comité d'Informatique et des Techniques de communication:

Cdt Sami GUESMI - Cdt Magistrat Mohamed TRIKI
Cne Bechir TAYACHI - Cne Mejdj ARDHAOU
Adj Abdlkhalek HAFNAOUI - Adj Ezzedine BOURGHIDA
Cc Mohamed CHIAOUI

Sous-comité de protocole:

Cdt Rim CHANBAH - Cne magistrat Riadh YAKOUBI
Cne Yosra BOUBAKRI - S/Lt Walid BETTAIB

Secrétariat général:

Cne Magistrat Anis KASSIS - Sc Mohamed Ali TAYARI

Sous-comité de coordination avec le Ministère de la Justice
et des Droits de l'Homme:

M. Radhouane WERTHI - Cdt Magistrat Fayçal OURABI
M. Nizar NAJJAR

Sous-comité de coordination avec la Société Internationale
de Droit Militaire et Droit de la Guerre:

Col Magistrat Ali FATNASSI - Lt col Mohamed NASRI

Présidents de session:

le Colonel Rolet LORETAN, Premier Vice-président de la Société
M. Alfons VANHEUSDEN, Secrétaire général adjoint de la Société
le Prof. Michael NOONE, Catholic University
of America, Washington D.C.
le Prof. Stefan OETER, Université de Hambourg, Allemagne
le Dr. Alexander PORETSCHKIN Conseiller juridique divisionnaire du
Chef de la défense allemand
le LTC Marc PHILIPPE, membre de l'Office du Juge
Avocat général, Canada

Secrétariat:

M. Chrysantos PAPADOPOULOS
M. Hans VRANKEN
M. Luc DE CONINCK

PROGRAMME OF THE XVIIITH CONGRESS

PROGRAMME DU XVIII^{ÈME} CONGRÈS

Programme of the XVIIIth Congress (English)

Tuesday 5 May 2009

Arrival of participants

10.00 – 12.30	<i>Meeting of the Managing Board</i>
15.00 – 16.00	<i>Press Conference</i>
15.00 – 18.00	<i>Registration</i>
16.00 – 18.00	<i>Meeting of the Board of Directors</i>
19.30	Informal Cocktail

Wednesday 6 May 2009

Plenary session (with simultaneous translation)

08.00 – 09.00	Registration
09.00 – 09.10	<i>Administrative remarks</i> (Mr Ludwig VAN DER VEKEN, Secretary-General of the Society)
09.10 - 09.45	<i>Opening Ceremony</i> Opening speech (H.E. Mr Kamel MORJANE, Minister of National Defence of the Republic of Tunisia) Opening speech (Mr Arne Willy DAHL, President of the Society) A tribute to military law and international humanitarian law (H.E. Mr Pieter DE CREM, Minister of Defence of the Kingdom of Belgium)
09.45 – 11.00	<i>General Report and discussion</i> (Chair: Colonel Rolet LORETAN, Senior Vice-President of the Society) General Report and discussion based on part 1 of the Congress Questionnaire (Prof. Dr. Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG and Mrs Cecilie HELLESTVEIT, General Reporters of the XVIII th Congress)
11.00 – 11.30	Coffee/tea
11.30 – 12.30	General Report and discussion based on part 2

	of the Congress Questionnaire (Prof. Dr. Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG and Mrs Cecilie HELLESTVEIT, General Reporters of the XVIII th Congress)
12.30 – 14.00	Lunch
14.00 – 15.00	General Report and discussion based on part 3 of the Congress Questionnaire (Prof. Dr. Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG and Mrs Cecilie HELLESTVEIT, General Reporters of the XVIII th Congress)
15.00 – 15.45	<i>Keynote speech and discussion</i> General reflections on the relation between customary law and treaty law in the context of military operations (Mr Taoufik OUANES, Attorney-at-law and Member of the Tunisian Committee for International Humanitarian Law)
15.45 – 16.15	Coffee/tea
16.15 – 17.15	<i>Panel discussion on State practice and customary law regarding the use and status of Private Military and Security Companies</i> (Chair: Mr Alfons VANHEUSDEN, Assistant Secretary-General of the Society; Speakers: Mr Daniel KLINGELE, Swiss Federal Department of Foreign Affairs; Mr James BURGER, Deputy Associate Counsel International Affairs at the Office of the General Counsel for the US Secretary of Defense; Mr David TURNS, Senior Lecturer in International Laws of Armed Conflict, UK Defence Academy)
17.15 – 17.45	<i>Presentation of the International Society for Military Law and the Law of War</i> (Mr Arne Willy DAHL, President of the Society) <i>Presentation of the International Institute of Humanitarian Law at San Remo</i> (H.E. Ambassador Maurizio MORENO, President of the Institute)
18.30	<i>Formal Cocktail</i>

Thursday 7 May 2009

Parallel Sessions of the Specialised Committees (with simultaneous translation for the Committee for Military Criminology and Criminal Law, and for Part I of the Committee for General Affairs)

09.00 – 10.30 **Committee for Military Criminology and Criminal Law**

Part I (Chair: Prof. Dr. Michael NOONE, Catholic University of America, Washington D.C.)

Introduction

Summaries of the Conferences of the US Group on 'Legal problems arising in coalition maritime interdiction campaigns' and 'Peacekeeping operations – the legal dimension' (Prof. Dr. Michael NOONE and Mr James BURGER, Deputy Associate Counsel International Affairs at the Office of the General Counsel for the US Secretary of Defense)

Training African peacekeepers in humanitarian and human rights law (Prof. Dr. Modibo GOITA, BEYE Peacekeeping School, Mali)

Training African peacekeepers at the US Defense International Institute of Legal Studies Training (Mr William ASELTINE, US Defense International Institute of Legal Studies)

Training Tunisian armed forces in humanitarian and human rights law, and military justice and discipline in operations abroad (Captain Magistrate Naoufel BOUKADIDA, Deputy of the Governmental Commissar to the Permanent Military Tribunal of Tunis, Tunisia)

Administrative oversight of disciplinary punishments (Colonel Roy ABBOTT, Office of the Inspector-General, Australian Defence Force)

Committee for History of Military Law and the Law of War

Part I: *The law of neutrality in maritime and other military operations, from historical perspective* (Chair Prof. Dr. Stefan OETER, University of Hamburg, Germany; Speakers: Mr Tobias HENNING, Research Assistant, University of Hamburg, Germany; Prof. Dr. Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG, Germany)

10.30 – 11.00

Coffee/tea and conference photograph

11.00 – 12.30

Committee for Military Criminology and Criminal Law

Part II: *Investigating and prosecuting crimes in a war zone* (Chair: Prof. Dr. Michael NOONE, Catholic University of America, Washington D.C.; Speakers: Major General David HOWELL, Director of Army Legal Services, UK; Mr Philippe MEIRE, Deputy Federal Prosecutor, Belgium; Colonel Dimitrios ZAFEIROPOULOS, Vice-President of the Society and Military Judge, Greece; Colonel Jon L. LIGHTNER, Legal Counsel, U.S. Africa Command; Mr Bas VAN HOEK, Netherlands Military Prosecutors' Office)

Committee for History of Military Law and the Law of War

Part II: *The law of neutrality in maritime and other military operations, from historical perspective* (Chair: Prof. Dr. Stefan OETER, University of Hamburg; Speakers: Commander Gianmatteo BREDI, Italian Navy; Commander Kathleen DUIGNAN, US COAST GUARD/US AFRICA Command)

12.30 – 14.00

Lunch

14.00 – 15.30

Committee for General Affairs

Part I: *The Rule of Law in failing States, including their maritime zone* (Chair: Dr. Alexander PORETSCHKIN, Head Legal Advisor to the German Chief of Defence and his deputies; Speakers: Mr James BURGER, Deputy Associate Counsel International Affairs at the Office of the General Counsel for the US Secretary of Defense; Commander Jean-Paul PIERINI, Italian Navy; Mr Jes Rynkeby KNUDSEN, Special Advisor, Office of the Judge Advocate General, Denmark; Dr. Ralph WILDE, Reader and Vice-Dean for Research at University College London, UK; Additional interventions)

Committee for International Humanitarian Law

Part I: *Practice and Customary International Humanitarian Law in Armed Conflicts against Non-State Actors* (Chair: LTC Marc PHILIPPE, Canadian Judge Advocate General Corps; Speakers: Dr. Abdelkérime OUSMAN, Associate Professor, Royal Military College of Canada; Prof. Dr. Geoffrey S. CORN, Associate Professor of Law, South Texas College of Law, US)

15.30 – 16.00

Coffee/tea

16.00 – 17.30

Committee for General Affairs

Part II: *The Rule of Law in failing States, including their maritime zone:* general discussion at small tables as *World Café* (Chair: Dr. Alexander PORETSCHKIN; Assistance: Commandant Magistrate Mohamed TRIKI, Member of the Tunisian Organising Committee)

Committee for International Humanitarian Law

Part II: *Practice and customary international humanitarian law in armed conflicts against non-State actors* (Chair: LTC Marc PHILIPPE, Canadian Judge Advocate General Corps; Speakers: Captain Magistrate Anis MECHERGUI, Deputy of the Governmental Commissar to the Permanent Military Tribunal of the Kef, Tunisia.

Optional parallel evening sessions

- | | |
|---------------|--|
| 19.00 – 22.00 | <i>Two consecutive informal consultation sessions on two topics of the 2009 Alabama process meeting organised by the Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research</i> (Facilitator: Mr Bruno DEMEYERE, Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research; Consultation based on background papers sent to registered participants before the Congress; Coffee/tea at 20.30) |
| 19.00 – 20.30 | <p><i>Presentation of the International Crimes Database and Webplatform Project</i> (Mrs Roel VAN ROSSUM, Judge at The Hague, The Netherlands)</p> <p><i>Presentation of the Norwegian Military Manual Project</i> (Ms Camilla GULDAHL, Norwegian Defence Command and Staff College)</p> |
| 20.30 – 21.00 | Coffee/tea |
| 21.00 – 22.00 | <p><i>Presentation on Defence Procurement Law and Ethics</i> (Mr Roland TROPE, Barrister at New York City, US)</p> <p><i>Presentation of the ICRC's film 'Wound ballistics – An introduction for health, legal, forensic, military and law enforcement professionals'</i> (Dr. Nils MELZER, Legal Adviser, ICRC)</p> |

Friday 8 May 2009

Plenary Session (with simultaneous translation)

- | | |
|---------------|--|
| 09.15 – 10.00 | <i>Presentation of the Manual on the Law of Air and Missile Warfare Project</i> (Mr Claude BRUDERLEIN, Director of the Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research and Mr Bruno DEMEYERE, International Humanitarian Law Advisor of the Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research) |
| 10.00 – 10.45 | <i>Presentation of the San Remo Manual on the Law of Non-International Armed Conflict</i> (Speaker designated by the International Institute of Humanitarian Law at San Remo) |
| 10.45 – 11.15 | Coffee/tea |
| 11.15 – 12.00 | <i>Presentation of the Project on Direct Participation in Hostilities</i> (Dr. Nils MELZER, Legal Adviser, ICRC) |
| 12.00 – 14.00 | Lunch |
| 14.00 – 14.45 | General Report: Conclusions and Recommendations (Chair: Colonel Rolet LORETAN, Senior Vice-President of the Society; Presenters: Prof. Dr. Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG and Mrs Cecilie HELLESTVEIT, General Reporters of the XVIII th Congress) |
| 14.45 – 15.15 | Award of the Ciardi Prize 2009 (Jury members: Dottoressa Giovanna CIARDI, President; Dottore Antonio INTELLISANO, Rome Military Prosecutor, Italy; Commander Jean-Paul PIERINI, Italian Navy; Dr. Dieter FLECK, Honorary President of the Society; Mr Bruce OSWALD, Member of the Board of Directors of the Society) |

15.15 – 15.45	<i>Closing Session</i> Closing speech (H.E. Mr Béchir TEKKARI, Minister of Justice and Human Rights of the Republic of Tunisia) Closing speech (Mr Arne Willy DAHL, President of the Society)
15.45 – 16.30	Coffee/tea
16.30 – 17.15	<i>General Assembly</i>
17.15 – 18.00	<i>Meeting of the Board of Directors</i>
20.00	Closing Dinner with speeches by H.E. Mr Kamel MORJANE, Minister of National Defence of the Republic of Tunisia, and Mr Arne Willy DAHL, President of the Society, and the presentation of the honorary medal of the Society

Saturday 9 May 2009

Social-cultural activity

Visit of the Bardo Museum (Tunis), lunch in the Northern Suburb of Tunis, Tour of Carthage Cathedral and Acropolium, visit of Sidi Bou Said, and the Baron Erlanger House.

Sunday 10 May 2009

Departure of the participants

Programme du XVIII^{ème} Congrès (français)

Mardi 5 mai 2009

Arrivée des participants

- 10.00 h – 12.30 h *Réunion du Conseil d'Administration*
- 15.00 h – 16.00 h *Conférence de presse*
- 15.00 h – 18.00 h *Inscription*
- 16.00 h – 18.00 h *Réunion du Conseil de Direction*
- 19.30 h Cocktail informel

Mercredi 6 mai 2009

Séance plénière (avec traduction simultanée)

- 08.00 h – 09.00 h *Inscription*
- 09.00 h – 09.10 h *Directives administratives* (M. Ludwig VAN DER VEKEN, Secrétaire général de la Société)
- 09.10 h – 09.45 h *Cérémonie d'ouverture*
- Allocution d'ouverture de S.E. M. Kamel MORJANE, Ministre de la Défense nationale de la République Tunisienne
- Allocution d'ouverture de M. Arne Willy DAHL, Président de la Société
- Hommage au Droit militaire et au droit international humanitaire (S.E. M. Pieter DE CREM, Ministre de la Défense du Royaume de Belgique)
- 09.45 h – 11.00 h *Rapport général et discussion* (Président: le Colonel Rolet LORETAN, Premier Vice-président de la Société)
- Rapport général et discussion basés sur la 1ère partie du Questionnaire du Congrès (le Prof. Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG et Mme Cecilie HELLESTVEIT, Rapporteurs généraux du XVIIIème Congrès)
- 11.00 h – 11.30 h Café/thé

- 11.30 h – 12.30 h Rapport général et discussion basés sur la 2^{ème} partie du Questionnaire du Congrès (le Prof. Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG et Mme Cecilie HELLESTVEIT, Rapporteurs généraux du XVIII^{ème} Congrès)
- 12.30 h – 14.00 h Déjeuner
- 14.00 h – 15.00 h Rapport général et discussion basés sur la 3^{ème} partie du Questionnaire du Congrès (le Prof. Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG et Mme Cecilie HELLESTVEIT, Rapporteurs généraux du XVIII^{ème} Congrès)
- 15.00 h– 15.45 h *Discours d'introduction et discussion*
Réflexions générales sur la relation entre le droit coutumier et le droit des traités dans le contexte des opérations militaires (Me Taoufik OUANES, Avocat et Membre de la Commission Tunisienne de Droit International Humanitaire)
- 15.45 h – 16.15 h Café/thé
- 16.15 h – 17.15 h *Discussion centrale sur la pratique étatique et le droit coutumier concernant l'emploi et le statut des entreprises militaires et de sécurité privées* (Président: M. Alfons VANHEUSDEN, Secrétaire général adjoint de la Société; Orateurs: M. Daniel KLINGELE, Département fédéral suisse des Affaires étrangères; M. James BURGER, Conseiller adjoint des Affaires internationales de l'Office du Conseiller général du Secrétaire d'Etat à la Défense des Etats-Unis; M. David TURNS, professeur en droit international des conflits armés à l'Académie de Défense du Royaume Uni)
- 17.15 h – 17.45 h Présentation de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre (M. Arne Willy DAHL, Président de la Société)

Présentation de l'Institut International de Droit Humanitaire à San Remo (S.E. l'Ambassadeur Maurizio MORENO, Président de l'Institut)

18.30 h Cocktail officiel

Jeudi 7 mai 2009

Sessions en parallèle des Commissions spécialisées (avec traduction simultanée pour la Commission de criminologie et de droit pénal militaires et pour la première partie de la Commission des affaires générales)

09.00 h – 10.30 h **Commission de criminologie et de droit pénal militaires**

1^{ère} partie (Président: le Prof. Michael NOONE, Catholic University of America, Washington D.C.)

Introduction

Résumés des conférences du Groupe américain concernant 'Les problèmes juridiques lors d'opérations d'interdictions maritimes, menées par une coalition' et 'La dimension légale d'opérations de maintien de la paix' (le Prof. Michael NOONE et M. James BURGER, Conseiller adjoint des Affaires internationales de l'Office du Conseiller général du Secrétaire d'Etat à la Défense des Etats-Unis)

La formation de peacekeepers africains en droit humanitaire et en droits de l'homme (le Prof. Modibo GOITA, BEYE Peacekeeping School, Mali)

La formation de peacekeepers africains à la US Defense International Institute of Legal Studies Training (M. William ASELTINE, US Defense International Institute of Legal Studies)

La formation des forces armées tunisiennes en droit humanitaire et en droits de l'homme, et la justice et la discipline militaires lors d'opérations à l'étranger (le Capitaine Magistrat Naoufel BOUKADIDA, Substitut du Commissaire du Gouvernement près le Tribunal militaire permanent de Tunis, Tunisie)

Contrôle administratif des punitions disciplinaires (le Colonel Roy ABBOTT, Office de l'Inspecteur général, forces armées australiennes)

Commission de l'histoire du droit militaire et du droit de la guerre

1^{ère} partie: *Le Droit de la neutralité dans le contexte des opérations navales et autres opérations militaires, d'un point de vue historique* (Président: le Prof. Stefan OETER, Université de Hambourg, Allemagne; Orateurs: M. Tobias HENNING, Assistant de recherche, Université de Hambourg, Allemagne; le Prof. Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG, Allemagne).

10.30 h – 11.00 h Café/thé et prise de photo du congrès

11.00 h – 12.30 h Commission de criminologie et de droit pénal militaires

2^{ème} partie: *L'instruction et la poursuite de crimes dans une zone de guerre* (Président: le Prof. Michael NOONE, Catholic University of America, Washington D.C; Orateurs: le Général major David HOWELL, Directeur des services juridiques de la Force terrestre, Royaume Uni; M. Philippe MEIRE, Procureur fédéral adjoint, Belgique; le Colonel Dimitrios ZAFEIROPOULOS, Vice-président de la Société et Juge militaire, Grèce; le Colonel Jon L. LIGHTNER, Conseiller juridique, U.S. Africa Command; M. Bas VAN HOEK, Bureau des Procureurs militaires, Pays-Bas.)

Commission de l'histoire du droit militaire et du droit de la guerre

2^{ème} partie: *Le Droit de la Neutralité dans le contexte des opérations navales et autres opérations militaires, d'un point de vue historique* (Président: le Prof. Stefan OETER, Université de Hambourg, Allemagne; Orateurs: le Commandeur Gianmatteo BREDI, Marine italienne; le Commandeur Kathleen DUIGNAN, US COAST GUARD/US AFRICA Command)

12.30 h – 14.00 h Déjeuner

14.00 h – 15.30 h Commission des affaires générales

1^{ère} partie: *La règle de droit dans les Etats défaillants, en ce compris dans leur zone maritime* (Président: le Dr. Alexander PORETSCHKIN, Conseiller juridique divisionnaire du Chef de la défense allemand, et ses adjoints; Orateurs: M. James BURGER, Conseiller adjoint des Affaires internationales de l'Office du Conseiller général du Secrétaire d'Etat à la Défense des Etats-Unis; le Commandeur Jean-Paul PIERINI, Marine italienne; M. Jes Rynkeby KNUDSEN, Conseiller particulier, Service de l'Auditeur militaire général, Danemark; le Dr. Ralph WILDE, Vice-Doyen pour la recherche à l'University College London, Royaume Uni; des interventions supplémentaires)

Commission de droit international humanitaire

1^{ère} partie: *Pratique et Droit international humanitaire coutumier dans le contexte des conflits armés contre les acteurs non-étatiques* (Président: le LTC Marc PHILIPPE, membre de l'Office du Juge Avocat général, Canada; Orateurs: le Dr. Abdelkérime OUSMAN, Professeur agrégé, Collège militaire royal du Canada; le Prof. Geoffrey S. CORN, Professeur en droit au South Texas College of Law, Etats Unis)

15.30 h – 16.00 h Café/thé**16.00 h – 17.30 h Commission des affaires générales**

2^{ème} partie: *La règle de droit dans les Etats défaillants, en ce compris dans leur zone maritime*: discussion générale en petits groupes, sous forme de World Café (Président: le Dr. Alexander PORETSCHKIN, Conseiller juridique divisionnaire du Chef de la défense allemand, et ses adjoints; Assistance: le Commandant Magistrat Mohamed TRIKI, Membre du Comité organisateur tunisien)

Commission de droit international humanitaire

2^{ème} partie: *Pratique et Droit international humanitaire coutumier dans le contexte des conflits armés contre les acteurs non-étatiques* (Président: le LTC Marc PHILIPPE, membre de l'Office du Juge Avocat général, Canada; Orateurs: le Capitaine Magistrat Anis MECHERGUI, Substitut du Commissaire du Gouvernement près le Tribunal militaire permanent du Kef, Tunisie; deuxième orateur à déterminer)

Séances de soirée parallèles et facultatives

- 19.00 h – 22.00 h Deux séances informelles de consultation portant sur deux sujets se rapportant au processus d'Alabama, en vue d'une réunion qui sera organisée en 2009 par le Programme de Recherche sur la Politique Humanitaire et les Conflits, de l'université de Harvard (Direction: M. Bruno DEMEYERE, Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research; Cette consultation se fera sur base de papiers envoyés à des Conférenciers inscrits avant le Congrès; Café/thé à 20.30 h)
- 19.00 h – 20.30 h *Présentation du projet "International Crimes Database and Webplatform"* (Mme Roel VAN ROSSUM, Juge à La Haye, Pays-Bas)
- Présentation du projet de Manuel militaire norvégien* (Mlle Camilla GULDAHL, Ecole de Commandement et d'Etat-major de la Défense norvégienne)
- 20.30 h – 21.00 h Café/thé

21.00 h – 22.00 h *Présentation sur le “Defence Procurement Law and Ethics”* (Me Roland TROPE, Avocat à New York City, Etats Unis)

Présentation du film ‘Balistique lésionnelle: introduction pour les professionnels de la santé, juristes, médecins légistes, militaires et agents de l’ordre public’ du CICR (le Dr. Nils MELZER, conseiller juridique au CICR)

Vendredi 8 mai 2009

Séance plénière (avec traduction simultanée)

09.15 h – 10.00 h *Présentation du Manuel sur le droit applicable à la guerre aérienne et à la guerre des missiles* (M. Claude BRUDERLEIN, Directeur du Programme des Politiques Humanitaires et de Recherche sur les Conflits de l’université de Harvard, et M. Bruno DEMEYERE, conseiller en droit international humanitaire du Programme des Politiques Humanitaires et de Recherche sur les Conflits de l’université de Harvard)

10.00 h – 10.45 h *Présentation du Manuel de San Remo sur le droit des conflits armés non-internationaux* (orateur désigné par l’Institut International de Droit Humanitaire à San Remo)

10.45 h – 11.15 h Café/thé

11.15 h – 12.00 h *Présentation du Projet sur la participation directe aux hostilités* (le Dr. Nils MELZER, Conseiller juridique, CICR)

12.00 h – 14.00 h Déjeuner

14.00 h – 14.45 h Rapport général: Conclusions et Recommandations (Président: M. Rolet LORETAN, Premier Vice-président de la Société; le Prof. Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG et Mme Cecilie HELLESTVEIT, Rapporteurs généraux du XVIIIème Congrès)

- 14.45 h – 15.15 h Remise du Prix Ciardi 2009 (Membres du Jury: Dottoressa Giovanna CIARDI, Présidente; Dottore Antonio INTELLISANO, Procureur militaire général de Rome, Italie; le Commandeur Jean-Paul PIERINI, Marine italienne; le Dr. Dieter FLECK, Président d'honneur de la Société; M. Bruce OSWALD, Membre du Conseil de Direction de la Société)
- 15.15 h – 15.45 h *Séance de clôture*
- Allocution de clôture de S.E. M. Béchir TEKKARI, Ministre de la Justice et des Droits de l'Homme de la République Tunisienne
- Allocution de clôture de M. Arne Willy DAHL, Président de la Société
- 15.45 h – 16.30 h Café/thé
- 16.30 h – 17.15 h *Assemblée générale*
- 17.15 h – 18.00 h *Réunion du Conseil de Direction*
- 20.00 h Dîner de clôture
- avec les discours de S.E. M. Kamel MORJANE, Ministre de la Défense nationale de la République Tunisienne, et de M. Arne Willy DAHL, Président de la Société, et la présentation de la médaille honorifique de la Société

Samedi 9 mai 2009

Activité socioculturelle

Visite du musée de Bardo à Tunis, déjeuner dans la banlieue nord de Tunis, visite de la Cathédrale et de l'Acropolium de Carthage, visite de Sidi Bousaid et de la maison du baron d'Erlanger.

Dimanche 10 mai 2009

Départ des participants

OPENING ADDRESSES
ALLOCUTIONS INAUGURALES

***Opening speech by Mr Arne Willy Dahl,
President of the Society***

***Allocution inaugurale de M. Arne Willy Dahl,
Président de la Société***

Minister, ladies and gentlemen, friends and colleagues

It is with great pleasure I open the eighteenth congress of the International Society for Military Law and the Law of War here in Tunis. We have had the good fortune of being invited here by the Tunisian Ministry of Defence, enabling us to have our congress in these magnificent surroundings.

The International Society was founded more than 50 years ago in Strasbourg, and has its seat and General Secretariat in Brussels. Every congress has so far been held in Europe, with the exception of Ankara in 1979, as well as most other events. This gives an impression of the International Society as being Eurocentric.

Nothing wrong said about Europe, but this is not good enough for a society calling itself international. It has for some time been a desire to become truly international by organising activities outside Europe. The seminar in Namibia in 2008 was a breakthrough, but I believe this congress in Tunis will be considered as the Breakthrough with capital B.

Tunisia is a country known to many Europeans and other people as a place where one can spend pleasant holidays. I doubt, however, that the history and culture of the region is equally well known to foreigners. Take for instance the Arabic language, which for me as a Norwegian is mostly known only in the names of stars, like Aldebaran, Betelgeuze and Deneb. The international language of arithmetic is, however, of Arabic origin. Without the Arabic system of numerals, we would have been stuck with Roman numerals, which is a very cumbersome system for anything but the most basic calculations.

When the Roman Empire succumbed to barbarians some fifteen hundred years ago, science and philosophy went into decline and Western Europe entered the dark ages. Much later, scholars in the European Middle Ages got hold of ancient scriptures that had been treasured by their Arabic colleagues, such as the writings of Aristotle. Two strands of scientific thinking emerged from those scriptures; ways of reasoning that are relevant for legal thinking and the theme of this congress.

Plato and Aristotle rank as the giants of science and philosophy in ancient Greece and the Antiquity as a whole. Plato was the abstract thinker, who drew inferences from general principles. The abstract concepts, the ideas, was what mattered, the earthly world was but an imperfect rendition of the ideas. The method of Aristotle was, on the other hand, to study facts as they were found, and infer general principles from facts. In legal thinking we use both methods, although the Aristotelian one may have been given less attention.

The main theme of this congress is Practice and Customary Law in Military Operations. We shall do like Aristotle and turn our attention to the actual facts, looking for possible patterns that could support rules. When we do this, we avail ourselves of scientific principles that came to Western Europe by the help of Arabic scholars.

There are, however, also other connections. The Islamic tradition is strong in Arabic countries. In the Qu'ran and other Islamic scriptures there are rules on warfare. These do not distinguish between international and non-international armed conflict, like the present International Law of Armed Conflict does. From that fact one might draw the conclusion that traditional Islamic law is less developed.

That may be so, but not for this reason. On the contrary, the present developments in International Law, both customary and treaty law, goes in the direction of harmonising the differences, establishing one single set of rules that applies equally to non-international as well as international armed conflict. In this respect, the Islamic legal tradition has proved to be ahead of, not behind recent developments.

In the history of Islamic peoples, we shall furthermore find the greatest practitioner of moderation and humanity in war, general Yussuf ibn-Ayyub Salah-ad-Din, also known as Saladin. When he reconquered Jerusalem, Saladin did not take revenge against the Christians for atrocities that had previously been committed by the crusaders. On the contrary, he left the Christian churches standing and declared that Jerusalem should be a city for all three religions of the scriptures – Jews and Christians in addition to the Muslims, as they are recognized in the Qu'ran.

Talking about generals, I would also like to mention a former enemy of my country, the German general Erwin Rommel, who fought here in Northern Africa almost seventy years ago. He was known for his chivalrous behaviour. Once, when he had received a dispatch from Adolf Hitler, containing barbarous instructions as to the treatment of captives, he reportedly tore the dispatch into pieces and declared that

his soldiers were to fight by the old rules.

This has brought us to the third connection, which refers to this place. In Roman Carthage, more that sixteen hundred years ago, there was a student. His name was Augustine. He later became bishop and an influential philosopher and theologian. When the Roman emperor converted to Christianity, the Church switched, almost overnight, from being in opposition to the secular government, to support it. When in opposition, the Church had in general been opposed to warfare, as an evil activity conducted by a pagan State. Now the matter had to be reconsidered from a position of responsibility.

St. Augustine's solution was the just war doctrine. This does not mean that you can do whatever you like if you only have a just cause. No, there has also to be a right subjective intention, proportionality between means and ends, a predictable outcome with a reasonable prospect of success and last, but not the least, war has to be declared by a legitimate authority.

As we all can see, the discussions today about the role of the Security Council, whether wars are likely to cause more problems than they solve, whether the political goals of war justify the sufferings wars bring with them, and other aspects, are echoes of concerns raised by this son of Carthage.

These three connections show that when this congress is located in Tunisia, it is not an excursion into some outlying country as a Eurocentric view might have it. On the contrary, the venue of our meeting is in ancient heartland of science and international law. For this reason, my pleasure is not solely based on considerations of tourism, but on knowing that we are on historic ground with several direct and indirect links to our scientific efforts.

I will therefore thank our hosts for having so generously invited us to this beautiful country, and wish us all a successful congress.

*Speech of Mr Kamel Morjane,
Minister of Defense of Tunisia*

*Discours de M. Kamel Morjane,
Ministre de la Défense Nationale de Tunisie*

Mesdames et Messieurs,

C'est avec un immense bonheur que je viens aujourd'hui rencontrer cette belle élite parmi les hommes de lois et les juristes civils et militaires, de Tunisie et des pays frères et amis, dans le cadre de 18ème Congrès de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre. C'est un véritable honneur pour moi d'avoir été chargé d'inaugurer ce congrès, par son Excellence le Président de la République, Chef Suprême des Forces Armées, qui nous a honoré en acceptant de placer ce congrès sous son Haut Patronage.

Je suis également très honoré d'exprimer à son Excellence, à cette occasion, mes sincères sentiments de reconnaissance et tous les remerciements pour sa noble décision qui, encore une fois, confirme sa permanente sollicitude à l'égard de l'Armée Nationale, ainsi que l'intérêt soutenu qu'il porte à toutes ses affaires en général et plus particulièrement aux questions relatives au droit militaire, afin que ce secteur vital puisse aller de pair avec les besoins de la société tunisienne et contribuer ainsi au développement global du pays en garantissant sa sécurité et son immunité.

Il me plaît également de souhaiter la bienvenue à toutes les délégations participant à cette importante rencontre d'hommes de loi, ainsi qu'à tous nos honorables invités, notamment à mon collègue Monsieur Pieter De Crem, Ministre de la Défense du Royaume de Belgique, à Monsieur Arne Willy Dahl, Président de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre, à Monsieur Ludwig Van Der Veken, Secrétaire Général de cette même Société; j'exprime aussi à ses membres toute ma gratitude pour leur choix de la Tunisie comme pays d'accueil du 18ème Congrès de la Société Internationale, surtout qu'il s'agit là du premier congrès organisé en dehors du continent européen. Ce choix revêt plusieurs significations attestant l'ampleur de l'enracinement de notre pays dans son environnement euro-méditerranéen, en tant que trait d'union entre les deux rives nord et sud de la Méditerranée, entre l'Europe et l'Afrique ainsi qu'entre le Monde Occidental et la Monde Arabe.

La Tunisie est en effet une terre d'union entre les différentes civilisations et cultures, grâce à sa position stratégique et à son histoire profonde s'étendant sur plus de 3000 ans. En raison de toutes ces données historiques et géostratégiques, notre pays demeurera comme une sorte de passerelle de civilisations et sociale, un partenaire actif dans la consolidation de la coopération et de la solidarité entre les pays et les peuples, au service de la paix et de la sécurité dans le monde, conformément aux choix de son Excellence le Président de la République et en fonction desquels notre pays agira.

Honorables invités,

Votre présence aujourd'hui dans notre pays est une confirmation de l'estime que vous témoignez pour la Tunisie, de la confiance et du respect dont elle bénéficie à l'échelle internationale, de par son engagement sérieux et soutenu, à œuvrer avec toutes les composantes de la communauté internationale, en vue de garantir le respect et l'application du droit international d'une façon générale, y compris le droit humanitaire international, mais également grâce à ce dont elle a fait preuve en terme de savoir faire dans l'organisation des manifestations et des congrès internationaux.

Tout en vous souhaitant un bon séjour parmi nous, j'espère que vous aurez l'opportunité de prendre connaissance des pas franchis par notre pays sur la voie du développement et du progrès dans divers domaines, et de découvrir tout ce qui a pu à travers les siècles, lui laisser des emprunts identitaires. Nous autres Tunisiens, pouvons être fiers d'organiser ce congrès international grandiose sur notre sol, et de le considérer comme un signe d'estime pour la place privilégiée qu'occupent à vos yeux, le droit et la jurisprudence dans notre pays, ainsi que le niveau exceptionnel qu'il ont atteint.

Mesdames et Messieurs,

Le droit de la guerre initié par Grosins, éminent juriste hollandais qui fût le premier à en avoir écrit les fondements au XVI^e siècle, trouve ses racines dans les temps anciens. En effet, selon quelques historiens, le code de Hammourabi, Roi de Babylone, mille ou avant J.C., est considéré comme le premier travail sur les règles de la guerre. On peut lire dans ce document ce qui suit: "J'ai promulgué ces lois afin que le fort n'opprime point le faible".

La Tunisie est aujourd'hui le prolongement de la Carthage d'hier, celle dont les combattants furent pénétrés de l'esprit chevaleresque,

consacrant les attributs de la noblesse qui leur interdisait de donner le coup de grâce à un blessé ou à un captif, ou également de commettre une quelconque trahison. N'oublions pas que le chef carthaginois Hannibal imposait à ses guerriers, entre deux batailles, de planter des oliviers, symboles de paix. La Tunisie est également le prolongement de la civilisation arabo-musulmane et elle fût pétrie de l'esprit de l'Islam vrai, religion fondée sur la tolérance, l'ouverture, l'authenticité, le respect de l'autre et de sa liberté, si bien qu'il a interdit de tuer les non combattants, tels les enfants, les femmes, les vieilles personnes, les prêcheurs, comme il a interdit d'exhiber les corps des combattants ennemis tués. Il a appelé également à choisir contre l'ennemi les moyens les moins destructeurs, à ne pas maltraiter les prisonniers de guerre, à prendre soin de leur santé, à les éduquer en leur apprenant la lecture et l'écriture. Il a également interdit de couper les arbres fruitiers, d'empoisonner les ressources hydriques et de brûler les terres.

Partant de ce solide et riche héritage de la civilisation, la Tunisie s'est vite empressée dès son accès à l'indépendance le 20 mars 1956, d'adhérer au dispositif international du Droit Humanitaire en se ralliant, au mois de mars 1957, aux quatre conventions de Genève puis en ratifiant la plupart des conventions internationales en rapport avec ce Droit.

Et c'est sur cette base que le système juridique national se consolida dans ce domaine, notamment à travers la promulgation d'un ensemble de textes juridiques et de textes d'application, parallèlement à l'initiative prise par les structures et les ministères concernés et consistant en la mise en place de programmes et de plans visant à faire connaître le droit humanitaire international et à garantir, au sein des différents milieux, une large diffusion de ses dispositions et de sa culture. Ces initiatives furent couronnées par la décision de son Excellence Monsieur le Président de la République, relative à la création en avril 2006, de la Commission Nationale du Droit Humanitaire International, dans le but d'en faire connaître les principes, de diffuser sa culture dans les milieux militaires et civils, de présenter des propositions visant à assurer la concordance de la législation nationale avec les règles de cette branche du Droit International, et en vue d'établir une collaboration avec les associations et organisations humanitaires nationales et internationales, agissant dans le domaine. Parallèlement à cela, le Ministère de la Défense Nationale a encouragé ses cadres à participer de façon régulière, à tous les congrès et toutes les rencontres qu'organise la Société Internationale de Droit militaire et de Droit de la Guerre.

Mesdames et Messieurs,

Vous n'êtes pas sans savoir, étant donné que vous êtes du domaine, que le Droit International Humanitaire, constitué par l'ensemble des traités et conventions garantissant la sécurité pour de nombreuses catégories d'individus et de biens et interdisant toute hostilité arbitraire et toute pratique guerrière non humanitaire dont ces catégories pourraient être victimes lors des conflits armés, est un droit dont les règles sont souvent enfreintes par les belligérants, soit faute de moyens suffisants pour leur application, soit en raison du manque de conscience chez les militaires, de leur importance.

Et c'est sur cette base que votre congrès est organisé, dans le but d'étudier et de discuter la question: "pratique et droit coutumier dans le contexte des opérations militaires, y compris les opérations de promotion de la paix".

C'est là une question d'une importance extrême, en raison de l'extension des conflits armés à l'échelle internationale et non internationale, mais également, à cause d'une part, de l'ingérence dans ces conflits de plusieurs acteurs non internationaux, et d'autre part à cause du rôle fondamental et agissant sur l'élaboration des règles du Droit International Humanitaire coutumier engageant à la fois les Etats et les belligérants, et ce, sans tenir compte de la ratification ou non des traités. C'est pourquoi le Droit International Humanitaire coutumier a une place de choix quand il s'agit de combler les insuffisances et les lacunes observées au niveau du Droit International Humanitaire conventionnel et dans son application, et ce dans le but de garantir à tout ceux qui n'ont pas participé ou ont cessé de participer à des actes d'hostilité, comme à ceux qui n'ont aucun lien direct avec ces actes, une protection plus efficiente et plus globale.

Le droit conventionnel ainsi que le droit coutumier dans le domaine humanitaire sont complémentaires quant à la mise en place des règles et des moyens permettant leur application. Nous savons tous que le rapport entre le droit séculiers, y compris le droit conventionnel et le droit coutumier, est souvent un rapport à double sens, c'est-à-dire que les traités permettent de réglementer le coutumier, mais que parfois, elles participent en même temps à la création de nouvelles règles coutumières lorsque la communauté internationale les utilise de façon bien établie en terme de contenu et de nombre.

A ce propos, je saisis cette occasion pour mettre en valeur les efforts de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre

qui, depuis plus d'un demi-siècle, a tenu à étudier et améliorer les contenus du droit militaire et du droit international humanitaire, ainsi qu'à étendre leur culture le plus largement possible. Elle a eu le mérite également d'avoir initié plusieurs groupements nationaux cherchant à concrétiser les objectifs de la Société.

Mesdames et Messieurs,

Honorables invités,

La base en fonction de laquelle s'organise le 18ème Congrès de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre, l'importance du thème que vous allez étudier, la richesse qui caractérisera les travaux de ce congrès ainsi que le débat qu'il va susciter, la connaissance que vous aurez à propos du rôle joué par la Tunisie dans la promotion de la culture du droit International humanitaire et dans le soutien qu'elle apporte aux efforts internationaux visant à asseoir les fondements de la paix et de la sécurité internationales, sont autant d'éléments qui me laissent confiant quant au succès de vos travaux. Nous pensons que les conclusions du congrès auront un impact positif au sein des divers milieux et parmi les structures et institutions intéressées par le droit international humanitaire. Elles auront aussi un rôle dynamique dans l'enracinement des principes de ce droit et de ses valeurs, et pourquoi pas, en vue d'asseoir une belle tradition, au niveau des rapports de coopération en la matière, entre les Etats d'une part et les membres de votre Société d'autre part et ce, pour le bien de l'Humanité toute entière.

Permettez-moi en fin de louer les efforts fournis par le comité d'organisation du congrès afin de lui assurer tout le succès et de concrétiser ses objectifs escomptés. Il en est de même pour tous les ministères et institutions publiques et privées qui ont coopéré avec le comité d'organisation et lui ont prêté main forte. Permettez-moi également de souhaiter encore une fois la bienvenue à Monsieur Pieter De Crem, Ministre de la Défense du Royaume de Belgique, pays ami, à Messieurs Arne Willy Dahl et Ludwig Van Der Veken, Président et Secrétaire Général de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre, ainsi qu'à tous les congressistes et leurs accompagnants, tout en leur souhaitant encore une fois, un bon séjour en Tunisie.

Je voudrais également exprimer toute ma gratitude à mon collègue et ami le Professeur Béchir Tekkari, Ministre de la Justice et des Droits de l'Homme, qui présidera la séance de clôture du congrès, et ce pour toute la coopération efficace que nous avons trouvée en lui, ainsi qu'après des cadres du Ministère de la Justice et des Droits de

l'Homme pour l'appui qu'ils ont apporté à l'organisation et au succès de ce congrès.

Je souhaite à vos travaux toute la réussite, comme je souhaite à tous les juristes civils et militaires adhérents de cette prestigieuse Société Internationale, encore plus de succès et d'excellence.

Merci de votre attention.

**A tribute to military law
and international humanitarian law
Une contribution au droit militaire
et au droit international humanitaire**

*Speech of Mr Pieter De Crem
Minister of Defense of Belgium
Discours de M. Pieter De Crem
Ministre de la Défense de Belgique*

Monsieur le Ministre,
Cher Collègue,
Cher Président de la *Société Internationale de Droit Militaire et de
Droit de la Guerre*,
Excellences,
Généraux,
Mesdames et Messieurs,

Permettez-moi de commencer mon discours en remerciant la République tunisienne et la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre d'avoir organisé ce 18^{ème} Congrès de la Société Internationale de Droit Militaire *et de Droit de la Guerre*.

Il me paraît fort opportun que ce Congrès se tienne ici en Tunisie. La Tunisie peut en effet se vanter d'un patrimoine culturel et social incroyablement riche et est réputée pour sa grande hospitalité. Et parler des forces armées et des conflits armés n'est ici pas un fait nouveau, pas plus que chez nous. Nous pensons bien sûr à nos cours d'histoire et ce très fameux épisode des Guerres puniques qui ont opposé l'Empire de Carthage à l'Empire romain pendant 128 ans. En outre les Phéniciens et les Romains mais également les Byzantins, les Arabes, les Turcs ottomans et les Français sont passés par ici, et pas toujours de façon paisible. De nos jours, les forces armées de la République tunisienne sont, tout comme les forces armées belges, en premier lieu, un partenaire sur le continent africain comme européen, au service de la sécurité et de la paix. Je suis très heureux d'annoncer que pas plus tard qu'hier mon collègue Kamel MORJANE et moi-même avons signé un Protocole d'Accord relatif à la coopération en matière de défense entre nos deux pays.

Excellencies, Ladies and gentlemen,

Armed forces have great potential. All over the world, historically they have been established to protect a country's territorial integrity

and sovereignty as well as the freedom and wellbeing of their people. In many parts of the world, they are now also acting as “forces of peace”, peacekeepers or peacemakers who risk their lives to help establish security and stability as well as the basis for the reconstruction of war-torn countries longing for a better future. Starting sometimes by creating conditions for humanitarian aid to be able to reach those who need it. We should however not disregard or forget that the weaponry and skills of armed forces are also capable of causing large and wasting destruction and a lot of human suffering. We should never forget that armed forces are also capable of committing gross violations of human rights and of international humanitarian law.

This is the main reason why armed forces need to be under democratic control, need to be disciplined, need to be trained to respect the law, need to have a natural reflex to respect human dignity in all places and under all circumstances.

Therefore also, armed forces need to be under effective judicial control. A sound military justice system embedded in the military or in the civilian justice sector, is essential to the good management and the success of armed forces. Impunity inevitably leads to deterioration and unacceptable situations. Those who commit crimes against humanity, war crimes, genocide or other (grave) violations of the law, must face criminal proceedings. Such criminal proceedings must of course meet the requirements of a fair trial, respectful of the right of defence; the rights and interests of the victims are not to be forgotten, well on the contrary.

Throughout history, mankind has been confronted with the horrors of war. Step by step, for humanitarian reasons, the *law of war*, also referred to as *international humanitarian law*, has been developed to limit the undesirable effects of armed conflicts. Those rules protect persons who are not or no longer participating in hostilities, like civilians, detainees and wounded opponents. Those rules also restrict the use of weapons, means and methods of warfare during hostilities, in order to avoid superfluous injury, unnecessary suffering, indiscriminate attacks etc. They have been accepted worldwide and have been enforced internationally as well as nationally. In many countries, armed forces intensively train to apply these rules in the proper way. In many countries, legal advisors to armed forces, as well as other State officials play an important role in the national implementation of international humanitarian law. Many of these countries have sent representatives

to this 18th Congress of the *International Society for Military Law and the Law of War*.

They have done so to learn more about rules that we all agree are fundamental. And I have no doubt that this Congress will indeed offer an outstanding opportunity to enhance your expertise for the benefit of the implementation of the law. I pay tribute to the men and women who have developed and will continue to develop international humanitarian law.

I pay tribute to those who apply it or make it apply. I pay tribute to those who clarify the meaning of the rules.

Throughout history, mankind has been confronted with lawless armed groups. All over the world, armed forces have been subjected to military law, military disciplinary law and military criminal law. It is absolutely important to rely on rules of military law elaborated to meet the standards set by the human rights of the members of the armed forces. Many countries have sent to this Congress, experts in military law, prosecutors and judges. And I am sure that this Congress will also be most useful for them. I pay tribute to the men and women who have developed and will continue to develop military law with due respect for human rights. I pay also tribute to those who apply such military law or make it apply, including national and international prosecutors and judges. And lastly, I pay tribute to those who help clarify the real meaning of its rules.

Ladies and gentlemen,

Long time ago, the roman citizen Cicero stated that the law falls silent when the weapons speak: *silent leges inter arma*. Yes, indeed after the fall of Carthago, the city was razed and the population sold into slavery. Today it is crystal clear that the law would never fall silent when armed forces operate at home or abroad. Due consideration needs to be given to the law during an operation's planning process, as well as during mission execution. And independent legal review after an engagement serves the same purpose of respect for the rule of law. Armed forces operating under the condition of respect for the rule of law, do undoubtedly play an important role in our common strive for a better world. It is in this spirit that I wish you all a very successful Congress and good luck when you will return home by the end of this week to apply the law and to make it apply.

I thank you for your kind attention.

Je vous remercie de votre aimable attention.

QUESTIONNAIRE

Questionnaire (English)

I. Practice and Customary law

- a) Which national authorities are competent to determine your country's views on what rules are part of customary international law, internally and externally (e.g. may your domestic courts reach independent conclusions on this; does the Foreign Ministry have exclusive authority to express this view externally, etc.)?
- b) To what extent can military manuals on the law of armed conflict or on operations law or other military documents (military training handbooks, handbooks on the use of armament, military doctrinal documents, etc.) of your Country be considered as reflecting a relevant practice participating in the emergence or confirmation of a rule of customary international law?
- c) What importance does your Country/National Group attach to following elements respectively to determine the existence of a rule of customary international law:
- i) Memoranda of understanding, technical arrangements and other similar agreements?
 - ii) Status-of-forces agreements?
 - iii) Rules of engagement?
- d) What is the position of your Country with respect to the study carried out by the ICRC about customary international humanitarian law? Has your Country reacted officially to this study? If so, has this reaction been published? If not, does your Country intend to react?
- e) What is the position of your Country concerning the concept of "persistent objector" with respect to the rules of international humanitarian law? Which type of behaviour, beyond a refusal to ratify a treaty or to have reservations, should a country adopt to be considered as persistent objector?
- f) Are there, according to your Country/National Group, regional customs in international humanitarian law? If so please specify to what extent.
- g) Does your Country/National Group agree that the practice of international organisations can contribute to the formation of customary international law? Is the participation of a State in the voting procedure within these organisations a relevant state practice? And does the

practice of the international organisation as a whole contribute to the development of customary international law, irrespective of the practice of the States that are part of it?

II. Scope of Customary International Humanitarian Law: Peacekeeping Operations

Please detail concrete examples of situations in peacekeeping operations where your Country's peacekeepers decided to act specifically with reference to one or more fundamental principles and rules of international humanitarian law.

III. Means & Methods in the Conduct of Military Operations

a) The principle of precautions requires commanders to collect information about the nature of an objective before launching an attack. When does your Country consider that intelligence can be considered as sufficiently reliable to launch an attack?

b) Does your Country make a terminological difference between the weapons that are of a *nature* to cause superfluous injury or unnecessary suffering and the weapons *calculated* to cause superfluous injury or unnecessary suffering and are there any consequences attached to this distinction? If yes, please explain.

c) What is the practice in your Country and its opinion about the use of reprisals in the eyes of international humanitarian law? In the event your Country considers them as permitted, at which political decision level are they ordered? What form can they take according to your Country? Can the use of illegal arms lead to reprisals with the use of illegal arms (for instance the use of dum-dum bullets)? In the event your Country does not permit them, is the result of a rule of international humanitarian law and/or a policy choice?

d) Does your Country prohibit the use of any weapon that is not specifically prohibited by treaties or rules of customary international humanitarian law? If so, which ones and is this prohibition based on the general rule prohibiting weapons causing superfluous injury and unnecessary suffering or on policy considerations?

e) Is there a legal review of new weapons, means and methods of warfare mechanism in your Country? If so, please describe it.

- f) What is the practice of your Country as to the use of non-lethal weapons within the framework of military and peace support operations? Which are the weapons prohibited and the weapons permitted or explicitly authorised?
- g) To what extent is your Country favourable to the ban on use of rubber bullets and plastic bullets during peacekeeping operations? (Cf. Decision of the police chief for the UN Mission in Kosovo, Mr Monk of 3 July 2007)? Is the use of such bullets acceptable from a legal point of view?
- h) Does your Country consider that bullets of a nature to fragment or to tumble early in the human body or Spitzer nosed bullets are prohibited?
- i) Are the armed forces of your Country permitted to use dum-dum bullets or bullets with similar effects during a peace support operation? If so, do they effectively use them?
- j) Are the police forces of your Country permitted to use such weapons, either on national territory or in peace operations (question posed for comparative purpose)?
- k) Does your Country consider that any half-armoured projectile (soft-nosed) is prohibited by international humanitarian law?
- l) Is the use of a projectile of a weight below 400 grammes (the 20 mm projectiles for instance) which is charged with fulminating or inflammable substances authorised or prohibited by your Country? If it is not prohibited, which kind of anti-personnel use, if any, is permitted or explicitly authorized?
- m) Which type of use of incendiary weapons is permitted or explicitly authorised by your Country? Does your Country make a distinction in this respect between international armed conflicts, non-international armed conflicts and peace support operations?
- n) Is any type of use of tear gas authorized by your Country within the framework of an international armed conflict or occupation? If so, under what circumstances (Use against civilians, prisoners of war, within the framework of “search and rescue” operations...)?
- o) Is the use of riot control agents permitted or explicitly authorised by your Country with respect to non-international armed conflict, either as a means of warfare and/or otherwise?

Questionnaire (français)

I. Pratique et droit coutumier

a) Quelles sont les autorités nationales compétentes pour déterminer la position de votre pays quant à la question de savoir quelles sont les règles relevant du droit international coutumier, sur le plan interne et externe (par exemple, les tribunaux nationaux de votre pays peuvent-ils arriver à des conclusions indépendantes à ce sujet? Le Ministère des Affaires étrangères dispose-t-il du pouvoir exclusif d'exprimer cette position à l'étranger? Etc.)?

b) Dans quelle mesure les manuels militaires sur le droit des conflits armés ou sur le droit opérationnel ou d'autres documents militaires (manuels d'instruction militaire, manuels d'utilisation des armements, documents doctrinaux militaires, etc.) de votre pays peuvent-ils être considérés comme reflétant une pratique pertinente contribuant à la création ou à la confirmation d'une règle de droit international coutumier?

c) Quelle importance votre pays/groupe national accorde-t-il aux différents éléments suivants pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier:

- i) Les protocoles d'accord, les arrangements techniques et autres accords similaires ?
- ii) Les accords sur le statut des forces ?
- iii) Les règles d'engagement?

d) Quelle est la position de votre pays par rapport à l'étude sur le droit international humanitaire coutumier entreprise par le CICR? Votre pays a-t-il réagi de manière officielle à cette étude? Dans l'affirmative, cette réaction a-t-elle été publiée? Dans la négative, votre pays a-t-il l'intention de réagir?

e) Quelle est la position de votre pays concernant le concept d'"objecteur persistant" vis-à-vis des règles de droit international humanitaire? A l'exception des cas de refus de ratification d'un traité ou de réserves émises par un pays, quel type de comportement ce même pays devrait-il adopter pour être qualifié d'objecteur persistant?

f) Y-a-t-il, selon votre pays/groupe national, des coutumes régionales en droit international humanitaire? Dans l'affirmative, veuillez préciser dans quelle mesure.

g) Votre pays/groupe national accepte-t-il l'idée que la pratique des organisations internationales puisse contribuer à la formation du droit international coutumier? La participation d'un Etat à la procédure de vote au sein de ces organisations constitue-t-elle une pratique étatique pertinente? Et la pratique de l'organisation internationale dans son ensemble contribue-t-elle au développement du droit international coutumier, indépendamment de la pratique des Etats qui la composent?

II. Champ d'application du droit international humanitaire coutumier: opérations de maintien de la paix

Veillez exposer en détail des exemples concrets de situations rencontrées pendant des opérations de maintien de la paix et où les soldats de la paix de votre pays ont décidé d'agir spécifiquement en conformité avec un ou plusieurs principes et règles de droit international humanitaire.

III. Méthodes et moyens dans la conduite d'opérations militaires

a) Le principe de précaution oblige les commandants à recueillir des informations sur la nature d'un objectif avant de lancer une attaque. A quel moment votre pays estime-t-il que les renseignements peuvent être considérés comme suffisamment fiables pour lancer une attaque?

b) Quelle est la pratique de votre pays et sa position concernant le recours aux méthodes de représailles au regard du droit international humanitaire? Dans le cas où votre pays les considère comme légales, à quel niveau de décision politique sont-elles ordonnées? Quelle forme peuvent-elles prendre selon votre pays? L'utilisation d'armes illégales peut-elle déboucher sur l'emploi d'armes illégales à titre de représailles (par exemple les balles dum-dum)? Si votre pays ne les permet pas, cette restriction résulte-t-elle d'une règle de droit international humanitaire et/ou d'un choix de politique?

c) Votre pays fait-il une distinction terminologique entre les armes de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles et les armes conçues pour causer des maux superflus ou des souffrances inutiles et cette distinction entraîne-t-elle des conséquences? Dans l'affirmative, veuillez expliquer.

d) Votre pays interdit-il l'utilisation des armes qui ne sont pas spécifiquement prohibées par des traités ou des règles de droit international humanitaire coutumier? Dans l'affirmative, de quelles

armes s'agit-il et l'interdiction repose-t-elle sur la règle générale interdisant les armes causant des maux superflus et des souffrances inutiles ou sur des considérations de politique?

e) Existe-t-il un système d'évaluation juridique des nouvelles armes, des nouveaux moyens et des nouvelles méthodes de guerre dans votre pays? Dans l'affirmative, veuillez décrire ce système.

f) Quelle est la pratique de votre pays concernant l'utilisation d'armes non létales dans le cadre des opérations militaires et de promotion de la paix? Quelles sont les armes prohibées et les armes permises ou explicitement autorisées?

g) Dans quelle mesure votre pays est-il favorable à l'interdiction de l'usage de balles en caoutchouc et de balles en plastique pendant les opérations de maintien de la paix? (Voir décision de M. Monk, chef de la police de la Mission de l'ONU au Kosovo, datant du 3 juillet 2007)? L'utilisation de ces balles est-elle acceptable d'un point de vue juridique?

h) Votre pays estime-t-il que les balles de nature à se fragmenter ou à basculer très vite dans le corps humain ou les balles avec un nez Spitzer sont interdites?

i) Les forces armées de votre pays sont-elles autorisées à utiliser des balles dum-dum ou des balles ayant des effets similaires pendant une opération de promotion de la paix? Dans l'affirmative, les utilisent-elles effectivement?

j) Les forces de maintien de l'ordre de votre pays sont-elles autorisées à utiliser ces armes, sur leur territoire national ou pendant les opérations de promotion de la paix (question posée à des fins de comparaison)?

k) Votre pays estime-t-il que les projectiles demi-blindés (*soft-nose*) sont interdits par le droit international humanitaire?

l) Votre pays autorise-t-il ou interdit-il l'utilisation d'un projectile d'un poids inférieur à 400 grammes (les projectiles de 20 mm par exemple) qui est chargé de matières fulminantes ou inflammables? Si l'usage n'en est pas interdit, quel type d'utilisation anti-personnel, le cas échéant, est permis ou explicitement autorisé?

m) Quel type d'utilisation d'armes incendiaires est permis ou explicitement autorisé par votre pays? Votre pays fait-il une distinction à ce sujet entre les conflits armés internationaux, les conflits armés non internationaux et les opérations de promotion de la paix?

n) Dans quelles circonstances (usage contre des civils, contre des prisonniers de guerre, dans le cadre d'opérations de recherche et de sauvetage ...) l'utilisation de gaz lacrymogène est permis ou explicitement autorisé par votre pays dans le cadre d'un conflit armé international ou dans le cas d'une occupation?

o) Votre pays permet-il ou autorise-t-il explicitement l'usage d'agents anti-émeute en cas de conflit armé non international, soit comme moyen de guerre, soit d'une autre façon, soit les deux?

GENERAL REPORT
RAPPORT GENERAL

**General Report to the XVIIIth Congress
of the International Society for Military Law
and the Law of War on the Practice and
Customary Law in Military Operations,
Including Peace Support Operations**

Prof. Dr. Wolff Heintschel von Heinegg,
Europa-Universität Frankfurt/Oder (Germany)

Cecilie Hellestveit,
Ph.D. Student, University of Oslo (Norway)

TABLE OF CONTENTS

	Pages
General Remarks.....	64
Part I: Practice and Customary Law	66
I.1. On the Formation of Customary International Law.....	66
I.1.1. Elements and Evidence	66
I.1.2. Treaties Contributing to the Formation of CIL	68
I.1.3. Conduct of International Organizations	69
I.1.4. Persistent Objector	71
I.1.5. Conclusions	72
I.2. State Organs Contributing to the Formation of CIL.....	72
I.3. Relevance of Military Manuals.....	76
I.4. Relevance of Agreements, including SOFAs, and of RoE.....	79
I.5. Relevance of the ICRC Study	84
I.6. Persistent Objector	86
I.7. Regional Customary International Law	89
I.8. Practice of International Organizations and Practice within International Organization.....	91
I.9. Overall Evaluation of the Responses on Part I.....	95
Part II: Applicability of International Humanitarian Law in Peacekeeping Operations.....	97
II.1. Background.....	97
II.2. Responses to the Questionnaire and Conclusions.....	99
Part III: Means & Methods in the Conduct of Military Operations.....	103
III.1. Background	103
III.2. Precautions in Attack – Verification of Nature of Objective	105
III.3. Belligerent Reprisals	109
III.4. Prohibition of Means Causing Unnecessary Suffering or Superfluous Injury ...	117
III.5. Legal Review of Weapons.....	123
III.6. Prohibitions or Restrictions of Specific Weapons	127
III.6.1 Principles	127
III.6.2 Non-Lethal Weapons in Military Operations and PSOs	128
III.6.3 Rubber Bullets and Plastic Bullets in PKOs	130
III.6.4 Bullets of a Nature to Fragment or Tumble in the Human Body or Spitzer Nosed Bullets	132
III.6.5 Dum-Dum Bullets	135

III.6.6 Half-Armoured Projectiles	137
III.6.7 Projectiles under 400 grammes charged With Fulminating or Inflammable Substances	138
III.6.8 Incendiary Weapons	141
III.6.9 Tear Gas	144
III.6.10 Riot Control Agents	146
III.7. Overall Evaluation of the Responses to Part III	148
Appendixes & Figures	149
1 List of Responding States /National Groups (with selected IHL treaties)	149
2 Table to Question I c): Documents in the emergence of CIL – Overview of responses	150
3 Figures and Tables to Part III (Means & Methods in Military Operations)	154

General Remarks

The International Society for Military Law and the Law of War has requested its national groups to respond to a questionnaire on the practice and customary law in military operations, including peace support operations. The responses to the questionnaire are to serve as a basis for the identification of the practice of States and of international organizations as such and for an examination of the role of the military forces in the formation of customary international law. It has been emphasized that “in part this questionnaire aims to identify practice by other means than those relied on by the ICRC in some areas where the conclusions of the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law may not be convincing to all”. This objective may not be misunderstood as implying a fundamental opposition to the ICRC Study. Rather, the questionnaire is to be understood as a contribution “to the dialogue on the Study, as called for by the ICRC”.

It needs to be stressed from the outset that the responses received by the national groups as well as the conclusions drawn by the rapporteurs may not be considered as final and absolute statements as to the status of customary international law applicable to military operations. Therefore, the present report will merely add further aspects to the impressive compilation of State practice and other conduct that was relied upon by the authors of the ICRC Study. Neither the responses nor the findings of the present report are self-sufficient with a view to establishing the existence of customary international law. This limited value is due to the following aspects: On the one hand, only 32 responses¹ have been received, while the number of member States of the UN totals to 192. On the other hand, not all questions have been answered by all national groups. Sometimes, the rapporteurs took the liberty of making use of the responses to questions if it could be established that they also had a bearing on other questions. However, in the majority of cases the rapporteurs had to accept the lack of a response and felt unable to draw conclusions from other parts or sections. Moreover, it was not always sufficiently clear whether the responses merely reflected the views of the national group or those of their respective country. Finally, some of the responses are of limited significance because they deal with aspects that – at least to the rapporteurs – have no direct connection to the questions posed.

1 For a list see Appendix 1

In sum, the present report only in rare cases contains findings that could be regarded as snapshots of the current state of customary international law. The responses have in most cases not contributed to a clearer picture but shown a remarkable division or divergence of opinions on many issues. This, however, does not mean that the effort has been in vain. Rather, a clear division of opinions is indicative of a lack of *opinio juris* and, thus, a strong piece of evidence for the non-existence of customary international law.

Part I: Practice and Customary Law

I.1. On the Formation of Customary International Law

It is not the task of the present report to provide a further theory of customary international law (CIL) and its formation or to present a comprehensive research paper on those issues. Still, in view of the necessity of transparent and comprehensible conclusions, it is important to briefly clarify the doctrinal and methodological basis. Since there is no overall consensus – either in State practice or in the literature – on how to establish the existence of a rule of CIL or on the formation of CIL the rapporteurs have come to the conclusion that the best way of approaching the theoretical foundations is to rely on the jurisprudence of international courts. Of course, the approach to CIL chosen by international courts have not remained undisputed. However, it seems to be the most reliable basis for a report like the present one, although that approach might be considered rather conservative by some.

I.1.1. Elements and Evidence

Despite a few allegations to the contrary there is widespread agreement that CIL consists of two elements: practice and *opinio juris*.² As stated by the ICJ in the Nicaragua Case, the “Court must satisfy itself that the existence of the rule in the *opinio juris* of States is confirmed by practice”.³

As far as the objective element is concerned, it has always been uncontested that it consists of the actual conduct of States in their international relations.⁴ Accordingly, the ICJ closely scrutinizes the way States in fact acted in situations similar to that of the case it was to decide upon.⁵ However, international courts do not consider themselves limited by a narrow concept of practice. Rather, they apply

2 See, inter alia, Article 38 of the 1945 Statute of the International Court of Justice (ICJ-Statute), UNTS Vol. 33 p. 993; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, at p. 6 et seq. (6th ed., Oxford 2003).

3 Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA), Merits, Judgement of 27 June 1986, *ICJ Reports* 1986, p. 14 et seq., at para 184.

4 I. Brownlie, *supra* note 2, at p. 6.

5 North Sea Continental Shelf Cases (Germany v. Denmark, Germany v. Netherlands), Judgement of 20 February 1969, *ICJ Reports* 1969, p. 3 et seq., at para. 74; Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgement of 14 February 2002, *ICJ Reports* 2002, p. 3 et seq., at para. 58.

a rather broad concept. Accordingly, they also rely on statements by governments and international organizations, judgments of domestic courts, national legislation, and on the conduct of State representatives in international organizations.⁶ Hence, a wide concept of State practice seems to be recognized in international jurisprudence.

Still, it is important to emphasize that that practice must be of a certain duration, uniformity (or consistency) and generality.⁷ While there are no absolute criteria and while it will depend upon the circumstances of each case whether the evidence suffices for determining that a rule of CIL has emerged, it is generally accepted that the importance of the temporal element decreases the more consistent and general that practice is. In the North Sea Continental Shelf Cases the ICJ held:

*“Although the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law, on the basis of what was originally a purely conventional rule, an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it may be, State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both, extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked; - and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved.”*⁸

If the practice of States does not conform to the requirements of uniformity (consistency) and generality it gives no sufficient evidence for a rule of CIL. That was made clear by the ICJ in the Asylum Case:

*“The facts brought to the knowledge of the Court disclose so much uncertainty and contradiction, so much fluctuation and discrepancy in the existence of diplomatic asylum and in the official views expressed on various occasions, there has been so much inconsistency in the rapid succession of conventions on asylum, ratified by some States and rejected by others, and the practice has been so much influenced by considerations of political expediency in the various cases, that it is not possible to discern in all this any constant and uniform usage, accepted as law [...]”*⁹.

6 See, e.g., the Judgment of the ICTY Appeals Chamber, Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”, Case No. IT-94-I-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, at paras. 128 et seq.

7 I. Brownlie, *supra* note 2, at p. 7 et seq.

8 ICJ Reports 1969, para. 74.

9 Colombian-Peruvian Asylum Case (Colombia v. Peru), Judgement of 20 November 1950,

Moreover, it may not be left out of sight that a practice that is not displayed by those States “whose interests are specially affected” will in most cases not contribute to the formation of a norm of CIL.¹⁰

From the latter quote in the Asylum Case it may also be concluded that, in general, a practice of States that is uniform, general and of a certain – varying – duration will in most cases provide sufficient evidence of the subjective element, i.e. of the *opinio juris*.¹¹ It is, however, important to always clearly distinguish between a recognition as law and considerations of ‘political expediency’ or of *courtoisie*.¹² If the organs of a State declare that a given conduct is due to political self-restraint it is obvious that that State is unwilling to characterize a certain conduct as mandatory under CIL. In other cases, it will depend upon the circumstances surrounding the respective conduct whether the subjective element can be established.

Finally, it should be recalled that public international law in general is a rather dynamic legal order. Norms characterized customary in character in the past may today be obsolete or may have become derogated by a changed practice and *opinio juris* contributing to a new and different norm of CIL.

I.1.2. Treaties Contributing to the Formation of CIL

The ICJ, in a number of cases, has recognized that treaties may either be declaratory for an existing norm of CIL or contribute to the emergence of new CIL. This has been summarized in the Continental Shelf Case between Malta and Libya as follows:

“It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and opinio juris of States, even though multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed developing them. [...] it cannot be denied that the 1982 Convention is of major importance, having been adopted by an overwhelming majority of States; hence it is clearly the duty of the Court, even independently of the references made to the Convention by the Parties, to consider in what degree any of its relevant provisions

ICJ Reports 1950, p. 266 et seq., at p. 277.

10 W. Heintschel von Heinegg, in: K. Ipsen, *Völkerrecht*, at § 16 para. 11 (5th ed., Munich 2004).

11 I. Brownlie, *supra* note 2, at p. 8.

12 W. Heintschel von Heinegg, *supra* note 10, at § 16 para. 12.

are binding as a rule of customary international law"¹³.

It is important to note that, according to the ICJ, a simple reference to a given treaty, although adopted by an overwhelming majority of States, will in most cases not suffice as evidence for a corresponding rule of CIL – the less so if those States whose interests are specially affected are not parties to the treaty.¹⁴ Moreover, as made clear by the ICJ in the Nicaragua Case, it cannot “be claimed that all the customary rules which may be invoked have a content exactly identical to that of the rules contained in the treaties”.¹⁵ Norms of CIL are far less specific than treaty provisions. Hence, States may agree on the customary character of a rule or principle but may have divergent views on its scope and specific content.

1.1.3. Conduct of International Organizations

As already noted the ICTY considers the conduct of international organizations to have the potential of contributing to State practice or to provide evidence for the subjective element.¹⁶

The ICJ has regularly referred to UNGA Resolutions. However, the Court did so in a most cautious manner:

*“The opinio juris may, though with all due caution, be deduced from, inter alia, the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General assembly resolutions, and particularly resolution 2625(XXV) [...]. The effect of consent to the text of such resolutions cannot be understood as merely that of a ‘reiteration or elucidation’ of the treaty commitment undertaken in the Charter. On the contrary, it may be understood as an acceptance of the validity of the rule or set of rules declared by the resolutions themselves.”*¹⁷

In its Advisory Opinion in the Nuclear Weapons Case the Court identified the preconditions that UNGA resolutions must fulfil if they are to contribute to the formation of CIL:

“The Court notes that General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in

13 Case concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), Judgement of 3 June 1985 *ICJ Reports* 1985, p. 13 et seq., at para. 27.

14 W. Heintschel von Heinegg, *supra* note 10, at § 16 para. 11.

15 *ICJ Reports* 1986, at para. 175.

16 ICTY Appeals Chamber, *supra* note 6, at paras. 128 et seq.

17 *ICJ Reports* 1986, at para. 188.

certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an opinio juris. To establish whether this is true of a given general Assembly resolution, it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an opinio juris exists as to its normative character. Or a series of resolutions may show the gradual evolution of the opinio juris required for the establishment of a new rule.”¹⁸

It is, however, still doubtful whether there exists an overall consensus on the relevance of the conduct of international organizations or that of State representatives within international organizations for the formation of CIL.

On the one hand, international organizations, as partial subjects of public international law, are limited by their founding treaties and may not act outside their respective powers (although the doctrine of ‘implied powers’ may widen the powers conferred upon an international organization considerably). Moreover, their conduct is – if at all – of relevance for third States only if and insofar as those States have recognized them – either explicitly or implicitly.¹⁹ Of course, the United Nations Organization is an exception to that rule.

On the other hand, States have not yet provided sufficient evidence for the conclusion that the conduct of their representatives within an international organization could be considered State practice contributing to the formation of CIL. Rather, that conduct is predominantly regarded as an internal matter within the respective organization. Otherwise, States would run the risk that a certain position taken within an international organization in pursuance of aims limited to the organization’s purposes would be generalized in a manner contrary to their political agenda.

Finally, as regards the UN, it may not be left out of consideration that the Security Council disposes of wide-ranging powers and a wide margin of discretion. Its decisions are binding by virtue of Article 25 of the Charter. They, therefore, must be considered as separate parts of public international law (although derived from a treaty, i.e. the UN Charter). That is also the case if the Security Council decides upon obligations in a general and abstract manner, as was the case with resolution 1373²⁰

18 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, *ICJ Reports* 1996, p. 226 et seq., at para. 70.

19 V. Epping, in: K. Ipsen. *Völkerrecht*, at § 31 para. 38 (5th ed., Munich 2004).

20 UN Doc. S/RES/1373 (2001) of 28 September 2001.

(terrorism) and 1540²¹ (proliferation of WMD by non-State actors). Hence, in most cases it will be unnecessary to regard such decisions as contributing to the formation of CIL. Moreover, the Council's decisions aim at the maintenance or restoration of international peace and security in a concrete situation. Accordingly, they can only in rare cases be generalized. In view of these findings, the conduct of State representatives in the Council will rather not constitute 'State practice' contributing to CIL. It is conceded, however, that a decision of the Security Council may be indicative of the existence of a norm of CIL (or contribute to its formation) if the Council shows that it regards itself bound by certain rules or principles. For example, the constant reference to considerations of humanity is to be considered sufficient evidence that security operations may not be conducted in negligence of such considerations.²²

I.1.4. Persistent Objector

The concept of 'persistent objector' was first addressed by the ICJ, although marginally only, in the Anglo-Norwegian Fisheries Case, where the Court held that an alleged rule of international law "would be inapplicable as against Norway inasmuch as she has always opposed any attempt to apply it".²³ In the North Sea Continental Shelf Cases the ICJ without using the term 'persistent objector' seems to have accepted its existence in public international law. As is well-known the Court held:

*"Moreover, in the present case, any such inference would immediately be nullified by the fact that, as soon as concrete delimitations of North Sea continental shelf areas began to be carried out, the Federal Republic, as described earlier (paragraphs 9 and 12), at once reserved its position with regard to those delimitations which (effected on an equidistance basis) might be prejudicial to the delimitation of its own continental shelf areas."*²⁴

21 UN Doc. S/RES/1540 (2004) of 28 April 2004.

22 G. Nolte, *Practice of the UN Security Council with Respect to Humanitarian Law*, in: K. Dicke / et al / Ch. Tietje (eds.), *Weltinnenrecht - Liber amicorum Jost Delbrück*, 487-501., at p. 489 (Berlin 2005); E. de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, at p. 199 et seq. (Oxford 2004); E. Cannizzaro, 'A Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law', *IOLR* 3 (2006), 189-224, at p. 213 et seq.

23 Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Judgement of 18 December 1951, *ICJ Reports* 1951, p. 116 et seq., at p.131.

24 *ICJ Reports* 1969, at para. 26.

Hence, Brownlie maintains that a State may contract out of a custom in the process of formation if evidence of objection is clear. He further states: “Whatever the theoretical underpinnings of the principle, it is well recognized by international tribunals, and in the practice of states. Given the major tendency of international relations the principle is likely to have increased prominence.”²⁵

I.1.5. Conclusions

Despite the considerable controversies that surround the formation of CIL international courts and tribunals, while accepting a wide concept of State practice, in principle agree on the two elements. A practice of States that is uniform, general and of a certain (varying) duration may contribute to the emergence of a norm of CIL.

Of course, in view of the comparatively small number of responses to the questionnaire (32 out of 192 UN member States = 17%) those responses could as such not provide sufficient evidence as to the content of CIL even if they were uniform. Rather, they must be viewed together with further evidence of State practice. If that practice in its entirety fulfils the criteria of uniformity, generality and duration there will be good reasons to consider it as having contributed to the formation of CIL. However, if it is not uniform it is a strong piece of evidence for the non-existence of CIL.

I.2. State Organs Contributing to the Formation of CIL

Question I(a) of the Questionnaire

Which national authorities are competent to determine your country’s views on what rules are part of customary international law, internally and externally (e.g. may your domestic courts reach independent conclusions on this; does the Foreign Ministry have exclusive authority to express this view externally, etc.)?

I.2.1. Responses

Most of the States responding to the questionnaire declare that the authority that is externally competent to determine the State’s views on what rules are part of CIL is the Ministry of Foreign Affairs (e.g. Austria, Czech Republic, Germany, Ireland, The Netherlands, Tunisia).

²⁵ I. Brownlie, *supra* note 2, at p. 11.

Other States (Estonia, Hungary) declare that both the Ministry of Foreign Affairs as well as the Ministry of Defence are competent in this field. An *exclusive* authority of the Foreign Ministry to express the State's view externally is merely recognized in the Czech Republic and in the UK.

For internal purposes, particularly where it concerns the armed forces, numerous States involve the Ministry of Defence in determining which rules are part of CIL (e.g. the Czech Republic, Germany, The Netherlands). Some States (e.g. Greece, Italy, Switzerland) declare that there is no specific authority charged with that task. In principle, any authority applying the law may pronounce itself as to the question what rules are part of CIL, but eventually it is up to the courts to determine a rule being part of it. The United States regards all three branches of government to have a role in determining what rules are part of CIL.

Most of the States agree that the domestic courts, alternatively the Constitutional Court, can reach independent conclusions by applying domestic or international law in relation to relevant court cases.

While some States recognize CIL to be part of the domestic law (Austria, Italy), the Czech Republic and Romania underline that custom does not constitute a source of law in their domestic legal order. However the Czech Republic states that in any case of controversy about this matter the only authorized body to resolve such issue would be the judicial power.

There are different positions concerning the binding effects of court decisions. On the one hand, some States consider the courts as competent to make general binding statements concerning the contents of CIL (e.g. Italy, Czech Republic, Spain). On the other hand, States like Belgium, Denmark and the United States consider the court's conclusions as non-binding statements out-of-court. A U.S. domestic court's decision may be limited in scope, and only determinative within that court's jurisdiction. For those States the court's conclusions have only effects *inter partes* and merely constitute indications for the contents of CIL.

Finally, the UK states that the domestic courts are at liberty to reach their own conclusions as to the existence, scope, interpretation and

application of rules of CIL, but as a matter of internal constitutional law they must defer to legislation enacted by Parliament, which represents the supreme law of the land.

I.2.2. Conclusions

1. External Powers

It is a well-established principle of public international law that – apart from the Head of State and the Head of Government – the Minister of Foreign Affairs disposes of the *jus omnimodo repraesentationis*, i.e. that his or her acts are to be considered acts of that State without the necessity of producing appropriate powers.²⁶ Hence, in virtue of Foreign Ministers' functions they must always be considered as representing their respective State. This also holds true with regard to the position taken by the State with a view to CIL. It is, therefore, not surprising that all responding States seem to recognize that the Foreign Ministry is entitled to determine their country's views on what rules are part of CIL externally.

In view of the fact that only two States also consider the Ministry of Defence as competent to determine the State's view on CIL externally it would be difficult to establish that this is also the case under CIL. It needs to be emphasized, however, that this finding is without prejudice to the validity of the position of the State in question. If "it appears from the practice of States or from other circumstances"²⁷ that they consider the Minister of Defence as representing the State for the purpose of authoritatively stating his country's view on CIL there is no reason to exclude the Minister of Defence from exercising that power externally. Still, the recognition of the Minister of Defence as representing the respective State would be limited to that State and would have no impact on the content of the customary rule that is limited to Heads of State, Heads of Government and to Ministers of Foreign Affairs.

2. Internal Powers

As regards the authorities competent to internally determine what constitutes CIL there seems to be wide (although not uniform)

²⁶ See, *inter alia*, Article 7 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), UNTS Vol. 1155, p. 331.

²⁷ Article 7(1)(b) VCLT.

agreement that – within their respective powers as laid down in domestic law – the Ministries of Defence are entitled to determine what constitutes CIL. While it is not the task of the present report to evaluate the internal effects of such determinations the rapporteurs consider it important to note that statements by Ministries of Defence may thus provide evidence of a norm of CIL. There is, however, one important caveat: While it is irrelevant to clearly establish such powers under the respective domestic law a statement by a Ministry of Defence will provide sufficient evidence of CIL only if it conforms to statements by other organs of the respective State, especially of the Ministry of Foreign Affairs. In case of contradictions the latter will prevail.

All States responding seem to agree that domestic courts, especially Supreme and Constitutional Courts, have the power to (finally) identify a rule of CIL. It needs to be emphasized in this context that the recognition of custom as a source of domestic law must be clearly distinguished from CIL. Seemingly, that distinction has not always been observed in the responses received. Be that as it may. In any event it has become evident that the judicial power plays an important role in determining the existence of a rule of CIL for internal purposes. Of course, there are divergent approaches to the binding effects such findings may have.

Still, the latter aspect would not exclude the use of domestic court decisions as evidence for the existence of a norm of CIL. The ICJ has regularly made use of such decisions. For example, in the Arrest Warrant Case the Court examined decisions of national higher courts, such as the House of Lords or the French Court of Cassation.²⁸ It is important to emphasize, however, that – regardless of their internal effects – not all court decisions qualify. Therefore, only the decisions of higher courts, such as the Supreme Court, the House of Lords, the Cour de Cassation, or the Constitutional Court, will serve as sufficient evidence of the respective State's position vis-à-vis CIL.

3. Remarks

The rapporteurs consider it important to note that when it comes to the determination of CIL the law of State responsibility is, in principle, irrelevant. Hence, the rules on attributability of the ILC's Draft

²⁸ ICJ Reports 2002, at para. 58.

Articles²⁹ may not be made use of in the process of identifying State practice possibly contributing to the formation of CIL. The law of State responsibility aims at a restoration of the legal status quo that existed prior to a violation of international law. Therefore, it is logical and necessary that under that law the “conduct of any State organ shall be considered an act of that State [...], whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of the State”.³⁰ Both the responses to the questionnaire as well as the jurisprudence of international courts, however, reveal that acts of States contributing to the formation of CIL or constituting evidence of CIL are limited to the conduct of State organs that either dispose of genuinely external powers or to other State organs holding the highest positions in the organization of a State.

Finally, as regards court decisions it should be recalled that the judgments and opinions of international courts and tribunals, despite their inter-parts effects, are very often relied upon by international courts. For example, in the Arrest Warrant Case the ICJ examined the decisions of the Nuremberg and Tokyo international military tribunals and of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.³¹ Of course, the Court very often also bases its decisions on its own former judgements and findings.

I.3. Relevance of Military Manuals

Question I(b) of the Questionnaire

To what extent can military manuals on the law of armed conflict or on operations law or other military documents (military training handbooks, handbooks on the use of armament, military doctrinal documents, etc.) of your Country be considered as reflecting a relevant practice participating in the emergence or confirmation of a rule of customary international law?

I.3.1. Responses

A considerable number of the responding States consider military manuals or other military documents to constitute State practice

29 UNGA Res. A/56/589 and Corr. 1, “Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts” (28 January 2002).

30 *Ibid.*, Article 4(1).

31 *ICJ Reports* 2002, at para. 58.

contributing to the formation or confirmation of CIL. According to that position the manuals reflect the legal views of the State concerned and hence can be taken as authoritative statements having relevance for the assessment of what constitutes CIL (Finland, Greece, Lebanon, Moldova, Spain, Sweden, Tunisia).

However, the majority takes a more cautious position. They underline that the content of military handbooks/manuals is based not only on legal considerations but also on military-operational and political considerations. The manuals may provide important indications of State practice and *opinio juris*, but they are not intended to and cannot replace a meaningful assessment of operational State practice in connection with actual military operations (The Netherlands, United States).

Denmark states that manuals have no or very limited value in the formation of CIL. The reason is that the guidelines and similar instruments are not a reflection of legal considerations alone but also of political, military and practical considerations.

According to others, manuals may help to identify trends in international law in some contentious cases but they cannot be regarded as constitutive instruments in regard to the creation of customary norms (Estonia, Italy).

Finally Switzerland states that only official practice is to be regarded as relevant State practice. Military training handbooks or doctrinal documents contribute only to the creation of CIL as long as they have been published or been communicated to at least one State or international organization and if there is a belief that the practice reflected in these texts is required as a matter of law. Thus, Switzerland considers that military manuals or other military documents may be considered as reflecting relevant State practice contributing to the emergence or confirmation of a rule of CIL if the said criteria are fulfilled.

I.3.2. Conclusions

While military manuals as well as doctrinal documents are very often heavily relied upon in the legal literature for the purpose of identifying norms of CIL it has become evident from the responses received that such manuals and documents may not as such be considered State practice or evidence of *opinio juris*. This does not altogether rule out

the use of such documents. However, if the statements found in military manuals or documents are not accompanied by further State conduct qualifying as a norm-creating State practice they are of limited value only.

Moreover, as emphasized in the response by Switzerland, such manuals and documents can only contribute to the formation of CIL if they are not classified and if they have been published. This is a necessary precondition for any conduct to qualify as norm-creating State practice. If practice must be general in order to contribute to the formation of CIL any secrecy or classification will prevent other States to take notice of the documents and will by necessity not contribute to a general and uniform *opinio juris*. However, even if such documents are published they at best reflect the respective State's position at the time of publication. If later modifications or amendments are not published as well the potential norm-creating character of those documents must be severely doubted.

In many of the responses it is rightly emphasized that military manuals and other documents aim at combining legal and operational or political considerations. They will, therefore, very often not exhaust the framework provided by public international law, including CIL. Moreover, the respective domestic law of the State concerned may prevent that State and its armed forces to make use of the entire spectrum provided by public international law and international humanitarian law. For example, in some States there is a strict separation of military and law enforcement functions preventing the armed forces from conducting certain operations although under public international law they would be perfectly entitled to do so. Finally, it may not be left out of consideration that in their majority military manuals and especially handbooks on armament will reflect the respective State's obligations and commitments under international treaties. Accordingly, they are of relevance for the determination of CIL only if it is made sufficiently clear that the State in question characterizes a given legal norm as customary in character, i.e. as binding on States not parties to the respective treaty as well. For example, a military manual may prohibit the use of certain means of warfare, such as anti-personnel land mines or cluster munitions. If that statement is not accompanied by a prohibition of a participation in a multinational military operation in which the armed forces of other contributing nations use such weapons that is a strong piece of evidence that the respective State does not consider the prohibition of certain means of warfare as binding under CIL.

I.4. Relevance of Agreements, including SOFAs, and of RoE

Question I c) of the Questionnaire

What importance does your Country/National Group attach to following elements respectively to determine the existence of a rule of customary international law:

- i) Memoranda of understanding, technical arrangements and other similar agreements?**
- ii) Status-of-forces agreements?**
- iii) Rules of engagement?**

For a synopsis of the responses to Question I c) see Appendix 2.

I.4.1. MoUs, TAs, and Other Agreements

I. Responses to I c) (i)

As regards the importance of MOUs, TAs and similar agreements for the determination of the existence of a rule of CIL, the responses indicate that there are three different approaches while the arguments presented within each group slightly differ in nuances.

A considerable number of States, such as for instance the USA, the UK, Italy or the Czech Republic, share the view that MoUs, TAs and similar agreements cannot be used to determine rules of the CIL, stating that they are not legally binding and hence constitute rather political, technical, operational and/or administrative instruments.

The vast majority of the States responding are convinced that MoUs, TAs and similar agreements may be used to determine the existence of a rule of CIL as they incorporate already existing CIL. However, while agreeing upon the fact that MoUs, TAs and similar agreements can be indicative of an existing State practice, most of those States stress that this practice has to be accompanied by an *opinio juris* and therefore these instruments can only be a useful indication if they also reflect *opinio juris*.

The third position represented is by Germany and Sweden. Germany is convinced that MoUs, TAs and similar agreements may generally

contribute to the formation of new customary rules, however, it is usually a case-by-case decision. Sweden agrees that they have to be considered as acts of the State and part of State practice and that they could be considered as reflecting CIL if their content is consistent over time. It maintains, however, that this does not necessarily hold true for the respective document as such or the entirety of its content.

Finland takes the position that it is a case by case decision whether or not MoUs, TAs and similar agreements have legal effects.

2. Conclusions

The position taken by the States representing the first group is somewhat surprising and may be due to their respective domestic legal order or their national approach to MoUs, TAs and similar agreements. Obviously, to those States the denomination implies that such agreements are legally non-binding. However, there are two aspects that may not be overlooked.

On the one hand, this position is not easily reconcilable with the definition of the term ‘treaty’ in Article 2(1) lit. (a) VCLT according to which ‘treaty’ “means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation”. While the customary definition is not limited to written agreements³² this is of no importance for the present purposes because most MoUs etc. will be in written form. However, the denomination of any such agreement is without prejudice to its character as a source of international law, i.e. as a treaty. This is not only the approach chosen with the VCLT. As held by the ICJ in the Aegean Continental Shelf Case:

*“[...] whether the Brussels Communiqué of 31 May 1975 does or does not constitute such an agreement essentially depends on the nature of the act or transaction to which the Communiqué gives expression; and it does not settle the question simply to refer to the form – a communiqué – in which that act or transaction is embodied. On the contrary, in determining what was indeed the nature of the act or transaction embodied in the Brussels Communiqué, the Court must have regard above all to its actual terms and to the particular circumstances in which it was drawn up.”*³³

32 I. Brownlie, *supra* note 2, at p. 581 et seq.

33 Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey), Judgement of 19 December 1978,

Since MoUs, TAs and similar instruments are concluded between States and since in most cases they contain provisions on the powers, rights and immunities of foreign armed forces within the territory of the host nation they constitute international agreements and they are, thus, legally binding upon the States parties thereto. They are also “governed by international law”³⁴ because usually the domestic legal order of none of the parties is applicable to them.

On the other hand, the argument that such agreements are legally irrelevant does not necessarily rule out the possibility of considering them acts of States or as indicative for CIL. For example, there always has been general agreement that the Final Act of the Helsinki Conference (CSCE) is a legally non-binding instrument. Nevertheless, there has never been serious doubt that parts of the Final Act reflect certain principles of CIL.

Still, in view of that position a cautious approach ought to be taken vis-à-vis the relevance for CIL of MoUs, TAs and similar agreements. Hence, the question whether they are reflective of existing CIL must be answered in light of State practice and an accompanying *opinio juris*. Whether they can contribute as such to the formation of CIL is a different matter. First of all, it may not be left out of consideration that the very fact that there exists a treaty or even a series of identical or similar treaties provides a rebuttable presumption for the non-existence of CIL. The classical example given is that of bilateral extradition treaties. Although their number is considerable (generality) and although they more or less contain identical or similar provisions (uniformity) such bilateral extradition treaties are generally NOT regarded as evidence for the existence of a customary obligation to extradite. Since MoUs, TAs and similar agreements – like extradition treaties – very often lie at the core of State sovereignty there are good reasons to conclude that in case of doubt they may not be considered as evidence of *opinio juris* with regard to a corresponding norm of CIL.

I.4.2. SOFAs

1. Responses to I c) (ii)

As to SOFAs, most of the responding States declare – similarly to their opinions concerning MOUs and TAs – that SOFAs can reflect an

ICJ Reports 1978, p. 3 et seq. at para 96.

34 W. Heintschel von Heinegg, *supra* note 10, at § 9 para. 5.

already existing State practice and hence may be an indication of the position of the States.

According to the view of some of the States, such as Italy or the UK, SOFAs do not reflect CIL since they lack the requisite of *opinio juris* as SOFAs traditionally represent a development and departure from CIL.

Finland, Estonia and Spain underline that SOFAs contribute to the formation of CIL as much as any other international treaties, whereas Germany, Sweden and Norway merely are not prepared to exclude this possibility. Germany maintains that it is usually a case-by-case decision. Norway limits its opinion to SOFAs reflecting long-time deployments. Sweden states that SOFAs may contribute to the formation of a new rule of CIL provided that their content is consistent over time. Sweden emphasizes that although their content could be considered as CIL, this does not necessarily concern the documents as such or the agreements in their entirety.

2. Conclusions

As in the case of MoUs, TAs and similar agreements the divergence of opinions does not allow a conclusion to the effect that SOFAs could be treated differently, i.e. that they are relevant for CIL. Moreover, if SOFAs contain provisions infringing upon the core of the host nation's sovereignty – e.g. on the exercise of criminal jurisdiction – there is a presumption of their purely contractual character. Accordingly, SOFAs may not be considered as contributing to the formation of CIL. Of course, in some instances they may be reflective of existing CIL. This, however, is to be determined in the light of (other) State practice and the corresponding *opinio juris*.

I.4.3. RoE

1. Responses to I c) (iii)

As regards the relevance of RoE the responding States are again divided into three groups.

A clear majority takes the position that ROE incorporate already existing CIL and hence may be used to determine State practice and the existence of a rule of CIL, however, under the presumption that they also reflect *opinio juris*.

A minority of States, including Italy, the Netherlands and the USA, take the contrary position, i.e. that RoE are not relevant for the determination of the existence of CIL, since they are often more restrictive than what the law allows; whereas the UK maintains that although RoE are checked for their legality, they only constitute operational and strategic means.

According to the position held by Germany RoE may contribute to the formation of rules of CIL, however, it is usually a case-by-case decision whether or not they do; while Sweden maintains that they have to be considered as acts of the State and part of State practice. Hence if their content is consistent over time, they could be considered as customary law, but not necessarily the documents as such or the RoE in their entirety.

2. Conclusions

The responses lacking the necessary uniformity (consistency) and generality do not justify the conclusion that RoE either contribute to the formation of CIL or that they are declaratory for CIL.

Although a majority of the responding States is willing to take a position to the contrary the rapporteurs – while recognizing that States are free to determine which acts may be considered a norm-creating State practice – believe that it is of overall importance not to lose sight of the very object and purpose of RoE. It is of course true that RoE must comply with CIL and with the treaty obligations binding upon the State issuing the RoE in question. However, RoE are a command and control tool aiming at the regulation of the use of force for a specific operation in order to enable the States concerned and their armed forces to achieve a certain operational and political goal. Without prejudice to the terms used, e.g. in NATO's MC 362/1, RoE will in most cases be restrictive, i.e. they will not permit the use of force to an extent as permissible under the applicable international law. Thus, they will always be in compliance with the applicable international law, including CIL.

However, their value in determining the scope and content of that law will – if at all – be rather limited. This may be explained by the following example. During an operation aiming at the stabilization of a given region the applicable RoE may prohibit attacks against

religious buildings at all times, i.e. even if they are abused for the enemy's military purposes or for attacks against the armed forces operating under the RoE. The object and purpose of that prohibition is the political aim of not upsetting the local population. However, the applicable international law, including international humanitarian law, would permit the use of force against religious buildings if they are abused for the said purposes. Accordingly, these RoE may neither be considered as providing evidence for an absolute prohibition of the use of force against religious buildings, nor for the existence of a norm of CIL to that effect, nor for an *opinio juris* of the issuing State.

I.5. Relevance of the ICRC Study

Question I (d) of the Questionnaire

What is the position of your Country with respect to the study carried out by the ICRC about customary international humanitarian law? Has your Country reacted officially to this study? If so, has this reaction been published? If not, does your Country intend to react?

I.5.1. Responses

Almost all of the responding States declare that they have not officially reacted to the ICRC study. Only Moldova and the USA have formally commented upon the ICRC study: Moldova in the Order No 275 issued by the Minister of Defence on 5 December 2006; the USA in the statement by John B. Bellinger III and William J. Haynes II.³⁵ Most States rather do not intend to make official statements to the ICRC study in the near future.

Many States appreciate the ICRC's initiative to undertake the study. They also organize conferences and seminars to disseminate the content of the study. Some States consult the study regularly when dealing with legal training and as an academic reference tool. Moreover, they mention that there exist at the national level academic and professional responses to the ICRC study³⁶ although they do not constitute in any respect the official governmental reactions to the study.

³⁵ J.B. Bellinger III / W.J. Haynes II, 'A US Government Response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law', 89 (866) *IRRC*, 443-471.

³⁶ See, *inter alia*, the contributions in: E. Wilmschurst / S. Breau, *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, (Cambridge University Press, 2007).

A few States, for instance Finland and Cyprus, consider the study to be a valuable contribution to the clarification of the current state of customary IHL as to the ICRC conclusions concerning both international and non-international armed conflicts.

However, there are States that expressly underline that they are not bound by the study even if they consult it (for instance Ireland) or that they disagree with certain of the rules asserted in the study (for instance the UK), as well as States (such as the Netherlands) that express their concern as to the methodology used to carry out the study and to a number of the ICRC's conclusions.

1.5.2. Conclusions

It may be recalled that *Yves Sandoz* in his foreword to the ICRC Study considers it not to be “the end of a process but [...] a beginning. It reveals what has been accomplished but also what remains unclear and what remains to be done.”³⁷ He then, however, emphasizes that “though it represents the truest possible reflection of reality, the study makes no claim to be the final word. It is not all-encompassing – choices had to be made – and no one is infallible.”³⁸ These words of caution seem to be appropriate. Not many governments participated in the drafting of the study and some of its findings need to be discussed within the international community in order to establish whether and to what extent they may indeed be considered a quasi-authoritative statement of CIL applicable in international and non-international armed conflict. Unfortunately, the responses to the questionnaire reveal that not many States seem to be prepared to enter into a constructive discourse either with the ICRC or amongst themselves. The ICRC, while acknowledging that “the formation of customary international law is an ongoing process”³⁹, “believes that the study does indeed present an accurate assessment of the current state of customary international humanitarian law. It will therefore duly take the outcome into account in its daily work.”⁴⁰ Hence, the stance taken up on the study by the majority of the responding States, i.e. using it as a reference tool for dissemination and training purposes but not recognizing it as binding, may not be the final word and ultimately the study might be generally recognized as an authoritative assessment of the current state of CIL.

37 I. Sandoz, “Foreword”, in: J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Vol. I: Rules*, at p. xvii (Cambridge 2005).

38 *Ibid.*

39 J. Kellenberger, “Foreword”, *ibid.*, at xi.

40 *Ibid.*

It is to be stressed, however, that the ICRC Study has not remained undisputed. Besides the critical response by the US Government⁴¹ there have been academic assessments as well that may not be left out of consideration when it comes to an assessment of the validity of the Study's findings.⁴² For example, *Yoram Dinstein*, with a view to the law of international armed conflict, states that "the Study clearly suffers from an unrealistic desire to show that controversial provisions of AP I are declaratory of customary international law (not to mention the occasional attempt to go even beyond AP I). By overreaching, I think that the Study has failed in its primary mission. After all, there is no practical need to persuade Contracting Parties to AP I that it is declaratory of customary international law. Whether or not such is the case, Contracting Parties are bound by AP I by virtue of their consent to ratify or to accede to it. But there is a need to persuade non-Contracting Parties that they must comply with a large portion of AP I: not because it is a treaty but because it is general custom. I do not think that non-Contracting Parties will be persuaded by the conclusions of the Study. Thus, the authors missed a golden opportunity to bring Contracting and non-Contracting Parties to AP I closer together. Indeed, at least on some central points, far from bridging over the present abyss, the Study will only drive the two sides of the 'Great Schism' farther away from each other."⁴³

I.6. Persistent Objector

Question I(e) of the Questionnaire

What is the position of your Country concerning the concept of «persistent objector» with respect to the rules of international humanitarian law? Which type of behaviour, beyond a refusal to ratify a treaty or to have reservations, should a country adopt to be considered as persistent objector?

I.6.1 Responses

While most of the responding States agree that the concept of persistent objector is generally recognized they do not agree on the conditions, especially on the intensity of an objection to an emerging rule of CIL.

41 Bellinger / Haynes, *supra* note 35.

42 E.g. *supra* note 36.

43 Y. Dinstein, 'The ICRC Customary International Humanitarian Law Study', 36 *IsrYBHR* 1-15, at 14 et seq.

Moreover, there seems to be no consensus as to whether the non-ratification falls within the scope of the concept.

Those States recognizing the concept of persistent objector all agree that the intention not to be bound by a certain rule must be expressed during the formation of the norm concerned. The objecting State may not conduct itself in a manner that could be interpreted as acting in accordance with the norm concerned. Ultimately, the decision has to be taken on a case-by-case basis.

Some States (e.g. Italy, Hungary, Lebanon) have no official position. Nevertheless some of them seem to accept the concept of persistent objector.

However, several States do not answer the question whether the concept of persistent objector is valid in cases of rules of international humanitarian law. It seems difficult to figure out if those States recognize the general applicability of the concept or whether they are not prepared to recognize its application to international humanitarian law.

About 20 % of the responding states explicitly deny the application of the concept of persistent objector at least in cases of norms of *jus cogens* (e.g. The Netherlands, Lebanon) and in cases with regard to violations of fundamental international humanitarian law and human right guarantees (Finland, Norway). Switzerland, while hesitantly recognizing the concept (also with a view to international humanitarian law), points out that if a State whose interests are specially affected persistently objects to a norm that norm will not mature into CIL. Latvia does not support the concept of persistent objector at all. The UK national group does not see itself able to answer this question hypothetically or in a general sense. China merely explains that its reservations in the international treaties were all made in accordance with the regular procedures provided by these treaties and in compliance with the rules of the international law.

I.6.2 Conclusions

Although there have been no uniform responses as to the applicability of the concept of ‘persistent objector’ to international humanitarian law States seem to agree that it remains generally applicable. However, they emphasize that there is no room for its application if fundamental

rules of international humanitarian law or peremptory norms of international law (*'jus cogens'*) are affected.

There are some doubts whether that position is consistent with the very character of *jus cogens*. According to Article 53 VCLT “a peremptory norm of international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character”. Since such norm must be accepted and recognized “by the international community of States as a whole” any persistent objection would successfully prevent a norm from becoming *jus cogens*. Moreover, the fundamental rules of international humanitarian law, especially those contained in the four 1949 Geneva Conventions or in the 1907 Hague Conventions, are already recognized as customary in character. Therefore, there is no room for the concept of ‘persistent objector’, since it does not apply to a ‘subsequent objection’.

However, the said position is absolutely correct insofar as it emphasizes that violations of fundamental rules of international humanitarian law may never be considered as any form of objection. Rather they remain what they are: violations of the law.

Furthermore, there seems to exist considerable agreement that a State wishing to prevent to become bound by a norm of CIL is under an obligation to object as soon as possible in the formation process of the norm concerned. Moreover, there is agreement that the mere refusal to ratify a treaty is not sufficient to be recognized as a persistent objection. Rather, the State concerned is obliged to repeat and to increase the intensity of its objection over time.

It is difficult to maintain that the concept of ‘persistent objector’ implies that a State unwilling to become bound by a rule of CIL is under an obligation to manifest itself at the very first stage of the formation process. Rather, such obligation presupposes that the State concerned must have reasonable grounds for assuming that the formation process has begun. However, in the majority of cases the question when the formation process was initiated can only be answered from a hindsight perspective. That perspective is of no relevance for the concept of persistent objector since the State which wishes to prevent to become bound by a new rule of CIL will have to judge the (future) conduct of

other States. Accordingly, the obligation to persistently object comes into operation only if that conduct is to be understood as contributing to the emergence of a new rule of CIL. For example, a treaty may, under certain conditions, contribute to the formation of CIL. However, the mere fact that a treaty has been concluded or entered into force is not indicative of its potential customary character. If, however, States not parties to that treaty refer to its provisions, if member States apply the treaty's provisions to non-members then there are reasonable grounds for assuming that the treaty or some of its provisions may mature into CIL. Then, and only then, there is room for the obligations arising from the concept of persistent objector.

Finally, it is important to note that States whose interests are specially affected may, by way of persistent objection, not only succeed in preventing an application of a norm of CIL as to themselves. Rather, in view of their importance for the formation of CIL recognized by the ICJ they will prevent the formation of a norm of CIL altogether.

I.7. Regional Customary International Law

Question I(f) of the Questionnaire

Are there, according to your Country/National Group, regional customs in international humanitarian law? If so please specify to what extent.

I.7.1. Responses

The overwhelming majority of the responding States (except Tanzania) deny the existence of any regional custom in their respective geographical area.

In addition many countries (e.g. Ireland, Lebanon, Switzerland, USA) maintain that in the field of international humanitarian law regional CIL should not exist since international humanitarian law is of a global character and should be prevented from being weakened by regional customs.

Other States (e.g. Belgium, Cyprus, Finland, Greece, Sweden, the Netherlands, Tunisia, Uruguay) are prepared, under certain circumstances, to take into account the existence of regional customs, but most of them agree on the following preconditions: Regional customs

may not fall below the standards of fundamental rules of international humanitarian law, but may only set higher/stricter standards.

Only Tanzania unconditionally accepts regional customs. Those have been in existence and practiced since long time before the independence of Tanzania in 1961 and have been acknowledged by tribal warriors in fighting and are practiced even in contemporary military operations. However, the Tanzanian report does not give further specifications of the said regional customs.

I.7.2. Conclusions

In contrast to general public international law that recognizes regional CIL almost unconditionally, there is a consensus among the responding States that there is no room for regional customs within the scope of applicability of international humanitarian law unless such customs provide higher standards than the general rules. Accordingly, most of the responding States recognize the concept of regional customary international humanitarian law. The fact that they are prepared to consider regional customs relevant only if they set higher (humanitarian) standards is, of course, an important limitation. Still, in view of the emphasis laid on the global character of international humanitarian law by a considerable number of other responding States it is far from settled whether international humanitarian law allows for regional modifications even if they resulted in a further limitation of the use of force in armed conflict.

Indeed, it should not too easily be left out of consideration that international humanitarian law as it stands today is the product of a long development that has begun clearly prior to the first codifications of the middle of the 19th century. These achievements are far too important to be made the subject of a variety of different regional customs. Even if such customs set higher standards they would jeopardize some of the fundamental principles of international humanitarian law, i.e. the principles of the equal application and of reciprocity.

Still, the rejection of regional customs does not prevent States or a group of States in a given region to apply higher standards than those set by international humanitarian law. This self-restriction would, however, have no impact on CIL and would be political rather than legal in character.

I.8. Practice of International Organizations and Practice within International Organizations

Question I(g) of the Questionnaire

Does your Country/National Group agree that the practice of international organizations can contribute to the formation of customary international law (Q.1)? Is the participation of a State in the voting procedure within these organizations a relevant state practice (Q. 2)? And does the practice of the international organization as a whole contribute to the development of customary international law, irrespective of the practice of the States that are part of it (Q. 3)?

I.8.1. Responses

All responding States – either explicitly or implicitly – distinguish between international governmental organizations (IGOs) and non-governmental organizations (NGOs). As regards the ICRC many States seem to be prepared to assimilate it to an international organization proper.

1. Responses to I (g) (i)

A majority of the responding States answer the first question in the affirmative. Most of them (China, Cyprus, Czech Republic, Estonia, Finland, Greece, Ireland, Italy, Moldova, Norway, Spain, Tanzania, Tunisia, Uruguay) unconditionally accept the conduct of IGOs to contribute to the formation of CIL.

Others take a differentiated approach. According to Switzerland and Lebanon it depends on whether the IGO has acted within its powers. In addition, Switzerland recognizes that the practice of the ICRC is an important factor in the formation of customary international humanitarian law. Belgium is prepared to attribute relevance to the practice of IGOs only and insofar as the member States have transferred parts of their sovereignty with the consequence that they are no longer able to autonomously act within the field concerned. The Netherlands concedes that the practice of IGOs can contribute to the formation of ICL insofar as the organization concerned can be subject to international humanitarian law, such as the UN.

The remaining States are not prepared to recognize the practice of IGOs to directly contribute to the formation of CIL (Austria, Germany, Hungary, Sweden, the UK, and the USA). They are only prepared to accept the member States' conduct as a norm-creating practice while conceding that decisions of IGOs may be reflective or declaratory of existing CIL. This also holds true for Latvia which emphasizes the fact that IGOs are composed of States and that a recognition and application of acts of IGOs by member States will ultimately contribute to the formation of CIL.

2. Responses to I (g) (ii)

It follows from the responses to the first question that a clear majority accepts that a State's participation in the voting procedure can be considered State practice relevant for the formation of CIL (Austria, Belgium, China, Cyprus, Latvia, Lebanon, Moldova, Norway, Spain, Tanzania, Tunisia, the UK).

The Czech Republic seems to be prepared to consider participation in the voting procedure as State practice if and insofar as the representative has acted within the powers conferred upon him by domestic law. Finland and the USA maintain that the conduct of State representatives within an IGO must be accompanied by actual State practice. Germany, Greece and Hungary maintain that this question has to be answered on a case-by-case basis, whereby Hungary stresses that the conduct in question may be limited to the respective IGO and that States may wish to enter into obligations different from those of the IGO. A similar position is taken by Ireland. According to Italy only proposals, motions and settlements of State representatives within an IGO constitute State practice, whereas declarations of vote and other similar voting practices do not. Sweden merely considers voting within the UNSC as State practice. The Netherlands emphasizes the consistency of voting behaviour. Only Estonia answers the question in the negative but is prepared to attach some relevance to the participation in a voting.

3. Responses to I (g) (iii)

In correspondence with the reactions to the first question the majority of responding States believe that the practice of international organizations as a whole contributes to the development of customary

international law. Cyprus and the Czech Republic explicitly mention the practice of the UN as a source of international humanitarian law. Greece urges to take into account the practice of States not members of the organization concerned. The Czech Republic and Hungary wish to decide this issue on a case-by-case basis. Finland establishes a link to the law of international responsibility.

However, as with the first question, a considerable number of the responding States is not prepared to characterize the independent practice of IGOs a norm-creating practice (Austria, Belgium, Germany, Sweden, Tunisia, the UK, USA).

I.8.2. Conclusions

1. Practice of International Organizations

Despite the fact that a majority of the responding States is in favour of a direct contribution of the practice of IGOs to the formation of CIL this is not sufficient evidence for the assumption that this position reflects CIL. A considerable number of the responding States is clearly opposed to this position. They, therefore, reject any independent relevance of the practice of IGOs and continue to concentrate on the conduct of States.

Seemingly, this also holds true for the ICRC because, so far, only Switzerland and China take the view that the practice of the ICRC contributes to the formation of customary international humanitarian law. It should, however, not be left out of consideration that, according to the 1949 Geneva Conventions (that are generally considered as customary in character) the ICRC is a most privileged organization with specific powers when it comes to international humanitarian law. Therefore, the reserved position vis-à-vis IGO practice is not necessarily indicative of the special status the ICRC enjoys under both treaty and customary law.

2. Participation of State Representatives in the Voting Procedure

The responses to the second question are almost unanimous and they correspond with the general approach to State conduct within an IGO. Accordingly, participation by State representatives in the voting procedure of an IGO, in principle, qualifies as norm-creating State practice. However, this is not an absolute rule. Rather, there must be

sufficient evidence that that conduct is not limited to the respective IGO, i.e. where the State concerned indicates that it intends to be legally bound by the outcome of such a voting system.

3. Practice of IGO Independent from State Practice

In view of the obvious division of opinions it is impossible to conclude that the conduct of an IGO may be considered norm-creating if that conduct is not accompanied by actual State practice. It is to be re-emphasized that the law on international responsibility, in view of its object and purpose, is not necessarily conclusive as to which acts qualify as (State) practice contributing to the formation of CIL.

4. Further Remarks

As regards the first and third question the following example may be illustrative with a view to the necessity that the conduct of an IGO must regularly be accompanied by State practice. The formation of CIL may be initiated through a new interpretation of a treaty provision by an organ of an international organization even if that norm has, so far, been considered declaratory of CIL. That was the case with UNSC resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001). Since then it has been widely recognized that the inherent right of self-defence is not limited to armed attacks attributable to another State but that it also applies to armed attacks by terrorists, i.e. by non-State actors. It should be stressed, however, that that development has been brought about not only by a new interpretation of Article 51 of the UN Charter but also by the conduct of the international community (States, especially those participating in Operation Enduring Freedom, and International Organizations, e.g. NATO and the OSCE). Some maintain that the International Court of Justice, in its Advisory Opinion on the Israeli wall, objected to such a modification of the customary right of self-defence. Indeed, the Court seems to have stressed that an armed attack must be imputable to a State. However, the Court's rejection of the right of self-defence was mainly based on the fact that the relevant attacks from Palestinian territories lacked a transboundary element: "The Court also notes that Israel exercises control in the Occupied Palestinian Territory and that, as Israel itself states, the threat which it regards as justifying the construction of the wall originates within, and not outside, that territory. The situation is thus different from that contemplated by Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001), and therefore Israel could not in any

event invoke those resolutions in support of its claim to be exercising a right of self-defence⁷⁴⁴. Therefore, the Advisory Opinion may not be considered as rejecting the above findings.

I.9. Overall Evaluation of the Responses to Part I of the Questionnaire

Despite the diversity and divergence of opinions on many issues the responses received allow for some general conclusions on the formation of CIL.

There is wide agreement that the objective element is not restricted to the actual conduct of States but that it may also comprise statements, judgments of domestic courts, national legislation, and the conduct of State representatives in international organizations. That approach is in conformity with the jurisprudence of international courts, especially of the ICJ. As regards governmental statements there is a clear tendency to regard them as relevant if they stem from the highest governmental level. Accordingly, statements by the Ministry of Foreign Affairs and – to a lesser extent – by the Ministry of Defence are considered a norm-creating State practice. In principle, the conduct of State representatives within IGOs also qualifies if it can be established that it is intended to have effects beyond the respective IGO. The fact that domestic court decisions are dealt with in the context of their internal effects only is without prejudice to their potential value in the process of identifying norms of CIL.

These findings are, however, without prejudice to the potential relevance of military manuals and RoE. Accordingly, a wide concept of State practice does not necessarily mean that military manuals and RoE are to be considered acts of State practice. Indeed, a considerable number of the responses received stress that they are guided not only by legal but also by policy and operational considerations and therefore they are – if at all – of minor value when it comes to the identification and formation of norms of CIL. The same seems to hold true for MoUs, TAs, and SOFAs.

Moreover, there is no sufficient consensus on the relevance of the practice of IGOs. If that conduct is not accompanied by actual State practice it does not qualify as a norm-creating practice. Of course,

⁴⁴ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, *ICJ Reports* 2004, p. 136 et seq., para. 139.

all responding States agree that decisions of IGOs may be reflective/declaratory of existing CIL.

However, it has also become evident that the practice of the ICRC may contribute to the formation of CIL. Still, this does not mean that all statements by the ICRC on issues of CIL are to be considered relevant. Therefore, the ICRC Study – although widely welcomed and made use of – may not be considered an authoritative statement as to the current state of customary international humanitarian law in all respects.

The concept of ‘persistent objector’ is generally recognized. However, some States favour a restrictive application of the concept vis-à-vis international humanitarian law, especially if fundamental and peremptory norms are concerned. Apart from that there is wide agreement that the mere non-ratification of a treaty will not suffice to prevent a State from becoming bound by a norm of CIL. Rather, that State is under an obligation to regularly confirm its position and, if necessary, to intensify its objection. It has remained unclear, however, at which point in time the obligation to object comes into existence.

Finally, there is a clear rejection of regional customs. The vast majority is not prepared to attach to such custom any relevance because, thus, the global character of international humanitarian law and the principle of equal application of that law to all parties to an armed conflict would be put into question and the achievements of that body of law could be severely jeopardized.

Part II: Applicability of International Humanitarian Law in Peacekeeping Operations

Question II of the Questionnaire

Please detail concrete examples of situations in peacekeeping operations where your Country's peacekeepers decided to act specifically with reference to one or more fundamental principles and rules of international humanitarian law.

II.1. Background

While the question of an extraterritorial applicability of (regional) human rights instruments has been, and probably continues to be, one of the most contentious issues surrounding peacekeeping operations⁴⁵ the problem of the applicability of international humanitarian law to such operations was seemingly resolved by the UN Secretary-General and by the 1994 Convention.

It may be recalled that Article 2(2) of the 1994 Convention on the Safety of UN Personnel⁴⁶ provides:

“This Convention shall not apply to a United Nations operation authorized by the Security Council as an enforcement action under Chapter VII of the Charter of the United Nations in which any of the personnel are engaged as combatants against organized armed forces and to which the law of international armed conflict applies.”

Of course, this provision is not as clear as it seems to be at first glance. It is far from settled whether the authorization of the use of force by the UN Security Council by necessity brings into operation the law of international armed conflict. An authorization of the use of force may, of course, relate to an existing international armed conflict or it may indeed initiate an international armed conflict. However, the respective UN Security Council resolution may relate to a non-international armed conflict and it may aim at an assistance to the respective government. Or there may only be a threat to the peace without armed hostilities and the authorization of the use of force may be limited to the aim of mission accomplishment. Hence, it remains unclear whether Article 2(2) of the 1994 Convention is indeed meant to be as limited as its wording

⁴⁵ See, e.g., the judgment of the ECtHR in the Case of *Behrami and Saramati*, No. 71412/01 and 78166/01, Decision of 31 May 2007.

⁴⁶ Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel, UNGA Res. 49/59, *UN Doc. A/49/49* (9 December 1994).

suggests. Since the concept of ‘combatant’ is limited to situations of international armed conflict in the sense of common Article 2 of the 1949 Geneva Conventions there are good reasons to assume that that is the case. However, it would be counterproductive and not very helpful for the forces operating under a UN Security Council authorization if the law of non-international armed conflict were inapplicable.

As regards peacekeeping operations a further clarification seems to have been provided by the 1999 Secretary-General’s Bulletin⁴⁷ that, according to Section 1.1, provides:

“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-defense”.

Indeed, one question left open by Article 2(2) of the 1994 Convention has been answered in a useful way: If UN Peacekeepers find themselves in a situation of armed conflict international humanitarian law applies. However, the use of the term ‘combatant’ seems to suggest that the Bulletin is limited to situations of international armed conflict. This problem could be overcome by conceding that the Secretary-General did not intend to use the legal term ‘combatant’ but that he merely used it in a descriptive manner. But it is not as easy to solve the difficulties brought about by the second sentence. Firstly, not every enforcement action necessarily amounts to a situation of armed conflict. In cases in which the authorization of a use of force is limited to mission accomplishment the actual use of force against those endeavouring to interfere with the mission may rather be considered a law enforcement action. Secondly, the Bulletin suggests that all peacekeeping operations are governed by international humanitarian law since all peacekeepers are entitled to exercise their inherent right of self-defence. Such a position is certainly not reflected in the practice of States contributing to UN peacekeeping operations.

It may not be left out of consideration, however, that the UN Secretary-General has not stated that international humanitarian law technically applies to the situations dealt with in the Bulletin. Rather the Secretary-General has borrowed from international humanitarian law and has decided that only those fundamental rules and principles of international

⁴⁷ United Nations, Secretary-General’s Bulletin, ST/SGB/1999/13, 6 August 1999.

humanitarian law expressly set out in the Bulletin are to apply to UN peacekeeping operations. Moreover, the scope of the Bulletin's applicability is limited to "United Nations forces conducting operations under United Nations command and control". Accordingly, other peacekeeping operations are not affected. Finally, it needs to be stressed that the Bulletin is without prejudice to any technical applicability of international humanitarian law. If a peacekeeping operation develops into an armed conflict the respective rules and principles of either the law of international armed conflict or of the law of non-international armed conflict become applicable. Of course, such a determination may be rather difficult in situations that have been described as 'three-block warfare'. Then, parts of a peacekeeping operation may be governed by international humanitarian law whereas other parts will not.

The question posed to the Society's national groups has to be seen against the background just described. It is not meant to acquire general statements on the applicability of international humanitarian law. Rather, Part II aims at gaining a deeper insight into the actual conduct of armed forces engaged in peacekeeping operations.

II.2. Responses to the Questionnaire and Conclusions

II.2.1 Responses to Part II of the Questionnaire

Most of the responding States do not present an answer to the question or declare that it has not been possible to answer it or that they are unable to give any specific example of situations during peacekeeping operations in which peacekeepers decided to act in accordance with fundamental principles and rules of international humanitarian law (for instance Germany, Greece, Hungary, Lithuania, Namibia, Norway, UK). Some of them point out that they simply do not have any data concerning the required information (for instance Hungary).

Some States, while declaring themselves unable to provide examples, stress that their armed forces are obliged to act in accordance with international humanitarian law and within the scope of the respective operation's mandate (Latvia, Belgium), whereas Belgium asks additionally for the clarification of the phrase "*to act specifically with reference to one or more fundamental principles and rules of IHL*".

Others, such as Cyprus or Lebanon, respond that – since their participation in the peacekeeping operations is so far limited or non-existent – they are unable to give any pertinent example.

Similarly, many responding States only indicate that their peacekeepers apply the rules and principles of international humanitarian law, including the fundamental rules (for instance China, Denmark, Moldova, Spain, Tunisia, Uruguay and United States). However, the United States underlines that US peacekeepers apply those rules and principles as a matter of policy only, which does not mean that the USA regards itself bound by these rules in peacekeeping operations under CIL.

Several States, including Switzerland and Austria, declare that they cannot offer an answer to that question based on their own experience since the existence of an armed conflict is a prerequisite for the application of international humanitarian law.

Sweden remarks that even if international humanitarian law had been applicable in an armed conflict, the Swedish Armed Forces taking part in the respective peacekeeping operation have never been part of that armed conflict. Hence, the fundamental principles of international humanitarian law have never been formally applied by them during the peace operations or peace support operations. Rather, their conduct has been regulated by the principles and rules of human rights law.

Finally, several States present some examples of situations in peacekeeping operations where their peacekeepers decided to act in accordance with selected principles and rules of international humanitarian law.

The Czech Republic refers to the so-called “March Riots” in Kosovo in 2004 where a squad of Czech soldiers was protecting a Serbian church and cemetery against rioting Albanians. The Czech soldiers decided to withdraw because, under the principle of proportionality, they considered themselves prohibited to use lethal force. Ireland gives a similar example on the observance of the principle of proportionality that also concerns the “March Riots” during the peacekeeping operation in Kosovo.

Estonia gives three examples from the mission in Afghanistan: two of them relate to the principle of humanity, one to the principle of distinction. The last example concerns the internment for security reasons as well as warning shots to intimidate unarmed civilians employed by anti-governmental groups in Afghanistan who could not be considered as having directly participated in the hostilities. The examples concerning the principle of humanity include the minimising of the risk of injury to the civilian population by explosive devices and the calling of a British

medical helicopter in order to help a wounded child.

Italy briefly mentions its specific approach to the treatment of “captured persons” although it does not indicate any further details as to the exact operation.

Finally, some responding States only in a generic manner refer to principles of international humanitarian law they consider applicable to peacekeeping operations. According to the Netherlands: the principles of military necessity, humanity, distinction and proportionality as well as the definition of military objectives (Article 52 par. 2 AP I) and the concept of direct participating in hostilities According to Tanzania: the principles of distinction, humanity and the prohibition of unnecessary suffering.

II.2.2 Conclusions

The first conclusion that can be drawn from the responses to Part II is that a considerable number of the responding States do not necessarily consent with the 1999 UN Secretary-General’s Bulletin because they consider themselves bound by international humanitarian law only if there exists a situation of armed conflict – in the sense of either common Article 2 or of common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions.

The second conclusion is that for an equally considerable number of responding States the fundamental rules and principles of international humanitarian law constitute an operable yardstick for assessing the legality of the use of force. There is, however, a clear division of opinions on whether those rules and principles apply as a matter of law or as a matter of policy. Still, there is consensus on the following limitations: civilians may not be attacked unless and insofar as they directly participate in the hostilities; attacks must be limited to opposing armed forces and to objects qualifying legitimate military objectives; the wounded and sick must be respected and taken care of appropriately; methods and means of warfare may not be used if their use may inflict unnecessary suffering or superfluous injury.

It is, however, unclear whether the reference to proportionality is guided by international humanitarian law or by another branch of public international law. According to the former the required proportionality test is governed by Article 51(5) (b) of the 1977 AP I. Hence, collateral damage is in violation of that principle only if it “would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated”. ‘Excessiveness’ must be clearly distinguished from ‘disproportionality’

that would probably be the correct yardstick under human rights law. Moreover, it is at least questionable whether the so-called “March Riots” in Kosovo were governed by international humanitarian law at all. Be that as it may. The use of deadly force against a rioting crowd is considered lawful in exceptional cases of self-defence only. It would certainly be prohibited for the purpose of protecting property.

Part III: Means and Methods in the Conduct of Military Operations

III.1. Background

The international legal framework relating to means and methods in the conduct of hostilities is generally less developed in *lex scripta* than the rules relating to protection of persons *hors de combat*. Treaty rules regulating means and methods in military operations commonly stem from declarations or conventions negotiated in a time when the nature of military operations was very different, with regard to enemies encountered, tasks assigned, technologies involved and scrutiny by the world community –in the press or in the courts⁴⁸. The most comprehensive treaty rules negotiated in recent decades relating to means and methods are found in Additional Protocol I, largely but not entirely reflecting rules declaratory of customary international law. Certain States have made important reservations to API, while other States remain non-State parties, yet acknowledging the binding nature of the vast majority of its provisions.

Developments over the last two decades, in particular treaty law and jurisprudence arising from international tribunals with jurisdiction over breaches of the laws and customs of war, new arms treaties negotiated within and outside of the CCW-framework, and finally the ICRC Study published in 2005, have substantially influenced the area relating to conduct of hostilities, giving rise to diverging opinions about the specific content of certain provisions regulating means and methods of military operations.

Some of the criticism raised against the development in jurisprudence and the ICRC Study is the relative paucity of references to broad and unanimous state practice and *opinio juris*, a criticism that has been particularly acute with regard to rules for means and methods of conduct in military operations. Among the 161 rules of customary international law identified in the ICRC Study, approximately 1/3 have implications for the conduct of military operations, 16 of which

48 The most important ancient treaties are the St. Petersburg Declaration on Explosive Projectiles under 400 Grammes (1868) - *supra* note (8), the (non-binding) Oxford Manual on War on Land (1880), the Hague Declaration IV,3 concerning Expanding Bullets (1899) [Hague IV,3 1899], the Fourth Hague Convention respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex : Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land (1907) [HRIV], and the 1925 Gas Protocol.

are dedicated to the issue of weapons. According to some critics, only 5 of these reflect rules that were “incontestably covered by customary international law at the date of the publication of the Study”⁴⁹, namely the two general provisions on unnecessary suffering and indiscriminate weapons, the rules on poison, expanding bullets and exploding bullets. Another observer noting that the remaining 11 “seek to extrapolate customary rules from treaty prohibitions, most of which are of notably recent derivation and deal with weapons which were not previously specifically prohibited in international law”⁵⁰.

Although not to be interpreted in opposition to the Study, the questions posed in part III of the Questionnaire must be viewed in this context. The analysis of the responses and the conclusions, however, are done independently of the ICRC Study and international jurisprudence, and are formulated based exclusively on the responses provided.

The limitations that apply to the choice of means and methods of war largely derive from humanitarian considerations. In the 1868 St. Petersburg Declaration, States “*by common agreement fixed the technical limits at which the necessities of war ought to yield to the requirements of humanity*”⁵¹. The ICJ concluded in its Advisory Opinion on Nuclear Weapons in 1996 that principles of humanity lead to two types of prohibitions with regard to weapons: prohibitions based on their indiscriminate effects and prohibitions based on the unnecessary suffering caused to combatants⁵². Part III of the Questionnaire and this report in particular addresses the latter.

Currently, three main avenues exist with regard to prohibiting or restricting the use of means: (I) the general principle prohibiting means that cause unnecessary suffering or superfluous injury, (II) specific prohibitions or restrictions on the use of particular weapons resulting from treaty regulations or customary international law, and (III) prohibitions or restrictions made by States in their internal reviews of weapons, which in practice is a domestic implementation mechanism for the former two.

49 D. Turns, *Weapons in the ICRC Study on IHL* Journal of Conflict and Security Law 2006 11(2), 205.

50 L. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict* (2000), p. 133-135.

51 “The St. Petersburg Declaration Renouncing the Use in Time of War of Explosive Projectiles under 400 Grammes Weight”, Dec. 11 1868, reprinted in 1 *AJIL*, 95 (Supplement 1907).

52 *ICJ Reports* 1996, *supra* note 18, at paras 77 -78.

The third part of the Questionnaire comprises 15 questions aimed at identifying practice and *opinio juris* of respondent States regarding certain means and methods in the conduct of military operations. The issues aborted include precautions in attack (III.2) and reprisals (III.3), while the vast bulk of questions concentrate on means of combat: the general principle prohibiting the use of weapons that cause unnecessary suffering or superfluous injury (III.4), legal review mechanisms (III.5), and state practice and opinion with regard to a wide array of specific weapons (III.6).

III.2. Precautions in Attack

Question III(a) of the Questionnaire

The principle of precautions requires commanders to collect information about the nature of an objective before launching an attack. When does your Country consider that intelligence can be considered as sufficiently reliable to launch an attack?

III.2.1 The Principle

The principle of precautions in attack reflects the general obligation of military authorities to take constant care in the conduct of military operations in order to spare civilians and civilian objects. Codified in API art 57, this principle entails a duty on the military commander to carry out a precise identification of objectives selected for attack – a requirement upon which the effective implementation of the principle of distinction and proportionality largely depend. It obliges military authorities to take certain active precautions. The duty of verification consists of an obligation on the part of military authorities to *inform themselves sufficiently* about the target selected for attack. This obligation is undisputed.

Prior to making the decision to launch an attack, military authorities must make sure to have *sufficient* and *appropriate* information about the target selected for attack. This information must enable them to make sure that the target is indeed a lawful military objective, it must provide a solid basis for choosing appropriate means and methods for attack with a view to avoid or minimize indiscriminate effects, and finally it must enable them to carry out a sound assessment of proportionality: evaluate the risk of collateral loss and anticipate the

military advantage. Nevertheless, the more specific and concrete content of the duty of verification remains uncertain.

The duty as it appears in API 57(2) a (i) is formulated in relatively abstract terms. Military leaders must take every precaution practically possible, formulated in API as a duty to “*do everything feasible* to verify”. The feasibility standard in API art 57 provoked certain reservations by States upon accession. Certain other treaties have more specialised duties⁵³, and feasible precaution is defined elsewhere as “those precautions which are practicable or practically possible taking into account all circumstances ruling at the time, including humanitarian and military considerations”.⁵⁴

In the midst of military operations, access to reliable information is often scarce. It may be entirely dependent upon intelligence, and sources of intelligence vary in availability, reliability and detail. An essential problem relates to the quantity and quality of information required in order to satisfy the requirement “do everything feasible to verify”. What amount of information must a military commander collect before the duty of verification is satisfied? Is intelligence information alone sufficient, given the often unreliable nature of such information? It is clear that a certain margin of fault is acceptable. It is less clear to what extent this margin of error must be traceable back to other factors than that of insufficient or unreliable information on the hand of the commander.

III.2.2. Responses

At the heart of this question lies the issue of reliability of tactical intelligence information, a question that posed some difficulty for the responding States to answer. A few States pointed to the problem of answering in *concrete* terms because of the nature of their current military engagements, or due to the sensitivity of the information requested. Almost half of the respondents made comments to the effect that it was not possible to answer the question in *general* terms, noting that it must be decided on a case-to-case basis, that no clear rule with

53 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 1999. art.7

54 See Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices, Geneva, 10 October 1980 (CCW. Prot II] art. 3(4), amended Protocol II art. 3(10) and Protocol on Prohibitions or Restriction on the Use of Incendiary Weapons, Geneva, 10 October 1980 [CCW Prot III] art. I(5).

regard to “sufficiently reliable” information exists, or that no quantifiable criteria for the reliability of tactical intelligence can be identified.

It appears to the rapporteurs that the question may be interpreted in two ways. Which *criteria* must intelligence information satisfy to be sufficiently reliable? and: May intelligence information *alone* satisfy the reliability standard? Such a divergence in responses complicated the analysis, and the following comments are made with this reservation in mind.

The point of departure is that command authorities must employ all means of reconnaissance and intelligence available to them *unless* or *until* there is sufficient certainty about the nature of the selected target and the broader circumstances, in order to enable an assessment of the lawfulness of an attack (distinction, means and methods, and proportionality). This certainty is measured by the sufficiently reliable-standard.

“Sufficiently reliable” based on intelligence only

Among respondents that explicitly comment on when intelligence information alone may satisfy the reliability standard, Italy accepts that intelligence information may suffice. Denmark and the US observe that critical time factor would influence the feasibility-standard; Denmark adding that in some circumstances, e.g. when very little time is available to make the decision of engagement or disengagement, or it is impossible to disengage without considerable casualties, feasible precaution would be limited to making sure that the target is a lawful military objective, and that the principle of proportionality can be respected. On the contrary, in other situations, there might be sufficient time to conduct a more thorough process. The Czech Republic makes such an altering of the standard contingent upon the target being of a very high relevance in terms of military necessity, adding that *credibility* of the intelligence information should be scrutinized. The US stress that the *risk of deception*, such as the use of involuntary human shields, is a factor to consider with regard to reliability. Switzerland notes that request for additional information will be taken by the tactical commander based on existing information balanced with his professional skills (knowledge, training and personal common sense). Lebanon and Tanzania also emphasize *verification of available information*, observing that intelligence is sufficiently

reliable once the nature of the target is determined and all available information related to it is *verified*. Ireland adds that intelligence should when possible be verified by *independent means* (e.g. visuals) in order to remove uncertainty or ambiguity about the selected target prior to an attack. Tunisia notes that intelligence information will be regarded as reliable if it is certain, unambiguous, and without any doubts attached to it, while Tanzania adds that in the examination of intelligence information, it is crucial how *updated* the information is.

Elements for sufficient reliability of intelligence information

The various comments made by responding States for when intelligence information is deemed sufficiently reliable essentially relate to its quantity, quality, and to the time factor.

Quantity. The duty of verification entails a duty to collect *sufficient* information to clarify the nature of the selected target. Several respondent States address the issue of quantity of intelligence information. Italy, China and Moldova refer to information from *all* sources available to them at the relevant time, while Romania notes that an attack can take place when what it refers to as “all military and humanitarian intelligence” is well known.

Quality. An essential dimension of the duty of verification relates to the quality of intelligence information that the military commander in charge of planning or deciding upon an attack must have in order for the intelligence to be “sufficiently reliable”. Two States emphasize the *military* character of the information, Belgium observing that different military sources would provide basis for information sufficient to launch a lawful attack, while Cyprus uses the term *precise* military information. The UK, US and Sweden note that commanders should use the *best information available* to them at the time and under the circumstances before launching an attack. China states that “sufficient information” would include a combination of military information and a legal analysis of the environment and situation to make sure no other legal impediments would preclude a lawful attack. Cyprus and Switzerland make comments to a similar effect.

Time-factor. A number of States emphasise the importance of the temporal factor, i.e. that the standard relates to reliability as it appears to the commander *at the time of decision*. Austria, Ireland and the

US took the opportunity to emphasize that the military commander responsible for an attack may be *judged* only based upon information reasonably available to him *at the time* of his decision, and not upon information subsequently learned. Austria recalls that the commander must be judged according to an objective assessment of his decision making process based on the intelligence available at the time of launching the attack (i.e. the subjective knowledge of the commander) and not by a standard of perfection based on post-analysis of the attack.

III.2.3. Conclusions

The conclusion must be that no *common* standard for reliance on or reliability of tactical intelligence could be detected from the national reports. A large amount of respondents explicitly state that no such general criteria exists, a view largely confirmed by the content of the answers.

If anything, responses support the widespread assumption that the standard is *subjective*: what is required is subjective certainty. As noted by Switzerland, the commander must balance existing information with his military knowledge, training and personal common sense. It is *relative*: there is no duty to employ all means until the ultimate attack. And it is *contextual*: when would a reasonable attacker consider intelligence to be sufficiently reliable in order to satisfy the duty of verification in the same or similar circumstances?

The possibility in given instances of relying *exclusively* on intelligence information was noted by several countries, but in general this possibility is perceived to be limited to cases of urgent exigency, and additional sources of verification should be sought if possible. No clear criteria for when intelligence alone may be deemed sufficiently reliable could be detected from the answers.

III.3. Belligerent Reprisals

Question III(b) of the Questionnaire

What is the practice in your Country and its opinion about the use of reprisals in the eyes of international humanitarian law? In the event your Country considers them as permitted, at which political decision level are they ordered? What form can they take

according to your Country? Can the use of illegal arms lead to reprisals with the use of illegal arms (for instance the use of dum-dum bullets)? In the event your Country does not permit them, is it the result of a rule of international humanitarian law and/or a policy choice?

III.3.1. The Principle

Belligerent reprisals belong to the classical controversies of IHL. Disagreements exist with regard to the form they may take, the overall conditions for their use – and increasingly, if they are lawful at all. Reprisals are *prima facie* unlawful acts undertaken against a party to an armed conflict who is violating the law of armed conflict, for the purpose of coercing the party to cease its unlawful conduct. Belligerent reprisals are of the oldest and most fundamental means of enforcement of the laws of war, owing their origin to principles of reciprocity and equality of belligerents, ideas increasingly under pressure by the institutionalization of international law emphasizing universality, offering alternative avenues of enforcement.

One approach to reprisals is to regard them as infringements of fundamental and universal principles of humanitarian law, subject to no derogation. Principles of this stature are absolute in character, and cannot be wilfully breached by a belligerent, irrespective of intent. Proponents of this view point to the Geneva Conventions Common art 1 obliging State Parties to “undertake to respect....the Convention *in all circumstances*”⁵⁵.

The opposite view presents reprisals primarily in light of their enforcement function. Provided they comply with a set of stringent conditions, they are perceived as lawful acts, and should not be classified as infringements of these principles at all. Proponents of this approach will emphasize the obligation of State Parties in the Geneva Conventions Common art 1 to “*ensure respect* for the Convention”.

Over the years, international humanitarian law has increasingly limited the scope for belligerent reprisals by excluding certain categories of persons and objects from the panoply of lawful targets for acts of reprisal. *Lex scripta* prohibits reprisals against specific targets,

⁵⁵ E.g. see the Judgement of the ICTY, Prosecutor v. Josipovic et al. (Kupreskic) Case No IT-95-16-A, Appeals Chamber, 14, January 2000 at para. 517

persons and objects⁵⁶. To a much lesser extent, treaties have imposed restrictions on weapons that can be used by way of reprisals⁵⁷. This tendency of subjecting belligerent reprisals to ever more stringent conditions, coupled with increasing support for the notion of using diplomatic channels, and the development of alternative enforcement mechanisms such as international sanctions and international criminal law, is leading to suggestions that belligerent reprisals are becoming outlawed altogether. *As expressed by the ICTY in Kupreskic: “while reprisals could have had a modicum of justification in the past, when they constituted practically the only effective means of compelling the enemy to abandon unlawful acts of warfare and to comply in future with international law, at present they can no longer be justified in this manner”*.⁵⁸

The access of a belligerent to wilfully commit breaches of the laws of war in response to an infringement by the adversary does, as famously stated by Kalshoven, offer to warring parties “an opportunity to violate the laws of war with impunity”⁵⁹. Yet, to outlaw them altogether, or reduce their field of application or form to an avenue of irrelevance, could potentially remove an enforcement mechanism of the laws of armed conflict – a deterrent in the heat of battle – that other enforcement mechanisms such as subsequent criminal proceedings could not easily fulfil.

III.3.2. Responses

To this question, Belgium, China, the UK and the Netherlands submitted extended lists of conditions for reprisals. Most respondents seem to exclusively address the situation in international armed conflicts.

56 Reprisals are prohibited against the wounded, sick, personnel, buildings or equipment protected by GCI art. 46, the wounded, sick, shipwrecked persons, personnel, the vessels and equipment protected by GCII art 47, prisoners of war (GCIII art. 13(3), protected persons and their property (GCIV art. 33), cultural objects (Cultural Convention 1956, art.4(4)), protected persons such as wounded, sick and shipwrecked (API art. 20), civilians and the civilian population (API art. 51(6), civilian objects (API art. 52(1), cultural objects or places of worship (AP art. 53 (c), objects indispensable to the survival of the civilian population (API art.54(4), the natural environment (API art.55(2), work and installations containing dangerous forces (API art.56(4).

57 The CCW Prot II prohibits the use by way of reprisals of mines, booby-traps and other devices against civilians or civilian objects, art. 3(2), CCW am. Prot II art. 3 (7).

58 ICTY Appeals Chamber, Kupreskic, *supra* note 57, at para 530.

59 F.Kalshoven, “The CCW. Functions of Underlying Legal Principle”, Reprinted in *Reflections on War*, pp 393-397, at 367

With regard to *practice*, Belgium, Cyprus, Hungary, Latvia and the US explicitly state that they have no record of resorting to reprisals. Ireland notes that it is extremely unlikely that it will resort to reprisals, while only one responding State refers to *actual* practice of use of reprisals: the well-known example of the UK responding to the German first use of poison gas with its own use of such gas on the Western Front during WWI.

The *opinions* about reprisals expressed in the responses were divided into three main categories: prohibited, lawful only under the stringent authorisations of IHL, and lawful to the extent not specifically restricted by IHL. Cyprus, Romania and Uruguay express opposition to the use of reprisals as such as a matter of law and policy. A clear majority of States express views to the effect that reprisals are largely restricted by IHL, authorised only under very strict conditions of IHL (19). A slightly more liberal view is presented by Belgium, the Netherlands and the US noting that reprisals are permitted as long as they are not specifically prohibited or restricted by IHL, although this group also agrees that they are subject to stringent conditions.

Ireland and Sweden present strong cautions with regard to the use of reprisals, pointing to the lack of proven effectiveness of reprisals combined with the significant risk of exacerbating violence, Sweden expressly discouraging the use of reprisals in view of their inhuman effects.

The Questionnaire invited States to specifically comment on the level of authorization. All States who comment on the issue (15) answer that only authorities at the *highest level* are competent to authorise reprisals. A majority of responses (11) also imply that the right of decision is reserved for *political* authorities, referring to the highest level of government, three States seem to demand authorisation from military *and* political authorities, while one State refers to the military commander. Belgium notes that the rationale for the requirement of political authorisation is to make sure that decision makers can evaluate the legality of the original violation, assure that the purpose is in fact to coerce the adversary to respect the law, and make sure that the stringent conditions of reprisals are respected. An additional argument is indirectly referred to by the UK, citing its manual in which authorization is necessary at the highest level of government given that reprisals entail state responsibility.

Another issue specifically addressed was the form reprisals may take. Seven responding States refer to targeting of civilians, the civilian population or other protected persons as a prohibited form of reprisals, mostly alluding to treaty obligations.

The issue of illegal weapons in response to a first use of illegal weapons was commented on by numerous States, although several noted the hypothetical nature of the response given the lack of illegal weapons in their inventories. Austria, Cyprus, the Czech Republic, Ireland, Moldova, Romania, Tunisia and Uruguay gave explicit answers to the effect that it is unlawful to resort to the use of illegal weapons in belligerent reprisal. Austria explained its view with regard to conventional weapons by reference to general principles of necessity and humanity, while the use of WMD in reprisal to first use would constitute inherent violations of the principles of distinction and proportionality. Eight States refer to the use of illegal weapons in reprisals as not permitted, seven indicating the opinion that the resort to use of illegal weapons in reprisal is prohibited by international humanitarian law.

Tanzania declares that the use of illegal arms or tactics may lead to reprisals with the use of illegal arms, yet warning against such use due to the damage it might cause to civilians. Belgium submitted a paper dedicated to belligerent reprisals, in which the author excludes the use of illegal weapons in reprisal *if* their use has been explicitly restricted by treaty obligations such as CCW Prot II. Lebanon and Switzerland do not exclude the possibility that it might be permissible to use illegal weapons in reprisal to first use of illegal weapons, the latter stating that reprisals might still be permitted in relation to prohibited weapons. It does caution, however, that utmost restraint should be exercised due to the risk that prohibited weapons might be declared as “a permitted reprisal” in order to justify their use. The US states that the form of reprisal would depend upon the illegal action taken, thus neither affirming nor rejecting the possibility. The UK refers to the increased regulation of unlawful weapons and the trend towards outlawing their development and possession, as a reason for why it is *unclear* whether the UK would be in a position to use illegal weapons as a reprisal in response to an adversary’s use of illegal weapons.

III.3.3. Conclusions

The overwhelming majority of respondents maintain the opinion that reprisals are permitted, albeit subject to very strict conditions, with three States explicitly taking the view that they are prohibited.

Acts undertaken in the name of reprisals must conform to numerous established rules in order for their inherent unlawfulness to be removed. In their responses, States overall confirmed these rules. The following conditions for reprisals were mentioned by respondents:

(1) Response to a serious violation of the laws of war

Five States underline that reprisals must be in response to a manifestly unlawful act. Minor illegal acts cannot qualify for reprisals, neither can reprisals be taken preventively.

(2) Last resort

Three respondents emphasise the principle of subsidiary: every other possible means of ending the violation must have failed.

(3) Warning or Notice

Two States note that reprisals may only follow a warning which has failed to bring about the discontinuance of the adversary's crimes, citing ICTY Kupreskic (§ 535).

(4) Announced as reprisal

The same two States also note a related, but slightly different requirement: belligerent reprisals must be identified as reprisals *prior* to their undertaking.

(5) Proportionate to the original violation or damage

Five states highlighted that effective but disproportionate acts of reprisals are not justifiable, recalling the ICJ stating that "any right of recourse to ... reprisals would... be governed *inter alia* by the principle of proportionality"⁶⁰. The respondents seem to share the understanding that reprisals must be proportionate in relation to the original violation and the damage caused by it.

⁶⁰ ICJ Reports 1996, *supra* note 18, at para 46.

(6) Only for the purpose of compelling the adversary to comply with the laws of war

Five States emphasise that reprisals can only be undertaken for the objective of coercing the adversary to compliance. This excludes the use of reprisals as a means of retaliation or revenge, and certainly it prohibits a “*tu quoque*”-approach.

(7) Ending once the purpose has been satisfied

Two States emphasise that reprisals must be terminated once the adversary again complies with the laws of war, citing the Oxford Manual and the Kupreskic case, one respondent adding that reprisals would also have to stop once the effects of the reprisals have reached the same amount of damage that the original violation.

(8) No reprisal against reprisal

One respondent underlines that reprisals can never be resorted to if the original violation is itself taken in reprisal.

(9) Comply with the laws of humanity and morality

One State notes that belligerent reprisals are still guided by the overall requirement of compliance with humanity, citing the Oxford Manual, Martens Clause, the ICTY Kupreskic case (§ 535) and the Draft Articles on State Responsibility art 50(1).

(10) Level of authorization

The traditional requirement for authorisation of reprisals is that they must only be ordered by a competent authority. This can be traced back to the Oxford Manual, stating that they must be “authorised by the commander in chief”⁶¹. There is *unanimous* consensus among responding States (15) that the only authority competent to order reprisals is the “highest” authority. The ICTY refers to the “highest political or military level”, and that reprisals may not be decided by local commanders⁶². Responses to the Questionnaire however seem to indicate a prevailing consensus among States that authorisation for reprisals is required at the highest *political* level.

61 Oxford Manual on the Law of War on Land, 1880, art 86.

62 ICTY Trial Chamber, Kupreskic, *supra* note 57, para 535, reiterated in the ICTY Judgement Prosecutor v. Milan Martić Case. No IT-95-11-A, Trial Chamber 12. June 2007 at para 466.

(11) Form of reprisals

The ICTY stated in the Kupreskic case that “the sacrosanct character of the duty to protect civilians, [which] entails, amongst other things, the absolute character of the prohibition of reprisals against civilian populations”⁶³. This judgment has been heavily criticized by States and academics alike, raising doubts about its binding force of precedent⁶⁴. Seven responding States note that reprisals against civilians, the civilian population and other protected persons are prohibited, while the UK alludes to its reservation to API on the matter. Belgium suggests that to the extent that civilians, POW, and other categories of persons are protected from lawful reprisals, resort to the use of *illegal means and methods of war against combatants* seems to remain the only possible avenue for reprisals.

With regard to the use of illegal weapons in reprisal, responses show no consensus among respondent States. Seven States do not rule out the possibility that they could use illegal weapons in reprisals, while eight States report that such use would be illegal. Two States refer to both law and policy, while five maintain that such use is unlawful as a matter of IHL. Certain States do not view reprisals as prohibited, but they do consider both reprisals against civilians *and* reprisals against combatants with illegal weapons to be prohibited. None of the States indicate what form reprisals may lawfully take.

With regard to *state practice*, there is a striking absence of recent state practice reported by respondents. However, it bears repeating that reprisals are means of exceptional and extreme circumstances, subject to stringent conditions. The fact that state practice show little or no resort to reprisals can thus hardly serve as an argument that they are becoming obsolete or unlawful. Rather, the lack of recent state practice serves to emphasize precisely the exceptional and extreme nature of the measure of belligerent reprisals.

63 *Ibid.* para 513

64 See Kalshoven, “Reprisals and the Protection of Civilians – Two Recent Decisions of the Yugoslavia Tribunal” in Vohrah et al. (eds), *Man’s Inhumanity to Man : Essays in Honour of Antonio Cassese* (2003) at 508.

III.4. The Prohibition of Means that Cause Unnecessary Suffering or Superfluous Injury

III.4.1. Principles

International law relating to the legality of means of war was from 1899 to 1974 limited to the very general prohibition of means causing unnecessary suffering and superfluous injury, the oldest and most firmly established of all customary rules pertaining to weaponry. Its modern version dates from the St. Petersburg Declaration of 1868, prohibiting the “employment of arms which uselessly aggravate the sufferings of disabled men”. It was formulated in the Hague Regulations of 1899⁶⁵, reiterated in the Hague Convention IV of 1907 with slightly different wording in the English version⁶⁶, and is currently codified in API art 35(2).

In its Advisory Opinion on Nuclear Weapons, the ICJ enumerates this provision as one of the two cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of IHL, stating:

*“It is prohibited to cause unnecessary suffering to combatants: it is accordingly prohibited to use weapons causing them such harm or uselessly aggravating their suffering. In application of [this] principle, States do not have unlimited freedom of choice of means in the weapons they use”*⁶⁷.

The Court further notes that:

*“these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law”*⁶⁸.

The principle recognizes that some level of suffering and injury in conflict is inevitable. The question is when the amount of suffering and injury must be deemed to exceed that which is necessary to

65 The Second Hague Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex : Regulation concerning the Laws and Customs of War on Land, July 29, 1899, art. 23(e): “arms, projectiles or material of a nature to cause superfluous injury” (French original: “employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus”).

66 HVR 1907 art 23 (e): “arms, projectiles or material calculated to cause unnecessary suffering” (French original: “employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus”).

67 ICJ Reports 1996 *supra* note 18, at para 78.

68 *Ibid.* at para 79.

achieve legitimate military objectives. Most weapons could be *used* in a manner that would cause unnecessary suffering or superfluous injury. The issue is whether normal and expected use of a weapon causes such suffering or injury. Conversely, weapons constructed with the *sole purpose* of inflicting unnecessary suffering, would clearly be prohibited. The legal rules require that a sensible balance be maintained with a view to avoiding the excesses which certain weapons or technologies may be *expected* to produce. Yet, there is uncertainty with respect to how it can be determined that a weapon breaches the provision. Is the suffering or injury caused by the weapon subject to an intent-oriented approach, taking into account only effects that the weapon is “calculated to cause”? Such an understanding would, among other things lead to an exclusion of anti-materiel weapons from the ambit of the provision. Or does it primarily rely on an effects-oriented approach in which de facto effects are taken into account: all effects that a weapon is “of a nature to cause”, i.e. *forseeably could* cause or even *might in certain instances* cause?

The provision of ‘unnecessary suffering’ has two purposes in international law⁶⁹. Firstly as inspiration and justification for the negotiations of specific weapons treaties, under the CCW and otherwise, although there are divergent opinions with regard to the role it effectively plays in this regard. Secondly as a rule in its own right. There is general agreement about the existence and customary nature of this provision. In this latter function, however, opinion differ with respect to its precise ambit: how to determine that a weapon causes unnecessary suffering or superfluous injury, and whether the general rule can serve as a basis for prohibition independently of prohibitions in treaties.

The Questionnaire contains two questions relating to this general rule. Firstly a question about what is understood by the two terms ‘calculated to cause’ and ‘of a nature to cause’. The former appears in the HIVR art 23 (e), seemingly indicating an emphasis on design of the weapon, while the latter formulation appears in API 35(2), apparently including a broader set of effects. Secondly, a question concerning the extent to which States use the general prohibition as a basis for prohibiting weapons that are otherwise not specifically prohibited in *lex scripta* or customary law.

69 Some, such as Kalshoven, identifies three: rhetoric, yardstick or guidelines. See Kalshoven *supra* note 61.

III.4.2. “Of a Nature to Cause” and “Calculated to Cause”

Question III(c) of the Questionnaire

Does your Country make a terminological difference between the weapons that are of a *nature* to cause superfluous injury or unnecessary suffering and the weapons *calculated* to cause superfluous injury or unnecessary suffering and are there any consequences attached to this distinction? If yes, please explain.

1. Responses

Responses indicate that 15% of States do make a terminological difference, while the overwhelming majority (85%) makes no terminological difference between the two terms.

Among States that *do* make a terminological difference, Greece observes that a weapon of “a nature to cause” may cause unnecessary suffering depending on the ways and the general circumstances of its use, whereas weapons “calculated to cause” are by definition designed, developed and manufactured to cause such results under any circumstances, noting that the former would in principle be lawful unless explicitly prohibited by treaty. Switzerland emphasizes that the terminological difference does not influence its responsibility to ensure respect for IHL with regard to both categories.

Among States making *no* terminological difference, Austria, Spain and Tanzania identify the decisive criteria to be the *effects* of a weapon, irrespective of whether these are caused due to its nature or whether the effect is calculated. Denmark and Italy note that “nature to cause” is a more *objective* criteria, given that it is not reliant upon the intent of producers, but that the de-facto effects of the weapon is what causes the breach. Denmark provide the example that a weapon not constructed to impose superfluous injury or unnecessary suffering would be acceptable under the Hague regime, but could nevertheless have the de-facto effect, and would constitute a breach of AP 35 (2). Estonia reports that it understands the terminological difference to arise from a misinterpretation of the Hague 1907 Convention, and that this misunderstanding was corrected in AP I and subsequent treaties referring to “of a nature to cause”. Italy and the UK equally refer to the treaty obligation of API as the reason why they do not make any distinction, Italy noting

that the term “calculated” is so vague it lacks any practical value.

A minority among the States that make no terminological difference presents a different notion of the content of the rule. The Netherlands observes that it considers that the term “of a nature to” refers primarily to the *design* of a weapon. The US provides a similar understanding, in which the two are regarded as synonymous, with an emphasis on the intent of or purpose for the weapon or munitions being developed and acquired. These explanations partly differ from that of the majority, emphasising either that “calculated” is a misinterpretation, and that the meaning is closer to that of an objective standard with an emphasis on actual effects of normal use. The minority seems to emphasise that both refer primarily to the *intended* effects of the weapon. The Czech Republic, Ireland and Norway place themselves somewhere in-between these two main positions.

2. Conclusions

Responses indicate that the overwhelming majority of States agrees that there is no terminological difference between “calculated to cause” and “of a nature to cause”.

They support the prevalent view that ambiguities in the language of Hague’s art. 23^e) inherent in *calculated* are now resolved in API which uses the term *of a nature to cause*, indicating that there is currently not an intentions-based “Hague-regime” distinct from an “API effects-based regime” of the provision on unnecessary suffering and superfluous injury.

Despite this demonstrable consensus, however, it is obvious that there are significant inconsistencies in the understanding of the actual content of the provision on unnecessary suffering. The US still reiterates that it considers this term “not to have altered its meaning from that of the Hague IV regulations”⁷⁰, several other responding States confirming that they view the provision as one primarily focusing on intended design and purpose, while a majority of States seem to have an effects based understanding. Consequently, although responses seem to confirm that States view no terminological difference between “nature to cause” and “calculated to cause”, such a finding has limited value all the while the underlying disagreement about whether the

70 W. Hays Parks, *Conventional Weapons and Weapons Reviews*, *Yearbook of International Humanitarian Law* 8 (2005), pp. 55-142 at p. 87, fn 123

“unnecessary suffering” provision is in essence intent-oriented or effects-oriented remains unsettled.

III.4.3. Prohibitions Based on the General Rule

Question III(d) of the Questionnaire

Does your Country prohibit the use of any weapon that is not specifically prohibited by treaties or rules of customary international humanitarian law? If so, which ones and is this prohibition based on the general rule prohibiting weapons causing superfluous injury and unnecessary suffering or on policy considerations?

1. Responses

Responses indicate that 36% of responding States have at some point prohibited weapons that are not specifically prohibited by treaties or CIL, while 64% did not report any such practice. States were asked to indicate the basis for the prohibition – among the 36% that reported prohibitions, Ireland, the Netherlands, Romania, the UK and the US (5) pointed to the general rule as basis for the prohibition, while Belgium, Italy and Norway (3) indicated policy considerations. Austria gave no specific answer.

States were invited to identify which weapons had been prohibited based on the general rule. Examples given of weapons that have been prohibited were anti-personnel mines (2) and cluster munitions (4). Also mentioned were munitions and plating containing depleted/ industrial uranium, anti-tank mines with anti-handling devices, flechette munitions (*ad hoc*), and “improvised weapons”.

For a complete overview of the weapons reported, see Appendix 3 Fig. 2b).

The US emphasize that military necessity for a proposed weapon or ammunition is an essential component in determining its legality under the general principle, and that several munitions have not been given approval because no military purpose or necessity could be identified.

Several states that do not identify any prohibitions under questions III(d), occasionally in subsequent questions deem weapons prohibited

with reference to them causing unnecessary suffering or superfluous injury (e.g. Tanzania under III (g) with regard to rubber or plastic bullets, the Czech Republic, Denmark, Estonia, Greece, Switzerland, Tanzania under III (h) with regard to fragmenting projectiles and Spitzer bullets, Denmark, Greece under III (k) concerning half-armoured projectiles). This will therefore be interpreted as representing the view that the mean in question is subject to a specific prohibition in customary international law.

2. Conclusions

The scarcity of practice by States in halting the use of a weapon in the absence of a treaty provision or specific prohibitions in customary international law, and solely with reference to the principle of unnecessary suffering or superfluous injury, has led some scholars to suggest that it is a cardinal principle of *moral* rather than strictly *legal* value, providing a rationale for outlawing certain weapons by treaty, instead of serving as an independent legal basis for prohibition. Some countries, such as France and Russia⁷¹, maintain the position that weapons can only be prohibited by virtue of this rule if States choose to prohibit the weapon by treaty⁷². Responses to question (d) demonstrate that States do judge weapons to be illegal based on the general rule without an express treaty prohibition. However, practice still seems to be all but extensive, and it is difficult to discern any uniform approach to the application of the general rule in these instances. Added to that, almost half of respondents do explicitly refer to policy considerations as their basis, and in most cases prohibitions concern weapons already in a process of being banned by treaties (mines and cluster munitions). Overall, responses still seem to confirm what the ICJ expressed with regard to the general rule and WMD, that “the pattern until now has been for weapons (...) to be declared illegal by specific instruments”⁷³.

Some States clearly view the general provision as sufficient in and of itself to prohibit a weapon that otherwise is not prohibited in treaties or in CIL. This might happen either as part of a legal review of new weapons or as an *ad hoc* prohibition for use in certain operations.

71 Neither of them submitted national reports for the present Report.

72 See submissions to the ICJ in the Nuclear Weapons case - Written Statement and Comments of the Russian Federation on the Issue of the Legality of the Use or Threat of Nuclear Weapons. p 13 et seq, and Written Statement of the Government of the French Republic at para 26

73 *ICJ Reports* 1996, *supra* note 18, para 57

Judging from the responses, however, what seems to be most common, are prohibitions in the form of political decisions, either due to rising public concern about a weapon, or as a political signal aimed at strengthening efforts to promote international treaty prohibitions.

Other States report (under different questions) instances in which weapons that are not prohibited in treaties, but are nonetheless perceived prohibited in IHL due to the ‘unnecessary suffering’ provision. This is interpreted here as perceptions to the effect that the weapon is *in fact* prohibited as a matter of CIL. In which case the provision takes on a function of *providing a rationale* for the *opinio juris* about the existence of a rule, thus contributing to the emergence of rules of CIL prohibiting particular weapons. However, responses give no further indication about the more specific and precise ways in which this determination is made.

Moreover, responses to the Questionnaire seem to confirm the common perception that the relationship between the rather abstract general provision prohibiting means that cause unnecessary suffering or superfluous injury on the one hand, and very definite prohibitions of certain specific weapons in treaties or as a matter of CIL on the other is a complex one, both with respect to what function the provision has in the development of the law on weaponry, and concerning the extent to which and the way in which the provision is applied as a rule in its own right.

III.5. Legal Review of Weapons

Question III(e) of the Questionnaire

Is there a legal review of new weapons, means and methods of warfare mechanism in your Country? If so, please describe it.

III.5.1. Principle

Another avenue for regulation of weaponry is the national measure undertaken by the individual State in its legal review of weapons. During the negotiations of API art 36, States opted for a model in which States Parties themselves would take on the task of ensuring compliance with their international obligations in the “study, development, acquisition or adoption of a new weapon, means or method of warfare”.

Each State has an independent responsibility for meeting its obligations in international humanitarian law. Legal principles to limit weapons have little or no effect unless States develop mechanisms of evaluating the legitimacy of new weapons against the principles developed in order to limit them. API art 36 mandates that contracting Parties must review weapons in all phases of development in order to determine their legality under all international obligations binding to that Party, but art 36 does not prescribe how reviews or determinations should be made. What it does, is to imply adoption of some type of coherent national measure – formal or informal. The shape of the mechanism is irrelevant, the important point is for States to actually conduct reviews. This absence of a uniform review system has obvious weaknesses, yet the arrangement in which States are given freedom to determine how such a process can best be integrated into its own system is generally perceived to be highly valuable for a successful implementation of art 36.

The main challenge of review mechanisms relate to the very modest number of States actually conducting such reviews. Reviews demonstrate commitment to a legally compliant arsenal, they tend to have a constructive influence on weapons manufacturers, and ultimately are conducive to the ability of States to comply with their international legal obligations under specific weapons treaties and under general international principles and rules.

III.5.2. Responses

The national reports reveal that 34 % of respondent States have formalized review mechanisms, while an equal amount of respondents conduct no legal review (34%). 18% indicate some kind of review, ad hoc or on a case by case basis, while 14% indicate review, but without providing any details. All in all 66% report that they do conduct some kind of generic or ad hoc legal review of weapons.

The Netherlands describes a model consisting of a reviewing *Committee* which makes binding decisions, supported by an expert *Working group*. Both bodies comprise representatives from the Ministry of Defence, the working group also has subject-matter experts. The working group prepares advice for the high-level committee.

Belgium describes a *Commission* for Legal Evaluation, consisting of representatives from the Ministry of Defence, in addition to one

or more external experts. The commission oversees the process of acquisition of all weapon projects, making an assessment of whether a project conforms with the State's legal obligations. Decisions are consensus based, and the final opinion is communicated to the Chief of Defence. Also Uruguay has a *Special Commission* to carry out legal review.

Sweden describes an “*Independent Delegation*” which oversees the process of acquisition of weapons, its representatives being elected by the Government. This independent authority is composed by individuals with expertise in relevant fields, overseeing all relevant projects, either following request or at its own initiative. Decisions are consensus based. It does not have authority to halt production, but can notify the Government. It does not review weapons exclusively meant for export.

Norway relies on a model with a review procedure within the Armed Forces under the authority of the Chief of Defence. An International Law *Committee* assists with reviews, operating on request, but also has the right of initiative. The Committee may also be given assignments other than those strictly related to the review process.

Switzerland describes a similar review mechanism within the Chief of Staff, comprising legal specialists, with the right to call upon external experts. However, the final decision is taken by Parliament through the procurement budget. Austria describes a process in which assessment of a new weapon is made at a technical level by military authorities, while the political and legal evaluations are done at the Ministry of Defence with cooperation from the Ministry of Foreign Affairs, or at governmental level. Some States without any specific mechanism recognize their responsibility to implement a weapons review process. Hungary, Romania and Tanzania indicate plans to establish such mechanisms.

The question of who is responsible for conducting review among producers and purchasers seems to cause some confusion. It is incumbent to underline that a purchasing State has an *independent* obligation to assure compliance of the weapon with the international law binding upon it. The term “new weapons” as referred to in API art 36 entails that the weapon must be new for the purpose of the State in question. The rapporteurs wish to emphasize that the fact that other

States have produced or use a specific weapon, does *not* absolve the obligation to conduct a review for the State acquiring this weapons by way of purchase.

III.5.3. Conclusions

There are several possibilities for categorizing review mechanisms. Committee versus individual reviewer, where the former may provide high representation, but inflexibility on frequency, while the latter offers flexibility, but might entail low representation and a high workload. Another parameter is executive power mechanisms versus arrangements with advisory bodies, where the existence of veto-mechanisms might influence how the legal review is incorporated.

Responses confirm that the ways in which States approach their obligations under API art 36 differ markedly. For States that do conduct some form of review, the scope of the review process appears to vary substantially. About half of these States identify specific mechanisms for internal review, while the other half either does not identify a specific mechanism, or report to conduct legal assessments on an *ad hoc* basis if needed. No further details were provided with regard to the ad hoc reviews.

The answers overall seem to confirm the prevalent view that relatively few States have formalized review mechanisms – bodies that presumably enhance both the quantity and the quality of the review process. They equally corroborate that the number of States not affording any review at all is still high: close to 40% report no such practice.

Legal review is a mechanism that is suited to promote a convergence of humanitarian interests and operational interests, given that weapons that are accurate and reliable to engage a military objective, or the most militarily significant element of an objective, are least likely to cause excessive damage. It bears repeating that both humanitarian and military interests stand to benefit from a full implementation of art. 36.

III.6. Prohibitions or Restrictions on the Use of Specific Weapons

III.6.1. Principles

In addition to the CCW-process and its 5 Protocols adopted since 1980, the Convention on Biological Weapons [BW], the Chemical Weapons Convention [CWC], the Ottawa treaty and the Convention on Cluster Munitions form part of an ever increasing web of treaties prohibiting or regulating the use of specific weapons. However, absent overt exclusion clauses in treaties, there are frequent disagreements about specific means and their use that are not easily resolved. Opinions are divided with respect to the lawfulness of the use of a large number of weapons and projectiles, or on the more detailed conditions for their use.

The first treaty prohibition on the use of weapons in modern times dates back to the 1868 St. Petersburg Declaration, in which contracting States agreed to abstain from the use of “any projectiles of a weight below 400 grammes, which is either explosive or charged with fulminating or inflammable substances”. The customary nature of parts of this declaration has been firmly established. The status and specific content of the substantive prohibition of the Declaration, however, is not entirely undisputed.

Further, in the 1899 Hague Declaration IV,3 concerning expanding bullets, State Parties agreed to “abstain from the use of bullets which expand or flatten easily in the human body, such as bullets with a hard envelope which does not entirely cover the core or is pierced with incisions”, a formulation reiterated in the ICC Statute art 8(2)(b)(xix). Roberts and Guelff conclude that the 1899 IV Hague Declaration codifies one aspect of the customary rule prohibiting weapons that cause unnecessary suffering⁷⁴. Originally only binding on State parties to the Declaration, there is a prevalent view among States according to which they regard themselves as prohibited from using dum-dum bullets in IACs. In the light of this State practice, the Declaration should be regarded as reflecting CIL, binding on all states and all individual combatants. However, certain States (both Parties and non-State parties to the Declaration) object to the customary nature of at least some of its content. Another issue of contention is the actual reach of the provision: is it primarily an effects based or a purpose oriented rule, is it limited to situations of international armed conflict, and ultimately which projectiles are in fact covered by the rule?

⁷⁴ Roberts and Guelff, *Documents on the Laws of War*, 3rd ed., at 63.

For an overview of all responses on specific weapons, see Appendix C Fig 3 - 11.

Numerous respondents left some questions unanswered. The following numbers are based on the national reports actually answering the question posed. The amount of total respondents consequently vary with the questions, and is identified in the figures in Appendix 3.

III.6.2. Non-Lethal Weapons in Military Operations and PSOs

Question III(f) of the Questionnaire

What is the practice of your Country as to the use of non-lethal weapons within the framework of military and peace support operations? Which are the weapons prohibited and the weapons permitted or explicitly authorised?

I. Responses

A considerable number of responding States (70%) indicate that they practice the use of non-lethal weapons in the framework of military or peace support operations, while 30% report no such practice.

Many States highlight the rationale for the use of non-lethal weapons. The US emphasizes the protection it affords to civilians, while Denmark notes the possibility to use the least harmful means to solve a given situation. Germany observes that non-lethal weapon can provide flexibility and reliability to military action also below the lethality threshold. Most respondents do not explicitly differentiate between military operations and PSOs, although some implicit distinctions were made. Numerous reports underline that the only purpose(s) for which non-lethal weapons can be used by their armed forces or in PSOs are *law-enforcement*, *defensive crowd control* and other *riot control* purposes (e.g. Latvia, Norway, Sweden, Switzerland, Romania).

Estonia conditioned its support for the use of non-lethal weapons within military and PSOs on the weapons being operated by members of the armed forces with specific training in their use. Also Norway and the US emphasized the importance of training and educating the military in this regard. Spain noted that the FINABEL A.12⁷⁵ is the reference document for the Spanish doctrine on non-lethal weapons.

75 "Use of non-lethal arms within the framework of FINABEL Forces missions"

For an overview of the weapons mentioned, see appendix 3 fig. 3 b).

2. Conclusions

The term “non-lethal weapon” is often referred to as contradiction in terms, given that such technology *may* cause fatalities. Denmark and the US prefer the term “less-lethal”, given the lack of evidence that the weapons are in fact non-lethal. Although the assumption of temporary incapacitation can not always be warranted, the term may still be appropriate since it captures the essence: non-lethal weapons are designed not to destroy or kill, but to *incapacitate*, giving military commanders more flexibility in strategy and tactics. They represent an alternative to protect soldiers and non-combatants in complex and potentially volatile situations. However, complicating the issue is the fact that “lethal” weapons do not always have a 100% lethality rate, and added to that, more sinister practices (e.g. rape) may be non-lethal, but are universally condemned.

Another issue of contention is the fear that if non-lethal weapons are established as a category of its own, it might lead to an altering of the threshold for the provision of ‘unnecessary suffering’ and proportionality : if a military objective can be achieved by using non-lethal weapons, would not the use of lethal weapons be excessive? The UK noted that the term “non-lethal” simply is not recognized – something is either a weapon or it is not, adding that if it is a weapon and a candidate for use during armed conflict, it will be reviewed according to API art 36. That such weapons are subject to legal review on an equal footing was also mentioned by Belgium and the US, while the Netherlands emphasized that despite authorization, the use of non-lethal weapons is subject to further decision-making.

There is no general treaty dealing with non-lethal weapons as such, and while some conventions mention specific types of weapons (such as prot IV to CCW⁷⁶), most technologies of non-lethal weapons fall outside of current conventional frameworks.

Although relevant principles may be extracted from the conventional weapons regime that can be applied to non-lethal weapons, such

76 Protocol on Blinding Laser weapons (Protocol IV to the 1980 Convention) 13, October 1995, obliges Parties to take all feasible precautions to avoid the incidence of permanent blindness to unenhanced vision. It specifies that such precautions shall include training of their armed forces, see art 2 (2).

application is not required under existing treaties. Non-lethal weapons will primarily fall under the principles of CIL, such as the duty not to cause unnecessary suffering and superfluous injury. Yet, the conventional, biological and chemical arms control regimes severely limit the potential use of non-lethal weapons, a limitation that further reinforces the problems noted with the concept of non-lethal weapons. Calling weapons non-lethal does not render them susceptible to a lower standard of legal scrutiny, a point noted by numerous States, emphasizing that weapons must comply with international humanitarian law – provided they are used in situations of combat. Tanzania referred to rules such as the principle of proportionality, the provisions on ‘unnecessary suffering’ and indiscriminate attacks. Undeniably, the use of non-lethal weapons gives rise to a development where the absolute prohibition against the targeting of civilians may be endangered. One state notes, however, the perverse effects that might follow if non-lethal weapons were to be outlawed.

Still, numerous respondent States only allow for the use of non-lethal weapons for riot control purposes and other law-enforcement tasks. The Czech Republic notes that their use of non-lethal weapons is subject to standards similar to that of the civil police, but still emphasises the importance of conformity with international law, while Norway observed that the use of non-lethal weapons must comply with the international obligations arising both from its obligations under IHL and international human rights.

III.6.3. Rubber Bullets and Plastic Bullets in PKOs

Question III(g) of the Questionnaire

To what extent is your Country favourable to the ban on use of rubber bullets and plastic bullets during peacekeeping operations? (Cf. Decision of the police chief for the UN Mission in Kosovo, Mr Monk of 3 July 2007)? Is the use of such bullets acceptable from a legal point of view?

1. Responses

Following an incident in 2007 in which two protesters were killed by rubber bullets used by police forces in UNMIK, the UN Police Commissioner Richard Monk imposed a ban on the use of rubber bullets by any police unit in the UN-run province, and a process with

a view to banning their use in peacekeeping missions was initiated. A clear minority of responding States (21%) expresses that they are in favour of a ban, more than half (58%) are of the opinion that their use is acceptable from a legal point of view, while some States (21%) have not formulated an official position on the issue.

Among States in *favour* of a ban, Cyprus and Lebanon note that a ban is preferable, or else their use should be subject to strict limitations. Tunisia cautions that the use of such bullets risk breaching the principle of proportionality, while Ireland notes that the ban on their military personnel to use rubber bullets or plastic bullets during PKOs is not a legal prohibition, but a matter of policy.

Switzerland refers to the jurisprudence of the European Court of Human Rights (*Güleç v. Turkey*) as a rationale for its position *not* to ban the use of non-lethal capacities such as rubber and plastic bullets, while Belgium adds that availability of such bullets could facilitate proportionate use of force in a mission.

Among States arguing that the use of such bullets is legally acceptable, certain caveats are mentioned: Italy conditioning their lawfulness on the existence of a UN Chapter VII mandate for the operation, Uruguay noting that their use should be reserved for protection of persons and objects for which the PKO forces are responsible. The Czech Republic note that rubber bullets may be used only if it allows to fulfil the task without resorting to lethal weapons, or is a reasonable alternative short of deadly force (US).

Italy and Estonia express the view that the use of such bullets should be left to military forces rather than civilian police, while Romania notes that only its Gendarmerie can use such bullets, not the armed forces.

2. *Conclusions*

Responses to the Questionnaire reveal that only a small minority of respondents supports a general ban on plastic or rubber bullets during PKOs, some of whom are also open to a restriction in their use as an alternative to a complete ban. With reference to the ban by Monk, Italy observes that the ban was limited to the UNMIK Police, and did not affect the MSUs under the authority of the NATO military command, while Estonia clarifies that a ban during a PSO would be interpreted as a ban affecting only the mission in question.

There is a prevailing consensus among the majority of respondents that the use of such bullets is legally acceptable, provided other provisions of humanitarian law are complied with. Some respondents, on their part, do not rule out to the possibility of ad hoc prohibitions on such bullets, but they clearly indicate that they are unfavourable to a general ban.

III.6.4. Bullets of a Nature to Fragment or Tumble Early in the Human Body or Spitzer Nosed Bullets

Question III(h) of the Questionnaire

Does your Country consider that bullets of a nature to fragment or to tumble early in the human body or Spitzer nosed bullets are prohibited?⁷⁷

1. Responses

A majority of responding States (57 %) answers that such bullets are prohibited. A small minority (11%) insists they are not prohibited, while some respondents have a differentiated approach, identifying them as “partly prohibited” (18%). 14% decline to express any opinion on the issue.

Among States that perceive these bullets to be *prohibited*, responses demonstrates disparate views on the legal basis for the prohibition: no specific legal source (5), the St. Petersburg Declaration (1), the 1899 IV,3 Hague Declaration (7), the 1907 HIVR (2), and the general provision on unnecessary suffering and/or API art 35.2) (7). Two respondents observe that they are favourable to a prohibition. Explicit reference to a customary international rule prohibiting bullets that expand or flatten easily is made only by one, while other States refer to the customary international prohibition on unnecessary suffering.

Cyprus observes that as far as the ability of such bullets to tumble early in the human body, this is related to the weapon and its velocity, and not the munitions itself, suggesting that pressure must be put on weapons

⁷⁷ The Questionnaire does not explicitly identify whether it seeks to clarify national prohibitions of these projectiles or whether it wants respondents to clarify *opinio juris* of international humanitarian law. However, given the very scarce number of respondents having in fact prohibited weapons “not prohibited by treaties or customary international law” under III d), the Rapporteurs will equate a national prohibition under this question with the opinion that the bullets are prohibited under international humanitarian law.

manufacturers to reduce the velocity speed. Switzerland notes that Spitzer nosed bullets that are designed as tumbling and frangible FMJ bullet may fall under the provision of ‘unnecessary suffering’, recalling the Swiss initiative to actualise the dispositions of the Hague VI 1899 Declaration through a new international provision under the CCW umbrella, a proposal based on an effect-based evaluation of such bullets.

Some States have a *differentiated* approach, distinguishing between Spitzer nosed bullets and other fragmenting bullets. The Czech Republic considers Spitzer bullets with FMJ design to be allowed, while bullets *designed* to fragment early are prohibited. Ireland notes that the tendency to fragment is not a design characteristic of the Spitzer bullet, but Spitzer bullets pierced with incisions etc. are prohibited, while Norway adds that Spitzer bullets would be prohibited depending on whether the munitions has the mentioned *effect* on the human body, and if so, whether this effect is inherent in the munitions *design*. Estonia expresses that although Spitzer bullets may fragment in the human body, the injury and magnitude of this fragmentation is justified by military necessity and does not reach the threshold of ‘unnecessary suffering’, while Spain notes that Spitzer nosed bullets aimed to improve stability of the trajectory are not prohibited.

Among States that believe that they are *allowed*, the US submits a critical comment to the term “tumble”, recalling that the term implies a 360° rotation within the human body, an effect it describes as physically impossible, suggesting that a more accurate term would be “yaw”. The US further notes that in discussions within the CCW forum concerning small arms ammunition, “yaw” was regarded as a part of projectile performance on impact with a target, and not as such prohibited by the laws of war. With regard to Spitzer bullets, the US also observes that their extensive use in all wars of the 20th century must lead to the conclusion that they are legal as a matter of CIL, noting that this point was acknowledged on two separate occasions within the CCW forum.

Italy reports that Spitzer bullets are allowed for personal defence and hunting purposes, and that they are used by the army, together with jacketed lead, armour piercing and tracer bullets. The US clarifies that it does not employ small arms ammunition specifically designed to fragment in the human body *at “all ranges”*.

2. Conclusions

The first observation to be made is that the responses leave the impression of a significant divergence of opinions concerning the legality of bullets whose casing fragment on impact. All small calibre munitions will to a certain extent fragment in soft parts of the human body. Generally, State practice is believed to permit such munitions, unless they “expand or flatten easily in the human body”, or otherwise cause unnecessary suffering or superfluous injury.

No State challenges the notion that bullets that are *specifically designed* to fragment in the human body (at all ranges) are prohibited, either under the general provision of unnecessary suffering, or subject to the prohibition on expanding bullets. With regard to bullets that ‘tumble’ (or yaw), the picture seems more uncertain, while the positions on Spitzer bullets reveal highly divergent views concerning their lawfulness. Spitzer design rotates earlier than round-nosed projectiles, especially at close range, due to high velocity. Often this causes bullet fragmentation, increasing the damage to tissue within the body. Resulting in an increase in suffering, it is still believed by some States to be lawful given their increased military necessity. Although a majority holds the view that they are prohibited, responses do not conform to the extent that it allows to draw any general conclusions beyond that of an unsettled picture. During the CCW process, there was an acknowledgment about the lawfulness of such bullets as a matter of CIL. The responses provided to question III h) lack the necessary uniformity (consistency) and generality to draw a different conclusion.

Some observations may nonetheless be added. Part of the difference in opinions can be explained by reference to the divergent understandings apparent in the national reports concerning which bullets are in fact addressed, which bullets are covered by the 1899 IV Hague Declaration, the importance of bullet construction versus other parameters such as range and velocity, and which effects such bullets actually cause.

Moreover, the answers largely confirm the diverging views among responding States concerning *intentions based* or *effects based* approaches to the provision on unnecessary suffering demonstrated under questions III c) and (d). States that either do not view such bullets as prohibited or have a differentiated approach, tend to emphasize

that the bullets must be *specifically designed* to cause unnecessary suffering. These States generally adopt a similar understanding of the actual reach of the 1899 IV Hague Declaration. States that view these bullets as prohibited, generally seem to take a more effects oriented approach.

III.6.5. Dum-Dum Bullets

Questions III(i) and (j) of the Questionnaire

(i) Are the armed forces of your Country permitted to use dum-dum bullets or bullets with similar effects during a peace support operation? If so, do they effectively use them?

(j) Are the police forces of your Country permitted to use such weapons, either on national territory or in peace operations (question posed for comparative purpose)?

1. Responses to question III (i)

The overwhelming majority of responding States (88%) do not permit their armed forces to use dum-dum bullets in PSOs, while a small minority (12%) declare that they do. Actual use, however, seem very limited.

Most States (22) either explicitly prohibit them in PSOs, do not have them in their inventory, or perceive them to be unlawful. Spain and Italy state that such bullets are now prohibited under international law and domestic law, while Denmark makes no distinction between their use in different operations. Other states give varied reasons for their prohibition. The Netherlands and the Czech Republic (with regard to its military police) note that their prohibitions are based on policy considerations.

Some States (3) take a different approach. Austria and Norway note that international humanitarian law does not prohibit the use of such bullets in PSOs. Austria, however, does not have them in its inventory, while Norway mentions no practice. The US, noting that no military requirement has been identified for their use and that conventional forces are not authorized to use them, adds that certain limited mission-specific use has occurred where its use would reduce risk to civilians, friendly forces or sensitive equipment such as aircraft.

2. Responses to question III(j)

Responses to this question showed somewhat stronger divergences. With regard to police forces operating on national territory, 72% do not permit the use of dum-dum bullets, while 28% do. The use of dum-dum bullets by police in PSOs gave a slightly different number: States that permit their use decreased to 16%, while 84% stated that they are prohibited (12% stated policy reasons).

The Czech Republic observes that outside situations of armed conflict, such bullets are allowed for police purposes, Norway noting that they may be used if they are more suitable for ensuring the safety of bystanders, while the US adding the risk of over-penetration, reducing the risk of civilians and friendly forces.

3. Conclusions

The 1899 IV Hague Declarations and its corresponding rule of CIL banning bullets that “expand or flatten easily in the human body” are applicable to war between contracting states. Their use is not however, believed to be prohibited when used by police forces for law-enforcement purposes. The UN Secretary’s Bulletin section 6 par. 2 for its part, confirms that the prohibition on such bullets is to be respected by UN forces “when in situations of armed conflict they are actively engaged therein as combatants”. The question relates to situations in which armed forces are involved in law enforcement like assignments during PSOs. It is apparent from the respondents that with regard to the use of dum-dum bullets, an overwhelming majority of States prohibits the use of dum-dum bullets by their armed forces in PSOs, while a small minority does not. However, some respondents explicitly note that their prohibition is based on *policy* considerations, bringing the total amount of respondents explicitly *not* of the opinion that such use is prohibited as a matter of international law to 7 of 25, or 28 %.

With regard to their use by *police forces*, responses show that there is a high degree of correspondence between how States do practice and view the use of such bullets by police forces on national territory, in PSOs and by armed forces in PSOs. With regard to *police forces* in PSOs, a somewhat lower number of States prohibit them. It is clear that most of the States that *do* permit the use of expanding bullets by police on national territory, either permit their use by police in PSOs

too, or have identified policy decisions as the reason why they do not authorize it. Countries that do *not* permit their police forces to use such ammunition in PSO as a matter of policy, generally apply the same policy to their armed forces. Among those who do permit their police forces in PSOs to use such ammunition, however, two states have no such authorization for their armed forces, while one State permits the use by armed forces in PSOs as well.

Responses show that practice with regard to the use of dum-dum bullets by armed forces in PSOs is very scarce. However, with regard to *opinio juris*, more than 20 % explicitly do not believe that their use by armed forces in PSOs is prohibited by international law. The conclusion must be that responses lack sufficient uniformity (consistency) to indicate conclusions to the contrary.

III.6.6 Half-Armoured Projectiles

Question III(k) of the Questionnaire

Does your Country consider that any half-armoured projectile (soft-nosed) is prohibited by international humanitarian law?

1. Responses

60% of responding States consider such projectiles to be prohibited by international humanitarian law. 20% consider the projectiles to be legal, while 12% condition their legality on additional factors. 8 % have expressed no opinion on the issue.

Most States that consider the projectiles to be prohibited refer either to the 1899 Hague Declaration or the 1907 Hague Convention, or both. Estonia noting that the important factor is not the design of the projectile, but the fact that it expands or flatten easily, adding that its *effect* is similar to that of dum-dum bullets.

Some States take a more cautious approach, Ireland noting that if it is *designed* to cause unnecessary suffering, it would be considered prohibited, while Norway notes that it may be prohibited under the 1899 Hague Declaration, the 1907 Hague Convention and AP 35(2), and that the assessment is made on the basis of certain relevant factors: the *design* of the projectile, whether it in its normal mode will create unnecessary suffering compared to the military necessity. This

assessment also relates to *damage likely to occur*: the effect they are constructed to achieve, the effect likely to occur when striking human targets, specific or permanent handicap or disfiguration, type of injury (graduated wounds or wounds channels) and reparability.

Belgium, the Czech Republic, Italy, Moldova and the US conceive them not to be prohibited, the US noting that it does not consider the 1899 Declaration to be declaratory of CIL. The US adds however, that no military requirement for such ammunition has been identified for anti-personnel use in IACs, and thus no legal consideration has been given to such employment of the projectile. Practice with regard to such bullets, however, seems very scarce.

2. Conclusions

With regard to half-armoured projectiles or soft nosed bullets that may mushroom on impact, despite the overall scarcity in use, responses do not give sufficient basis to conclude that a general or uniform (consistent) practice or *opinio juris* exist with regard to these projectiles. Moreover, some States referred to the 1899 IV Hague Declaration as the legal basis for their view (2), some to the general provision on unnecessary suffering (7), while some States referred to both (2).

III.6.7 Projectiles under 400 Grammes charged with Fulminating or Inflammable Substances

Question III(I) of the Questionnaire

Is the use of a projectile of a weight below 400 grammes (the 20 mm projectiles for instance) which is charged with fulminating or inflammable substances authorised or prohibited by your Country? If it is not prohibited, which kind of anti-personnel use, if any, is permitted or explicitly authorized?

1. Responses

Answers to this question reveal that responding States are divided with regard to practice – half of them authorise or permit the use of such bullets (50%), while a slightly lower number of States prohibits them (42%). 8% expressed no opinion on the issue. Among States that do authorize such use, there seems to be an almost unanimous approach with regard to the prohibition of anti-personnel use.

Among States that *do not* authorize the use of such projectiles, Tanzania refers to its indiscriminatory effects, while Tunisia points to the excessive effects they might cause. Among States that *do* authorize or permit their use, most respondents make reference to the 1868 St. Petersburg Declaration. The Czech Republic notes that technology has made the prohibition in the St. Declaration outdated, the US adding that State practice has made the rule obsolete with regard to weight since WWI.

With respect to the *anti-personnel use*, some States trace the prohibition on anti-personnel use of such munitions back to this Declaration, Estonia observing that the rule has been modified into a prohibition of anti-personnel use by subsequent practice. Italy and the US refer to the 1923 Hague Rules on Air warfare and subsequent state practice, concluding that anti-materiel use of such projectiles is not covered by the prohibition.

Denmark and the US further note that *incidental* damage to personnel from anti-materiel use of such projectiles is not a violation of the prohibition. Estonia and Italy refer to the CWC Prot III definition of incendiary weapons, excluding munitions in which the incendiary effect is not specifically designed to cause burn injury, but to be used against military objectives. The only specific reference to any anti-personnel use, is that mentioned by Belgium with regard to multipurpose use of 12.7 mm in open terrain against combatants. Belgium states that such use is subject to general limits of the laws of armed conflict, with particular emphasis on military necessity. The US also alludes to use against personnel in open terrain.

2. Conclusions

Responses indicate that practice is divided with regard to national prohibitions of projectiles charged with fulminating or inflammable substances. A slight majority of responding States authorise their use, while an almost equal amount of respondents prohibit them.

The 1868 St. Petersburg Declaration, in which the contracting States renounced the use of “any projectiles of a weight below 400 grammes, which is either explosive or charged with fulminating or inflammable substances”, or exploding bullets, is often considered obsolete in its substantive part, in particular with regard to weight – a view also confirmed by responses to the Questionnaire. Although

some objections have been raised with regard to the customary nature of this provision⁷⁸, responses to the questionnaire generally seem to confirm that the prohibition on such bullets is considered a reflection of customary law. The US for its part perceives the 1923 Hague Draft Rules on Air Warfare to be customary in nature.

More controversial, however, is the question of the reach of the prohibition, and to which extent it completely bans the anti-personnel use of such projectiles. It is not clear from the Declaration whether anti-materiel projectiles were also contemplated. Among respondents that *do not prohibit* the use of exploding bullets, responses show a unanimous agreement that the anti-materiel use of such bullets is permitted. Some refer to the 1923 Hague Draft Rules on Air-Warfare, others to the CCW prot. III art. 1(b) (ii), while others simply refer to the Declaration or subsequent practice to support this position. It is also clear that the use of exploding bullets *designed* for anti-personnel purposes are unanimously considered to be prohibited by respondents. At the core of the controversy, however, lies the position maintained elsewhere by the US that the 1923 Hague Draft Rules establish an exception to the prohibition on exploding bullets for their use by aircraft “without categorical target restrictions”, supported by subsequent state practice in use such as aircraft strafing of enemy forces⁷⁹, and leading the US to conclude that there is no *total* prohibition on the anti-personnel use of exploding bullets in customary international law. Responses to the Questionnaire, however, do not seem to provide any example of State practice beyond the US to support this understanding. With the exception of Belgium, making a reservation for the use of multipurpose 12.7 mm in the open, the clearly prevailing view among responding States is that anti-personnel use of such projectiles is prohibited.

78 H. Meyrowitz, *Réflexions à propos du centenaire de la Déclaration de Saint Petersburg*, 59 *RICR* (1968), 541-555.

79 Bellinger / Haynes, *supra* note 35 at 463.

III.6.8. Incendiary weapons

Question III(m) of the Questionnaire

Which type of use of incendiary weapons is permitted or explicitly authorised by your Country? Does your Country make a distinction in this respect between international armed conflicts, non-international armed conflicts and peace support operations?

I. Responses

Responses indicate a rather diverse practice with regard to the use of incendiary weapons. 27% of responding States do not authorise or permit the use of incendiary weapons at all. A slightly larger group of States (35%) prohibits them, except for certain authorized use, while another 30% of States have certain restrictions on their use. 8% have no official position on the issue.

Most States that *partly prohibit* their use refer to the CCW prot III as the basis for restrictions, some specifying the restrictions therein, such as the prohibition to use air-delivered incendiary weapons against military objectives located within a concentration of civilians. Tunisia in addition refers to the anti-personnel use of incendiary weapons being prohibited “unless it is not feasible to use a less harmful weapon to render a person *hors de combat*”, while the Czech Republic notes that incendiary weapons are used against light targets, but that their use against personnel is prohibited.

Among States that *permit* the use of incendiary weapons with the restrictions contained in the CWC Prot III, Denmark, Italy and the Netherlands add that their use will be subject to the general rule prohibiting means that cause unnecessary suffering or superfluous injury. Norway specifies that the restrictions on their use are for the protection of the civilian population. None of these respondents made any general statements to the effect that their anti-personnel use is prohibited. The US, however, notes that it regards the use of incendiary weapons to be lawful for anti-materiel *and* anti-personnel purposes, adding that it ratified CCW protocol III on September 23, 2008, with a reservation to art 2 (2) and (3), reserving the right to use incendiary weapons against military objectives located in concentrations of civilians where it is judged that such use would cause fewer casualties and/or less collateral damage than alternative weapons, but in so doing

will take all feasible precautions with a view to limiting the incendiary effects to the military objective. The US explains that the rationale for this reservation is that incendiary weapons are the only weapons that can destroy certain targets for which high heat is required, to eliminate bio-toxins (e.g. biological weapons facilities), since the use of only high explosives could risk widespread release or dangerous contaminants with potentially disastrous consequences for the civilian population. The State concluded that with this reservation, it can retain its ability to employ incendiaries to achieve the destruction of high-priority military targets in a manner consistent with the principle of proportionality.

With regard to the distinction between international and non-international armed conflicts, no distinction was made by responding States, albeit Denmark noting that *policies* might differ. Two states show a slightly different approach with regard to PSOs. Italy observing that in situations that do not amount to an armed conflict, their use is prohibited under international law, adding that due to restrictions on the use of force for their troops during PSOs, the use of such weapons would not be considered. Norway notes that in any UN PSO covered by the UN Secretary General's Bulletin, the use of incendiary weapons will not be allowed, regardless of whether it is used as anti-personnel or anti-materiel weapon.

For weapons that are permitted / authorised mentioned by respondents, see Appendix 3 fig. 9 b).

2. Conclusions

There is no general prohibition in treaties or CIL on the use of incendiary weapons. The CCW Prot III subjects their use to certain restrictions, regulating the use of napalm, flame-throwers and other incendiary weapons in order to protect civilians. However, it does not contain any rules prohibiting the use of such weapons against combatants, despite proposals to that effect. Moreover, incendiary weapons are subject to general treaty limitations and principles of international humanitarian law.

The ICRC Study suggests that there is a customary prohibition applicable in both international and non-international armed conflicts against the anti-personnel use of incendiary weapons, “unless it is

not feasible to use a less harmful weapon to render a person *hors de combat*".⁸⁰ Among respondents that either authorize or permit the use of incendiary weapons, there is little basis for identifying either practice or *opinio juris* among States to the effect that the anti-personnel use of incendiary weapons is prohibited. Cyprus and Italy mention prohibition of anti-personnel use, but for specific weapons whose anti-personnel use may be prohibited under other provisions of IHL. Apart from this, no mention is made by respondents of a general prohibition or restriction on anti-personnel use of incendiary weapons. On the contrary, States mostly focus on the strict prohibitions of *indiscriminate* use of incendiary weapons, aimed at protecting civilians, while some States implicitly or explicitly perceive their anti-personnel use to be lawful. Added to that, States refer to treaty obligations to explain their obligations, only one respondent State alluding to the rule of the ICRC Study, although no explicit reference being made to international customary law.

Hence, State practice and *opinio juris* expressed in the responses strongly suggest the non-existence of a CIL rule prohibiting or restricting the use of incendiary weapons to anti-materiel use only. It goes without saying, of course, that anti-personnel use is subject to the general provision prohibiting means that cause unnecessary suffering or superfluous injury. The conclusion that follows is that the practice and *opinio* provided in the responses does not allow for a general conclusion that there is a rule of CIL restricting the use of incendiary weapons for anti-personnel use.

With regard to distinction between IAC and NIAC, the CCW Prot III is applicable to both classifications of armed conflict following the amendment to art.1 in 2001. No responding State made any distinction between the two, with Denmark noting simply that policies might differ. Concerning PSOs, States generally report no distinction. Italy reiterates that the requirement for the use of such weapons is the existence of an *armed conflict*, while Norway recalls that the SG Bulletin prohibits both anti-personnel and anti-materiel use of incendiary weapons in operations to which it is applicable. In practical terms, this should effectively reduce the use of incendiary weapons in PSOs to a minimum.

⁸⁰ ICRC Study, *supra* note 37, rule 85 at 289.

III.6.9 Tear gas

Question III(n) of the Questionnaire

Is any type of use of tear gas authorized by your Country within the framework of an international armed conflict or occupation? If so, under what circumstances (Use against civilians, prisoners of war, within the framework of “search and rescue” operations...)?

1. Responses

44% of States indicate that they authorise the use of tear gas in situations of IAC or MO. 44% of respondents do not authorise such use. 12 % have no use or position on the issue.

Among States reporting *no* such authorisation, Austria, Germany, Hungary and Spain note that common types of tear gas are defined as RCA by the CWC, and their use as a means of warfare is prohibited by the Convention. Sweden adds that its armed forces can only use tear gas in law enforcement operations in PSOs, and then only outdoors.

States indicating authorisation emphasize that the critical factor is the concrete *situation*, not the overall classification of the situation. A majority of States observe that they authorise such use exclusively in *non-combat situations*. Denmark noting that the *type of operation*, not the category of persons involved in it is decisive, while Norway adds that the character of the operation must be determined on a case-by-case basis.

Certain situations are deemed *not* to be covered by respondents: Estonia restricts the use of tear gas in search and rescue operations, due to the risk of being misinterpreted as first use of chemical weapons. Denmark adds situations with a high risk of turning into combat situations. Italy notes that the prohibition of CWC extended to quelling riots in prison camps, or against combatants/fighters, adding that tear gas would be unlawful if the crowd is not protesting, but fighting against an occupant.

Circumstances under which authorisation *is* given, mainly concern various situations of *law-enforcement*. Belgium notes the handling of demonstrations by local populations, in which tear gas may facilitate proportionate use of force. Estonia mentions disbanding of rioting civilians and use in POW camps to ensure discipline. The Netherlands

emphasizes that it could be used against non-combatants for law-enforcement purposes, while Italy notes against civilians not actively participating in hostilities.

The US shows a markedly different approach from that of other respondents, authorising use of tear gas for the purpose of controlling rioting enemy POWs, for the purpose of reducing civilian casualties in situations where civilians are used to mask or screen attacks, and in rescue missions. The US also recalls its reservation to the CWC on the right to first use of RCA in “defensive military modes” to save lives (US Executive order 11850).

2. *Conclusions*

The Chemical Weapons Convention regulates the use of RCA, making non-lethality a precondition for any chemical agent to pass as a riot control agent, and thus falling outside the definition of chemical weapon⁸¹. A precondition, however, is that the use of RCA is prohibited on the battlefield, as a “method of warfare”⁸².

Given that tear gas and RCA are lawful means for law-enforcement purposes, the question consequently arises with regard to their use in situations bordering that of an armed conflict, in the grey zone between that of pure military operations where the use of such substances are clearly prohibited as a means of warfare, and operations related to law enforcement tasks. Situations may arise in the course of an international armed conflict, or in particular during a belligerent occupation, where the availability of such means would clearly have beneficial effects, facilitate the use of appropriate amount of force demanded by the situation, and prevent escalation.

Judging from respondents, there is no uniform practice with regard to the use of tear gas in situations of armed conflict or military occupation. Close to half of respondents do not authorise their use in such situations, while slightly more than half do.

Among States that authorise use of tear gas, some elements were common to most States. Respondents emphasize the *nature* of the

81 Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction, Jan. 13, 1993 (CWC), art. II (7): “produce rapidly in humans sensory irritation or disabling physical effects which disappear within a short time following termination of exposure”.

82 CWC, art. I(5)

situation: it must be a non-combat situation, the *function* that the use of tear gas must have: it must be for law-enforcement purposes, crowd riot control and the like, and limits must be drawn with a view to the *persons* it can be used against: rioting civilians, non-combatants, persons not actively participating in hostilities (and according to Estonia and the US, rioting POWs). In short, persons that may not be targeted with conventional weapons. Once a situation evolves into a situation in which civilians are “fighting against an occupant” or otherwise a combat-like situation, the use of tear gas will be prohibited.

III.6.10 Riot Control Agents (RCA)

Question III(o) of the Questionnaire

Is the use of riot control agents permitted or explicitly authorised by your Country with respect to non-international armed conflict, either as a means of warfare and/or otherwise?

I. Responses

About 75% of responding States permit or authorise the use of RCA in NIAC, the overwhelming majority of whom expressly prohibit RCA as a means of warfare in NIAC. 12% had no official position on the issue, while 12% of States prohibit their use in NIAC altogether; Greece, Ireland and Sweden report that no authorisation or permission exists for the use of RCA in NIACs.

Among States that permit or authorize the use of RCA in situations of NIAC, the vast majority condition the use on situations of *non-combat*. In situations of combat or situations amounting to combat, RCA cannot be used. The US recalls its declaration made to the CWC in which it notes that the CWC does not restrict the use of RCA in situations where the US is not engaged in the use of force of a scope, duration and intensity that would trigger the laws of war. In addition, the US does not consider the CWC to restrict its use of RCA – even against combatants who are parties to a conflict, in cases where the US is *not a party* to the conflict, in *consensual* (UN Charter Chapter VI) PKOs, or in UN Charter Chapter VII PKOs or peace enforcement operations.

The Czech Republic notes that armed forces are authorised to use tear gas in NIAC only for *police purposes* such as crowd riot control.

The Netherlands, Denmark, Italy add that its use is lawful for law enforcement purposes, including crowd and riot control. Switzerland emphasises that its use is strictly limited to the maintenance of public order, while Italy notes that it is permitted for the maintenance of public order and safety, or other law-enforcement activity. Estonia provides examples such as disbanding of rioting civilians and use in POW camps to ensure discipline.

Norway, Switzerland and Romania note that RCA are prohibited as a means of warfare. The US for its part, observes that CWC does not restrict the use of RCA in circumstances in which they are *not* being used as “method of warfare”, such as counter-terrorist operations.

Some states seem to reply exclusively with a view to the situation on national territory, while others, the US in particular, has a much broader approach.

2. *Conclusions*

There is unanimous agreement among States that the use of RCA in international or in non-international armed conflict against combatants or persons directly participating in hostilities is prohibited.

Provided a situation amounts to that of an armed conflict, some States emphasize the *nature* of the situation (that of a combat) as the important issue, irrespective of the overall classification, while others (in particular the US) distinguishes between situations in which it is itself a traditional party to the conflict (IAC and NIAC on territory), and situations other than that. The majority of responding States permit or authorize the use of RCA in situations of NIAC, under the strict and unanimous limitation that they should not be used as a method of warfare.

Some States seem to operate with a very strict definition of what situations might entail the use of RCA: maintenance of public order and other traditional law enforcement tasks. Others concede to the use of RCA for riot control purposes. The practical problem is obviously that in situations of non-international armed conflict, there is often a very fine line between certain law enforcement tasks and what may amount to a situation of combat or a situation that develops into a situation of combat. Indications about more detailed rules based on practice and *opinio juris* could not be concluded based on the national reports.

III.7. Overall Evaluation of Responses to Part III

Responses indicate a high degree of common understanding among respondents concerning the *general principles* regulating means and methods in the conduct of military operations.

On closer examination, however, national reports reveal substantial differences in how such provisions are understood and practiced by responding States. In particular with regard to the provision on unnecessary suffering and superfluous injury, approaches vary substantially. Perhaps this accounts for some of the large discrepancies in practice and opinion relating to specific weapons evident in the responses. Adding to that, there seems to be a somewhat diverging understanding about which types of weapons and projectiles fall within or outside some of the specific provisions on means that the Questionnaire addressed. Regrettably, certain questions have also been interpreted in somewhat diverging manners by different respondents, thereby further complicating the analysis.

With these reservations in mind, the main conclusion that must be drawn from part III is that practice and *opinio juris* among responding States show a remarkable divergence. More than anything responses serve to confirm the *non-existence* of rules of customary law relating to means and methods of military operations, in particular for what concerns rules on specific weapons.

Appendixes & Figures

Appendix 1 IHL treaties-List of Ratifications by Responding States

	API	APII	BWC	CCW	CWC	Geneva 1925	Hague 1954	ICC	Ottawa	ENMOD
Austria	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Belgium	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Bosnia and Herzegovina	+	+	+	+	+	-	+	+	+	-
China	+	+	+	+	+	+	+	-	-	+
Croatia	+	+	+	+	+	+	+	+	+	-
Cyprus	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Czech Republic	+	+	+	+	+	+	+	-	+	+
Denmark	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Estonia	+	+	+	+	+	+	+	+	+	-
Finland	+	+	+	+	+	+	+	+	-	+
Germany	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Greece	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Hungary	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Ireland	+	+	+	+	+	+	-	+	+	+
Italy	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Latvia	+	+	+	+	+	+	+	+	+	-
Lebanon	+	+	+	-	+	+	+	-	-	-
Lithuania	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Moldova	+	+	+	+	+	-	+	-	+	-
Namibia	+	+	-	-	+	-	-	+	+	-
Netherlands	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Norway	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Romania	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Serbia	+	+	+	+	+	+	+	+	+	-
Spain	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Sweden	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Switzerland	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Tanzania	+	+	-	-	+	+	+	+	+	-
Tunisia	+	+	+	+	+	+	+	-	+	+
United Kingdom	+	+	+	+	+	+	-	+	+	+
Uruguay	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
USA	-	-	+	+	+	+	-	-	-	+
Total: 32	31	31	30	29	30	29	28	26	28	23

Appendix 2. Documents in the emergence of CIL - Overview of responses

Table to question 1c)

A. The document in question can constitute customary international law (primary source of law) or contribute to generate the rules of customary international law (emergence of a new rule of CIL)	B. The document at hand can be understood as a secondary source of law which means that it is a confirmation of an existing CIL and may be used to determine the existence of a rule of CIL as it incorporates rules of CIL already existing; under the presumption that it reflects not only State practice but also <i>opinio iuris</i> of the State (is followed by the <i>opinio iuris</i>)	C. The document at hand does not constitute even the secondary source of law (CIL) viz. it does not reflect the existing CIL and cannot be used to determine the content of the rules of CIL; hence it constitutes only either a political instrument or concerns general technical, military and/or administrative issues	D. The document contributes to the determination and emergence of CIL as any other international treaty	E. It is a case by case decision whether a document can be used to determine the existence of a rule of CIL or can contribute itself to the creation of CIL
---	--	---	--	--

1. Memoranda of understanding, technical arrangements and other similar agreements				
Germany (generally yes) but see E Sweden (not as such but if further practice consistent it can contribute to the generation of new rule of CIL)	Austria Belgium (indication of the position of the State as an act of the State's organ) Estonia (subtreaty level obligations indicating State practice) Greece Ireland Lebanon Moldova Norway (cannot be considered to establish new customary law but are intended to be in conformity with the existing international law) Switzerland Tanzania The Netherlands Tunisia	Cyprus (general issues) Czech Republic (only politically binding documents) Denmark (generally not but Danish courts decide themselves upon the importance of the document while making an estimate of CIL) see E Hungary (MOU's and TA's do not focus on CIL) Italy UK USA		Denmark see C Finland (case by case decision whether they have legal effects or not) Germany but see A

2. SOFAs				
Germany (generally yes) but see E Norway (yes as regards long lasting SOFAs in contradiction to the SOFAs for the short time deployments) Sweden (not as such but if further practice consistent it can contribute to the generation of new rule of CIL)	Austria Belgium (indication of the position of the State as an act of State's organ) Czech Republic (under reservation that Czech Parliament recognizes a rule of CIL incorporated in the SOFA while enacting it by national ratification) Greece Ireland Latvia Lebanon Moldova Switzerland Tanzania Tunisia	Cyprus (general issues) Italy (political instruments; lack of opinio iuris) UK USA	Estonia (though SOFAs do not seem to elevate to CIL with much ease) Finland	Denmark Germany but see A

3. ROE				
Germany (generally yes) but see E	Austria Belgium (only if followed by opinio iuris) Croatia Cyprus (national ROEs in accordance with CIL) Czech Republic (under reservation that a Czech court recognizes a rule of CIL incorporated in the national ROEs while deciding upon their breach) Denmark (can reflect both law and policy) Estonia Greece Ireland Lebanon Moldova Norway (while being tried upon by national and international courts and tribunals – in this process the existence of CIL may be determined) Switzerland Tanzania Tunisia	Italy (as they are often even more limited than what law allows) The Netherlands UK (ROEs checked for the compliance with IHL but they are operational means of ensuring that action taken at the tactical level is consistent with strategic objectives) USA (ROEs can be more restrictive than CIL)		Germany but see A
Sweden (not as such but if further practice consistent it can contribute to the generation of new rule of CIL)				

Hungary as to the ROE: “Since all rules in an ROE are lawful in itself, it is difficult to determine which part of it could be deemed as CIL”.

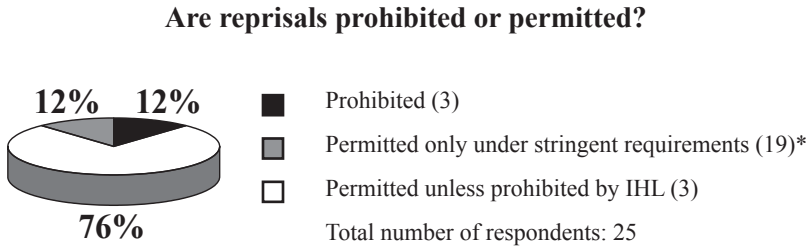
Uruguay: ROEs conform to IHL

Croatia: ROEs, MOUs, TAs conform to IHL and law of armed conflicts

China, Namibia: no answer

Appendix 3 Figures and Tables to Part III (Means and Methods in Military Operations)

Figure 1 a). Questionnaire III (b) - Reprisals



* 6 of the 19 States report that they consider reprisals against combatants by way of illegal weapons to be prohibited.

Figure 1 b). Questionnaire III (b) - Reprisals

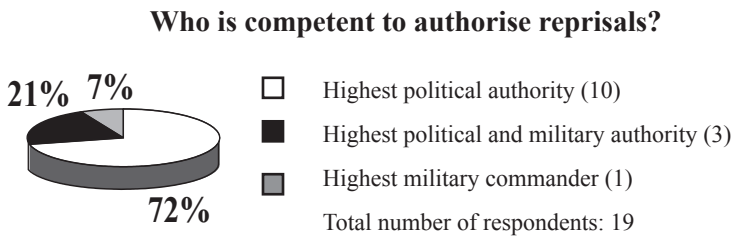


Figure 1 c). Questionnaire III (b) - Reprisals

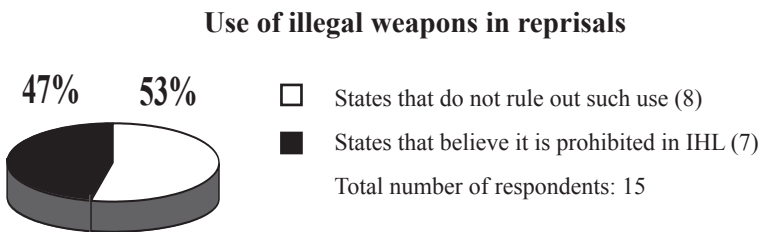


Figure 2 a). Questionnaire III (d) - Prohibition of Weapons not Prohibited in Treaty or CIL

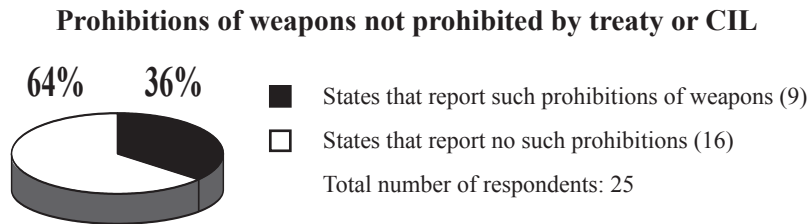


Figure 2 b). Questionnaire III (d) - Prohibition of Weapons not Prohibited in Treaty or CIL

Weapons prohibited	Based on general rule	Policy considerations
Cluster munitions (4)	1	3
Anti-personnel mines (2)		2
Anti-tank mines (1)		1
Ammunition /plating containing depleted or industrial uranium (1)		1
Flechette (1)		1
Improvised weapons (1)		
Other weapons	3 (practice)*	

*The UK, the US and the Netherlands report that in the review process, all weapons are assessed with reference to the general rule on unnecessary suffering and superfluous injury.

Figure 3 a). Questionnaire III (f) - Non-Lethal Weapons

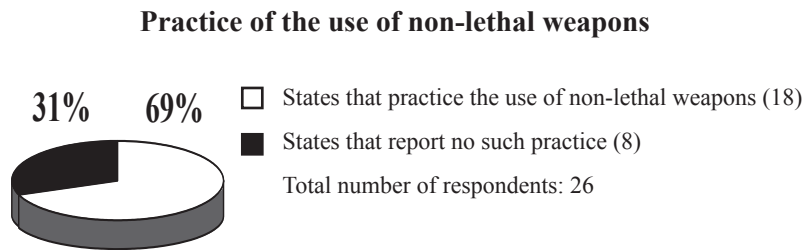


Figure 3 b). Questionnaire III (f) - Non-Lethal Weapons

Weapons that have been given as examples by Respondent States under (f)

Prohibited weapons	Permitted weapons	Explicitly authorised
Taser (as weapon) (1)	RCA in PSO (2)	Taser X26 (1)
Tear gas (in combat) (2)		Tear Gas (7)
Laser dazzler (1)		Rubber bullets (4)
Plastic bullets (1)		Plastic bullets (1)
		Water canon/squirt (2)
		Truncheons (3)
		Irritant (2)
		Foam batons (1)
		GVAD (1)
		Acoustic hells (2)
		Kinetic energy munitions (1)
		Stun weapons (1)
		Directed energy weapons (1)
		Abrasive weapons (1)

Figure 4. Questionnaire III (g) - Rubber Bullets and Plastic Bullets

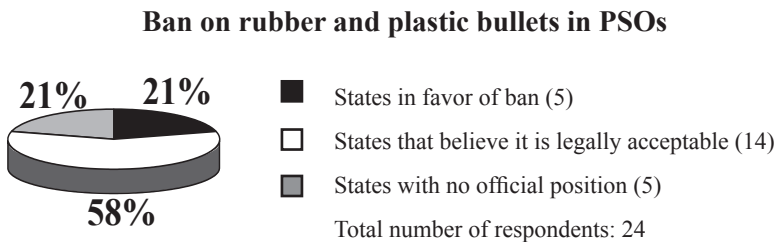


Figure 5. Questionnaire III (h) - Bullets of a Nature to Fragment or Tumble Early in the Human Body or Spitzer Nosed Bullets

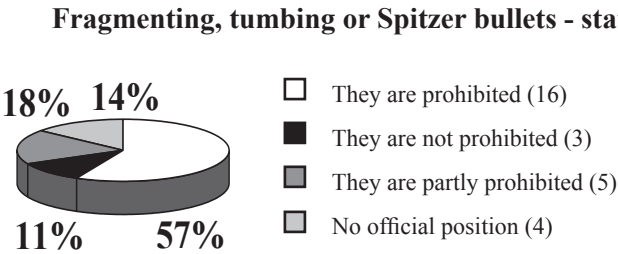


Figure 6 a). Questionnaire III (i) - Dum-Dum Bullets in PSO by Armed Forces

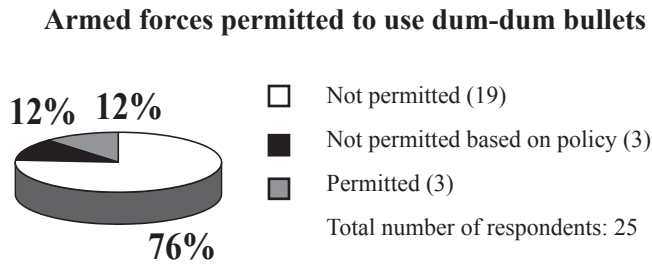


Figure 6 b). Questionnaire III (j) - Dum-Dum Bullets

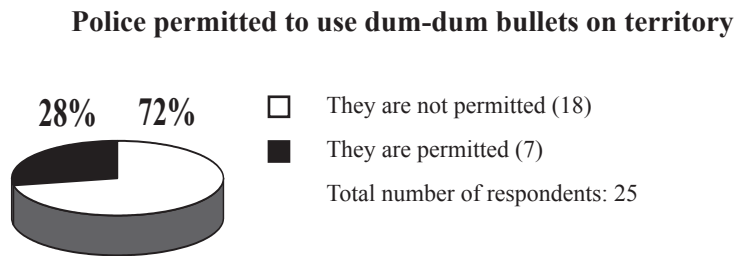
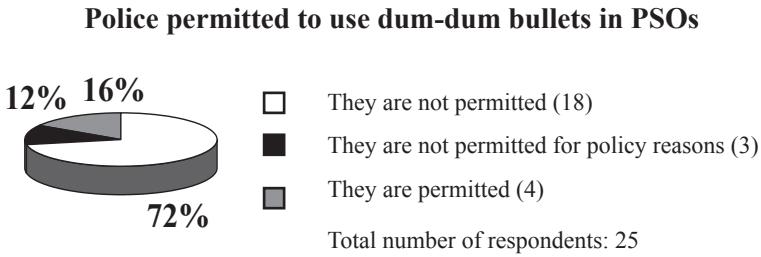
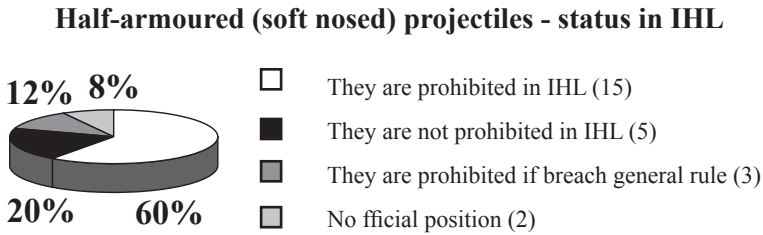
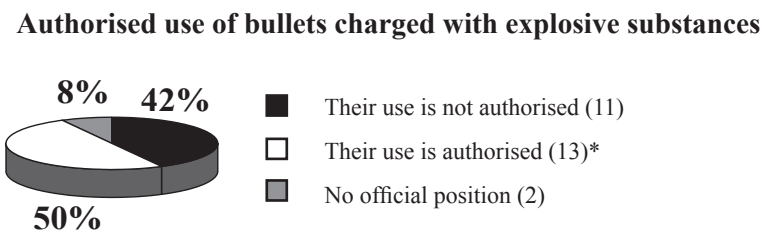


Figure 6 c). Questionnaire III (j) - Dum-Dum Bullets**Figure 7. Questionnaire III (k) - Half-Armoured Projectiles (Soft Nosed)****Figure 8. Questionnaire III (l) - Projectiles under 400 gr. charged with Fulminating or Inflammable Substances**

* All these States nevertheless prohibit the anti-personnel use of such projectiles, excepted two States that allude to such use in open terrain

Figure 9. Questionnaire III (m) - Incendiary Weapons

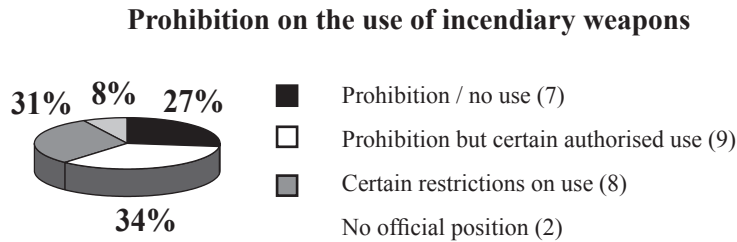


Figure 9 b). Incendiary Weapons Permitted

Authorised /permitted
SMK RP (1)
API -20/25 mm (1)
Ammunition with incendiary projectiles (1)
Incendiary hand grenades (1)
Artillery /mortar shells containing white phosphorus for illuminating purposes (2)
Stun grenades with mercury and magnesium powder (1)

Figure 10. Questionnaire III (n) - Tear Gas in International Armed Conflicts and Military Occupation

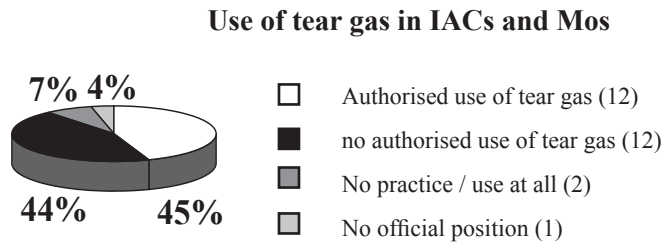
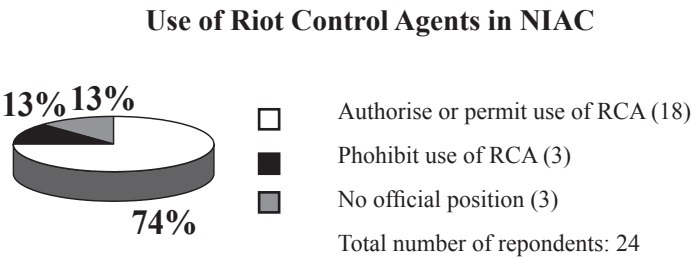


Figure 11. Question III (o) - Riot Control Agents in Non-International Armed Conflict



**Rapport général du XVIII^{ième} Congrès de la Société
internationale de Droit militaire et de Droit de la
guerre concernant la pratique et le droit coutumier
dans les opérations militaires, y compris dans les
opérations de paix**

Pr Wolff Heinschel von Heinegg,
Europa-Universität de Frankfurt/Oder (Allemagne)

Cecilie Hellestveit,
doctorante à l'université d'Oslo (Norvège)

Traduit de l'anglais par Sarra Magri et Stanislas Horvat

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Remarques générales	164
Première partie: Pratique et droit international coutumier.....	166
I.1. Formation du droit international coutumier.....	166
I.1.1. Éléments et preuve.....	166
I.1.2. Traités contribuant à la formation du droit international coutumier	168
I.1.3. Attitude des Organisations internationales.....	169
I.1.4. Objecteur persistant.....	171
I.1.5. Conclusions.....	172
I.2. Organes étatiques contribuant à la formation du droit international coutumier....	172
I.3. Pertinence des manuels militaires	177
I.4. Pertinence des accords, y compris les SOFAs et les règles d'engagement.....	179
I.5. Pertinence de l'étude du CICR.....	185
I.6. Objecteur persistant.....	188
I.7. Droit international coutumier régional.....	191
I.8. Pratique des organisations internationales et pratique dans les organisations internationales.....	192
I.9. Evaluation globale des réponses à la première partie du questionnaire.....	197
Deuxième partie: Applicabilité du Droit International Humanitaire dans les opérations de maintien de la paix	199
II.1. Contexte.....	199
II.2. Réponses au questionnaire et conclusions.....	201
Troisième partie: Moyens et méthodes dans la conduite d'opérations militaires	205
III.1. Introduction	205
III.2. Précautions dans d'attaque	207
III.3. Représailles.....	212
III.4. L'interdiction de moyens causant des souffrances inutiles ou des maux superflus	219
III.5. L'évaluation juridique des armes.....	226
III.6. Interdiction ou restrictions de certaines armes spécifiques	229
III.6.1 Principes	229
III.6.2 Les armes non létales dans les opérations militaires et les opérations de soutien de la paix	231
III.6.3 Les balles en caoutchouc et en plastique lors des opérations du maintien de la paix	233

III.6.4 Les balles de nature à se fragmenter ou à basculer rapidement dans le corps humain ou Spitzer nosed bullets	235
III.6.5 Les balles dum-dum	238
III.6.6 Les projectiles demi-blindés	241
III.6.7 Les projectiles inférieurs à 400 grammes chargés de substances fulminantes ou inflammables	242
III.6.8 Les armes incendiaires	244
III.6.9 Le gaz lacrymogène	247
III.6.10 Les agents anti-émeute	250
III.7. Évaluation globale des réponses à la troisième partie	252
Annexes & Figures	253
Annexe 1. Traités DIH – Liste des ratifications par les Etats ayant répondu au questionnaire	253
Annexe 2. Documents se rapportant au droit international coutumier (DIC) – Résumé des réponses	254
Annexe 3. Figures et tables se rapportant à la troisième partie (Moyens et méthodes dans la conduite des Operations militaires)	258

Remarques générales

La Société Internationale de Droit Militaire et Droit de la Guerre a demandé à ses groupes nationaux de répondre à un questionnaire sur la pratique et le droit coutumier dans les opérations militaires, y compris les opérations de paix. Les réponses serviront de base à l'identification de la pratique des Etats et des organisations internationales en tant que tels et à l'examen du rôle des forces militaires dans la formation du droit international coutumier. Il a été souligné que «en partie, ce questionnaire aspire à identifier la pratique, par des moyens autres que ceux sur lesquels le CICR s'est fondé dans certains domaines où les conclusions de l'étude sur le droit international humanitaire ne pourraient pas être convaincantes pour tous.» Cet objectif ne devrait pas être perçu comme impliquant une opposition fondamentale à l'étude élaborée par le CICR. Le questionnaire devrait plutôt être compris comme une contribution au «dialogue sur l'étude», sollicité par le CICR.

Il est à souligner, d'emblée, que les réponses reçues par les groupes nationaux, tout comme les conclusions établies par les rapporteurs, ne doivent pas être considérées comme des déclarations finales et absolues quant au statut du droit international coutumier applicable aux opérations militaires. Le présent rapport ajoutera quelques aspects additionnels à l'impressionnante compilation de la pratique et des actes étatiques qui servit de base à l'étude réalisée par le CICR. Ni les réponses, ni les conclusions du présent rapport ne sont auto-suffisantes quant à l'établissement de l'existence du droit international coutumier. Cette valeur limitée est due aux aspects suivants: d'une part, 31 réponses¹ seulement n'ont été reçues, alors que le nombre total d'Etats membres de l'ONU s'élève à 192. D'autre part, les groupes nationaux n'ont pas répondu à toutes les questions qui leur étaient posées. Parfois les rapporteurs ont pris la liberté de faire usage des réponses aux questions s'il s'avérait qu'elles avaient un rapport avec d'autres questions. Toutefois, dans la majorité des cas, les rapporteurs devaient accepter le manque de réponses et étaient incapables de tirer des conclusions d'autres parties ou sections. En outre, il n'était pas toujours suffisamment clair si les réponses reflétaient uniquement les positions des groupes nationaux ou celles de leurs Etats respectifs. Finalement, certaines réponses ont une moindre importance dans la mesure où elles traitent d'aspects qui, selon les rapporteurs, n'avaient pas de lien direct avec les questions posées.

¹ Pour une liste, cf. Annexe 1.

En résumé, le présent rapport ne contient que quelques rares conclusions pouvant être perçues comme une photographie de l'état actuel du droit international coutumier. Dans la majorité des cas, les réponses n'ont pas contribué à établir une image claire, mais elles reflètent une division ou une divergence remarquable des points de vue sur plusieurs questions. Cela ne signifie toutefois pas que les efforts étaient vains. Au contraire, une division claire des opinions est indicative d'un manque d'*opinio juris* et met, par conséquent, en évidence la non-existence du droit international coutumier.

Première partie : Pratique et droit international coutumier

I.1. Formation du droit international coutumier

Le présent rapport n'a pas pour objet de fournir une théorie supplémentaire sur le droit international coutumier et sa formation ou de présenter une recherche complète sur ces questions. Cependant vu la nécessité de conclusions transparentes et complètes, il est important de clarifier brièvement les bases théoriques et méthodologiques. Dans la mesure où il n'existe pas de consensus général – ni dans la pratique des Etats ni dans la doctrine – sur la question de savoir comment établir l'existence d'une règle de droit international coutumier ou sur la formation de ce dernier, les rapporteurs sont arrivés à la conclusion que le meilleur moyen pour aborder les fondements théoriques est de se baser sur la jurisprudence des cours internationales. Naturellement, l'approche du droit international coutumier choisie par les cours internationales n'est pas restée incontestée. Bien que pouvant être considérée comme conservatrice par certains, cette approche semble être la base la plus fiable pour un rapport comme celui-ci.

I.1.1. Éléments et preuve

Malgré certaines affirmations du contraire, il est généralement admis que le droit international coutumier est constitué de deux éléments: la pratique et l'*opinio juris*². Comme déclaré par la CIJ dans l'affaire du Nicaragua, «La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des Etats est confirmée par la pratique»³.

En ce qui concerne l'élément objectif, il a toujours été non contesté qu'il est constitué par la conduite actuelle des Etats dans leurs relations internationales⁴. Par conséquent, la CIJ examine étroitement la manière dont les Etats ont agi dans des situations similaires aux affaires qu'elle traite⁵. Les tribunaux internationaux ne se considèrent

2 Cf., entre autres, l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice de 1945 (Statut CIJ), *UNTS* Vol. 33 p. 993; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 6 et suiv. (6^{ème} éd., Oxford 2003).

3 Affaire relative aux activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. USA), Fond, jugement du 27 juin 1986, *ICJ Reports* 1986, p. 14 et suiv. par. 184.

4 I. Brownlie, *supra* note 2, p. 6.

5 Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), jugement du 20 février 1969, *ICJ Reports* 1969, p. 3 et suiv., par. 74; affaire concernant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), jugement du 14 février 2002, *CIJ Recueil* 2002, p. 3 et suiv., par. 58.

toutefois pas limités par une conception étroite de la pratique, mais préfèrent appliquer un concept plus large. Ainsi ils se basent également sur les déclarations faites par les gouvernements et les organisations internationales, les jugements des tribunaux internes, la législation nationale et la conduite des représentants des Etats auprès des organisations internationales⁶. Il en découle qu'un large concept de la pratique étatique semble être reconnu dans la jurisprudence internationale.

Il est important de souligner qu'une telle pratique doit être d'une certaine durée, uniformité (ou cohérence) et généralité⁷. Alors qu'il n'existe aucun critère absolu et qu'il dépendra des circonstances de chaque cas de savoir si les éléments suffisent à affirmer qu'une règle de droit international coutumier a émergé, il est généralement admis que plus la pratique en question est générale et cohérente, moins l'élément temporel est important. Dans les affaires du Plateau continental de la Mer du Nord, la CIJ a retenu que:

«Bien que le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier à partir d'une règle purement conventionnelle à l'origine, il demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des Etats, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu»⁸.

Si la pratique des Etats ne remplit pas les exigences d'uniformité (cohérence) et de généralité, elle ne saurait suffire à prouver l'existence d'une règle de droit international coutumier. C'est ce que la CIJ a clairement exposé dans l'affaire du droit d'asile, dont il ressort que:

«Les faits soumis à la Cour révèlent tant d'incertitude et de contradictions, tant de fluctuations et de discordances dans l'exercice de l'asile diplomatique et dans les vues officiellement exprimées à diverses occasions ; il y a eu un tel manque de consistance dans la succession rapide des textes conventionnels relatifs à l'asile, ratifiés par certains

6 Cf., p.ex. arrêt du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, Procureur c. Dusko Tadic, affaire No. IT-94-1-AR72, relatif à l'appel interlocutoire de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 128 et suiv.

7 I. Brownlie, *supra* note 2, p. 7 et suiv.

8 CIJ, *Recueil* 1969, par. 74.

Etats et rejetés par d'autres, et la pratique a été influencée à tel point par des considérations d'opportunité politique dans les divers cas, qu'il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme acceptée comme étant le droit [...]»⁹.

En outre, il ne faut pas perdre de vue qu'une pratique non suivie par les Etats «dont les intérêts sont spécialement affectés» ne contribue, dans la plupart des cas, pas à la formation du droit international coutumier¹⁰.

De la dernière citation (tirée de l'affaire du droit d'asile), il est possible de déduire qu'en règle générale, une pratique étatique uniforme, générale et d'une certaine durée – variable – est susceptible, dans la majorité des cas, d'offrir une preuve suffisante de l'élément subjectif, c.-à-d. l'*opinio juris*¹¹. Il est cependant important de toujours faire une distinction claire entre une reconnaissance d'une norme comme étant de droit et les considérations «d'opportunité politique» ou de «courtoisie»¹². Si les organes d'un Etat déclarent qu'une conduite déterminée est due à une retenue politique, il est évident que cet Etat n'est pas disposé à qualifier cette conduite d'obligatoire en vertu du droit international coutumier. Dans d'autres cas, la réponse à la question de savoir si l'élément subjectif est établi sera fonction des circonstances qui entourent la conduite en cause.

Finalement, il convient de rappeler que le droit international public est, en général, un ordre juridique dynamique. Des normes considérées comme étant coutumières par le passé peuvent être devenues obsolètes ou avoir subi des dérogations à la suite d'un changement de pratique et d'*opinio juris* ayant contribué à la naissance d'une nouvelle norme, différente, de droit international coutumier.

I.1.2. Traités contribuant à la formation du droit international coutumier

La CIJ a reconnu, à plusieurs reprises, que les traités peuvent soit confirmer l'existence d'une norme de droit international coutumier soit contribuer à l'émergence de ce dernier. Ceci a été résumé dans l'affaire du Plateau continental de la Mer du Nord comme suit:

«Il est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'opinio

9 Affaire du droit d'asile (Colombie c. Pérou), arrêt du 20 novembre 1950, *CIJ Recueil* 1950, p. 266 et suiv., p. 277.

10 W. Heintschel von Heinegg, in: K. Ipsen, *Völkerrecht*, § 16 par. 11 (5^{ème} éd., Munich 2004).

11 I. Brownlie, *supra* note 2, p. 8.

12 W. Heintschel von Heinegg, *supra* note 10, § 16 par. 12.

juris des Etats, même si les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant. [...] Il est néanmoins indéniable que, ayant été adoptée par l'écrasante majorité des Etats, la convention de 1982 revêt une importance majeure, de sorte que, même si les Parties ne l'invoquent pas, il incombe manifestement à la Cour d'examiner jusqu'à quel point l'une quelconque de ses dispositions pertinentes lie les Parties en tant que règle de droit international coutumier»¹³.

Il est important de noter que, selon la CIJ, une simple référence à un traité déterminé, même adopté par une majorité écrasante des Etats, ne suffit pas, dans la plupart des cas, pour prouver l'existence d'une norme correspondante de droit international coutumier. Tel est *a fortiori* le cas si les Etats dont les intérêts sont spécialement affectés ne sont pas parties au traité¹⁴. De surcroît, comme déjà précisé par la CIJ dans l'affaire du Nicaragua il n'est pas possible de «soutenir que toutes les règles coutumières susceptibles d'être invoquées ont un contenu exactement identique à celui des règles figurant dans les conventions»¹⁵. Les normes du droit international coutumier sont beaucoup moins précises que celles des traités. Il en découle que les Etats peuvent s'accorder sur le caractère coutumier d'une règle ou d'un principe, mais avoir des avis divergents quant à son étendue et son contenu spécifique.

1.1.3. Attitude des Organisations internationales

Comme déjà précisé, le TPIY considère que la conduite des organisations internationales détient le potentiel de contribuer à la pratique des Etats et à prouver l'élément subjectif¹⁶:

«L'opinio juris peut se déduire entre autres, quoique avec la prudence nécessaire, de l'attitude des Parties et des Etats à l'égard de certaines résolutions de l'Assemblée générale, notamment la résolution 2625 (XXV) [...]. L'effet d'un consentement au texte de telles résolutions ne peut être interprété comme celui d'un simple rappel ou d'une simple spécification de l'engagement conventionnel pris dans la Charte. Il peut au contraire s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarées par la résolution et prises en elles-mêmes»¹⁷.

13 Affaire du Plateau continental (Jamahiriya Arabe Libyenne/Malte), arrêt du 3 juin 1985, *Recueil des arrêts de la CIJ* 1985, p. 13 et suiv. par. 27.

14 W. Heintschel von Heinegg, *supra* note 10, § 16 p. 11.

15 CIJ, *Recueils* 1986, par. 175.

16 TPIY, Chambre d'appel, *supra* note 6, par. 128 et suiv.

17 CIJ, *Recueils* 1986, par. 188.

Dans son avis consultatif relatif à l'affaire des armes nucléaires, la Cour a identifié les pré-conditions à remplir par les résolutions de l'AG des Nations Unies pour contribuer à la formation du droit international coutumier:

«La Cour rappellera que les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une opinio juris. Pour savoir si cela est vrai d'une résolution donnée de l'Assemblée générale, il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption; il faut en outre vérifier s'il existe une opinio juris quant à son caractère normatif. Par ailleurs des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'opinio juris nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle»¹⁸.

Il est, cependant, toujours douteux qu'il y ait un consensus général sur la pertinence de la conduite des organisations internationales ou de celle des représentants des Etats auprès des Organisations internationales en matière de formation du droit international coutumier.

D'une part, les organisations internationales, en tant que sujets partiels du droit international public, sont limitées par leurs traités fondateurs et ne peuvent pas agir au delà de leurs pouvoirs respectifs (malgré le fait que la doctrine des «pouvoirs implicites» puisse considérablement élargir les pouvoirs conférés à une organisation internationale). En outre, leur conduite n'est (si elle l'est du tout) pertinente pour les Etats tiers, que si et dans la mesure où ces derniers l'avaient reconnue, que ce soit implicitement ou explicitement¹⁹. Bien évidemment, l'ONU constitue une exception à cette règle.

D'autre part, les Etats n'ont pas encore donné suffisamment de preuves quant à savoir si la conduite de leurs représentants auprès des organisations internationales pourrait être considérée comme une pratique étatique contribuant à la formation du droit international coutumier. Au contraire, une telle conduite est plutôt perçue comme une affaire interne au sein de l'organisation considérée. Dans le cas contraire, les Etats courraient le risque qu'une position prise dans le cadre d'une organisation internationale conformément à un but propre à l'organisation, puisse être généralisée d'une manière contraire à leur agenda politique.

18 CIJ, Avis consultatif relatif à la légalité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires, du 8 juillet 1996, *Recueil* 1996, p. 226 et suiv., par. 70.

19 V. Epping, in: Kipsen. *Völkerrecht*, § 31 par. 38 (5^{ème} éd., Munich 2004).

Finalement, pour ce qui est de l'ONU, il convient de ne pas perdre de vue que le Conseil de Sécurité détient des pouvoirs étendus et une large marge de discrétion. En vertu de l'article 25 de la Charte des Nations Unies, les décisions du Conseil sont contraignantes. Elles doivent, de ce fait, être considérées comme une partie à part entière du droit international public (bien que dérivée d'un traité, i.e. la Charte des Nations Unies). Tel est également le cas lorsque le Conseil de Sécurité prend des décisions générales et abstraites sur des obligations à l'exemple des résolutions 1373 (terrorisme)²⁰ et 1540 (prolifération des armes de destruction massives par des acteurs non étatiques)²¹. Il s'en suit que, dans la majeure partie des cas, ces décisions ne doivent pas nécessairement être perçues comme contribuant à la formation du droit international coutumier. De surcroît, les décisions du Conseil ont pour objectif le maintien et la restauration de la paix et de la sécurité internationales dans une situation concrète. Cela signifie qu'elles ne peuvent que rarement être généralisées. Il en découle que la conduite des représentants des Etats au sein du Conseil ne constitue guère une «pratique Étatique» contribuant au droit international coutumier. Il est toutefois admis qu'une décision du Conseil de Sécurité est susceptible d'indiquer l'existence d'une norme de droit international coutumier (ou de contribuer à sa formation) si le Conseil indique qu'il se considère lié par certaines règles ou certains principes. Ainsi, la référence constante aux considérations d'humanité doit être considérée comme une preuve suffisante de ce que les opérations de sécurité ne peuvent pas être conduites en négligeant ces considérations.²²

I.1.4. Objecteur persistant

La notion d'«objecteur persistant» a été évoquée pour la première fois par la CIJ, quoique uniquement de façon marginale, dans l'affaire des pêcheries anglo-norvégiennes, dans laquelle la Cour a jugé qu'une prétendue règle de droit international «serait inapplicable dans la mesure où la Norvège s'est toujours opposée à toute tentative de l'appliquer». Dans l'affaire du Plateau continental de la Mer du Nord, la CIJ, sans utiliser le terme «objecteur persistant», semble avoir accepté son existence en droit international public. Comme on le sait, la Cour a jugé:

20 UN Doc. S/RES/1373 (2001) du 28 septembre 2001.

21 UN Doc. S/RES/1540 (2004) du 28 avril 2004.

22 G. Nolte, «Practice of the UN Security Council with Respect to Humanitarian Law», in: K. Dicke et al. (eds.), *Weltinnenrecht – Liber amicorum Jost Delbrück*, 487-501, p. 489 (Berlin 2005); E. de Wet, *The Chapter VII. Powers of the United Nations Security Council*, p. 199 et suiv. (Oxford 2004); E. Cannizzaro, «A Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law», *IOLR* 3 (2006), 189-224, p. 213 et suiv.

«En outre, en l'espèce, cette conclusion serait immédiatement invalidée par le fait que, dès que la délimitation du Plateau Continental de la Mer du Nord a commencé à être effectuée, la République fédérale, comme décrit plus haut (paragraphe 9 et 12) a aussitôt réservé sa position par rapport à ces délimitations qui (effectuées sur la base de l'équidistance) pourraient être préjudiciables à la délimitation de ses propres zones du Plateau Continental»²³.

Par conséquent, Brownlie soutient qu'un Etat peut se soustraire à une coutume en cours de formation, si la preuve de son opposition est claire. Il précise encore: «Quels que soient les fondements théoriques de ce principe, il est reconnu par les tribunaux internationaux, et dans la pratique des Etats. Compte tenu de la tendance majoritaire des relations internationales, le principe semble avoir acquis une importance accrue»²⁴.

I.1.5. Conclusions

Malgré les controverses considérables qui entourent la formation du droit international coutumier, tout en acceptant un concept large de la pratique étatique, les tribunaux et cours internationaux reconnaissent, en principe, les deux. Une pratique étatique uniforme, générale et d'une certaine durée (variable), pourrait contribuer à l'émergence d'une norme du droit international coutumier.

Evidemment, au regard du nombre limité de réponses (32 réponses sur un total de 192 Etats membres = 17%), il est clair que ces réponses, même si elles devaient être identiques, ne pourraient, en tant que telles, pas fournir une preuve suffisante d'une pratique étatique. Si cette pratique, dans son intégralité, remplit les critères d'uniformité, de généralité et de durée, il y aurait de bonnes raisons de la considérer comme contribuant à la formation du droit international coutumier. Cependant, si elle n'est pas uniforme, la pratique constituerait une (incontestable) preuve de l'inexistence du droit international coutumier.

I.2. Organes étatiques contribuant à la formation du droit international coutumier

Question I(a) du questionnaire

Quelles sont les autorités nationales compétentes pour déterminer la position de votre pays quant à la question de savoir quelles sont

²³ CIJ *Recueil* 1969, par. 26.

²⁴ I. Brownlie, *supra* note 2, p. 11.

les règles relevant du droit international coutumier, sur le plan interne et externe (par exemple, les tribunaux nationaux de votre pays peuvent-ils arriver à des conclusions indépendantes à ce sujet? Le Ministère des Affaires étrangères dispose-t-il du pouvoir exclusif d'exprimer cette position à l'étranger? Etc.)?

I.2.1. Réponses

La majorité des Etats qui ont répondu au questionnaire déclarent que le Ministère des Affaires étrangères est l'autorité compétente, sur le plan externe, pour déterminer la position de l'Etat sur la question de savoir quelles règles font partie du droit international coutumier (p.ex. l'Estonie, la Hongrie, l'Autriche, la République tchèque, l'Allemagne, l'Irlande, les Pays-Bas, la Tunisie). D'autres Etats (l'Estonie, la Hongrie) déclarent qu'à cet égard, aussi bien le Ministère des Affaires étrangères que le Ministère de la Défense sont compétents. Une autorité exclusive du Ministère des Affaires étrangères pour exprimer l'avis de l'Etat sur le plan externe est seulement reconnue par la République tchèque et le Royaume-Uni.

A des fins internes, notamment lorsqu'il s'agit des forces armées, de nombreux Etats intègrent le Ministère de la défense dans le processus de détermination des règles faisant partie du droit international coutumier (p.ex. la République tchèque, l'Allemagne, les Pays-Bas). Certains Etats (p.ex. la Grèce, l'Italie, la Suisse) déclarent qu'aucune autorité spéciale n'est chargée d'une telle tâche. En principe, n'importe quelle autorité appliquant le droit peut se prononcer sur la question de savoir quelles règles font partie du droit international coutumier, mais il revient, en fin de compte, aux tribunaux de considérer une règle comme étant de droit international coutumier. Les Etats-Unis considèrent que les trois branches du gouvernement remplissent toutes les trois un rôle dans la détermination des règles faisant partie du droit international coutumier. La majorité des Etats acceptent que les tribunaux nationaux, alternativement la Cour Constitutionnelle, puissent tirer des conclusions indépendantes en appliquant le droit interne ou international aux causes dont ils connaissent.

Alors que certains Etats reconnaissent le droit international coutumier comme partie intégrante du droit national (l'Autriche, l'Italie), la République tchèque et la Roumanie soulignent que la coutume ne constitue pas une source du droit dans leurs ordres juridiques nationaux. La République tchèque déclare cependant qu'en cas de controverses sur cette question, seul le pouvoir judiciaire est autorisé à résoudre le problème.

Les positions divergent quant au caractère contraignant des décisions de justice. D'une part, certains Etats considèrent que les tribunaux sont compétents pour statuer de manière générale et contraignante quant au contenu normatif du droit international coutumier (p.ex. l'Italie, la République tchèque). D'autre part, des Etats tels que la Belgique, le Danemark et les Etats-Unis considèrent que les décisions des tribunaux n'ont aucune valeur contraignante hors du cas jugé. Une décision d'un tribunal américain n'est que d'une étendue limitée et n'est pertinente que dans le cadre de sa juridiction interne. Pour ces Etats, les conclusions de la Cour n'ont d'effets qu'entre les parties et ne constituent que des indications quant au contenu du droit international coutumier.

Finalement, le Royaume-Uni affirme que les tribunaux nationaux sont libres de statuer quant à l'existence, l'étendue, l'interprétation et l'application des règles du droit international coutumier, mais conformément au droit constitutionnel interne, ils doivent se référer à la législation édictée par le Parlement, qui est le législateur suprême du pays.

I.2.2. Conclusions

1. Pouvoirs externes

Il est bien établi en droit international public que – outre le chef de l'Etat et le chef du gouvernement – le Ministère des Affaires étrangères dispose du *jus omnimodo repraesentationis*, c'est-à-dire que ses actes sont à considérer comme actes de l'Etat sans qu'il soit nécessaire de produire les pouvoirs appropriés²⁵. Donc, en vertu de leurs fonctions, les Ministres des Affaires étrangères doivent toujours être considérés comme représentant leur Etat. Ceci demeure vrai quant à la position prise par l'Etat au sujet du droit international coutumier. Il n'est, par conséquent, pas surprenant que tous les Etats qui ont répondu au questionnaire reconnaissent que le Ministère des Affaires étrangères détient le droit de déterminer, sur le plan externe, le point de vue de l'Etat sur la question de savoir quelles règles font partie du droit international coutumier.

Etant donné que deux Etats seulement ont également considéré le Ministère de la Défense compétent pour exprimer, sur le plan externe, la position de l'Etat à l'égard du droit international coutumier, il semble difficile d'établir que tel est également le cas en droit international

25 Cf., entre autres, article 7 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (CV1), *UNTS* Vol. 1155, p. 331.

coutumier. Il faut néanmoins souligner que cette conclusion est sans préjudice de la validité de la position de l'Etat en question. S'il «apparaît de la pratique des Etats ou d'autres circonstances»²⁶ que les Etats considèrent le Ministre de la Défense comme représentant l'Etat dont il exprime officiellement le point de vue en matière de droit international coutumier, il n'y a aucune raison d'exclure le Ministre de la Défense de l'exercice de ce droit sur le plan externe. Cependant, la reconnaissance du Ministre de la Défense comme représentant de l'Etat en question serait limitée à cet Etat et n'aurait aucun impact sur la règle coutumière stipulant que ce pouvoir revient exclusivement aux Chefs d'Etat, aux Chefs du gouvernement et aux Ministres des Affaires étrangères.

2. Pouvoirs internes

Concernant les autorités compétentes sur le plan interne pour déterminer le contenu du droit international coutumier, un large (quoique non uniforme) consensus semble suggérer que, dans le cadre de l'exercice de leurs pouvoirs respectifs, tels que définis en droit interne, les Ministres de la Défense sont habilités à déterminer la substance du droit international coutumier. Bien que le présent rapport n'ait pas pour tâche l'évaluation des effets internes de ces pouvoirs, les rapporteurs estiment important de noter que les déclarations des Ministres de la Défense pourraient fournir la preuve d'une norme de droit international coutumier. Il y a cependant une restriction importante: bien que son rôle sur le plan national soit sans pertinence ici, une déclaration faite par un Ministère de la Défense ne servira de preuve suffisante du droit international coutumier que si elle est conforme aux déclarations d'autres organes du même Etat, en particulier celles du Ministère des Affaires étrangères. En cas de contradictions, les déclarations de ce dernier l'emporteront.

Tous les Etats qui ont répondu au questionnaire semblent reconnaître aux tribunaux nationaux, notamment les Cours Suprêmes et les Cours Constitutionnelles, le pouvoir de déterminer en finale une règle de droit international coutumier. Il est à souligner, dans ce contexte, que la reconnaissance de la coutume comme source de droit national doit être clairement distinguée du droit international coutumier lui-même. Il semble toutefois, qu'une telle distinction n'a pas toujours été faite dans les réponses reçues. Quoi qu'il en soit, il est clair que le pouvoir judiciaire joue un rôle important dans la détermination de l'existence d'une règle de droit international coutumier dans le contexte du droit

²⁶ Article 7(1)(b) CVI.

interne. Evidemment, les points de vue divergent quant aux effets contraignants de ces conclusions.

Cependant, ceci n'exclurait pas l'utilisation de décisions des tribunaux nationaux comme preuve de l'existence d'une norme de droit international coutumier. La CIJ a régulièrement fait usage de telles décisions. Ainsi, dans l'affaire du mandat d'arrêt, la Cour a examiné les décisions des hautes cours nationales, telles que la House of Lords ou la Cour de cassation française²⁷. Il est toutefois, important de souligner que – indépendamment de leurs effets internes – les décisions des tribunaux ne sont pas toutes prises en considération. Seules les décisions des hautes cours, telles que la Cour Suprême, la House of Lords, la Cour de cassation, ou la Cour Constitutionnelle, serviront de preuve suffisante de la position de leur Etat respectif à l'égard du droit international coutumier.

3. Remarques

Les rapporteurs estiment important de souligner qu'en matière de détermination du droit international coutumier, le droit de la responsabilité des Etats n'est, en principe, pas pertinent. Partant, les règles d'imputabilité prévues dans le Projet d'articles de la Commission de droit international²⁸ ne pourraient pas être utilisées dans le processus de détermination d'une pratique étatique pouvant contribuer à la formation du droit international coutumier. Le droit de la responsabilité étatique vise la restauration du *status quo* juridique qui existait avant la violation du droit international. Par conséquent, il est logique et nécessaire qu'en application de ce droit, la «conduite de n'importe quel organe de l'Etat puisse être considérée comme un acte de cet Etat [...], peu importe que l'organe exerce les fonctions législatives, exécutives, judiciaires ou autres et quelle que soit la position qu'il détient au sein de l'organisation de l'Etat ou son caractère d'organe du gouvernement central ou d'une unité territoriale de l'Etat»²⁹. Aussi bien les réponses au questionnaire que la jurisprudence des tribunaux internationaux révèlent toutefois que les actes des Etats, qui contribuent à la formation du droit international coutumier ou constituant une preuve de son existence, sont restreints à ceux des organes de l'Etat qui soit disposent de réels pouvoirs externes, soit détiennent les plus hautes positions au sein de l'organisation de l'Etat.

27 CIJ, *Recueil* 2002, par. 58.

28 AGNU Res. A/56/589 et corr. 1, «Responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites» (28 janvier 2002).

29 *Ibid.*, article 4(1).

Finalement, concernant les décisions de justice, il est à rappeler que les tribunaux internationaux se basent souvent sur les jugements et opinions des cours et tribunaux internationaux, malgré le fait que leurs effets se limitent aux parties. Dans l'affaire du mandat d'arrêt, par exemple, la CIJ a examiné les décisions des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, ainsi que celles du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie³⁰. Bien évidemment, la Cour se réfère souvent aussi à sa jurisprudence antérieure.

I.3. Pertinence des manuels militaires

Question I(b) du questionnaire

Dans quelle mesure les manuels militaires sur le droit des conflits armés ou sur le droit opérationnel ou d'autres documents militaires (manuels d'instruction militaire, manuels d'utilisation des armements, documents doctrinaux militaires, etc.) de votre pays peuvent-ils être considérés comme reflétant une pratique pertinente contribuant à la création ou à la confirmation d'une règle de droit international coutumier?

I.3.1. Réponses

Un nombre considérable d'Etats ayant répondu considèrent que leurs manuels militaires ou tout autre document militaire constituent une pratique étatique contribuant à la formation ou la confirmation du droit international coutumier. Selon cette position, les manuels reflètent le point de vue juridique de l'Etat concerné et partant, peuvent être considérés comme des déclarations officielles pertinentes pour apprécier le contenu du droit international coutumier (la Finlande, la Grèce, le Liban, la Moldavie, la Suède, la Tunisie).

Toutefois, la majorité des Etats adoptent une position plus prudente. Ils soulignent que le contenu des manuels militaires est fondé non seulement sur des considérations juridiques, mais également sur des considérations opérationnelles militaires et politiques. Si ces manuels peuvent, certes, contenir d'importantes indications sur la pratique étatique et l'*opinio juris*, ils ne sont pas prévus pour ça et ne peuvent pas se substituer à une prise de position non ambiguë d'une pratique étatique opérationnelle se rapportant à des opérations militaires actuelles (les Pays-Bas, les Etats-Unis).

³⁰ CIJ, *Recueil* 2002, par. 58.

Le Danemark déclare que les manuels n'ont pas ou alors qu'une valeur très limitée dans la formation du droit international coutumier. La raison en est que les directives et autres instruments ne sont pas uniquement le reflet de considérations juridiques, mais également de considérations politiques, militaires et pratiques.

Selon d'autres, les manuels peuvent aider à identifier les tendances en droit international dans certaines affaires contentieuses, mais ne doivent pas être perçus comme des instruments constitutifs en matière de création de normes coutumières (l'Estonie, l'Italie).

Finalement, la Suisse déclare que seule une pratique officielle est à considérer comme une pratique étatique pertinente. Les manuels de formation militaire ou les documents doctrinaux ne contribuent à la création du droit international coutumier que s'ils ont été publiés ou communiqués à au moins un Etat ou une organisation internationale, et s'il existe une conviction que la pratique reflétée dans ces textes doit être appliquée comme un principe de droit. Partant, la Suisse considère que, si ces critères sont remplis, les manuels ou autres documents militaires pourraient être considérés comme reflétant une pratique étatique pertinente contribuant à l'émergence ou la confirmation d'une règle de droit international coutumier.

I.3.2. Conclusions

Bien que les manuels militaires, tout comme les documents de doctrine, soient très souvent fortement invoqués dans la littérature juridique pour identifier les normes du droit international coutumier, il est devenu évident des réponses reçues que ces manuels et documents ne peuvent, en tant que tels, être considérés comme une pratique étatique, ni comme la preuve d'une *opinio juris*. Ceci n'exclut pas entièrement l'utilisation de ces documents. Toutefois, si les règles contenues dans des manuels ou documents militaires ne sont pas doublées d'une conduite étatique qualifiée de pratique étatique créatrice de normes, ils ne sont que d'une valeur limitée.

En outre, comme l'a souligné la Suisse dans sa réponse, ces manuels et documents ne peuvent contribuer à la formation du droit international coutumier que s'ils ne sont pas classifiés et s'ils ont été publiés. Il s'agit d'une condition préalable à toute conduite afin d'être considérée comme une norme créant une pratique étatique. Si la pratique doit être générale afin de contribuer à la formation du droit international coutumier, tout secret ou classification empêcherait les autres Etats de

prendre connaissance des documents et ne contribuerait donc pas à une *opinio juris* générale et uniforme. Toutefois, même s'ils sont publiés, ces documents reflètent, au mieux, la position de l'Etat en question au moment de la publication. Si des modifications ou des amendements ultérieurs ne sont pas également publiés, le caractère créateur de normes éventuel de ces documents doit être sévèrement mis en doute.

Dans beaucoup de réponses, il est souligné à juste titre que les manuels militaires et autres documents visent à combiner des considérations juridiques et opérationnelles ou politiques. Très souvent, ils n'épuiseront donc pas le cadre offert par le droit international public, dont le droit international coutumier. En outre, le droit interne de l'Etat concerné peut empêcher cet Etat et ses forces armées de faire usage de toute la gamme prévue par le droit international public et le droit international humanitaire. Par exemple, dans certains Etats, il existe une séparation stricte entre les fonctions militaires et les fonctions de maintien de la loi, empêchant ainsi les forces armées de mener certaines opérations bien qu'elles seraient parfaitement en droit de le faire en vertu du droit international public. Enfin, il ne faut pas perdre de vue que, dans leur majorité, les manuels militaires et notamment les manuels sur l'armement reflèteront les obligations de l'Etat concerné et ses engagements en vertu des traités internationaux. Par conséquent, ils n'ont d'intérêt, dans la détermination du droit international coutumier, que s'il est suffisamment clair que l'Etat en question qualifie une norme légale déterminée de coutumière, c'est-à-dire comme contraignante à l'égard des Etats non-parties au traité en cause. Par exemple, un manuel militaire peut interdire l'usage de certains moyens de guerre, tels que les mines anti-personnel ou les armes à sous-munitions. Si cette déclaration n'est pas assortie d'une interdiction de participer à des opérations militaires multinationales dans lesquelles les forces armées d'autres pays participants utilisent de telles armes, ceci indique manifestement que l'Etat concerné ne considère pas l'interdiction de certains moyens de guerre comme obligatoire en vertu du droit international coutumier.

I.4. Pertinence des accords, y compris les SOFAs et les règles d'engagement

Question I(c) du questionnaire

Quelle importance votre pays/groupe national accorde-t-il aux différents éléments suivants pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier:

- (i) **Les protocoles d'accord, les arrangements techniques et autres accords similaires?**
- (ii) **Les accords sur le statut des forces?**
- (iii) **Les règles d'engagement?**

Pour un résumé des réponses à la question I (c) voir l'annexe 2.

I. Les protocoles d'accord (MoUs), les arrangements techniques (TAs), et les autres accords

I. Les réponses à la question I (c) (i)

En ce qui concerne l'importance des MoUs, TAs et accords similaires pour la détermination de l'existence d'une règle de droit international coutumier, les réponses indiquent qu'il existe trois approches différentes, alors que les arguments présentés au sein de chaque groupe diffèrent légèrement dans les nuances.

Un nombre considérable d'Etats, comme par exemple les Etats-Unis, le Royaume-Uni, l'Italie ou la République tchèque, sont d'avis que des MoUs, TAs et autres accords similaires ne peuvent pas être utilisés pour déterminer les règles de droit international coutumier, indiquant qu'ils ne sont pas juridiquement contraignants et, partant, constituent plutôt des instruments politiques, techniques, opérationnels et/ou administratifs.

La grande majorité des Etats ayant répondu sont convaincus que les MoUs, TAs et autres accords similaires peuvent être utilisés pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier dans la mesure où ils incorporent déjà le droit international coutumier existant. Cependant, tout en reconnaissant que les MoUs, TAs et autres accords similaires peuvent indiquer une pratique étatique, la plupart de ces Etats soulignent que cette pratique doit être accompagnée d'une *opinio juris*. Par conséquent, ces instruments ne peuvent être une indication utile que s'ils reflètent aussi l'*opinio juris*.

La troisième position est représentée par l'Allemagne et la Suède. L'Allemagne est convaincue que les MoUs, TAs et les accords similaires peuvent généralement contribuer à la formation de nouvelles règles coutumières, mais cependant, il s'agit souvent d'une décision au cas par cas. La Suède reconnaît qu'ils doivent être considérés comme des actes de l'Etat et comme pratique étatique et qu'ils pourraient être considérés comme reflétant le droit international coutumier si leur contenu est constamment conforme. Elle soutient, toutefois, que cela n'est pas nécessairement vrai pour les documents considérés en tant

que tels ou pour l'intégralité de leur contenu.

La Finlande est d'avis que la réponse à la question de savoir si les MoUs, TAs et accords similaires ont des effets juridiques est une décision qui doit être prise au cas par cas.

2. Conclusions

La position prise par les Etats représentant le premier groupe est quelque peu surprenante et peut être due à leurs ordres juridiques internes ou leurs approches nationales des MoUs, TAs et des accords similaires. La dénomination implique pour ces Etats que de tels accords ne sont pas juridiquement contraignants. Cependant, il y a deux aspects qui ne peuvent pas être négligés.

D'une part, cette position est difficilement conciliable avec la définition du terme «traité» au sens de l'article 2 (1) lit. (a) de la Convention de Vienne sur le droit des Traités, selon lequel «traité» «s'entend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière». Bien que la définition coutumière ne soit pas limitée aux accords écrits³¹, cela n'a aucune importance pour la discussion ici, puisque la plupart des MoUs etc. seront écrits. Toutefois, la dénomination d'un tel accord est sans préjudice sur son caractère de source de droit international, à savoir. de traité. Ceci n'est pas seulement l'approche choisie par la Convention de Vienne sur le droit des Traités. Comme l'a soutenu la CIJ dans l'affaire du Plateau continental de la Mer Égée:

« [...] que le communiqué de Bruxelles du 31 mai 1975 constitue ou non un tel accord dépend essentiellement de la nature de l'acte ou de la transaction dont il est fait état; on ne règle pas la question en invoquant la forme de communiqué donnée audit acte ou à ladite transaction. Au contraire, pour déterminer quelle était en fait la nature de l'acte ou de la transaction consacrée par le communiqué de Bruxelles, la Cour doit tenir compte avant tout des termes employés et des circonstances dans lesquelles le communiqué a été élaboré. »³²

Etant donné que les MoUs, TAs et les instruments similaires sont conclus entre des Etats et que dans la plupart des cas ils contiennent des dispositions sur les pouvoirs, droits et immunités des forces armées

³¹ I. Brownlie, *supra* note 2, p. 581 et suiv.

³² Affaire du Plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie), jugement du 19 décembre 1978, CIJ Recueil 1978, p3 et suiv., par. 96.

étrangères sur le territoire du pays hôte, ils constituent des accords internationaux et ils sont donc juridiquement contraignants à l'égard des Etats qui y sont parties. Ils sont aussi «régis par le droit international»³³, car en général aucun des ordres juridiques internes des parties ne leur est applicable.

D'autre part, l'argument selon lequel ces accords sont dépourvus de pertinence juridique n'exclut pas nécessairement la possibilité de les considérer comme des actes des Etats ou comme indicatifs du droit international coutumier. Par exemple, il a toujours été reconnu que l'Acte final de la Conférence d'Helsinki (CSCE) est un instrument juridiquement non contraignant. Néanmoins, il n'a jamais été sérieusement mis en doute que certaines parties de l'Acte final reflètent certains principes du droit international coutumier.

Cependant, compte tenu de cette position, une approche prudente doit être adoptée vis-à-vis de la pertinence des MoUs, TAs et accords similaires pour le droit international coutumier. Par conséquent, la réponse à la question de savoir s'ils sont le reflet du droit international coutumier existant, doit être donnée à la lumière de la pratique des Etats et d'une *opinio juris* correspondante. Savoir s'ils peuvent, en tant que tels, contribuer à la formation du droit international coutumier, est une autre affaire. Tout d'abord, il ne faut pas perdre d'esprit que le fait même qu'il existe un traité ou même une série de traités identiques ou similaires constitue une présomption réfutable de la non-existence du droit international coutumier. L'exemple classique est celui des traités bilatéraux d'extradition. Bien que leur nombre soit considérable (généralité) et bien qu'ils contiennent des dispositions plus ou moins identiques ou similaires (uniformité), ces traités bilatéraux d'extradition NE sont généralement PAS considérés comme une preuve de l'existence d'une obligation coutumière d'extrader. Etant donné que les MoUs, TAs et les accords similaires – tels les traités d'extradition – sont très souvent au cœur de la souveraineté des Etats, il y a de bonnes raisons de conclure qu'en cas de doute, ils ne peuvent pas être considérés comme la preuve de l'*opinio juris* en ce qui concerne une norme correspondante du droit international coutumier.

II. Les SOFAs

1. Les réponses à la question I (c) (ii)

Concernant les SOFAs, la plupart des Etats ayant répondu déclarent-

³³ W. Heintschel von Heinegg, *supra* note 10, § 9 par. 5.

similairement à leurs opinions concernant les MoUs et les TAs – que les SOFA peuvent refléter une pratique étatique déjà existante et, partant, peuvent être une indication de la position des Etats.

Selon l’avis de certains des Etats, comme l’Italie ou le Royaume-Uni, les SOFAs ne reflètent pas le droit international coutumier, car ils ne remplissent pas la condition de l’*opinio juris* étant donné que, traditionnellement, les SOFAs représentent un développement et un détachement du droit international coutumier.

La Finlande, l’Estonie et l’Espagne soulignent que les SOFAs contribuent à la formation du droit international coutumier tout autant que n’importe quel autre traité international, tandis que l’Allemagne, la Suède et la Norvège ne souhaitent pas exclure cette possibilité. L’Allemagne mentionne que c’est généralement une décision au cas par cas. La Norvège limite son avis aux SOFAs reflétant des déploiements de longue durée. Selon la Suède, les SOFAs peuvent contribuer à la formation d’une nouvelle règle de droit international coutumier à condition que leur contenu soit constamment cohérent. La Suède souligne que, bien que leur contenu puisse être considéré comme du droit international coutumier, cela ne concerne pas nécessairement les documents comme tels ni les accords dans leur intégralité.

2. *Conclusions*

Comme dans le cas des MoUs, TAs et des accords similaires, la divergence d’opinions ne permet pas de conclure que les SOFAs pourraient être traités différemment, c’est-à-dire conclure qu’ils sont pertinents pour le droit international coutumier. En outre, si les SOFAs contiennent des dispositions portant atteinte à l’essence de la souveraineté de la nation hôte –p.ex. l’exercice de la juridiction pénale – il existe une présomption de leur caractère purement contractuel. Il en découle que les SOFAs ne peuvent pas être considérés comme contribuant à la formation du droit international coutumier. Bien sûr, dans certains cas, ils peuvent refléter le droit international coutumier en vigueur. Ceci doit cependant être déterminé à la lumière des (autres) pratiques étatiques et l’*opinio juris* correspondante.

III. Les règles d’engagement

1. *Les réponses à la question I (c) (iii)*

En ce qui concerne la pertinence des règles d’engagement, les Etats ayant répondu sont à nouveau divisés en trois groupes.

Une nette majorité est d'avis que les règles d'engagement incorporent le droit international coutumier en vigueur et peuvent donc être utilisés pour déterminer la pratique étatique et l'existence d'une règle de droit international coutumier, pour autant qu'elles reflètent également l'*opinio juris*.

Une minorité d'Etats, dont l'Italie, les Pays-Bas et les Etats-Unis, adoptent la position contraire, à savoir les règles d'engagement ne sont pas pertinentes pour déterminer l'existence du droit international coutumier, car elles sont souvent plus restrictives que ce que permet la loi; alors que le Royaume-Uni soutient que, bien que vérifiées quant à leur légalité, les règles d'engagement constituent uniquement des moyens opérationnels et stratégiques.

Selon la position adoptée par l'Allemagne, les règles d'engagement peuvent contribuer à la formation des règles du droit international coutumier; cependant, savoir si tel est le cas ou ne l'est pas, est en principe le résultat d'une décision au cas par cas. La Suède soutient, quant à elle, qu'elles doivent être considérées comme des actes de l'Etat et une partie de la pratique étatique. Il s'ensuit que, si leur contenu est conforme au fil du temps, elles pourraient être considérées comme du droit coutumier, mais pas nécessairement les documents comme tels ou les règles d'engagement dans leur intégralité.

2. Conclusions

Dans la mesure où elles manquent de l'uniformité (cohérence) et de la généralité nécessaires, les réponses ne justifient ni la conclusion que les règles d'engagement contribuent à la formation du droit international coutumier ni qu'elles sont déclaratoires du droit international coutumier.

Bien que la majorité des Etats ayant répondu tendent vers une position contraire, les rapporteurs – tout en reconnaissant que les Etats sont libres de déterminer quels actes peuvent être considérés comme une pratique étatique – estiment qu'il est d'une importance générale de ne pas perdre de vue l'objet et le but des règles d'engagement. Il est certes vrai que les règles d'engagement doivent être conformes au droit international coutumier et aux obligations des traités liant les Etats qui les ont émises. Toutefois, les règles d'engagement sont un outil de commandement et de contrôle visant à réglementer l'usage de la force pour une opération spécifique en vue de permettre aux Etats concernés et leurs forces armées d'atteindre un certain objectif opérationnel et politique. Sans préjudice des termes utilisés, par exemple, dans OTAN MC 362/1, les règles d'engagement seront, dans la plupart des cas, restrictives, c'est à dire

qu'elles ne permettront pas l'usage de la force jusqu'au bout des limites autorisées par le droit international applicable. Il en découle qu'elles seront toujours en conformité avec le droit international applicable, y compris avec le droit international coutumier.

Toutefois, leur valeur dans la détermination de la portée et du contenu de ce *corpus juris* sera plutôt limitée, pour ne pas dire nulle. Cela peut être expliqué par l'exemple suivant. Lors d'une opération visant à stabiliser une région donnée, les règles d'engagement en vigueur peuvent interdire toute attaque contre les édifices religieux, même s'ils sont détournés par l'ennemi à des fins militaires ou pour des attaques contre les forces armées opérant sous les règles d'engagement. L'objet et le but de cette interdiction est l'objectif politique de ne pas provoquer de réactions mécontentes de la population locale. Toutefois, le droit international applicable, même le droit international humanitaire, autoriserait l'utilisation de la force contre ces bâtiments religieux s'ils sont détournés pour le fins précitées. En conséquence, ces règles d'engagement ne peuvent ni être considérées comme la preuve d'une interdiction absolue de l'utilisation de la force contre les édifices religieux, ni de l'existence d'une norme de droit international coutumier à cet effet, ni d'une *opinio juris* de l'Etat qui les a émises.

I.5. Pertinence de l'étude du CICR

Question I(d) du questionnaire

Quelle est la position de votre pays par rapport à l'étude sur le droit international humanitaire coutumier entreprise par le CICR? Votre pays a-t-il réagi de manière officielle à cette étude? Dans l'affirmative, cette réaction a-t-elle été publiée? Dans la négative, votre pays a-t-il l'intention de réagir?

I.5.1. Réponses I (d)

La quasi-totalité des Etats ayant répondu déclarent qu'ils n'ont pas réagi officiellement à l'étude du CICR. Seuls la Moldavie et les Etats-Unis ont officiellement commenté l'étude du CICR: la Moldavie dans le décret n° 275 du Ministre de la Défense du 5 décembre 2006; les Etats-Unis dans la déclaration de John B. Bellinger III et William J. Haynes II³⁴. La plupart des Etats ne semblent pas avoir l'intention de faire des

34 J.B. Bellinger III / W.J. Haynes II, «A US Government Response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law», 89 (866) *IRRC*, 443-471.

déclarations officielles dans un proche avenir, suite à l'étude du CICR. De nombreux Etats apprécient l'initiative du CICR d'avoir entrepris l'étude. Ils organisent des conférences et des séminaires pour diffuser son contenu. Certains Etats consultent régulièrement l'étude dans le cadre de la formation juridique et en tant qu'outil de référence académique. En outre, ils mentionnent qu'il existe, au niveau national, des réponses académiques et professionnelles à l'étude du CICR³⁵ bien qu'elles ne constituent nullement les réactions officielles du gouvernement à l'égard de l'étude.

Quelques Etats, comme la Finlande et Chypre, considèrent l'étude comme une précieuse contribution à la clarification de l'état actuel du droit international humanitaire coutumier en ce qui concerne les conclusions du CICR en matière de conflits armés internationaux et non-internationaux.

Cependant, il y a des Etats qui ont expressément souligné qu'ils ne sont pas liés par l'étude, même si qu'ils la consultent (par exemple l'Irlande), ou qui sont en désaccord avec certaines des règles décrites dans l'étude (par exemple le Royaume-Uni), et des Etats (comme les Pays-Bas) qui expriment leur préoccupation quant à la méthodologie utilisée pour réaliser l'étude et quant à un certain nombre de conclusions du CICR.

1.5.2. Conclusions

Il convient de rappeler que Yves Sandoz, dans sa préface de l'étude du CICR, estime qu'elle ne doit pas être «la fin d'un processus, mais [...] un début. Elle révèle ce qui a été accompli, mais aussi ce qui demeure pas clair et ce qui reste à faire»³⁶. Il souligne toutefois que «si elle représente le plus véridique reflet possible de la réalité, l'étude ne prétend pas être le dernier mot. Elle n'est pas exhaustive – des choix ont dû être faits – et personne n'est infallible»³⁷. Ces paroles de prudence semblent appropriées. Peu de gouvernements ont participé à la rédaction de l'étude et certaines de ses conclusions doivent être discutées au sein la communauté internationale en vue d'établir si et dans quelle mesure elles peuvent effectivement être considérées comme une déclaration quasi-officielle du droit international coutumier applicable aux conflits armés internationaux et non-internationaux. Malheureusement, les réponses au questionnaire révèlent que peu d'Etats semblent disposés au

35 Cf., entre autres, les contributions in: E. Wilmschurst et S. Breau, *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law* (Cambridge University Press, 2007).

36 I. Sandoz, Foreword, in: J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Vol. I: Rules*, p. xvii (Cambridge 2005).

37 *Ibid.*

dialogue constructif, que ce soit avec le CICR ou entre eux. Le CICR, tout en reconnaissant que «la formation du droit international coutumier est un processus continu»³⁸, «estime que l'étude fait une évaluation précise de l'état actuel du droit international humanitaire coutumier. Il prendra donc dûment en compte le résultat dans son travail quotidien»³⁹. Par conséquent, la position adoptée à l'égard de l'étude par la majorité des Etats ayant répondu au questionnaire, à savoir l'utiliser comme un outil de référence pour des fins de diffusion et de formation, mais ne pas la reconnaître comme obligatoire, pourrait ne pas être le dernier mot et, en fin de compte, l'étude sera peut-être généralement reconnue comme une évaluation officielle de l'état actuel du droit international coutumier.

Il convient toutefois de souligner, que l'étude du CICR n'est pas restée incontestée. Outre la réponse critique du gouvernement des Etats-Unis⁴⁰, certaines déclarations académiques ne peuvent pas être ignorées lorsqu'il s'agit d'évaluer la validité des conclusions de l'étude⁴¹. Par exemple, Yoram Dinstein précise au sujet du droit des conflits armés internationaux que «l'étude souffre clairement d'un désir irréaliste de montrer que des dispositions controversées du PA I sont déclaratoires du droit international coutumier (sans oublier les tentatives occasionnelles d'aller même au-delà du PA I). En extrapolant, je pense que l'étude a échoué dans sa mission première. Après tout, il n'y a pas de besoin pratique de vouloir persuader les Parties contractantes au PA I que ce dernier est déclaratoire du droit international coutumier. Que tel soit le cas ou non, les Parties contractantes sont liées par le PA I en vertu de leur consentement à le ratifier ou à y adhérer. Mais, il y a une nécessité de persuader les Parties non contractantes qu'elles doivent se conformer à une grande partie du PA I: non pas parce qu'il s'agit d'un traité, mais parce qu'il constitue une coutume générale. Je ne pense pas que les Parties non-contractantes seront convaincues par les conclusions de l'étude. Les auteurs ont donc manqué une occasion en or de rapprocher les Parties contractantes et non-contractantes au Protocole additionnel I. En effet, au moins sur certains points centraux, loin de surmonter l'abîme actuel, l'étude se limitera à entraîner les deux côtés du «Grand Schisme» plus loin les uns des autres»⁴².

38 J. Kellenberger, Foreword, *ibid.*, p. xi.

39 *Ibid.*

40 Bellinger et Haynes, *supra* note 35.

41 P.ex. *supra* note 36.

42 Y. Dinstein, 'The ICRC Customary International Humanitarian Law Study', 36 *IsrYBHR* 1-15, p. 14 et suiv. (traduction libre).

I.6. Objecteur persistant

Question I(e) du questionnaire

Quelle est la position de votre pays concernant le concept d'«objecteur persistant» vis-à-vis des règles de droit international humanitaire? A l'exception des cas de refus de ratification d'un traité ou de réserves émises par un pays, quel type de comportement ce même pays devrait-il adopter pour être qualifié d'objecteur persistant?

I.6.1. Réponses I (e)

Alors que la plupart des Etats ayant répondu conviennent que la notion d'objecteur persistant est généralement reconnue, ils ne s'entendent pas sur les conditions, notamment sur l'intensité d'une objection à une règle émergente du droit international coutumier. En outre, il semble n'y avoir aucun consensus quant à savoir si la non-ratification s'inscrit dans le cadre du concept.

Les Etats reconnaissant la notion d'objecteur persistant sont tous d'accord sur le principe que l'intention de ne pas être lié par une certaine règle doit être exprimée lors de la formation de la norme concernée. L'Etat objectant ne peut pas se comporter d'une manière qui pourrait être interprétée comme conforme à la norme concernée. En fin de compte, la décision doit être prise au cas par cas.

Certains Etats (comme l'Italie, la Hongrie, le Liban) n'ont pas de position officielle. Néanmoins, certains d'entre eux semblent accepter le concept d'objecteur persistant.

Cependant, plusieurs Etats ne répondent pas à la question de savoir si la notion d'objecteur persistant est valable dans le cas des règles du droit international humanitaire. Il est difficile de déterminer si ces Etats reconnaissent l'applicabilité générale de la notion ou s'ils ne sont pas disposés à reconnaître son application au droit international humanitaire.

Environ 20% des Etats ayant répondu rejettent explicitement l'application du concept d'objecteur persistant au moins dans les cas de normes du *jus cogens* (par exemple les Pays-Bas, le Liban) et dans les cas relatifs à des violations du droit international humanitaire fondamental et des garanties des droits de l'homme (la Finlande, la Norvège). La Suisse, tout en reconnaissant – avec hésitation – le concept (également à l'égard du droit international humanitaire), souligne que si un Etat dont les intérêts sont particulièrement affectés persiste à s'opposer à une

norme, celle-ci ne sera pas «mature» en droit international coutumier. La Lettonie ne soutient pas du tout la notion d'objecteur persistant. Le groupe national du Royaume-Uni ne se voit pas en mesure de répondre à cette question ni hypothétiquement, ni dans un sens général. La Chine se borne à mentionner que ses réserves aux traités internationaux ont toutes été formulées conformément aux procédures régulières prévues par ces traités et dans le respect des règles du droit international.

I.6.2. Conclusions

Malgré l'absence de réponses uniformes quant à l'applicabilité du concept d'«objecteur persistant» au droit international humanitaire, les Etats semblent d'accord qu'il reste généralement applicable. Toutefois, ils soulignent qu'il n'y a pas de place pour son application, si des règles fondamentales du droit international humanitaire ou des normes impératives du droit international («*jus cogens*») sont affectées.

Il y a des doutes quant à savoir si cette position est conforme à la nature même du *jus cogens*. Selon l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, «une norme impérative du droit international est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère». Etant donné qu'une telle norme doit être acceptée et reconnue «par la communauté internationale des Etats dans son ensemble», une objection persistante pourrait, avec succès, empêcher une norme de devenir du *jus cogens*. En outre, les règles fondamentales du droit international humanitaire, en particulier celles contenues dans les quatre Conventions de Genève de 1949 ou dans les Conventions de La Haye de 1907, sont déjà reconnues comme ayant un caractère coutumier. Par conséquent, il n'y a pas de place pour le concept d'«objecteur persistant», étant donné qu'il ne s'applique pas à une «objection ultérieure».

Toutefois, ladite position est entièrement correcte pour autant qu'elle souligne que les violations des règles fondamentales du droit international humanitaire ne peuvent jamais être considérées comme une forme quelconque d'objection. Loin s'en faut, celles-ci demeurent ce qu'elles sont: des violations de la loi.

En outre, il semble exister un consensus considérable selon lequel l'Etat qui souhaite éviter d'être lié par une norme de droit international coutumier, a l'obligation de formuler son opposition dès que possible

au cours du processus de formation de la norme en cause. De surcroît, il est admis que le simple refus de ratifier un traité ne suffit pas pour être reconnu comme une objection persistante. Au contraire, l'Etat concerné est tenu à répéter et à augmenter l'intensité de son opposition au fil du temps.

Il est difficile de soutenir que le concept d'«objecteur persistant» implique qu'un Etat ne désirant pas être lié par une règle de droit international coutumier soit dans l'obligation de se manifester dès la première étape du processus de formation. Une telle obligation suppose que l'Etat concerné ait des motifs raisonnables de supposer que le processus de formation a commencé. Toutefois, dans la majorité des cas, la réponse à la question de savoir quand le processus de formation a été initié ne peut être apportée que dans une perspective rétrospective. Cette perspective est sans pertinence pour le concept d'objecteur persistant dans la mesure où l'Etat qui veut éviter d'être lié par une nouvelle règle de droit international coutumier devra considérer la conduite (future) d'autres Etats. Par conséquent, l'obligation de s'opposer constamment ne se met en marche que si le comportement d'autres Etats doit être compris comme contribuant à l'émergence d'une nouvelle règle de droit international coutumier. Par exemple, un traité peut, sous certaines conditions, contribuer à la formation du droit international coutumier. Toutefois, le simple fait qu'un traité ait été conclu ou soit entré en vigueur n'est pas indicatif de son caractère coutumier potentiel. Si, cependant, les Etats non-parties à ce traité se réfèrent à ses dispositions, si les Etats membres appliquent les dispositions du traité aux non-membres, alors il existe des motifs raisonnables de supposer que le traité ou certaines de ses dispositions peuvent devenir du droit international coutumier. Dans ce cas, et dans ce cas seulement, il y a une place pour les obligations découlant du concept d'objecteur persistant.

Enfin, il est important de noter que les Etats dont les intérêts sont particulièrement affectés, peuvent, par l'objection continue, non seulement empêcher qu'une norme de droit international coutumier leur soit applicable. Compte tenu de leur importance – reconnue par la CIJ – pour la formation du droit international coutumier, ces Etats peuvent même empêcher la formation d'une norme de droit international coutumier en tant que telle.

I.7. Droit international coutumier régional

Question I(f) du questionnaire

Y-a-t-il, selon votre pays/groupe national, des coutumes régionales en droit international humanitaire? Dans l'affirmative, veuillez préciser dans quelle mesure.

I.7.1. Réponses

L'écrasante majorité des Etats ayant répondu (à l'exception de la Tanzanie) rejettent l'existence de toute coutume régionale dans leur zone géographique respective.

En outre, de nombreux pays (par exemple, l'Irlande, le Liban, la Suisse, les Etats-Unis) soutiennent que dans le domaine du droit international humanitaire, il ne devrait pas y avoir de droit international coutumier régional étant donné que le droit international humanitaire a un caractère global et qu'il faudrait empêcher qu'il ne soit affaibli par des coutumes régionales.

D'autres Etats (p.ex. la Belgique, Chypre, la Finlande, la Grèce, la Suède, les Pays-Bas, la Tunisie, l'Uruguay) sont disposés, dans certaines circonstances, à prendre en compte l'existence de coutumes régionales, mais la plupart d'entre eux invoquent les conditions préalables suivantes: les coutumes régionales ne peuvent pas aller au-dessous des normes des règles fondamentales du droit international humanitaire, mais peuvent uniquement fixer des normes plus strictes.

Seule la Tanzanie accepte, sans réserve, les coutumes régionales. Celles-ci existaient et étaient pratiquées depuis longtemps avant l'indépendance de la Tanzanie en 1961, ont été reconnues par les guerriers tribaux au combat et sont même pratiquées dans les opérations militaires contemporaines. Toutefois, le rapport tanzanien ne contient pas d'autres spécifications quant aux dites coutumes régionales.

I.7.2. Conclusions

Contrairement au droit public international général, qui reconnaît le droit international coutumier régional presque sans conditions, il existe un consensus parmi les Etats ayant répondu qu'il n'y a pas de place pour les coutumes régionales dans le champ d'application du droit international humanitaire, à moins que ces coutumes contiennent des normes plus strictes que les règles générales. Il s'en suit que la plupart des Etats ayant répondu reconnaissent le concept de droit

international humanitaire coutumier régional. Le fait qu'ils ne soient prêts à considérer les coutumes régionales pertinentes que si elles posent des normes (humanitaires) plus strictes est, bien sûr, une restriction importante. Cependant, vu qu'un nombre considérable d'autres Etats ayant répondu soulignent le caractère global du droit international humanitaire, la question de savoir si le droit international humanitaire autorise des modifications régionales, même si elles aboutissent à une limitation encore plus poussée de l'usage de la force dans les conflits armés, est loin d'être résolue.

En effet, il ne faudrait pas trop rapidement perdre d'esprit que le droit international humanitaire tel qu'il existe aujourd'hui est le produit d'une longue évolution qui a commencé bien avant les premières codifications du milieu du 19^{ième} siècle. Ces réalisations sont bien trop importantes pour être sujettes à une variété de coutumes régionales différentes. Même si ces coutumes posaient des normes plus strictes, elles mettraient en péril certains des principes fondamentaux du droit international humanitaire, notamment les principes de l'égalité dans l'application et de la réciprocité.

Cependant, le rejet des coutumes régionales n'empêche pas certains Etats ou groupes d'Etats dans une région donnée d'appliquer des normes plus strictes que celles prévues par le droit international humanitaire. Cette auto-restriction n'a pourtant aucun impact sur le droit international coutumier, et aurait un caractère plutôt politique que juridique.

I.8. Pratique des organisations internationales et pratique dans les organisations internationales

Question I(g) du questionnaire

- (i) Votre pays/groupe national accepte-t-il l'idée que la pratique des organisations internationales puisse contribuer à la formation du droit international coutumier?**
- (ii) La participation d'un Etat à la procédure de vote au sein de ces organisations constitue-t-elle une pratique étatique pertinente?**
- (iii) Et la pratique de l'organisation internationale dans son ensemble contribue-t-elle au développement du droit international coutumier, indépendamment de la pratique des Etats qui la composent?**

I.8.1. Réponses

Tous les Etats ayant répondu font – explicitement ou implicitement – la distinction entre organisations internationales gouvernementales (OIG) et organisations non-gouvernementales (ONG). En ce qui concerne le CICR, beaucoup d’Etats semblent être prêts à l’assimiler à une véritable organisation internationale.

1. Les réponses à la question I (g) (i)

Une majorité des Etats ayant répondu ont donné une réponse affirmative à la première question. La plupart d’entre eux (la Chine, Chypre, la République tchèque, l’Estonie, la Finlande, la Grèce, l’Irlande, l’Italie, la Moldavie, la Norvège, la Tanzanie, la Tunisie, l’Uruguay) acceptent inconditionnellement que la conduite des organisations internationales gouvernementales contribue à la formation du droit international coutumier.

D’autres adoptent une approche différenciée. Selon la Suisse et le Liban, tout dépend de savoir si l’organisation internationale gouvernementale a agi dans les limites de ses pouvoirs. En outre, la Suisse reconnaît la pratique du CICR en tant que facteur important dans la formation du droit international humanitaire coutumier. La Belgique est encline à attribuer de la pertinence à la pratique des organisations internationales gouvernementales si et dans la mesure où les Etats membres ont transféré une partie de leur souveraineté, avec la conséquence qu’ils ne sont plus en mesure d’agir de manière autonome dans le domaine concerné. Les Pays-Bas concèdent que la pratique des organisations internationales gouvernementales peut contribuer à la formation du droit international coutumier dans la mesure où l’organisation concernée peut être soumise au droit international humanitaire, telle que l’ONU.

Le reste des Etats ne sont pas prêts à reconnaître la pratique des organisations internationales gouvernementales comme contribuant directement à la formation du droit international coutumier (l’Autriche, l’Allemagne, la Hongrie, la Suède, le Royaume-Uni et les Etats-Unis). Ils sont uniquement enclins à reconnaître la conduite des Etats membres comme une pratique créatrice de normes, tout en admettant que les décisions des organisations internationales gouvernementales peuvent refléter ou être déclaratoires du droit international coutumier existant. Cela vaut également pour la Lettonie, qui insiste sur le fait que les organisations internationales gouvernementales sont composées d’Etats et qu’une reconnaissance et une mise en application des actes des organisations

internationales gouvernementales par les Etats membres contribue, en fin de compte, à la formation du droit international coutumier.

2. Les réponses à la question I (g) (ii)

Il résulte des réponses à la première question qu'une nette majorité accepte que la participation d'un Etat à la procédure de vote peut être considérée comme une pratique étatique pertinente pour la formation du droit international coutumier (réponses de l'Autriche, la Belgique, la Chine, Chypre, la Lettonie, le Liban, la Moldavie, la Norvège, la Tanzanie, la Tunisie et le Royaume-Uni).

La République tchèque serait disposée à envisager la participation à la procédure de vote comme une pratique étatique si et dans la mesure où le représentant a agi dans les limites des pouvoirs qui lui ont été conférés par le droit interne. La Finlande et les Etats-Unis soutiennent que la conduite des représentants d'un Etat au sein d'une organisation internationale gouvernementale doit être accompagnée par une pratique étatique simultanée. L'Allemagne, la Grèce et la Hongrie soutiennent que cette question doit être traitée au cas par cas. La Hongrie souligne que la conduite en question peut être limitée à l'OIG concernée et que les Etats ont le droit de s'engager à des obligations différentes de celles de l'organisation internationale gouvernementale. Une position similaire est adoptée par l'Irlande. Selon l'Italie, seuls les propositions, motions et règlements des représentants des Etats au sein d'une organisation internationale gouvernementale constituent une pratique étatique, à l'exclusion des déclarations de vote et autres pratiques similaires de vote. Pour la Suède seul le vote au sein du Conseil de sécurité des Nations Unies doit être considéré comme une pratique étatique. Les Pays-Bas soulignent la constance de l'attitude de vote. Seule l'Estonie répond à la question par la négative, mais elle est disposée à accorder une certaine pertinence à la participation à un vote.

3. Les réponses à la question I (g) (iii)

Tout comme à la première question, la majorité des Etats ayant répondu croient que la pratique des organisations internationales contribue, dans son ensemble, au développement du droit international coutumier. Chypre et la République tchèque mentionnent explicitement la pratique de l'ONU en tant que source du droit international humanitaire. La Grèce incite à prendre en compte la pratique des Etats non-membres de l'organisation concernée. La République tchèque et la Hongrie souhaitent trancher cette question au cas par cas. La Finlande établit un lien avec le droit de la responsabilité internationale.

Cependant, comme pour la première question, un nombre considérable d'Etats ayant répondu n'est pas prêt à définir la pratique indépendante des organisations internationales gouvernementales comme une pratique créatrice de normes (l'Autriche, la Belgique, l'Allemagne, la Suède, la Tunisie, le Royaume-Uni, les Etats-Unis).

I.8.2. Conclusions

1. La pratique des organisations internationales

Bien que la majorité des Etats ayant répondu soient en faveur d'une contribution directe de la pratique des organisations internationales gouvernementales à la formation du droit international coutumier, ceci ne constitue pas une preuve suffisante pour présumer que cette position reflète le droit international coutumier. Un nombre considérable d'Etats ayant répondu s'opposent clairement à cette position. Par conséquent, ils rejettent toute pertinence indépendante de la pratique des OIG et continuent à se concentrer sur la conduite des Etats.

Apparemment, cette constatation vaut également pour le CICR, car, jusqu'à présent, seules la Suisse et la Chine sont d'avis que la pratique du CICR contribue à la formation du droit international humanitaire coutumier. Il convient toutefois de ne pas perdre d'esprit que, conformément aux Conventions de Genève de 1949 (qui sont généralement considérées comme ayant un caractère coutumier), le CICR est une organisation tout à fait privilégiée avec des pouvoirs spécifiques en matière de droit international humanitaire. Par conséquent, la position réservée à l'égard de la pratique des OIG n'est pas nécessairement indicative du statut spécial dont jouit le CICR en vertu des traités et du droit coutumier.

2. La participation des représentants des Etats dans la procédure de vote

Les réponses à la seconde question sont presque unanimes et sont conformes à l'approche générale relative à la conduite des Etats au sein d'une OIG. Par conséquent, la participation des représentants de l'Etat dans la procédure de vote d'une OIG équivaut, en principe, à une pratique étatique créatrice de normes. Ceci n'est cependant pas une règle absolue. Au contraire, il doit y avoir suffisamment d'éléments démontrant que cette conduite n'est pas limitée à l'OIG en question, c'est à dire lorsque l'Etat concerné indique qu'il a l'intention d'être légalement lié par les résultats d'un tel système de vote.

3. Pratique des OIG indépendante de la pratique des Etats

Compte tenu de la diversité manifeste d'opinions, il est impossible de conclure que la conduite d'une OIG peut être considérée comme créatrice de normes si elle n'est pas accompagnée par une pratique étatique correspondante. Il faut souligner, une fois de plus, que, vu son objet et son but, le droit de la responsabilité internationale n'est pas nécessairement concluant pour déterminer quels actes peuvent être qualifiés de pratique (étatique) contribuant à la formation du droit international coutumier.

4. Remarques complémentaires

En ce qui concerne les première et troisième questions, l'exemple suivant peut illustrer la nécessité de ce que la conduite d'une organisation internationale gouvernementale doit être régulièrement accompagnée d'une pratique étatique. La formation du droit international coutumier peut être initiée à travers une nouvelle interprétation d'une disposition d'un traité, par un organe d'une organisation internationale, même si cette norme était considérée jusqu'à présent comme déclaratoire du droit international coutumier. Ce fut le cas avec les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) du Conseil de sécurité des Nations Unies. Depuis lors, il a été largement reconnu que le droit inhérent de légitime défense n'est pas limité à des attaques armées imputables à un autre Etat, mais qu'il s'applique également aux attaques armées menées par des terroristes, donc par des acteurs non-étatiques. Il convient toutefois de souligner que cette évolution a été provoquée non seulement par une nouvelle interprétation de l'article 51 de la Charte des Nations Unies, mais aussi par la conduite de la communauté internationale (des Etats, en particulier ceux qui participent à *L'Operation Enduring Freedom*, et des organisations internationales, p.ex. l'OTAN et l'OSCE). D'aucuns soutiennent que la Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif sur le mur israélien, s'est opposée à pareille modification du droit coutumier de légitime défense. En effet, la Cour semble avoir souligné qu'une attaque armée doit être imputable à un Etat. Toutefois, le rejet par la Cour du droit de légitime défense était principalement basé sur le fait que les attaques en cause provenaient des territoires palestiniens et manquaient un élément transfrontalier: «La Cour note par ailleurs qu'Israël exerce son contrôle sur le territoire palestinien occupé et que, comme Israël l'indique lui-même, la menace qu'il invoque pour justifier la construction du mur trouve son origine à l'intérieur de ce territoire, et non en dehors de celui-ci. Cette situation est donc différente

de celle envisagée par les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) du Conseil de sécurité, et de ce fait Israël ne saurait en tout état de cause invoquer ces résolutions au soutien de sa prétention à exercer un droit de légitime défense»⁴³. Par conséquent, l'avis consultatif ne peut pas être considéré comme rejetant les conclusions susmentionnées.

I.9. Evaluation globale des réponses à la première partie du questionnaire

Malgré la diversité et la divergence d'opinions sur de nombreux points, les réponses reçues permettent de tirer quelques conclusions générales sur la formation du droit international coutumier.

Il est largement admis que l'élément objectif ne se limite pas à la conduite effective des Etats, mais qu'il peut également comprendre des déclarations, des jugements des tribunaux nationaux, la législation nationale et la conduite des représentants de l'Etat dans les organisations internationales. Cette approche est conforme à la jurisprudence des tribunaux internationaux, en particulier de la CIJ. En ce qui concerne les déclarations gouvernementales, il y a une nette tendance à les considérer comme pertinentes pour autant qu'elles émanent du plus haut niveau gouvernemental. Il en découle que des déclarations du Ministère des Affaires étrangères et – dans une moindre mesure – du Ministère de la Défense sont considérées comme une pratique étatique créatrice de normes. En principe, la conduite des représentants de l'Etat au sein des OIG peut également l'être, s'il peut être établi qu'elle est destinée à ressortir des effets en dehors des OIG respectives. Le fait que les décisions des tribunaux nationaux ne soient prises en compte que dans le cadre de leurs effets internes est sans préjudice de leur valeur potentielle dans le processus d'identification des normes du droit international coutumier.

Ces résultats sont, toutefois, sans préjudice de la pertinence potentielle des manuels militaires et des règles d'engagement. En conséquence, une notion large de la pratique étatique ne signifie pas nécessairement que les manuels militaires et les règles d'engagement doivent être considérées comme des actes de la pratique étatique. En effet, un nombre considérable de réponses reçues soulignent qu'ils sont guidés par des considérations non seulement juridiques, mais aussi politiques et opérationnelles et sont donc de faible – voire même sans – valeur lorsqu'il s'agit de l'identification et de la formation des normes du droit

⁴³ CIJ, Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur sur le territoire palestinien occupé, du 9 juillet 2004, *Recueil* 2004, p. 136 et suiv., par. 139.

international coutumier. La même chose semble être valable pour les MoUs, les TAs et les SOFAs.

Il n'y a par ailleurs pas de consensus suffisant sur la pertinence de la pratique des organisations internationales gouvernementales. Si cette conduite n'est pas doublée d'une pratique étatique, elle n'est pas considérée comme une pratique créatrice de normes. Bien sûr, tous les Etats qui ont répondu considèrent que les décisions des organisations internationales gouvernementales peuvent refléter ou déclarer le droit international coutumier en vigueur.

Toutefois, il est également devenu évident que la pratique du CICR peut contribuer à la formation du droit international coutumier. Cela ne signifie pas pour autant que toutes les déclarations faites par le CICR sur les questions de droit international coutumier doivent être considérées comme pertinentes. Par conséquent, l'étude du CICR – bien que largement accueillie et utilisée – ne peut pas être considérée comme une déclaration qui fait autorité relative à l'état actuel du droit international humanitaire coutumier.

La notion d'«objecteur persistant» est généralement reconnue. Toutefois, certains Etats favorisent une application restrictive de la notion vis-à-vis du droit international humanitaire, en particulier si des normes fondamentales et péremptives sont concernées. Outre cela, il existe un large accord concernant la thèse que la simple non-ratification d'un traité ne suffira pas à empêcher un Etat de se voir lié par une norme du droit international coutumier. Au contraire, cet Etat est dans l'obligation de confirmer régulièrement sa position et, le cas échéant, d'intensifier son objection. Il demeure toutefois ambigu de savoir à quel moment naît l'obligation de s'opposer.

Enfin, il y a un rejet manifeste des coutumes régionales. La grande majorité n'est pas disposée à accorder de la pertinence à pareille coutume car elle mettrait en cause le caractère global du droit international humanitaire et le principe de l'application égale de ce *corpus juris* à toutes les parties à un conflit armé et en outre les réalisations de cet ensemble de règles pourraient être sérieusement compromises.

Deuxième partie: Applicabilité du Droit International Humanitaire dans les opérations de maintien de la paix

Question II du Questionnaire

Veuillez exposer en détail des exemples concrets de situations rencontrées pendant des opérations de maintien de la paix et où les soldats de la paix de votre pays ont décidé d'agir spécifiquement en conformité avec un ou plusieurs principes et règles de droit international humanitaire.

II.1. Contexte

Alors que la question d'une applicabilité extraterritoriale des instruments (régionaux) relatifs aux droits de l'homme a été, et continue probablement d'être, l'une des questions les plus controversées en matière d'opérations de maintien de la paix⁴⁴, le problème de l'applicabilité du droit international humanitaire à ces opérations a apparemment été résolu par le Secrétaire Général des Nations Unies et par la Convention de 1994.

Il convient de rappeler que l'article 2 (2) de la Convention de 1994 sur la sécurité du Personnel des Nations Unies⁴⁵ dispose que:

«La présente Convention ne s'applique pas à une opération des Nations Unies autorisée par le Conseil de sécurité en tant qu'action coercitive en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans le cadre de laquelle du personnel est engagé comme combattant contre des forces armées organisées et à laquelle s'applique le droit des conflits armés internationaux».

Bien entendu, cette disposition n'est pas aussi claire qu'elle semble l'être à première vue. La question de savoir si l'autorisation de l'usage de la force par le Conseil de Sécurité des Nations Unies implique nécessairement l'application du droit des conflits armés internationaux est loin d'être réglée. Une autorisation d'user de la force peut, bien sûr, se rapporter à un conflit armé international en cours, mais également initier un conflit armé international. Toutefois, la résolution en question du Conseil de Sécurité peut se rapporter à un conflit armé non-international et peut avoir pour but d'apporter une aide au gouvernement en cause. Ou encore, il peut s'agir d'une menace de la paix sans hostilités armées, et l'autorisation de

⁴⁴ Cf. p.ex. Jugement de la CEDH dans l'affaire Bahrami et Saramati, n° 71412/01 et 78166/01, décision du 31 mai 2007.

⁴⁵ Convention sur la protection du personnel des Nations Unies et du personnel associé, AGNU Res. 49/59, *UN Doc. A/49/49* (9 décembre 1994).

l'usage de la force peut être limitée à l'accomplissement de la mission. La réponse à la question de savoir si les dispositions de l'article 2 (2) de la Convention de 1994 sont en effet censées être aussi limitées que le suggère son libellé n'est donc pas clairement établie. Dans la mesure où la notion de «combattant» est limitée à des situations de conflit armé international au sens de l'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949, il y a de bonnes raisons de supposer que tel est le cas. Toutefois, il serait contre-productif et d'une utilité très restreinte pour les forces agissant en vertu d'une autorisation du Conseil de Sécurité des Nations Unies que le droit des conflits armés non-internationaux ne soit pas applicable.

En ce qui concerne les opérations de maintien de la paix, une plus ample clarification semble avoir été fournie par la Circulaire 1999 du Secrétaire Général⁴⁶ dont la section 1.1 dispose que:

«Les principes et règles fondamentaux du droit international humanitaire énoncés dans le présent bulletin sont applicables aux forces des Nations Unies lorsque, dans des situations de conflit armé, elles participent activement aux combats dans les limites et pendant la durée de leur participation. Ils s'appliquent donc dans les interventions de contrainte et dans les opérations de maintien de la paix quand l'emploi de la force est autorisée dans l'exercice de la légitime défense».

En effet, une question laissée ouverte par l'article 2 (2) de la Convention de 1994 a été résolue de manière utile: si les Casques bleus des Nations Unies se trouvent dans une situation de conflit armé, le droit international humanitaire s'applique. Cependant, l'utilisation du terme «combats» semble suggérer que la Circulaire est limitée à des situations de conflit armé international. Ce problème pourrait être surmonté en concédant que le Secrétaire Général n'avait pas l'intention d'utiliser le terme juridique «combattant», mais qu'il l'a simplement utilisé d'une manière descriptive. Mais il n'est pas aussi facile de résoudre les difficultés causées par la deuxième phrase. Tout d'abord, toutes les actions d'imposition de la paix ne sont pas nécessairement des situations de conflit armé. Dans les cas où l'autorisation d'employer la force est limitée à l'accomplissement d'une mission, l'emploi approprié de la force contre ceux qui cherchent à interférer dans la mission doit plutôt être considéré comme une action d'imposition de la loi. Deuxièmement, la Circulaire donne à penser que toutes les opérations de maintien de la paix sont régies par le droit international humanitaire puisque tous les soldats de la paix sont autorisés à exercer leur droit inhérent de légitime défense. Une telle position n'est certainement pas reflétée dans la pratique des Etats contribuant aux

⁴⁶ Circulaire du Secrétaire Général des Nations Unies, ST/SGB/1999/13, 6 août 1999.

opérations de maintien de la paix des Nations Unies.

Il ne faut cependant pas perdre d'esprit que le Secrétaire général n'a pas indiqué que le droit international humanitaire s'applique techniquement aux situations traitées dans la Circulaire. Au contraire, le Secrétaire général a emprunté certains principes et règles fondamentaux au droit international humanitaire et a décidé que seuls ceux expressément énoncés dans le Bulletin sont applicables aux opérations de maintien de la paix de l'ONU. En outre, le champ d'application de la Circulaire est limité aux «forces des Nations Unies menant des opérations sous le commandement et le contrôle des Nations Unies». En conséquence, les autres opérations de maintien de la paix ne sont pas concernées. Enfin, il convient de souligner que la Circulaire n'a aucune influence sur l'applicabilité technique du droit international humanitaire. Si une opération de maintien de la paix évolue vers un conflit armé, les règles et principes respectifs du droit des conflits armés internationaux ou du droit des conflits armés non-internationaux s'appliquent. Certes, cette distinction peut être assez difficile à faire dans des situations qualifiées de «guerre à trois volets». Il s'ensuit que certaines parties d'une opération de maintien de la paix peuvent être régies par le droit international humanitaire, tandis que d'autres ne le seront pas.

La question posée aux groupes nationaux de la Société doit être considérée dans le contexte qui vient d'être décrit. Il ne s'agit pas d'aboutir à des déclarations générales sur l'applicabilité du droit international humanitaire. La partie II ne vise qu'à acquérir une meilleure compréhension de la conduite actuelle des forces armées engagées dans des opérations de maintien de la paix.

II.2. Réponses au questionnaire et conclusions

II.2.1. Les réponses à la partie II du questionnaire

La plupart des Etats ayant répondu au questionnaire n'ont pas répondu à cette partie ou ont déclaré qu'il ne leur a pas été possible d'y répondre, ou encore ont été incapables de donner des exemples précis de situations d'opérations de maintien de la paix où les soldats de la force de la paix ont décidé d'agir en conformité avec les principes et règles fondamentaux du droit international humanitaire (par exemple l'Allemagne, la Grèce, la Hongrie, la Lituanie, la Namibie, la Norvège, le Royaume-Uni). Certains d'entre eux soulignent qu'ils n'ont tout simplement pas de données concernant les informations requises (par exemple la Hongrie).

Certains Etats, tout en se déclarant incapables de fournir des exemples, soulignent que leurs forces armées sont tenues d'agir conformément au droit international humanitaire et dans les limites du mandat de l'opération en question (la Lettonie, la Belgique), tandis que la Belgique demande en outre que soit clarifié le passage «agir spécifiquement en référence à un ou plusieurs principes et règles fondamentaux du droit international humanitaire».

D'autres, comme Chypre ou le Liban, répondent qu'ils sont incapables de donner des exemples pertinents puisque leur participation aux opérations de maintien de la paix est jusqu'à présent limitée ou inexistante.

De même, de nombreux Etats ayant répondu à cette partie du questionnaire répondent uniquement que leurs soldats de la paix appliquent les règles et principes du droit international humanitaire, y compris les règles fondamentales (par exemple la Chine, le Danemark, la Moldavie, la Tunisie, l'Uruguay et les Etats-Unis). Toutefois, les Etats-Unis soulignent que leurs casques bleus appliquent ces règles et principes uniquement par principe d'ordre politique ce qui ne signifie pas que les Etats-Unis se considèrent liés par ces règles dans les opérations de maintien de la paix en vertu du droit international coutumier.

Plusieurs Etats, dont la Suisse et l'Autriche, déclarent qu'ils ne sont pas en mesure de donner une réponse fondée sur leur propre expérience, considérant que l'existence d'un conflit armé est une condition préalable à l'application du droit international humanitaire.

La Suède fait remarquer que même si le droit international humanitaire avait été applicable dans un conflit armé, les forces armées suédoises, en prenant part à l'opération de maintien de la paix en cause, n'ont jamais fait partie de ce conflit armé. Par conséquent, elles n'ont jamais eu à appliquer les principes fondamentaux du droit international humanitaire au cours des opérations de paix ou opérations de renforcement de la paix. Leur conduite a plutôt été régie par les règles et principes des droits de l'homme.

Enfin, plusieurs Etats donnent quelques exemples de situations relatives à des opérations de paix dans lesquelles leurs soldats de la paix ont décidé d'agir en conformité avec certains principes et règles du droit international humanitaire.

La République tchèque se réfère aux soi-disant «émeutes de mars» qui ont eu lieu au Kosovo en 2004 et où une unité de soldats tchèques protégeait l'église et le cimetière serbes contre des émeutiers albanais.

Les soldats tchèques ont décidé de se retirer, considérant qu'en vertu du principe de proportionnalité, il leur était interdit de recourir à la force létale. L'Irlande donne un exemple similaire sur le respect du principe de proportionnalité qui concerne également les «émeutes de mars» ayant eu lieu pendant l'opération de maintien de la paix au Kosovo.

L'Estonie donne trois exemples de la mission en Afghanistan: deux d'entre eux se rapportent au principe d'humanité, un au principe de distinction. Le dernier exemple concerne l'internement pour des raisons de sécurité, ainsi que des coups de semonce pour intimider des civils non armés, employés par des groupes anti-gouvernementaux en Afghanistan, qui ne pouvaient pas être considérés comme ayant directement participé aux hostilités. Les exemples concernant le principe d'humanité comprennent notamment la minimisation du risque de blessure pour la population civile par des engins explosifs et l'appel à un hélicoptère médical britannique pour secourir un enfant blessé.

L'Italie mentionne brièvement son approche spécifique pour le traitement des «personnes capturées», sans fournir d'autres détails sur l'opération exacte.

Enfin, certains Etats ayant répondu se réfèrent seulement d'une manière générale aux principes du droit international humanitaire qu'ils considèrent comme applicables aux opérations de maintien de la paix. Les Pays-Bas citent les principes de nécessité militaire, d'humanité, de distinction et de proportionnalité ainsi que la définition des objectifs militaires (article 52, paragraphe 2 PA I) et la notion de participation directe à des hostilités. La Tanzanie se réfère quant à elle aux principes de distinction et d'humanité ainsi qu'à l'interdiction de souffrances inutiles.

II.2.2. Conclusions

La première conclusion qui peut être tirée à partir des réponses à la deuxième partie du questionnaire est qu'un grand nombre d'Etats ayant répondu ne se rallient pas nécessairement à la Circulaire de 1999 du Secrétaire général des Nations unies, parce qu'ils ne se considèrent liés par le droit international humanitaire que s'il existe une situation de conflit armé au sens de l'article 2 ou de l'article 3 communs aux quatre Conventions de Genève de 1949.

La deuxième conclusion est que pour un nombre tout aussi considérable d'Etats ayant répondu les règles et principes fondamentaux du droit international humanitaire constituent un critère réalisable pour apprécier

la légalité de l'emploi de la force. Il existe, toutefois, un clivage très net entre les avis quant à savoir si ces règles et principes doivent être appliqués pour des raisons juridiques ou pour des raisons politiques. Il y a cependant un consensus sur les restrictions suivantes: les civils ne peuvent être attaqués que si et dans la mesure où ils participent directement aux hostilités; les attaques doivent être limitées aux forces armées adverses et aux choses qualifiées d'objectifs militaires légitimes; les blessés et les malades doivent être respectés et pris en charge de manière appropriée; les méthodes et moyens de combat ne peuvent pas être utilisés si leur utilisation est susceptible de causer des souffrances inutiles ou des maux superflus.

La question de savoir si la référence à la proportionnalité est régie par le droit international humanitaire ou par une autre branche du droit international public n'est toutefois pas clarifiée. Conformément au droit international humanitaire, le critère de proportionnalité requis est régi par l'article 51 (5) (b) du PA I de 1977. Il s'ensuit qu'un dommage collatéral ne violerait ce principe que s'il «serait excessif par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu». L'«excès» doit être clairement distingué de la «disproportion» qui serait probablement le critère approprié en vertu des droits de l'homme. En outre, il est pour le moins douteux d'affirmer que les «émeutes de mars» au Kosovo aient été régies par le droit international humanitaire. Quoi qu'il en soit, l'emploi de la force létale contre une foule en émeute n'est considéré comme licite que dans les cas exceptionnels de légitime défense. Un tel recours à la force dans le but de protéger des propriétés serait certainement interdit.

Troisième partie: Moyens et méthodes dans la conduite d'opérations militaires

III.1. Introduction

Le cadre légal international se rapportant aux moyens et méthodes dans la conduite des hostilités est généralement moins bien développé en normes écrites que les règles se rapportant à la protection des personnes hors de combat. Les traités fixant les moyens et méthodes dans les opérations militaires sont en général issus de déclarations ou de conventions négociées à une époque où la nature des opérations militaires était fort différente quant aux ennemis à combattre, missions à accomplir, technologies utilisées et perception par la communauté mondiale, que ce soit dans les médias ou dans les tribunaux.⁴⁷ Les règles des traités les plus claires négociées au cours des dernières décennies concernant les moyens et méthodes se retrouvent dans le Protocole Additionnel I et reflète dans une large mesure, mais pas totalement, des règles déclaratoires du droit international coutumier. Certains Etats ont émis des réserves importantes au PA I tandis que d'autres Etats n'ont pas adhéré au PA I, tout en reconnaissant le caractère obligatoire de la grande majorité de ses dispositions.

Les développements au cours des deux dernières décennies, en particulier le droit des traités et la jurisprudence croissante des tribunaux internationaux compétents pour les infractions aux lois et coutumes de la guerre, les nouveaux traités concernant les armes négociés tout dans le contexte de la CCAC qu'en dehors, et finalement l'étude du CICR publiée en 2005, ont fondamentalement influencé le domaine de la conduite des hostilités et ont donné lieu à des opinions divergentes concernant l'interprétation spécifique de certaines dispositions réglementant les moyens et méthodes des opérations militaires.

Certaines critiques contre le développement dans la jurisprudence et l'étude du CICR portent sur le manque relatif de référence à une pratique d'état et une opinis juris larges et unanimes.

Cette critique a été particulièrement forte quand il s'agissait des règles concernant les moyens et méthodes de combat au cours d'opérations

⁴⁷ Les anciens traités les plus importants sont la Déclaration de Saint-Petersbourg sur les projectiles explosifs de moins de 400 grammes (1868) (*supra*, note 8), le Manuel d'Oxford sur la guerre terrestre de 1880 (non obligatoire), la Déclaration IV, 3 de La Haye concernant les balles qui s'épanouissent de 1899 (La Haye IV, 3 de 1899), la 4ième Convention de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre terrestre et son annexe contenant les règles en vertu des lois et coutumes de la guerre terrestre de 1907 (HR IV) et le Protocole sur l'usage des gaz de 1925.

militaires. Parmi les 161 règles de droit international coutumier identifiées par l'étude du CICR, environ un tiers ont des conséquences sur la conduite d'opérations militaires, 16 entre elles se rapportant à la question de l'usage d'armes.

Selon certains auteurs critiques, 5 seulement de ces règles reflètent des règles «couvertes incontestablement par le droit international coutumier au moment de la publication de l'étude»⁴⁸, à savoir les deux dispositions générales des souffrances inutiles et des armes non-discriminatoires, les règles en matière de poisons, les balles qui s'épanouissent et les balles explosives. Un autre observateur fait remarquer que les onze autres règles «tentent d'extrapoler des règles coutumières sur la base d'interdictions contenues dans des traités, dont la plupart sont issues d'une dérivation manifestement récente et ont trait à des armes qui n'étaient pas distinctivement interdites antérieurement en droit international»⁴⁹.

Bien qu'elles ne doivent pas être interprétées comme étant en opposition à l'étude, les questions posées dans la troisième partie du questionnaire doivent être vues dans ce contexte. L'analyse des réponses et les conclusions sont cependant faites indépendamment de l'étude du CICR et de la jurisprudence internationale et sont exclusivement basées sur les réponses données au questionnaire.

Les restrictions qui s'appliquent au choix des moyens et méthodes de guerre sont largement dérivées des considérations humanitaires. Dans la Déclaration de St. Pétersbourg de 1868, les Etats *«ont fixé, d'un commun accord, les limites techniques où les nécessités de la guerre devaient s'arrêter devant les exigences de l'humanité»*⁵⁰.

La CIJ a conclu dans son Avis consultatif sur les armes nucléaires, en 1996, que les principes d'humanité mènent à deux sortes d'interdiction en matière d'armes: les interdictions en raison de leurs effets non-discriminatoires et les interdictions en raison des souffrances inutiles causées aux combattants⁵¹.

La troisième partie du questionnaire et de ce rapport a trait à cette matière en particulier.

Actuellement, il existe trois grande «pistes» concernant l'interdiction

48 D. Turns, *Weapons in the ICRC Study on IHL*, Journal of Conflict and Security Law 2006 11(2), p. 205

49 L. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict* (2000), p. 133-135

50 La Déclaration de Saint Pétersbourg à l'effet d'interdire l'usage, en temps de guerre, de projectiles explosifs d'un poids inférieur à 400 grammes, du 11 décembre 1868, www.icrc.org/dih.nsf/FULL/130?OpenDocument.

51 *ICJ Reports* 1996, *supra* note 18, aux par. 77-78.

ou la restriction de l'utilisation des moyens :

- 1° Le principe général interdisant les moyens causant des souffrances inutiles ou des maux superflus;
- 2° des interdictions ou restrictions particulières de l'usage d'armes spécifiques, issues de dispositions des traités ou du droit international coutumier et
- 3° des interdictions ou restrictions, par des Etats, lors de leurs révisions internes des armes, ce qui, en pratique, revient à un mécanisme d'exécution interne des deux précédents.

La troisième partie du questionnaire comprend 15 questions visant à identifier la pratique et l'*opinio juris* des Etats ayant répondu, à l'égard de certains moyens et méthodes dans la conduite des opérations militaires. Les questions abordées comprennent les précautions en cas d'attaque (III.2.) et les représailles (III.3.), tandis que la grande majorité des questions se concentrent sur les moyens de combat: la règle générale interdisant l'utilisation des armes qui causent des maux ou blessures superflus (III.4.), les mécanismes d'évaluation juridique (III.5.), et la pratique étatique ainsi que l'avis des Etats à l'égard de certaines armes spécifiques (III.6.).

III.2. Précautions dans d'attaque

Question III(a) du questionnaire

Le principe de précaution oblige les commandants à recueillir des informations sur la nature d'un objectif avant de lancer une attaque. A quel moment votre pays estime-t-il que les renseignements peuvent être considérés comme suffisamment fiables pour lancer une attaque?

III.2.1. Le principe

Le principe de précaution dans l'attaque impose aux autorités militaires une obligation générale dans la conduite des opérations militaires de veiller à épargner les civils et les biens à caractère civil. Prévu à l'art. 57 PA I, ce principe se traduit par l'obligation du commandant militaire de procéder à une identification précise des objectifs retenus pour l'attaque, une exigence dont dépend largement la mise en œuvre effective du principe de distinction. Le devoir de vérification consiste en une obligation pour les autorités militaires de *s'informer suffisamment* concernant la cible choisie pour l'attaque. Cette obligation n'est pas contestée.

Avant de prendre la décision de lancer une attaque, les autorités militaires doivent veiller à disposer d'informations *suffisantes et appropriées* sur la cible choisie pour l'attaque. Cette information doit leur permettre de vérifier que la cible est effectivement un objectif militaire légitime; elle doit fournir une base solide pour le choix des moyens et méthodes appropriés pour l'attaque en vue d'éviter ou de minimiser les effets indiscriminés; et enfin, elle doit leur permettre d'effectuer une évaluation correcte de la proportionnalité: évaluer le risque de dommages collatéraux et anticiper sur l'avantage militaire qui pourrait être obtenu. Toutefois, le contenu plus spécifique et plus concret de l'obligation de vérification demeure incertain.

L'obligation telle que prévue à l'art. 57 (2) a (i) PA I est formulée en des termes relativement abstraits. Les chefs militaires doivent prendre toutes les précautions pratiquement possibles; le PA I parle du devoir de «*faire tout son possible* pour vérifier». L'expression «tout son possible» imposée par l'art. 57 PA I a été à l'origine de réserves de la part de certains Etats adhérents. Certains autres traités ont des obligations plus spécifiques⁵². L'expression «précautions possibles» est définie ailleurs comme «les précautions qui sont réalisables ou pratiquement possibles tenant compte de toutes les circonstances dominantes à l'époque concernée, y compris les considérations humanitaires et militaires»⁵³.

Au cours des opérations militaires, l'accès à des informations fiables est souvent rare. Cet accès peut être entièrement dépendant de renseignements dont les sources varient en disponibilité, fiabilité et détails. Un problème essentiel se pose quant à la quantité et la qualité des informations requises pour satisfaire à l'exigence «faire tout ce qui est possible pour vérifier». Quelle quantité d'informations un commandant militaire doit-il recueillir avant que le devoir de vérification soit satisfait? Est-ce que les renseignements des services de renseignements sont suffisants, étant donné la nature souvent peu fiable de ces renseignements? Il est clair qu'une certaine marge d'erreur est acceptable. Il est toutefois moins clair jusqu'où cette marge d'erreur doit être imputée à d'autres facteurs que des informations insuffisantes ou peu fiables à la disposition du commandant militaire.

52 Deuxième Protocole à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection de biens culturels en cas de conflit armé, La Haye, 26 mars 1999.

53 Cf. art. 3(4) du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, Genève, 10 octobre 1980 (Prot. II de la CCAC), art. 3 (10) du Protocole II amendé et art. 1(5) du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires, Genève, 10 octobre 1980 (Prot. III de la CCAC).

III.2.2. Réponses

Au cœur de cette question se trouve la problématique de la fiabilité des renseignements tactiques, une question à laquelle les Etats ayant répondu ont des difficultés de répondre. Un petit nombre d'Etats a souligné le problème de répondre de façon *concrète* en raison de la nature de leurs engagements militaires actuels ou de la sensibilité de l'information requise. Près de la moitié des réponses ont fait observer qu'il n'était pas possible de répondre à la question en termes *généraux*, soulignant qu'elle doit faire l'objet d'un examen concret, au cas par cas, qu'il n'existe aucune règle claire quant à la notion de renseignements «suffisamment fiables», ou qu'aucun critère quantifiable ne peut être identifié pour la fiabilité des renseignements tactiques.

Les rapporteurs estiment que la question peut être interprétée dans deux sens: 1° A quels *critères* doivent satisfaire les renseignements pour être suffisamment fiables et 2°. Les renseignements peuvent-ils à eux seuls suffire pour remplir la condition de la fiabilité? La divergence des réponses a rendu l'analyse quelque peu compliquée, et les commentaires ci-dessous doivent donc être lus avec cette réserve.

Le point de départ est que les autorités de commandement doivent employer tous les moyens de reconnaissance et de renseignement à leur disposition, à moins que, et *jusqu'à ce qu'*ils aient suffisamment de certitude quant à la nature de l'objectif choisi et quant aux circonstances environnantes afin de pouvoir évaluer la légalité d'une attaque (distinction, moyens et méthodes et proportionnalité). Cette certitude est évaluée en fonction de la norme de «suffisamment fiable».

«Suffisamment fiable» basé(e) uniquement sur le renseignement.

Parmi les Etats ayant donné des commentaires quant à la question spécifique de savoir quand les renseignements à eux seuls peuvent suffire pour remplir l'exigence de fiabilité, l'Italie est d'avis que ces renseignements suffisent. Le Danemark et les Etats-Unis font observer que le facteur «délai critique» est de nature à influencer le critère de faisabilité. Le Danemark précise que dans certaines circonstances – p.ex. lorsqu'il n'y a que peu de temps pour décider de l'engagement ou non, ou lorsqu'il serait impossible de se retirer sans un nombre considérable de victimes – les précautions réalisables seraient limitées à s'assurer que l'objectif est un objectif militaire légitime et que le principe de proportionnalité serait respecté. Mais dans d'autres circonstances, il devait y avoir suffisamment de temps pour procéder à une analyse plus

poussée. La République tchèque fait pareille distinction de la norme selon que la cible est d'une très grande importance en termes de nécessité militaire et elle y ajoute que la *crédibilité* du renseignement doit être vérifiée. Les Etats-Unis soulignent que le *risque de perfidie*, telle que l'utilisation de boucliers humains contre leur gré, est un facteur à prendre en compte dans le cadre de la fiabilité. La Suisse écrit que la demande d'informations supplémentaires sera faite par le commandant tactique, qui mettra en balance l'information existante avec ses compétences professionnelles (connaissances, formation et bon sens personnel).

Le Liban et la Tanzanie soulignent aussi la nécessité de *vérifier l'information disponible*, en notant que le renseignement est suffisamment fiable une fois que la nature de la cible est déterminée et que toutes les informations disponibles à cet égard ont été vérifiées. L'Irlande ajoute que le renseignement doit, si possible, être vérifié par *des moyens indépendants* (p.ex. visuels), afin de lever l'incertitude ou l'ambiguïté sur l'objectif avant de procéder à une attaque. La Tunisie note qu'un renseignement sera considéré comme fiable s'il est certain, sans équivoque et qu'aucun doute ne plane sur lui, alors que la Tanzanie ajoute que, dans l'examen des renseignements recueillis, il est crucial de savoir dans quelle mesure les informations sont à jour.

Éléments de fiabilité suffisante du renseignement

Les commentaires des Etats ayant répondu concernant la question de savoir quand le renseignement est considéré comme suffisamment fiable se rapportent essentiellement à sa quantité, à sa qualité et au facteur temps.

Quantité

L'obligation de vérification implique un devoir de recueillir *suffisamment* d'informations pour clarifier la nature de l'objectif choisi. Plusieurs Etats ayant répondu traitent de la question de la quantité du renseignement. L'Italie, la Chine et la Moldavie se réfèrent aux informations provenant de *toutes* les sources à leur disposition au moment en question, tandis que la Roumanie note qu'une attaque peut avoir lieu lorsque ce qu'elle appelle «tous les renseignements militaires et humanitaires» sont bien connus.

Qualité

Une dimension essentielle de l'obligation de vérification porte sur la qualité du renseignement que doit avoir le commandant militaire chargé de la planification ou de la prise de décision quant à une attaque, pour

que le renseignement soit «suffisamment fiable». Deux Etats soulignent le caractère *militaire* de l'information, la Belgique faisant observer que différentes sources militaires fourniraient une base d'informations suffisantes pour lancer une attaque légitime, tandis que Chypre utilise le terme «information militaire *précise*». Le Royaume-Uni, les Etats-Unis et la Suède notent que les commandants doivent utiliser *les meilleures informations* disponibles pour eux à l'époque et dans les circonstances précédant le lancement d'une attaque.

La Chine estime que les «renseignements suffisants» devraient combiner les renseignements militaires et une analyse juridique de l'environnement et de la situation afin de s'assurer qu'il n'y ait pas d'autres obstacles juridiques à une attaque qualifiée de légale.

Facteur temps

Un certain nombre d'Etats mettent l'accent sur l'importance du facteur temporel, donc que la norme concerne la fiabilité telle que perçue par le commandant au *moment de la décision*.

L'Autriche, l'Irlande et les Etats-Unis ont profité de l'occasion pour souligner que le commandant militaire responsable de l'attaque ne peut être *jugé* que sur la base des informations qui sont raisonnablement à sa disposition au moment de la prise de décision, et non sur la base d'informations acquises ultérieurement. L'Autriche rappelle que le commandant doit être jugé en fonction d'une évaluation objective de son processus de décision basé sur les renseignements disponibles au moment de lancer l'attaque (la connaissance subjective du commandant) et non en fonction d'une norme perfectionnée basée sur une analyse postérieure de l'attaque.

III.2.3. Conclusions

La conclusion est qu'aucune norme *commune* en matière de fiabilité des renseignements tactiques n'a pu être détectée dans les rapports nationaux. Un grand nombre de réponses déclarent expressément qu'il n'existe aucun critère général de ce genre, un avis largement confirmé par le contenu des réponses.

S'il y en a déjà une, les réponses confirment l'hypothèse largement répandue selon laquelle la norme est *subjective*: ce qui est requis est une certitude subjective. Comme indiqué par la Suisse, le commandant doit mettre en balance les informations existantes avec ses connaissances militaires, sa formation et son bon sens personnel. Elle est relative:

il n'existe aucune obligation d'employer tous les moyens, jusqu'à l'attaque ultime. Elle est aussi contextuelle: quand un attaquant raisonnable considérerait-il le renseignement suffisamment fiable pour remplir l'obligation de vérification dans des circonstances identiques ou similaires?

La possibilité de se baser *exclusivement* sur les renseignements a été mentionnée par plusieurs pays, mais cette option est généralement perçue comme limitée aux cas d'urgence et, si possible, il faudrait vérifier les renseignements par des sources additionnelles.

Les réponses n'ont pas permis de définir des critères concrets pour déterminer à quel moment on pourrait considérer les renseignements à eux seuls comme suffisamment fiables.

III.3. Représailles

Question III(b) du questionnaire

Quelle est la pratique de votre pays et sa position concernant le recours aux méthodes de représailles au regard du droit international humanitaire? Dans le cas où votre pays les considère comme légales, à quel niveau de décision politique sont-elles ordonnées? Quelle forme peuvent-elles prendre selon votre pays? L'utilisation d'armes illégales peut-elle déboucher sur l'emploi d'armes illégales à titre de représailles (par exemple les balles dum-dum)? Si votre pays ne les permet pas, cette restriction résulte-t-elle d'une règle de droit international humanitaire et/ou d'un choix de politique?

III.3.1. Le principe

Les représailles belligérantes font partie des controverses classiques du droit international humanitaire. Il y a un désaccord quant à la forme qu'elles pourraient prendre, quant aux conditions générales de leur utilisation, et de plus en plus, quant à savoir si elles sont du tout légales. Les représailles sont à première vue des actes illégaux entrepris contre une partie à un conflit armé violant le droit des conflits armés, afin de la contraindre à cesser son comportement illicite. Il s'agit de l'un des plus anciens et plus fondamentaux moyens de d'imposition des lois de la guerre, dont les origines reposent sur les principes de réciprocité et d'égalité des belligérants, des idées mises de plus en plus sous pression par l'institutionnalisation d'un système de droit international mettant l'accent sur l'universalité, offrant des voies alternatives d'imposition.

Une des approches relatives aux représailles les considère comme des violations des principes fondamentaux et universels du droit humanitaire, sujettes à aucune exception. Des principes de cette envergure ont un caractère absolu, et ne peuvent être volontairement violés par un belligérant, indépendamment de son intention. Les partisans de ce point de vue se réfèrent à l'art. 1 commun aux quatre Conventions de Genève qui oblige les Etats parties à «s'engager à respecter la Convention en toutes circonstances»⁵⁴.

Une approche opposée perçoit les représailles essentiellement à la lumière de leur fonction de d'imposition. Pour autant qu'elles respectent un ensemble de conditions strictes, elles sont perçues comme des actes légitimes, et ne devraient aucunement être classées comme des violations de ces principes. Les adhérents d'une telle approche mettent l'accent sur l'obligation qu'impose l'art. 1 commun aux Conventions de Genève aux Etats parties «d'assurer le respect de la Convention».

Au fil des ans, le droit international humanitaire a de plus en plus restreint l'étendue des représailles en excluant certaines catégories de personnes et d'objets de la panoplie des cibles légitimes pour les actes de représailles. Des traités interdisent les représailles contre certaines cibles, personnes et objets⁵⁵. Dans une moindre mesure, des traités ont imposé des restrictions sur les armes qui peuvent être utilisées par voie de représailles⁵⁶. Les représailles militaires ont, en tant que telles, été soumises à des conditions toujours plus strictes. Avec le soutien croissant pour la notion d'usage de la voie diplomatique, combiné avec le développement d'autres mécanismes de mise en œuvre telles que les sanctions internationales et le droit pénal international, il ya une certaine tendance à interdire complètement les représailles. Comme exprimé par le TPIY dans l'affaire Kupreskic: *«bien que les représailles auraient pu avoir un minimum de justification dans le passé, quand*

54 Par exemple, arrêt du TPIY, Procureur c. Josipovic et al. (Kupreskic), affaire No IT-95-16-A, Chambre d'appel, 14 janvier 2000, par. 517.

55 Les représailles sont interdites contre: les blessés, les malades, le personnel, les bâtiments ou le matériel, protégés par l'art. 46 CG I ; les blessés, les malades, les naufragés, le personnel, les navires et le matériel protégés par l'art. 47 CG II ; les prisonniers de guerre (art. 13 (3) CG III); les personnes protégées et leurs biens (art. 33 GC IV); les biens culturels (art. 4(4) de la Convention sur la protection des biens culturels); les personnes protégées telles que les blessés, les malades et les naufragés (art. 20 PA I); les civils et la population civile (art. 51(6) PA I); les biens à caractère civil, protégés par l'art. 52 (1) PA I; les biens culturels et les lieux de culte (art. 53(c) PA I); les biens nécessaires à la survie de la population civile (art. 54(4) PA I); l'environnement (art. 55(2) PA I); les installations contenant des forces dangereuses (art. 56(4) PA I).

56 L'art. 3 (7) du Protocole II modifié de la CCAC interdit l'usage des mines, pièges et autres dispositifs contre des civils, comme moyen de représailles. Une interdiction similaire est prévue à l'art. 3 (2) du Protocole II à la CCAC.

elles constituaient pratiquement le seul moyen efficace de contraindre l'ennemi à abandonner les actes illicites de guerre et de se conformer à l'avenir au droit international, actuellement, elles ne peuvent plus être justifiées de cette manière »⁵⁷.

Permettre à un belligérant de commettre volontairement des violations du droit de la guerre en réponse à une violation par l'adversaire offre, comme l'a déclaré KALSHOVEN, aux parties au conflit «la possibilité de violer les lois de la guerre en toute impunité»⁵⁸. Pourtant, une interdiction totale, voire une réduction de leur champ d'application ou leur forme vers une voie de non-pertinence, pourrait potentiellement supprimer un mécanisme de mise en œuvre du droit des conflits armés – un garde-fou dans le feu du combat – ce que d'autres mécanismes de mise en œuvre, telle qu'une procédure pénale subséquente, ne pourraient pas facilement accomplir.

III.3.2. Réponses

En réponse à cette question, la Belgique, la Chine, le Royaume-Uni et les Pays-Bas ont présenté une liste étendue de conditions pour ces représailles. La plupart des réponses semble traiter la situation exclusivement au regard des conflits armés internationaux.

En ce qui concerne *la pratique*, la Belgique, Chypre, la Hongrie, la Lettonie et les Etats-Unis déclarent explicitement ne pas avoir d'antécédent de recours à des représailles. L'Irlande fait remarquer qu'il est extrêmement peu probable qu'elle aura recours à des représailles, alors qu'un seul Etat parmi les réponses se réfère à une véritable pratique de recours aux représailles: l'exemple bien connu du Royaume-Uni en réponse à la première utilisation, par l'Allemagne, de gaz toxiques sur le front occidental au cours Première Guerre mondiale.

Il ressort des réponses recueillies que les *opinions* exprimées sur les représailles sont divisées en trois grandes catégories: interdites, licites uniquement dans le cadre stricte des autorisations du DIH, et licites dans la mesure où elles ne sont pas spécifiquement limitées par le DIH. Chypre, la Roumanie et l'Uruguay s'opposent au recours aux représailles en tant que tel, aussi bien pour des motifs juridiques que politiques. Une nette majorité des Etats sont d'avis que les représailles sont largement limitées par le DIH, et qu'elles ne sont autorisées que dans des conditions très strictes du DIH (19). Une vue un peu plus

57 TPIY, Chambre d'appel, affaire Kupreskic, *supra* note 50, par. 530.

58 F. Kalshoven, «The CCW. Functions of Underlying Legal Principles», Réimprimé dans *Reflections on War* pp. 393-397, p. 367.

libérale est présentée par la Belgique, les Pays-Bas et les Etats-Unis qui notent que les représailles sont autorisées aussi longtemps qu'elles ne sont pas expressément interdites ou restreintes par le DIH, mais ce groupe s'accorde également à dire qu'elles sont soumises à des conditions strictes.

L'Irlande et la Suède présentent une forte mise en garde quant au recours aux représailles, en soulignant l'absence de preuves de l'efficacité de ces mesures et le risque important d'accroissement de la violence. La Suède décourage explicitement le recours aux représailles, en raison de leurs effets inhumains.

Le questionnaire invitait les Etats à fournir des détails sur le niveau d'autorisation. Tous les Etats qui font des commentaires sur la question (15) répondent que seules les autorités *du plus haut niveau* sont compétentes pour autoriser des représailles. La majorité des réponses (11) impliquent également que le droit de décision est réservé aux autorités *politiques*, se référant au plus haut niveau du gouvernement, trois Etats semblent demander autorisation aux autorités militaires *et* politiques, tandis qu'un Etat ne se réfère au commandant militaire. La Belgique note que la justification de l'exigence d'une autorisation politique est de s'assurer que les organes de décision puissent évaluer la légalité de la violation initiale, s'assurer que le but soit, de fait, de contraindre l'adversaire à respecter la loi, et vérifier que les conditions strictes de représailles soient respectées. Un argument supplémentaire est indirectement visé par le Royaume-Uni, qui cite son manuel dont il ressort que, étant donné que les représailles engagent la responsabilité de l'Etat, une autorisation est requise au plus haut niveau du gouvernement.

Une autre problématique traite spécifiquement de la question de la forme que les représailles peuvent prendre. Sept Etats ayant répondu mentionnent la prise comme cible de civils, la population civile ou les autres personnes protégées, comme forme interdite de représailles, faisant surtout allusion aux obligations conventionnelles.

La question des armes illégales en réponse à une première utilisation d'armes illégales a été commentée par un nombre considérable d'Etats, bien que plusieurs aient souligné le caractère hypothétique de la réponse étant donné le manque d'armes illégales dans leurs inventaires. L'Autriche, Chypre, la République tchèque, l'Irlande, la Moldavie, la Roumanie, la Tunisie et l'Uruguay ont explicitement répondu qu'il est illégal de recourir à l'utilisation d'armes illégales en représailles. L'Autriche a expliqué son point de vue à l'égard

des armes conventionnelles en se référant aux règles générales de nécessité et d'humanité, l'utilisation des armes de destruction massive en représailles à une première utilisation constituant, selon elle, une violation inhérente des principes de distinction et de proportionnalité. Huit Etats considèrent interdite l'utilisation d'armes illégales pour des fins de représailles, sept indiquant que le recours aux armes illégales en représailles est interdit par le droit international humanitaire.

La Tanzanie déclare que l'utilisation d'armes ou de tactiques illégales peut conduire à des représailles avec usage d'armes illégales; elle met en garde contre une telle utilisation en raison des dommages qu'elle pourrait causer pour les civils. La Belgique a présenté un document consacré aux représailles militaires, dans lequel l'auteur exclut l'utilisation d'armes illégales en guise de représailles *si* elle est expressément limitée par des obligations découlant de traités tels que le Protocole II à la Convention sur certaines armes classiques. Le Liban et la Suisse n'excluent pas la possibilité de permettre l'usage d'armes illégales en représailles à une première utilisation de telles armes. La Suisse indique que les représailles pourraient encore être autorisées par rapport aux armes prohibées. Elle avertit toutefois que la plus grande retenue est de mise en raison du risque que des armes interdites puissent être déclarées «représailles autorisées» afin de justifier leur utilisation. Les Etats-Unis déclarent que la forme de représailles dépendrait de l'action illégale à laquelle on répond et ils ne confirment ni rejettent cette possibilité. Le Royaume-Uni se réfère à la réglementation croissante en matière d'armes illégales et à la tendance à interdire leur développement et leur possession, comme motif expliquant pourquoi il *n'est pas clair* si le Royaume-Uni utiliserait ou non des armes illégales en guise de représailles en réponse à l'utilisation d'armes illégales par un adversaire.

III.3.3. Conclusions

L'écrasante majorité des réponses soutiennent que les représailles sont autorisées, quoique soumises à des conditions très strictes. Trois Etats affirment explicitement être d'avis qu'elles sont interdites.

Les actes accomplis en guise de représailles doivent être conformes aux nombreuses règles établies pour que leur inhérente illégalité soit levée. Dans leurs réponses, les Etats ont globalement confirmé ces règles. Les conditions suivantes de représailles ont été mentionnées dans les réponses:

(1) Réponse à une violation grave des lois de la guerre

Cinq Etats soulignent que les représailles doivent être exercées en réponse à un acte manifestement illégal. Des actes illégaux mineurs ne peuvent pas faire l'objet de représailles, de même que des représailles ne peuvent pas être exercées de façon préventive.

(2) Dernier recours

Trois réponses soulignent le principe de subsidiarité: tous les autres moyens de mettre fin à la violation doivent avoir échoué.

(3) Avertissement ou préavis

Deux Etats notent que les représailles doivent être précédées d'un avertissement qui n'a pas réussi à mener à la cessation des crimes de l'adversaire, citant l'arrêt du TPIY dans l'affaire Kupreskic (§ 535).

(4) Annoncé comme représailles

Les deux mêmes Etats notent une exigence connexe quoique légèrement différente: elles doivent être identifiées comme représailles *avant* d'être entreprises.

(5) Proportionnelles à la violation ou au dommage initial

Cinq Etats ont souligné que les actes de représailles efficaces mais disproportionnés ne peuvent être justifiées, rappelant en cela la position de la CIJ selon laquelle «tout droit du recours à... des représailles devrait... être régi *entre autres* par le principe de proportionnalité»⁵⁹. Les Etats ayant répondu à cette question semblent d'accord sur ce que les représailles doivent être proportionnées à la violation d'origine et aux dommages causés par elle.

(6) Uniquement dans le but de contraindre l'adversaire à se conformer aux lois de la guerre

Cinq Etats soulignent que les représailles ne peuvent être entreprises que dans le but de contraindre l'adversaire à respecter les lois de la guerre. Ceci exclut l'utilisation des représailles comme moyen de rétorsion ou de vengeance, et interdit certainement l'approche «*tu quoque*».

(7) Prenant fin après que le but ait été réalisé

Deux Etats soulignent que les représailles doivent prendre fin lorsque l'adversaire se conforme à nouveau aux lois de la guerre, citant dans ce sens le *Oxford Manual* et l'affaire Kupreskic, un Etat ajoutant que les

⁵⁹ CIJ Recueil 1996, *supra* note 18, par. 46.

représailles devraient également cesser une fois que leurs effets aient atteint le même degré de dommage que la violation initiale.

(8) *Pas de représailles contre les représailles*

Un Etat souligne qu'il ne peut y avoir de recours à des représailles si la «violation» initiale a elle-même été prise en représailles.

(9) *Respect des lois d'humanité et de moralité*

Un Etat note l'exigence générale de se conformer au principe d'humanité, citant le *Oxford Manual*, la clause de Martens, la décision du TPIY dans l'affaire Kupreskic (§ 535) et l'art. 50 (1) du Projet d'articles sur la responsabilité des Etats.

(10) *Niveau d'autorisation*

L'exigence traditionnelle se rapportant à l'autorisation des représailles est qu'elles soient ordonnées par une autorité compétente. Cela peut ressortir du *Oxford Manual*, qui précise qu'elles doivent être «autorisées par le commandant en chef». Il existe un consensus *unanime* parmi les Etats ayant répondu (15) que seule la plus «haute» autorité est compétente pour ordonner des représailles. Le TPIY fait référence au «plus haut niveau politique ou militaire», et précise que les représailles ne peuvent pas être décidées par des commandants locaux⁶⁰. Les réponses au questionnaire semblent cependant indiquer un consensus parmi les Etats selon lequel l'autorisation de représailles doit nécessairement provenir du plus haut niveau *politique*.

(11) *Forme des représailles*

Le TPIY a déclaré dans l'affaire Kupreskic que «le caractère sacro-saint de l'obligation de protéger les civils, [qui] implique, entre autres, le caractère absolu de l'interdiction des représailles contre les populations civiles»⁶¹. Ce jugement a été fortement critiqué par les Etats et les universitaires, ce qui soulève des doutes quant à sa force obligatoire de précédent⁶². Sept Etats ont noté dans leur réponse au questionnaire que les représailles contre les civils, les populations civiles et autres personnes protégées sont interdites, tandis que le Royaume-Uni se réfère à la réserve qu'il a formulée sur la question au PA I. La Belgique suggère

60 TPIY, Chambre de première instance, affaire Kupreskic, *supra* note 50, par. 535, réaffirmée dans le jugement du TPIY dans l'affaire procureur c. Milan Martić, Affaire No IT-95-11-A, Chambre de première instance du 12 juin 2007, par. 466.

61 TPIY, Chambre de première instance, affaire Kupreskic, *supra* note 50, par. 513.

62 Cf. F. Kalshoven, «Reprisals and the Protection of Civilians – Two Recent Decisions of the Yugoslavia Tribunal» in Vohrah et al. (éds), *Man's Inhumanity to Man : Essays in Honour of Antonio Cassese* (2003), p. 508.

que, dans la mesure où des civils, des prisonniers de guerre et d'autres catégories des personnes sont protégées contre des représailles légales, le recours à l'usage de *moyens et méthodes illégaux de combat contre des combattants* semble la seule voie possible pour des représailles.

En ce qui concerne l'utilisation d'armes illégales en guise de représailles, les réponses ne montrent pas de consensus entre les Etats ayant répondu. Sept Etats n'excluent pas la possibilité qu'ils pourraient utiliser des armes illégales à des fins de représailles, alors que huit Etats indiquent qu'un tel usage serait illégal. Deux Etats se réfèrent à la fois au droit et à la politique, tandis que cinq affirment que cette utilisation est illégale en vertu du DIH. Certains Etats ne perçoivent pas les représailles comme interdites, mais ils considèrent que, aussi bien les représailles contre des civils que celles exercées contre les combattants avec des armes illégales doivent être interdites. Aucun des Etats n'indique quelle forme peuvent prendre les représailles.

Il n'existe, selon les réponses, pas de *pratique étatique* récente. Toutefois, il convient de répéter que les représailles sont des moyens employés dans des circonstances exceptionnelles et extrêmes, et qu'elles sont sujettes à des conditions strictes. Le fait qu'on ne voie dans la pratique des Etats aucun recours ou qu'un recours limité aux représailles ne peut donc guère servir d'argument qu'elles deviendraient obsolètes ou illégales. Au contraire, l'absence de pratique étatique récente contribue précisément à souligner le caractère exceptionnel et extrême de ces mesures.

III.4. L'interdiction de moyens causant des souffrances inutiles ou des maux superflus

III.4.1. Principes

De 1899 à 1974, le droit international relatif à la légalité des moyens de combat fut limité à l'interdiction très générale des moyens causant des souffrances inutiles et des maux superflus, la plus ancienne et la plus solidement établie de toutes les règles coutumières relatives aux armes. Sa version moderne date de la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 interdisant «l'emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat». Elle a été formulée dans le Règlement de La Haye de 1899⁶³, réaffirmée dans la Convention

63 La deuxième Convention de La Haye relative aux lois et coutumes de guerre sur terre et son annexe: le Règlement concernant les lois et coutumes de guerre sur terre du 29 juillet 1899, art. 23(e): «employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus» (version anglaise: «arms, projectiles or material of a nature to cause superfluous

IV de La Haye de 1907 avec un libellé légèrement différent dans la version anglaise⁶⁴, et est actuellement codifiée à l'art. 35 (2) du PA I. Dans son avis consultatif sur les armes nucléaires, la CIJ énumère cette disposition comme l'un des deux principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit international humanitaire, précisant:

«Il est interdit de causer des souffrances inutiles aux combattants: il est donc interdit d'utiliser des armes leur causant de tels maux ou aggravant inutilement leurs souffrances. En application de (ce) principe, les Etats n'ont pas une liberté illimitée dans le choix des moyens par rapport aux armes qu'ils utilisent»⁶⁵.

La Cour note en outre que:

«Ces règles fondamentales doivent être respectées par tous les Etats qu'ils aient ou non ratifié les conventions qui les contiennent, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier»⁶⁶.

Le principe reconnaît qu'un certain niveau de souffrance et de blessures dans le conflit est inévitable. La question est de savoir quand le niveau de souffrance et de maux doit être considéré comme excédant ce qui est nécessaire pour atteindre des objectifs militaires légitimes. La plupart des armes pourraient être *utilisées* d'une manière telle qu'elles causeraient des souffrances inutiles ou des maux superflus. La question est de savoir si l'usage normal et attendu d'une arme causerait de telles souffrances ou blessures. Inversement, les armes fabriquées dans le *seul but* d'infliger des souffrances inutiles seraient clairement interdites. Les règles juridiques exigent qu'un juste équilibre soit maintenu en vue d'éviter les excès que certaines armes ou technologies pourraient être *susceptibles* de produire. Cependant, il n'y a pas de certitude quant à la façon de déterminer qu'une arme viole la disposition. Est-ce la souffrance ou la blessure causée par l'arme sujette à une approche axée sur l'intention, en ne tenant compte que des effets que cette arme est «supposée causer»? Une telle compréhension devrait, entre autres choses, conduire à une exclusion des armes anti-matérielles de la portée de la disposition? Ou faut-il se baser essentiellement sur une approche

injury»).

64 La quatrième Convention de La Haye sur le respect des lois et coutumes de guerre sur terre et son annexe : Le Règlement sur le respect des lois et coutumes de guerre sur terre du 18 octobre 1907, *AJIL*, réimprimé en 1908, Supp. 90. L'art 23 (e) dans sa version anglaise «arms, projectiles or material calculated to cause unnecessary suffering» (Version française: «employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus»).

65 CIJ, *Recueil* 1996, *supra* note 18, par. 78.

66 *Ibid.* par. 79.

axée sur les effets, qui tient compte des effets dans les faits: tous les effets qu'une arme est «de nature à causer», c'est-à-dire pourrait probablement causer ou, même, pourrait causer dans certains cas?

La notion de «souffrances inutiles» a deux objectifs en droit international⁶⁷. D'abord, elle sert d'inspiration et de justification pour les négociations des traités sur certaines armes spécifiques, sous la CCAC et au-dehors de celle-ci, bien que les opinions divergentes quant au rôle qu'elle joue effectivement à cet égard. Deuxièmement, elle sert de règle générale dans son droit interne. Il existe un accord général sur l'existence et la nature coutumière de cette disposition. Toutefois, par rapport à cette dernière fonction, l'opinion diverge quant à son champ d'application précis: comment déterminer qu'une arme cause des souffrances inutiles ou des maux superflus, et répondre à la question de savoir si la règle générale peut servir de base pour l'interdiction indépendamment des interdictions prévues dans des traités.

Le questionnaire contient deux questions se rapportant à cette règle générale. Tout d'abord une question quant à ce qu'on comprend par les deux notions «conçues pour causer» et «de nature à causer». La première apparaît dans l'art. 23(e) de la Convention IV de La Haye et semble mettre l'accent sur la conception de l'arme, tandis que la deuxième expression apparaît à l'art. 35(2) du PA I, couvrant apparemment une plus vaste panoplie d'effets. Ensuite une question concernant le point de savoir jusqu'où les Etats utilisent l'interdiction générale pour interdire des armes qui ne sont pas spécifiquement prohibées par des traités ou des règles de droit coutumier.

III.4.2. «De nature à causer» et «conçues pour causer»

Question III (c) du Questionnaire

Votre pays fait-il une distinction terminologique entre les armes de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles et les armes conçues pour causer des maux superflus ou des souffrances inutiles et cette distinction entraîne-t-elle des conséquences? Dans l'affirmative, veuillez expliquer.

1. Réponses

Les réponses indiquent que 15% des Etats font une différence terminologique, tandis que l'écrasante majorité (85%) ne fait aucune

⁶⁷ Certains, à l'instar de Kalshoven, en identifient trois: moyen de persuasion, repère ou directive. Cf. Kalshoven *supra* note 54.

différence terminologique entre les deux termes.

Parmi les Etats qui *font* une différence terminologique, la Grèce fait observer qu'une arme de «nature à causer» peut causer des souffrances inutiles en fonction des manières et des conditions générales de son usage, alors que les armes «conçues pour causer» sont, par définition, conçues, développées et fabriquées de façon à provoquer de tels résultats dans n'importe quelle circonstance, en notant que les premières seraient en principe licites à moins qu'elles ne soient explicitement interdites par un traité. La Suisse note que la différence de terminologie n'influence pas sa responsabilité de faire respecter le DIH pour les deux catégories.

Parmi les Etats ne faisant *aucune* différence terminologique, l'Autriche, l'Espagne et la Tanzanie identifient les *effets* d'une arme comme étant le critère déterminant, indépendamment de savoir si ces effets sont dus à la nature même de l'arme ou à sa conception. Le Danemark et l'Italie notent que «de nature à causer» est un critère plus *objectif*, étant donné qu'il ne dépend pas de l'intention des producteurs, mais que se sont les effets dans les faits de l'arme qui provoquent l'infraction. Le Danemark avance l'exemple d'une arme qui n'aurait pas été construite pour causer des maux superflus ou des souffrances inutiles et qui serait donc acceptable sous régime de La Haye, mais pourrait, de par ses effets *dans les faits*, constituer une violation de l'art. 35 (2) du PA. L'Estonie rapporte qu'il comprend la différence terminologique comme étant le résultat d'une mauvaise interprétation de la Convention de La Haye de 1907, et que ce malentendu a été corrigé dans le PA I et les traités ultérieurs, qui emploient l'expression «de nature à causer». L'Italie et le Royaume-Uni se réfèrent également à l'obligation du PA I en tant que traité comme étant la raison pour laquelle ils ne font pas distinction. L'Italie note que le terme «conçue» est si vague qu'il est dépourvu de toute valeur pratique.

Une minorité parmi les Etats qui ne font aucune différence terminologique, présente une autre notion du contenu de la règle. Les Pays-Bas font observer qu'ils considèrent que le terme «de nature à» se réfère principalement à la *conception* d'une arme. Les Etats-Unis adoptent une approche similaire, selon laquelle les deux notions sont considérées comme des synonymes, en mettant l'accent sur l'intention ou le but envisagé des armes ou des munitions développées et acquises. Ces explications diffèrent partiellement de celles de la majorité, qui souligne que «conçue» est une interprétation erronée, et que le sens se rapproche de celui d'un critère objectif mettant l'accent sur les effets réels d'une utilisation normale. La minorité semble souligner que les deux se réfèrent principalement

aux effets *escomptés* de l'arme. La République tchèque, l'Irlande et la Norvège se positionnent quelque part entre ces deux grandes positions.

2. Conclusions

Les réponses indiquent que l'écrasante majorité des Etats s'accordent à dire qu'il n'existe pas de différence terminologique entre «conçue pour causer» et «de nature à causer».

Ils soutiennent l'opinion dominante selon laquelle les ambiguïtés linguistiques de l'art. 23° de La Haye relatives au terme «conçues» sont maintenant résolues par le PA I qui emploie l'expression «de nature à causer», indiquant que, relativement à la clause des «souffrances inutiles» et des «maux superflus», il n'y a actuellement pas de distinction entre d'une part, un «régime de La Haye» basé sur les intentions et d'autre part, un «régime du PA I basé sur les effets».

Malgré ce consensus manifeste, il est évident qu'il existe d'importantes incohérences dans la compréhension du contenu même de la clause relative aux souffrances inutiles. Les Etats-Unis réitèrent qu'ils estiment que cette expression «n'a pas altéré son sens par rapport à celui des réglementations IV de La Haye»⁶⁸, plusieurs autres Etats confirmant dans leur réponse qu'ils perçoivent la disposition comme centrée essentiellement la conception et le but projetés, tandis que la majorité des Etats semble avoir adopté une approche fondée sur les effets. Par conséquent, bien que les réponses semblent confirmer que les Etats ne perçoivent aucune différence terminologique entre «de nature à causer» et «conçues pour causer», une telle constatation a une valeur limitée; en effet, un désaccord subsiste sur la question de savoir si la clause des «souffrances inutiles» est en substance orientée vers l'intention ou vers les effets.

III.4.3. Interdictions fondées sur la règle générale

Question III(d) du Questionnaire

Votre pays interdit-il l'utilisation des armes qui ne sont pas spécifiquement prohibées par des traités ou des règles de droit international humanitaire coutumier? Dans l'affirmative, de quelles armes s'agit-il et l'interdiction repose-t-elle sur la règle générale interdisant les armes causant des maux superflus et des souffrances inutiles ou sur des considérations de politique?

68 W. Hays Parks, "Conventional Weapons and Weapons Reviews," *Yearbook of International Humanitarian Law* 8 (2005), pp. 55-142, p. 87, note 123.

1. Réponses

Les réponses indiquent que 36% des Etats ayant répondu ont, à un moment donné, interdit certaines armes qui ne sont pas expressément interdites par des traités ou par le droit international coutumier, tandis que 64% n'ont pas fait état d'une telle pratique. Les Etats ont été invités à indiquer le fondement de l'interdiction et parmi les 36% qui ont mentionné des interdictions, l'Irlande, les Pays-Bas, la Roumanie, le Royaume-Uni et les Etats-Unis (5) se sont référés à la règle générale comme base de l'interdiction, tandis que la Belgique, l'Italie et la Norvège (3) ont indiqué des considérations d'ordre politique. L'Autriche n'a pas donné de réponse spécifique.

Les Etats ont été invités à identifier les armes qu'ils ont interdites sur la base de la règle générale. Les exemples donnés étaient les mines anti-personnel (2) et les armes à sous-munitions (4). Les munitions et le placage contenant de l'uranium appauvri ou industriel, les mines anti-char avec des dispositifs anti-manipulation, les munitions fléchettes (ad hoc) et «les armes improvisées» ont également été mentionnés.

Pour un aperçu complet des armes déclarées, voir l'annexe 3 Fig. 2b).

Les Etats-Unis soulignent que la nécessité militaire d'une arme ou munition proposées est un élément essentiel dans la détermination de la légalité sous le régime général, et que plusieurs types de munitions n'ont pas reçu l'approbation parce qu'aucun but ou nécessité militaires n'ont pu être identifiés.

Plusieurs Etats qui n'ont pas identifié d'interdiction en réponse à la question III (d) ont toutefois déclaré occasionnellement dans les questions subséquentes qu'ils considèrent certaines armes comme prohibées, car causant des souffrances inutiles ou des maux superflus (p.ex. la Tanzanie sous III (g) en ce qui concerne les balles de caoutchouc ou en plastique ; la République tchèque, le Danemark, l'Estonie, la Grèce, la Suisse, la Tanzanie sous III (h) en ce qui concerne la fragmentation des projectiles et des balles Spitzer; le Danemark, la Grèce sous III (k) concernant les projectiles semi-blindés). Ceci est dès lors à interpréter comme témoignant du point de vue que le moyen concerné est sujet à une interdiction spécifique en droit international coutumier.

2. Conclusions

La rareté de la pratique étatique mettant un terme à l'usage de certaines armes en l'absence d'une disposition conventionnelle et se référant uniquement au principe des souffrances inutiles ou des maux superflus,

a conduit certains auteurs à penser qu'il s'agit d'un principe essentiel de morale plutôt que de valeur strictement juridique, donnant une justification pour interdire certaines armes par les traités plutôt que de constituer une règle légale indépendante d'interdiction. Certains pays, comme la France et la Russie⁶⁹, adoptent la position selon laquelle une arme ne peut être interdite en vertu de cette règle que si les Etats décident d'en interdire l'emploi dans un traité⁷⁰. Les réponses à la question (d) montrent que les Etats jugent certaines armes illégales sur la base de la règle générale sans qu'il y ait une interdiction expresse par un traité. Toutefois, la pratique est fort limitée et il est difficile de discerner une approche uniforme à l'application de la règle générale dans ces cas. S'y ajoute le fait que près de la moitié des réponses fondent leur choix explicitement sur des considérations d'ordre politique, et que la plupart des interdictions concernent des armes faisant déjà l'objet d'un processus d'interdiction par des traités (les mines et les sous-munitions). Dans l'ensemble, les réponses semblent encore confirmer l'avis de CIJ au sujet de la règle générale et des armes de destruction massive, à savoir que «le modèle pour les armes a, jusqu'à présent, été (...) d'être déclarées illégales par des instruments spécifiques»⁷¹.

Certains Etats considèrent clairement la règle générale comme suffisante en elle-même pour interdire une arme qui, sinon, n'est pas interdite dans les traités ou dans le droit international coutumier. Cela peut se produire soit dans le cadre d'un examen juridique de nouvelles armes ou comme une interdiction ad hoc en vue d'une utilisation dans certaines opérations. S'il l'on se base sur les réponses, il semblerait toutefois que les interdictions prises sous la forme de décisions politiques sont les plus courantes, et ce en raison soit de la préoccupation croissante du public à l'égard des armes, soit en tant que signal politique visant à renforcer les efforts afin de promouvoir les interdictions internationales contenues dans les traités.

D'autres Etats rapportent (sous différentes questions) des cas d'armes non interdites dans les traités, mais qui sont néanmoins perçues comme interdites en droit international humanitaire en raison de la clause des «souffrances inutiles». Il s'agit d'une approche selon laquelle l'arme est perçue comme interdite *de fait* par le droit international coutumier. Dans

69 Etats qui n'ont pas envoyé de rapport en réponse au questionnaire.

70 Cf. rapports à la CIJ dans l'affaire des armes nucléaires – Déclaration et commentaires écrits de la Fédération Russe sur la question de légalité de l'emploi ou de la menace des armes nucléaires, p. 13 et suiv. et Déclaration et commentaires écrits du gouvernement de la République Française, par. 26.

71 CIJ, *Recueil* 1996, *supra* note 18, par. 57.

ce cas, la disposition aurait pour fonction de *fournir une justification de l'opinio juris* sur l'existence d'une règle, contribuant ainsi à l'émergence de règles de droit international coutumier interdisant certaines armes particulières. Toutefois, les réponses ne donnent pas d'autres indications sur les moyens plus spécifiques et précis par lesquels cette détermination est faite.

En outre, les réponses au questionnaire semblent confirmer l'idée commune selon laquelle la relation entre d'une part la clause générale – plutôt abstraite – sur les souffrances inutiles et les maux superflus, et d'autre part les interdictions très précises de certaines armes spécifiques dans les traités ou par le droit international coutumier est complexe, tant par rapport à la question de savoir quel est le rôle de la clause dans le développement du droit sur les armes, que par rapport à la manière dont elle est appliquée comme une règle à part entière.

III.5. L'évaluation juridique des armes

Question III(e) du Questionnaire

Existe-t-il un système d'évaluation juridique des nouvelles armes, des nouveaux moyens et des nouvelles méthodes de guerre dans votre pays? Dans l'affirmative, veuillez décrire ce système.

III.5.1. Principes

Une autre méthode de réglementation des armes est la mesure prise individuellement par chaque Etat de procéder à *l'évaluation* juridique des armes. Pendant les négociations de l'art. 36 du PA I, les Etats ont opté pour un modèle dans lequel les Etats-Parties se chargeraient eux-mêmes de la tâche d'assurer le respect de leurs obligations internationales lors de «l'étude, le développement, l'acquisition ou l'adoption d'une nouvelle arme ou de nouveaux moyens ou méthodes de combat».

Chaque Etat a la responsabilité individuelle de remplir ses obligations en matière de droit international humanitaire. Les principes du droit en vue de limiter les armes n'ont guère ou pas d'effet si les Etats ne développent pas de mécanismes d'évaluation de la légitimité d'armes nouvelles par rapport aux principes développés dans le but de les limiter. L'art. 36 du PA I dispose que les Parties contractantes doivent évaluer les armes dans toutes les phases de leur développement afin de vérifier leur légalité en vertu de toutes les obligations internationales liant cette Partie, mais l'art. 36 ne prescrit pas comment les évaluations ou les caractérisations doivent se faire. Ce qu'elle doit faire est veiller à

adopter l'une ou l'autre mesure nationale cohérente, qu'elle soit formelle ou informelle. Le genre de mécanisme n'importe, ce qui compte est que les Etats procèdent effectivement à des évaluations. Ce manque de système d'évaluation uniforme constitue manifestement une faiblesse mais cependant la technique laissant aux Etats la liberté de choisir de quelle façon ce processus peut être intégré de manière optimale dans leur propre système est généralement perçu comme très importante pour une exécution réussie de l'art. 36.

Le défi le plus important en matière de mécanismes d'évaluation est le nombre très limité d'Etats procédant actuellement à ces évaluations. Les évaluations font preuve d'un engagement à posséder un arsenal conforme aux règles de droit, elles contribuent à influencer positivement les producteurs d'armes et, enfin, elles favorisent la capacité des Etats de se conformer à leurs obligations en vertu du droit international, découlant de traités sur les armes spécifiques et des principes et règles internationaux généraux.

III.5.2. Réponses

Les rapports nationaux montrent que 34% des Etats en question ont formalisé des mécanismes d'évaluation, tandis qu'un nombre égal d'Etats ne procèdent à aucune évaluation juridique (34%). 18% indiquent une sorte d'évaluation, ad hoc ou au cas par cas, tandis que 14% mentionnent une évaluation, mais sans donner de détails. Dans l'ensemble, 66% rapportent qu'ils font une sorte d'évaluation juridique générique ou ad hoc des armes.

Le Pays-Bas décrivent un modèle qui consiste dans un *Comité* d'évaluation qui rend des décisions contraignantes, et qui est soutenu par un *groupe de travail d'experts*. Les deux organes sont composés de représentants du ministère de la Défense, le groupe de travail compte également des experts en la matière. Le groupe de travail prépare des conseils au Comité de haut niveau.

La Belgique décrit une *Commission* juridique pour l'évaluation juridique, composée de représentants du ministère de la Défense, en plus d'un ou plusieurs experts externes. La Commission supervise le processus d'acquisition de tous les projets d'armes, déterminant ainsi si un projet est conforme aux obligations juridiques de l'Etat. Les décisions sont basées sur un consensus, et l'avis définitif est communiqué au Chef de la Défense. L'Uruguay dispose également d'une *Commission spéciale* d'évaluation juridique.

La Suède décrit une «*délégation indépendante*» qui supervise le processus d'acquisition d'armes, et dont les représentants sont élus par le Gouvernement. Cette autorité indépendante est composée de personnes possédant une expérience dans les domaines pertinents et est chargée de superviser tous les projets concernés, que ce soit suite à une requête ou de sa propre initiative. Les décisions sont prises par consensus. La délégation n'a pas le pouvoir d'arrêter la production, mais elle peut informer le Gouvernement. Elle n'examine pas les armes destinées exclusivement à l'exportation.

La Norvège se fonde sur un modèle basé sur une procédure d'évaluation au sein des Forces armées sous l'autorité du Chef de la Défense. Un *Comité* de droit international assiste aux évaluations, sur requête, mais il a également le droit d'initiative. Le Comité peut également se voir confié des tâches autres que celles strictement liées au processus d'évaluation.

La Suisse décrit un mécanisme de révision analogue au niveau du chef d'Etat-major, comprenant des spécialistes du droit, avec la possibilité de faire appel à des experts externes. Toutefois, la décision finale est prise par le Parlement à travers le budget d'acquisition. L'Autriche décrit un procédé dans lequel l'évaluation d'une nouvelle arme est faite au niveau technique par les autorités militaires, tandis que les évaluations politiques et juridiques se font au Ministère de la Défense avec la collaboration du Ministère des Affaires étrangères, ou au niveau gouvernemental. Certains Etats, sans aucun mécanisme spécifique, reconnaissent leur responsabilité de mettre en œuvre un processus d'évaluation des armes. La Hongrie, la Roumanie et la Tanzanie indiquent leur intention de mettre en place de tels mécanismes.

Il semble y avoir une certaine confusion parmi les rédacteurs des réponses quant à savoir qui, des producteurs et des acheteurs, est responsable de la réalisation de l'évaluation. Il convient de souligner qu'un Etat acheteur a une obligation *indépendante* d'assurer la conformité de l'arme au droit international s'y rapportant. Le terme «armes nouvelles», tel que repris à l'art. 36 PA I, implique que l'arme doit être nouvelle pour les besoins de l'Etat en question. Les rapporteurs tiennent à souligner que le fait que d'autres Etats aient produit ou utilisent une arme spécifique, *ne dispense pas* l'Etat acquéreur d'une telle arme de son obligation de procéder à son évaluation.

III.5.3. Conclusions

Il existe plusieurs possibilités pour classer les mécanismes d'examen.

Comités contre examinateurs individuels, les premiers pouvant fournir une plus haute représentation, mais une fréquence inflexible, tandis que les seconds offrent la flexibilité, mais pourraient entraîner une faible représentation et une charge de travail élevée. Un autre paramètre est celui des mécanismes du pouvoir exécutif contre des systèmes avec des organes consultatifs, dans lequel l'existence d'un mécanisme de veto peut influencer la façon dont l'évaluation juridique est menée.

Les réponses confirment que la manière dont les Etats abordent leurs obligations découlant de l'art. 36 PA I diffèrent sensiblement. Pour les Etats qui opèrent une certaine forme d'évaluation, l'étendue du processus d'évaluation semble varier sensiblement. Environ la moitié de ces Etats identifient des mécanismes spécifiques de contrôle interne, tandis que l'autre moitié soit n'identifient pas de mécanisme spécifique, soit mentionnent qu'ils effectuent des évaluations juridiques sur une base ad hoc, si nécessaire. Aucun autre détail n'a été fourni en ce qui concerne les examens ad hoc.

Les réponses semblent globalement confirmer l'opinion répandue selon laquelle relativement peu d'Etats ont officialisé des mécanismes d'évaluation, à savoir des organismes qui assurent vraisemblablement aussi bien la quantité que la qualité du processus d'évaluation. Elles ont également corroboré que le nombre d'Etats ne prévoyant aucune évaluation demeure élevé: près de 40% des Etats ne rapportent pas une telle pratique.

L'évaluation juridique est un mécanisme qui vise à favoriser une convergence des intérêts humanitaires et des intérêts opérationnels, étant donné que des armes qui sont précises et fiables pour l'attaque d'un objectif militaire ou de l'élément militaire le plus important d'un objectif, sont les moins susceptibles de causer des dommages excessifs. Il convient de répéter qu'aussi bien les intérêts humanitaires que militaires ont intérêt à une mise en œuvre totale de l'art. 36.

III.6. Interdiction ou restrictions de certaines armes spécifiques

III.6.1. Principes

Outre les processus CCAC et ses cinq protocoles adoptés depuis 1980, la Convention sur les armes biologiques, la Convention sur les armes chimiques, le traité d'Ottawa et la Convention sur les armes à sous-munitions font partie d'un ensemble de traités de plus en plus vaste, visant à interdire ou réglementer l'utilisation d'armes particulières. Toutefois, hormis des clauses d'exclusion claires contenues dans les

traites, il y a souvent des visions divergentes bien difficiles à résoudre concernant des moyens spécifiques et leur utilisation. Les opinions sont divisées en ce qui concerne la légalité de l'utilisation d'un grand nombre d'armes et de projectiles, voire les conditions plus élaborées de leur utilisation.

La première interdiction des temps modernes, dans un traité, de l'utilisation d'armes, date de 1868, avec la Déclaration de Saint Pétersbourg. Dans celle-ci, les Etats contractants convenaient de s'abstenir de l'utilisation de «tous projectiles d'un poids inférieur à 400 grammes qui serait ou explosible ou chargé de matières fulminantes ou inflammables». La nature coutumière de plusieurs parties de cette Déclaration était clairement établie. La nature et la portée particulière de l'interdiction légale de la Déclaration ne font cependant pas l'unanimité.

De plus, dans la Déclaration IV, 3 de 1899 de La Haye concernant les balles expansives, les Etats-Parties ont convenu de «s'interdire l'emploi de balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, telles que les balles à enveloppe dure dont l'enveloppe ne couvrirait pas entièrement le noyau ou serait pourvue d'incisions».

Roberts et Guelff concluent que la Déclaration IV de 1899 de La Haye codifie un aspect de la règle coutumière interdisant les armes causant des souffrances inutiles⁷². Liant à l'origine uniquement les Etats-Parties à la Déclaration, il existe une opinion courante parmi les Etats selon laquelle ils se considèrent liés par l'interdiction de l'usage de balles dum-dum au cours de conflits armés internationaux.

Compte tenu de cette pratique d'état, la Déclaration doit être considérée comme reflétant le droit international coutumier, obligatoire pour tous les Etats et tous les combattants individuels. Néanmoins, certains Etats (tant des Etats-Parties que des Etats non parties à la Déclaration) mettent en question la nature coutumière d'au moins une partie de son contenu. Un autre point de discussion est la portée concrète de la disposition: est-ce essentiellement une règle visant les effets ou l'objectif, est-elle limitée aux cas de conflit armé international et, finalement, quels projectiles sont en fait couverts par la règle?

Pour un aperçu de toutes les réponses sur les armes spécifiques, voir l'annexe C Fig. 3 -11.

De nombreux Etats ou groupes nationaux ont laissé certaines questions sans réponse. Les points suivants sont basés sur les rapports nationaux

⁷² Roberts et Guelff, *Documents on the Laws of War*, 3ème éd., 63.

qui ont répondu à la question posée. Le nombre des réponses au total varie par conséquent selon les questions. Les chiffres à ce propos sont repris à l'annexe 3.

III.6.2. Les armes non létales dans les opérations militaires et les opérations de soutien de la paix

Question III(f) du questionnaire

Quelle est la pratique de votre pays concernant l'utilisation d'armes non létales dans le cadre des opérations militaires et de promotion de la paix? Quelles sont les armes prohibées et les armes permises ou explicitement autorisées?

1. Réponses

Un nombre considérable d'Etats ayant répondu (70%) indiquent qu'ils emploient des armes non létales dans le cadre des opérations militaires ou de promotion de la paix, tandis que 30% ne font pas état de telle pratique.

De nombreux Etats mettent en évidence les raisons pour lesquelles ils emploient des armes non létales. Les Etats-Unis mettent l'accent sur la protection qu'elles accordent aux civils, tandis que le Danemark note la possibilité d'employer les moyens les moins nocifs pour résoudre une situation donnée. L'Allemagne fait observer que les armes non létales permettent de donner de la flexibilité et de la fiabilité à l'action militaire même sous la seuil de létalité. La plupart des réponses ne font pas explicitement la distinction entre les opérations militaires et les opérations de soutien de la paix, même s'il y a certaines distinctions implicites. De nombreux rapports soulignent que les seuls buts pour lesquels les armes non létales peuvent être utilisées par leurs forces armées ou dans les opérations de soutien de la paix, sont l'*imposition du droit*, le *contrôle défensif des foules* et d'autres fins *anti-émeute* (p.ex. la Lettonie, la Norvège, la Suède, la Suisse, la Roumanie).

L'Estonie a soumis son soutien à l'emploi des armes non létales dans les opérations militaires et de soutien de la paix à la condition que ces armes soient employées par des membres des forces armées ayant suivi une formation particulière quant à leur utilisation. La Norvège et les Etats-Unis soulignent aussi l'importance de former et d'entraîner les militaires à cet égard. L'Espagne mentionne que le FINABEL A.12⁷³ est le document de référence pour la politique de l'Espagne en matière d'armes non létales.

⁷³ «Emploi d'armes non létales dans le cadre des missions des forces FINABEL».

Pour un aperçu des armes mentionnées, voir l'annexe 3 fig. 3 b).

2. Conclusions

Le terme «arme non létale» est souvent qualifié de contradictoire dans les termes, étant donné que cette technologie peut causer des décès. Le Danemark et les Etats-Unis préfèrent le terme «moins létale», étant donné l'absence de preuve que les armes sont en fait non létales. Bien que la présomption de neutraliser temporairement une personne ne puisse pas toujours être garantie, le terme peut toujours être approprié car il reflète l'essentiel: les armes non létales ne sont pas conçues pour détruire ou tuer, mais pour *neutraliser*, ce qui donne aux commandants militaires une plus grande flexibilité stratégique et tactique. Elles constituent une alternative pour protéger les soldats et les non-combattants dans des situations complexes et potentiellement instables. Toutefois, ce qui complique le problème est le fait que les armes «létales» n'ont pas toujours un taux de létalité de 100%; en outre, des pratiques plus sinistres (p.ex. le viol) peuvent être non létales, mais sont universellement condamnées.

Un autre sujet de discorde est la crainte que si les armes non létales sont établies comme une catégorie à part entière, ceci puisse mener à une modification du seuil de la clause des «souffrances inutiles» et de la proportionnalité: si un objectif militaire peut être atteint en utilisant des armes non létales, l'utilisation d'armes létales ne serait-elle pas excessive? Le Royaume-Uni a fait observer que le terme «non létale» n'est tout simplement pas reconnu: quelque chose est soit une arme, soit ne l'est pas, et s'il s'agit d'une arme et qu'elle est donc susceptible d'être employée pendant un conflit armé, elle sera examinée conformément à l'art. 36 PA I. Que de telles armes soient soumises à une évaluation juridique au même pied que les autres a également été mentionné par la Belgique et les Etats-Unis, tandis que le Pays-Bas ont souligné que, malgré l'autorisation, l'emploi d'armes non létales est soumis à un processus de décision plus poussé.

Il n'existe pas de traité général sur les armes non létales en tant que telles, et si certaines conventions mentionnent certains types d'armes spécifiques (à l'exemple du Prot. IV à la CCAC⁷⁴), la plupart des technologies d'armes non létales ne relèvent pas du cadre conventionnel actuel.

74 Le Protocole sur les armes à laser aveuglantes (Protocole IV à la Convention de 1980) du 13 octobre 1995 oblige les Parties à prendre toutes les précautions possibles pour éviter de provoquer la cécité permanente chez des personnes dont la vision est non améliorée. Il précise que de telles précautions comprennent l'instruction de leurs forces armées, art.2 (2).

Bien que des principes pertinents puissent être extraits du régime des armes conventionnelles qui peut être appliqué à des armes non létales, une telle application n'est pas requise par les traités existants. Les armes non létales relèveront principalement des principes du droit international coutumier, tels que le devoir de ne pas causer des souffrances inutiles et des maux superflus. Pourtant, les régimes de contrôle des armes classiques, biologiques et chimiques limitent sérieusement l'usage potentiel d'armes non létales; une limitation qui renforce encore les problèmes notés avec le concept d'armes non létales. Le fait d'appeler des armes «non létales» ne les soumet pas à un contrôle juridique moins poussé. Ceci est un point relevé par de nombreux Etats, qui soulignent que les armes doivent être conformes au droit international humanitaire, pour autant qu'elles soient employées dans des situations de combat. La Tanzanie se réfère aux règles telles que le principe de proportionnalité, les clauses sur les «souffrances inutiles» et les attaques aveugles. Indéniablement, l'emploi d'armes non létales donne lieu à une évolution pouvant mettre en péril l'interdiction absolue de prendre des civils pour cible. Un Etat rappelle toutefois les effets «pervers» qui pourraient s'en suivre si les armes non létales étaient à proscrire.

Pourtant, de nombreux Etats ayant répondu ne permettent l'usage d'armes non létales qu'à des fins anti-émeute et d'autres tâches d'imposition de la loi. La République tchèque constate que son usage des armes non létales est soumis à des normes similaires à celles de la police civile, mais souligne quand même l'importance de la conformité avec le droit international, tandis que la Norvège a fait observer que l'utilisation des armes non létales doit être conformée aux obligations internationales découlant aussi bien du DIH que du droit international des droits de l'homme.

III.6.3. Les balles en caoutchouc et en plastique lors des opérations du maintien de la paix

Question III(g) du questionnaire

Dans quelle mesure votre pays est-il favorable à l'interdiction de l'usage de balles en caoutchouc et de balles en plastique pendant les opérations de maintien de la paix? (Voir décision de M. Monk, chef de la police de la Mission de l'ONU au Kosovo, datant du 3 juillet 2007) ? L'utilisation de ces balles est-elle acceptable d'un point de vue juridique?

I. Réponses

Suite à un incident en 2007, durant lequel deux manifestants ont été tués par des balles en caoutchouc utilisées par les forces de police de la MINUK, le Commissaire de la police de l'ONU, Richard Monk, a imposé une interdiction de l'usage de balles en caoutchouc par les unités de police dans la province gérée par l'ONU, et un processus en vue d'interdire leur emploi dans les missions de maintien de la paix a été mis en branle. Une nette minorité d'Etats ayant répondu (21%) s'expriment en faveur d'une interdiction, plus de la moitié (58%) sont d'avis que leur usage est acceptable d'un point de vue juridique, tandis que certains Etats (21%) n'ont pas formulé de position officielle sur la question.

Parmi les Etats *en faveur* d'une interdiction, Chypre et le Liban notent que l'interdiction est préférable, ou alors leur usage doit être soumis à de strictes restrictions. La Tunisie tient à rappeler que l'emploi de ces balles risque de violer le principe de proportionnalité, alors que l'Irlande note que l'interdiction, imposée à son personnel militaire, d'utiliser des balles en caoutchouc ou en plastique durant les opérations de maintien de la paix n'est pas une interdiction légale, mais une question de politique.

La Suisse se réfère à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (*Gülec c. Turquie*) pour justifier son choix de *ne pas* interdire l'usage des moyens non létaux, tels que les balles en caoutchouc et en plastique, tandis que la Belgique ajoute que la disponibilité de ces balles pourrait faciliter l'usage proportionné de la force au cours d'une mission.

Parmi les Etats faisant valoir que l'emploi de ces balles est juridiquement acceptable, certaines mises en garde sont faites: l'Italie conditionne leur légalité à l'existence d'un mandat en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies pour l'opération, l'Uruguay faisant valoir que leur usage doit être réservé à la protection des personnes et des objets dont les forces de maintien de la paix sont responsables. La République tchèque mentionne que des balles en caoutchouc ne peuvent être utilisées que si elles permettent de réaliser la tâche sans recourir à des armes létales, ou si elles constituent une alternative raisonnable afin d'éviter la force meurtrière (USA).

L'Italie et l'Estonie sont d'avis que l'utilisation de ces balles devrait être laissée aux forces militaires plutôt qu'à la police civile, tandis que la Roumanie note que seule sa gendarmerie peut utiliser ces balles, mais pas ses forces armées.

II. Conclusions

Les réponses au questionnaire révèlent que seule une petite minorité des réponses soutiennent une interdiction générale des balles en plastique ou en caoutchouc au cours des opérations de maintien de la paix, certains de ces Etats sont également ouverts à une restriction de l'usage de ces armes comme alternative à une interdiction totale. En ce qui concerne l'interdiction par Monk, l'Italie fait observer que l'interdiction a été limitée à la police de la MINUK et n'affectait pas les unités multinationales spécialisées, sous l'autorité du commandement militaire de l'OTAN, tandis que l'Estonie précise qu'une interdiction pendant une opération de soutien de la paix serait interprétée comme une interdiction ne concernant que la mission en question.

Il existe un consensus prévalant dans la majorité des réponses selon lequel l'usage de ces balles est juridiquement acceptable, à condition que d'autres dispositions du droit humanitaire soient respectées. Certains Etats ayant répondu n'excluent pas pour leur part la possibilité d'interdictions *ad hoc* de ces balles, mais ils indiquent clairement qu'ils ne sont pas favorables à une interdiction générale.

III.6.4. Les balles de nature à se fragmenter ou à basculer rapidement dans le corps humain ou *Spitzer nosed bullets*

Question III(h) du questionnaire

Votre pays estime-t-il que les balles de nature à se fragmenter ou à basculer rapidement dans le corps humain ou les balles avec un nez *Spitzer* sont interdites?⁷⁵

1. Réponses

Une nette majorité des Etats interrogés (57%) répondent que ces balles sont interdites. Une petite minorité (11%) insiste sur le fait qu'elles ne sont pas interdites, alors que certains ont une approche différenciée, en les identifiant comme «partiellement interdites» (18%). 14% n'ont pas émis d'opinion sur la question.

Parmi les Etats qui pensent que ces balles doivent être *interdites*, les réponses montrent une divergence d'opinion quant aux bases légales de

⁷⁵ Le questionnaire ne mentionne pas explicitement s'il vise à préciser les interdictions nationales de ces projectiles ou s'il veut que les réponses précisent l'*opinio juris* du droit international humanitaire. Toutefois, compte tenu du nombre très limité de réponses ayant de fait prohibé des armes «non prohibées par des traités ou par le droit international coutumier» sous la question III d), les rapporteurs considéreront comme égales une interdiction nationale en vertu de cette question et l'opinion que ces balles sont interdites par le DIH.

l'interdiction: 5 ne donnent aucune source juridique spécifique, 1 Etat désigne la Déclaration de St. Petersburg, 7 autres Etats font référence à la Déclaration de La Haye IV, 3 de 1899, la Convention de La Haye IV de 1907 est citée par 2 Etats, tandis que 7 autres se fondent sur la clause générale relative aux «souffrances inutiles» et/ou sur l'art. 35,2) du PA I. Deux Etats affirment être favorables à une interdiction. Seul un Etat fait une référence explicite à la règle de droit international coutumier interdisant les balles qui se dilatent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, tandis que d'autres Etats se réfèrent à la règle coutumière relative aux «souffrances inutiles».

Chypre fait observer que la capacité de ces balles de basculer rapidement dans le corps humain est liée à l'arme et à sa vitesse, et non pas aux munitions, et suggère de mettre la pression sur les fabricants d'armes afin de réduire la vitesse. La Suisse note que les balles *Spitzer nosed* qui sont conçues comme balles à enveloppe dure de nature à se fragmenter ou à basculer, peuvent ressortir du champ d'application de la clause des «souffrances inutiles», rappelant l'initiative de la Suisse tendant à actualiser les dispositions de la Déclaration VI de La Haye de 1899 par une nouvelle disposition internationale sous l'égide de la CCAC, une proposition basée sur une évaluation des effets de ces balles.

Certains Etats ont une approche *différenciée*, faisant une distinction entre *Spitzer nosed bullets* et d'autres balles à fragmentation. La République tchèque considère que les balles *Spitzer à enveloppe dure* sont autorisées, tandis que les balles *destinées* à fragmenter rapidement sont interdites. L'Irlande note que la tendance à fragmenter n'est pas une caractéristique de la conception des balles *Spitzer*, mais les balles *Spitzer* pourvues d'incisions etc. sont interdites. Selon la Norvège, savoir si les balles *Spitzer* devraient être interdites dépend de la question de savoir si les munitions ont *l'effet* mentionné sur le corps humain, et si oui, si cet effet est inhérent à la *conception* de ces munitions. L'Estonie déclare que bien que les balles *Spitzer* peuvent se fragmenter dans le corps humain, les blessures et l'ampleur de cette fragmentation sont justifiés par la nécessité militaire et n'atteignent pas le seuil des «souffrances inutiles». L'Espagne est d'avis que les balles *Spitzer nosed* tendant à augmenter la stabilité de la trajectoire ne sont pas interdites.

Parmi les Etats qui croient que ces armes sont autorisées, les Etats-Unis présentent un commentaire critique au terme «basculer», rappelant que le terme implique une rotation de 360° dans le corps humain, un effet qu'ils décrivent comme physiquement impossible, suggérant qu'un

terme plus précis serait «*virer*». Les Etats-Unis notent en outre que dans les discussions au sein du forum de la CCAC sur les munitions d'armes légères, «*virer*» a été considéré comme faisant partie des performances du projectile lors de l'impact dans l'objectif et pas interdit comme tel par les lois de la guerre. Les Etats-Unis font également observer que la vaste utilisation des balles *Spitzer* dans toutes les guerres du 20^{ème} siècle doit conduire à la conclusion qu'elles sont légales en vertu du droit international coutumier, et fait observer que ce point a été reconnu à deux reprises au sein du forum de la CCAC.

L'Italie déclare que les balles *Spitzer* sont autorisées pour la défense de soi et à des fins de chasse, et qu'elles sont utilisées par l'armée, au même titre que des balles blindées, perforantes et traçantes. Les Etats-Unis précisent qu'ils n'emploient pas de munitions d'armes légères spécialement conçues pour se fragmenter dans le corps humain «à toutes les distances».

2. Conclusions

La première observation à faire, c'est que les réponses donnent l'impression d'une divergence d'opinions concernant la légalité des balles dont l'enveloppe se fragmente à l'impact. Toutes les munitions de petit calibre se fragmenteront dans une certaine mesure dans certaines parties molles du corps humain. En règle générale, la pratique des Etats semble être d'autoriser de telles munitions, à moins qu'elles ne «se dilatent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain», ou qu'elles causent des souffrances inutiles ou des maux superflus.

Aucun Etat ne conteste l'idée que les balles qui sont spécialement conçues pour fragmenter dans le corps humain (à toutes distances) sont interdites, que ce soit en vertu de la clause générale des «souffrances inutiles», ou de l'interdiction des balles expansives. En ce qui concerne les balles qui «*basculent*» (ou *virent*), l'état de la question semble moins claire, alors que les positions divergent énormément quant à la légalité des balles *Spitzer*. Ces balles tournent plus rapidement que les projectiles à pointe arrondie, en particulier à une très courte portée, en raison de la grande vitesse. Ceci provoque souvent une fragmentation de la balle, augmentant ainsi les dommages causés aux tissus du corps. Bien qu'elles aient comme résultat l'augmentation de la souffrance, certains Etats continuent à les considérer comme légitimes en raison de leur nécessité militaire accrue. En dépit du fait que la majorité soit d'avis qu'elles sont interdites, les réponses ne sont pas conformes au point de permettre de tirer des conclusions générales au-delà d'une image non constante. Au

cours du processus de la CCAC, on a reconnu la légalité de ces balles en tant qu'objet du droit international coutumier. Les réponses fournies à la question III h) manquent clairement d'uniformité (cohérence) et de généralité pour permettre de tirer une conclusion différente.

Certaines remarques peuvent néanmoins être ajoutées. La divergence dans les opinions peut partiellement être expliquée par la compréhension divergente, apparente dans les rapports nationaux, quant à savoir de quelles balles il s'agit en fait, quelles balles sont couvertes par la Déclaration IV de La Haye de 1899, quelle est l'importance de la construction des balles par rapport à d'autres paramètres tels que la portée et la vitesse, et quels sont les effets de ces balles.

En outre, les réponses aux questions III (c) et (d) confirment largement la divergence dans les opinions de ces Etats quant à l'approche à adopter à l'égard de la clause des «souffrances inutiles»: approche basée sur *l'intention* ou approche basée sur les *effets*. Les Etats qui ne perçoivent pas ces balles comme interdites, soit ont une approche différenciée, ont tendance à souligner que les balles doivent être *spécifiquement conçues* pour causer des souffrances inutiles. Ces Etats ont en général une conception similaire de la portée effective de la Déclaration IV de La Haye de 1899. Les Etats qui perçoivent ces balles comme interdites, semblent en général adopter une approche orientée plutôt sur les effets.

III.6.5. Les balles dum-dum

Questions III (i) et (j) du Questionnaire

(i) Les forces armées de votre pays sont-elles autorisées à utiliser des balles dum-dum ou des balles ayant des effets similaires pendant une opération de promotion de la paix? Dans l'affirmative, les utilisent-elles effectivement?

(j) Les forces de maintien de l'ordre de votre pays sont-elles autorisées à utiliser ces armes, sur leur territoire national ou pendant les opérations de promotion de la paix (question posée à des fins de comparaison)?

1. Réponses à la question III (i)

L'écrasante majorité des Etats (88%) ne permettent pas à leurs forces armées d'utiliser des balles dum-dum dans les opérations de la paix, tandis qu'une petite minorité (12%) déclare le faire. L'emploi effectif semble toutefois être très limité.

La plupart des Etats (22) soit les interdisent explicitement dans les opérations de la paix, soit ne les ont pas dans leur inventaire, soit les perçoivent comme illicites. L'Italie et l'Espagne affirment que pareilles balles sont désormais interdites en vertu du droit international et du droit interne, tandis que le Danemark ne fait aucune distinction entre leur utilisation dans les différentes opérations. D'autres Etats donnent des raisons diverses pour leur interdiction. Les Pays-Bas et la République tchèque (à l'égard de sa police militaire) font remarquer que leur interdictions sont fondées sur des considérations politiques.

Trois Etats adoptent une approche différente. L'Autriche et la Norvège notent que le droit international humanitaire n'interdit pas l'usage de ces balles dans les opérations de la paix. L'Autriche ne les a cependant pas dans son inventaire, tandis que la Norvège ne fait mention d'aucune pratique. Les Etats-Unis, tout en notant qu'aucune nécessité militaire n'a été identifiée quant à leur usage et que les forces classiques ne sont pas autorisées à les utiliser, ajoutent qu'il y a eu quelques utilisations limitées à des missions spécifiques lors desquelles elles permettaient de réduire les risques pour les civils, les forces amies ou les équipements sensibles tels que les avions.

2. Réponses à la question III(j)

Les réponses à cette question ont montré des divergences un peu plus grandes. En ce qui concerne les forces de la police opérant sur le territoire national, 72% ne permettent pas l'emploi de balles dum-dum, tandis que 28% le font. L'usage de balles dum-dum par la police dans les opérations de la paix donne des nombres légèrement différents: le nombre d'Etats autorisant leur emploi chute à 16% alors que ceux qui affirment qu'il est interdit constituent 84% (12% mentionnaient des raisons d'ordre politique).

La République tchèque observe qu'en dehors des situations de conflit armé, ces balles sont autorisées à des fins de police. La Norvège note qu'elles peuvent être utilisées si elles sont plus aptes à garantir la sécurité des passants, tandis que les Etats-Unis ajoutent le risque d'hyperpénétration, mais la réduction du risque pour les civils et les forces amies.

3. Conclusions

La Déclaration IV de La Haye de 1899 et son corollaire de droit international coutumier interdisant les balles qui «se dilatent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain» sont applicables aux guerres entre les Etats contractants. Leur usage par les forces de police

à des fins d'imposition du droit ne semble toutefois pas être considéré comme interdit. La Section 6, par. 2 de la Circulaire du Secrétaire Général de l'ONU confirme pour sa part que l'interdiction de ces balles doit être respectée par les forces de l'ONU «lorsqu'elles participent activement en tant que combattants dans les situations de conflit armé». La question se rapporte aux situations dans lesquelles les forces armées sont impliquées dans le processus d'imposition du droit, tels que les missions au cours des opérations de la paix. Il ressort clairement des réponses se rapportant à l'usage des balles dum-dum que la grande majorité des Etats interdisent à leurs forces armées l'usage de balles dum-dum dans les opérations de la paix, tandis qu'une petite minorité ne le fait pas. Cependant, certaines réponses notent explicitement que leur interdiction est fondée sur des considérations d'ordre *politique*, portant le nombre total de réponses ayant explicitement déclaré *ne pas* être d'avis que cet emploi est interdit en droit international à 7 sur les 25, soit 28% du nombre des Etats ayant répondu.

En ce qui concerne leur usage par les *forces de police*, les réponses montrent qu'il existe un degré élevé de conformité entre la pratique des Etats, l'usage de ces balles par les forces de la police sur le territoire national, dans les opérations de la paix et par les forces armées dans les opérations de la paix. Un nombre un peu plus petit d'Etats interdit l'usage de ces armes par les *forces de police* dans les opérations de la paix. Il est clair que la plupart des Etats qui *autorisent* l'utilisation de balles expansives par la police sur le territoire national, soit permettent également leur emploi par la police dans les opérations de la paix, soit ont invoqué des décisions politiques pour ne pas autoriser cet emploi. Les pays qui pour des raisons politiques *ne permettent pas* à leurs forces de police de faire usage de telles munitions dans les opérations de la paix, appliquent en général la même politique à leurs forces armées. Parmi ceux qui autorisent leurs forces de police à employer de telles munitions dans les opérations de la paix, deux Etats n'accordent cependant pas une telle autorisation à leurs forces armées, alors qu'un Etat autorise un tel usage également à ses forces armées dans les opérations de la paix.

Les réponses montrent que la pratique en ce qui concerne l'utilisation de balles dum-dum par les forces armées dans les opérations de la paix est très rare. Toutefois, en ce qui concerne l'*opinio juris*, plus de 20% ne croient explicitement pas que leur usage par les forces armées dans les opérations de la paix soit interdit par le droit international. La conclusion doit être que les réponses n'ont manifestement pas une homogénéité (cohérence) suffisante pour mener à une conclusion contraire.

III.6.6. Les projectiles demi-blindés

Question III(k) du questionnaire

Votre pays estime-t-il que les projectiles demi-blindés (*soft-nose*) sont interdits par le droit international humanitaire?

I. Réponses

60% des Etats ayant répondu considèrent que pareils projectiles sont interdits par le droit international humanitaire. 20% considèrent que ces projectiles sont licites, tandis que 12% soumettent leur légalité à des facteurs additionnels. 8% des Etats n'ont pas émis d'opinion.

La plupart des Etats qui considèrent ces projectiles comme interdits, se réfèrent soit à la Déclaration de La Haye de 1899, soit à la Convention de La Haye de 1907, soit aux deux. L'Estonie note que le facteur déterminant n'est pas la conception du projectile, mais le fait qu'il se dilate ou s'aplatit facilement, en y ajoutant que son *effet* est similaire à celui des balles dum-dum.

Certains Etats adoptent une approche plus prudente. L'Irlande note que s'il est *conçu* pour causer des souffrances inutiles, le projectile doit être considéré comme interdit, tandis que la Norvège fait observer qu'il peut être interdit en vertu de la Déclaration de La Haye de 1899, de la Convention de la Haye de 1907 et de l'art. 35 (2) PA I, et que l'évaluation est faite sur la base de certains facteurs pertinents. Tout d'abord la *conception* du projectile, à savoir si dans son usage ordinaire le projectile est susceptible de créer des souffrances inutiles par rapport à la nécessité militaire. Cette évaluation porte également sur les *dommages susceptibles de se produire*: l'effet qu'il est supposé causer, l'effet qui risque de se produire lors de frappes de cibles humaines, des handicaps spécifiques ou permanents ou des défigurations, le type de blessure (blessures graduelles ou blessures sous forme de «canal») et la guérison possible.

La Belgique, la République tchèque, l'Italie, la Moldavie et les Etats-Unis les considèrent comme non interdites. Les Etats-Unis soulignent qu'ils ne considèrent pas la Déclaration de 1899 comme déclaratoire du droit international coutumier. Ils ajoutent toutefois qu'aucune nécessité militaire n'a été identifiée pour ces balles dans le cadre d'un usage anti-personnel dans les conflits armés internationaux, et que partant, aucune analyse juridique n'a été faite par rapport à pareil emploi de ces projectiles. La pratique à l'égard de ces balles semble toutefois très rare.

2. Conclusions

En ce qui concerne les projectiles demi-blindés ou *soft-nosed* qui peuvent s'aplatir à l'impact, en dépit de la rareté globale de leur usage, les réponses ne donnent pas une base suffisante pour conclure à l'existence d'une pratique générale ou uniforme (cohérente) ou d'une *opinio juris* au sujet de ces projectiles. En outre, 2 Etats font référence à la Déclaration IV de La Haye de 1899 comme fondement juridique de leur point de vue, 7 se basent sur la clause générale relative aux «souffrances inutiles et 2 autres invoquent les deux à la fois.

III.6.7. Les projectiles inférieurs à 400 grammes chargés de substances fulminantes ou inflammables

Question III(I) du questionnaire

Votre pays autorise-t-il ou interdit-il l'utilisation d'un projectile d'un poids inférieur à 400 grammes (les projectiles de 20 mm par exemple) qui est chargé de matières fulminantes ou inflammables? Si l'usage n'en est pas interdit, quel type d'utilisation anti-personnel, le cas échéant, est permis ou explicitement autorisé?

1. Réponses

Les réponses à cette question montrent que les Etats ayant répondu sont divisés en ce qui concerne la pratique. La moitié autorisent ou permettent l'usage de ces balles (50%), tandis qu'un nombre légèrement moins élevé d'Etats les interdisent (42%). 8% ne s'est pas exprimé sur la question. Parmi les Etats qui autorisent un tel emploi, il semble y avoir une approche presque unanime en ce qui concerne l'interdiction de tout usage anti-personnel.

Parmi les Etats qui *n'autorisent pas* l'utilisation de tels projectiles, la Tanzanie se réfère à leurs effets dépourvus de distinction, tandis que la Tunisie récrimine les effets excessifs qu'ils pourraient causer. Parmi les Etats qui *autorisent* ou permettent leur usage, la plupart des réponses font référence à Déclaration de 1868 de Saint-Petersbourg. La République tchèque remarque que la technologie a fait que l'interdiction de la Déclaration de St-Petersburg soit dépassée, les Etats-Unis ajoutent que la pratique des Etats a rendu la règle désuète, à l'égard du poids, depuis la Première Guerre mondiale.

Certains Etats remontent pour l'interdiction *d'usage anti-personnel* de ces munitions à la Déclaration de St-Petersburg, mais l'Estonie

estime que la règle a été transformée en une interdiction de l'usage anti-personnel par la pratique ultérieure. L'Italie et les Etats-Unis se réfèrent aux Règles de La Haye de 1923 sur la guerre aérienne et de la pratique ultérieure des Etats pour conclure que l'usage anti-matériel de ces projectiles n'est pas couvert par l'interdiction.

Le Danemark et les Etats-Unis notent en outre que dommage encouru incidemment par des hommes à la suite de l'usage anti-matériel de ces projectiles ne constitue pas une violation de l'interdiction. L'Estonie et l'Italie se réfèrent à la définition que donne le Prot. III à la CCAC aux armes incendiaires, qui exclut les munitions dont l'effet incendiaire n'est pas spécifiquement conçu pour causer des blessures avec brûlures, mais pour être utilisé contre des objectifs militaires. La seule référence à l'usage anti-personnel est faite par la Belgique, en ce qui concerne l'utilisation polyvalente de 12,7 mm en terrain découvert contre des combattants. La Belgique déclare que cette utilisation est soumise aux limites générales du droit des conflits armés, avec un accent particulier sur la nécessité militaire. Les Etats-Unis font également référence à l'usage anti-personnel en terrain découvert.

2. Conclusions

Les réponses indiquent que la pratique est divisée en ce qui concerne les interdictions nationales de projectiles chargés de matières fulminantes ou inflammables. Une légère majorité d'Etats ayant répondu en autorisent l'utilisation, tandis qu'un nombre presque égal les interdisent.

La Déclaration de St. Petersburg de 1868, dans laquelle les Etats contractants ont renoncé à l'usage de «tout projectile d'un poids inférieur à 400 grammes, qui est soit explosif, soit chargé de matières fulminantes ou inflammables», ou balle explosive, est souvent considérée comme obsolète quant au fond, en particulier en ce qui concerne le poids; un avis confirmé aussi par les réponses au questionnaire. Bien que certaines objections aient été soulevées quant à la nature coutumière de cette disposition⁷⁶, les réponses au questionnaire semblent généralement confirmer que l'interdiction de ces balles est considérée comme un reflet du droit coutumier. Les Etats-Unis pour leur part perçoivent le Projet de règles de La Haye de 1923 sur le droit de la guerre aérienne comme étant de nature coutumière.

Plus controversée cependant est la question de la portée de l'interdiction et dans quelle mesure elle interdit totalement l'usage anti-personnel de

⁷⁶ H. Meyrowitz, *Réflexions à propos du centenaire de la Déclaration de Saint Petersburg*, *RICR* 59 (1968), 541-555.

pareils projectiles. La Déclaration n'indique pas clairement si les balles anti-matériel étaient également visées. Parmi les rapports nationaux qui *n'ont pas interdit* l'utilisation de balles explosives, les réponses montrent un accord unanime selon lequel l'usage anti-matériel de ces balles est permis. Certains font référence au Projet de règles de La Haye de 1923 sur la guerre aérienne, d'autres à l'art. 1 (b) (ii) du Prot. III à la CCAC, tandis que d'autres se réfèrent simplement à la Déclaration ou la pratique ultérieure pour soutenir cette position. Il est également clair que l'usage de balles explosives *conçues* à des fins anti-personnel est unanimement considéré comme interdit par les Etats ayant répondu au questionnaire. Au cœur de la controverse se trouve la position soutenue ailleurs par les Etats-Unis, que le Projet de Règles de La Haye de 1923 établit une exception à l'interdiction des balles explosives en ce qui concerne leur usage par des aéronefs «sans restrictions de catégories de cibles», soutenue par la pratique ultérieure des Etats comme par exemple le mitraillage des forces ennemies par des avions⁷⁷. Ceci conduit les Etats-Unis à conclure qu'il n'y a pas d'interdiction *totale* de l'usage anti-personnel de balles explosives dans le droit international coutumier. Les réponses au questionnaire ne semblent cependant pas donner d'exemple de pratique étatique, en dehors de celle des Etats-Unis, à l'appui de cette interprétation. À l'exception de la Belgique, qui fait une réserve pour l'usage du *12,7 mm multipurpose* en terrain découvert, l'opinion prévalant clairement parmi les Etats ayant répondu est que l'usage anti-personnel de ces balles est interdit.

III.6.8. Les armes incendiaires

Question III(m) du questionnaire

Quel type d'utilisation d'armes incendiaires est permis ou explicitement autorisé par votre pays? Votre pays fait-il une distinction à ce sujet entre les conflits armés internationaux, les conflits armés non internationaux et les opérations de promotion de la paix?

1. Réponses

Les réponses indiquent une pratique assez diversifiée en ce qui concerne l'utilisation des armes incendiaires. 27% des Etats ayant répondu n'autorisent ou ne permettent absolument pas l'usage d'armes incendiaires. Un groupe légèrement plus grand d'Etats (35%) les interdit, à l'exception de certaines utilisations autorisées, tandis que

⁷⁷ Bellinger et Haynes, *supra* note 35, 463.

30% des Etats ont imposé certaines restrictions sur leur usage. 8% n'ont pas de position officielle sur la question.

La plupart des Etats qui en *interdisent partiellement* l'usage, se réfèrent au Prot. III à la CCAC comme base pour ces restrictions, certains précisant les restrictions qui y sont contenues, comme l'interdiction d'utiliser des armes incendiaires *air-sol* contre des objectifs militaires situés dans une concentration de civils. La Tunisie précise en outre que l'usage anti-personnel des armes incendiaires est interdit «sauf s'il n'est pas possible d'utiliser une arme moins nuisible pour mettre une personne hors de combat», tandis que la République tchèque mentionne que les armes incendiaires sont utilisées contre des cibles légères, mais que leur usage anti-personnel est interdit.

Parmi les Etats qui *autorisent* l'usage d'armes incendiaires avec les restrictions contenues dans le Prot. III à la CCAC, le Danemark, l'Italie et les Pays-Bas ajoutent que leur usage sera soumis à la clause générale interdisant des moyens causant des souffrances inutiles ou des maux superflus. La Norvège précise que les restrictions de leur usage visent la protection de la population civile. Aucun de ces Etats n'a fait de déclarations générales quant à l'interdiction de leur usage anti-personnel. Les Etats-Unis affirment toutefois qu'ils considèrent *aussi bien* l'usage anti-personnel *qu'*anti-matériel des armes incendiaires comme licite. Ils avancent en outre qu'ils ont ratifié le Protocole III de la CCAC le 23 septembre 2008, avec une réserve à l'art. 2 §(2) et (3), se réservant le droit d'utiliser les armes incendiaires contre des objectifs militaires situés dans des concentrations de civils lorsqu'il est jugé que cette utilisation cause moins de victimes et/ou moins de dommages collatéraux que les armes alternatives, mais que, ce faisant, ils prendront toutes les précautions possibles en vue de limiter les effets incendiaires à l'objectif militaire. Les Etats-Unis expliquent que cette réserve est justifiée par le fait que les armes incendiaires sont les seules armes aptes à détruire certaines cibles pour lesquelles la chaleur élevée est nécessaire pour éliminer les bio-toxines (p.ex. les installations d'armes biologiques), étant donné qu'utiliser exclusivement des hauts explosifs comporte le risque d'un largage étendu ou de contaminations potentiellement dangereuses, ce qui pourrait avoir des conséquences désastreuses pour la population civile. Les Etats-Unis concluent que, par le biais de cette réserve, ils peuvent conserver leur capacité d'employer des engins incendiaires pour la destruction de cibles militaires de haute priorité d'une manière compatible avec le principe de proportionnalité.

Aucune distinction n'a été faite par les Etats ayant répondu entre conflits armés internationaux et non internationaux, même si le Danemark note que les *politiques* menées peuvent différer. Deux Etats font preuve d'une approche légèrement différente en ce qui concerne les opérations de la paix. L'Italie fait observer que dans des situations qui ne correspondent pas à un conflit armé, leur usage est interdit par le droit international, ajoutant qu'en raison des restrictions imposées à ses troupes lors des opérations de la paix en matière d'emploi de la force, l'usage de ces armes ne serait pas pris en considération. La Norvège fait valoir que dans aucune opération de la paix de l'ONU visée par la Circulaire du Secrétaire général, l'emploi des armes incendiaires n'est autorisé, que ce soit un emploi anti-matériel ou anti personnel.

Pour les armes qui sont permises ou autorisées, mentionnées par les Etats ayant répondu, voir l'annexe 3 fig. 9 b).

2. *Conclusions*

Il n'existe pas d'interdiction générale dans les traités ou dans le droit international coutumier sur l'utilisation des armes incendiaires. Le Prot. III de la CCAC soumet leur usage à certaines restrictions, réglementant l'emploi du napalm, de lances-flammes et d'autres armes incendiaires, en vue de protéger les civils. Toutefois, il ne contient pas de règles interdisant l'usage de telles armes contre des combattants, en dépit des propositions faites à cet effet. En outre, les armes incendiaires sont soumises aux restrictions générales des traités et aux principes du droit international humanitaire.

L'étude du CICR sur le droit international coutumier suggère qu'il y a une interdiction coutumière applicable tant dans les conflits armés internationaux que non internationaux contre l'usage anti-personnel des armes incendiaires «à moins qu'il ne soit pas possible d'utiliser une arme moins nuisible pour mettre une personne hors de combat»⁷⁸. Parmi les réponses qui autorisent ou permettent l'emploi d'armes incendiaires, il y a peu de fondement pour déclarer constantes une pratique étatique ou une *opinio juris* en faveur de l'interdiction de l'emploi anti-personnel des armes incendiaires. Chypre et l'Italie mentionnent l'interdiction de l'usage anti-personnel, mais uniquement à l'égard de certaines armes dont l'emploi anti-personnel pourrait être interdit par d'autres dispositions du droit international humanitaire. En dehors de cela, aucune mention n'est faite par les réponses d'une interdiction ou restriction générales en matière d'usage anti-personnel des armes

⁷⁸ CICR, *Etude sur le droit international coutumier*; *supra* note 37, p. 289.

incendiaires. Au contraire, les Etats mettent l'accent essentiellement sur l'interdiction stricte de violer le principe de *distinction* – dont le but est de protéger les personnes civiles – lors de l'usage d'armes incendiaires, alors que certains Etats perçoivent implicitement ou explicitement leur usage anti-personnel comme licite. En outre, les Etats se réfèrent à leurs obligations découlant des traités pour justifier leurs obligations; un seul Etat fait allusion à la règle de l'étude du CICR, sans qu'aucune référence explicite au droit international coutumier ne soit faite.

Par conséquent, la pratique des Etats et l'*opinio juris* exprimées dans les réponses suggèrent fortement la non-existence d'une règle de droit international coutumier interdisant ou limitant l'emploi des armes incendiaires au seul usage anti-matériel. Il va sans dire, bien sûr, que l'usage anti-personnel est soumis à la clause générale interdisant les moyens causant des souffrances inutiles ou des maux superflus. Il ressort donc de ce qui précède que la pratique et de l'*opinio* exprimées dans les réponses ne permettent pas de conclure à l'existence d'une règle générale de droit international coutumier limitant l'usage anti-personnel des armes incendiaires.

Suite à la modification en 2001 de son art. 1^{er}, le Prot. III de la CCAC est applicable aussi bien aux conflits armés internationaux que non internationaux, sans distinction. Aucun Etat ne fait de distinction dans son rapport entre les deux types de conflits armés; le Danemark note simplement que les politiques menées peuvent différer. Il en va de même pour les opérations de la paix, les Etats ne faisant généralement pas de distinction à cet égard. L'Italie rappelle que l'emploi de ces armes nécessite l'existence d'un *conflit armé*, tandis que la Norvège rappelle que la Circulaire du Secrétaire Général interdit aussi bien l'usage anti-personnel qu'anti-matériel des armes incendiaires dans les opérations auxquelles il est applicable. Dans la pratique, cela devrait réduire de manière effective l'usage des armes incendiaires dans les opérations de la paix, au strict minimum.

III.6.9. Le gaz lacrymogène

Question III(n) du questionnaire

Dans quelles circonstances (usage contre des civils, contre des prisonniers de guerre, dans le cadre d'opérations de recherche et de sauvetage ...) l'utilisation de gaz lacrymogène est permis ou explicitement autorisé par votre pays dans le cadre d'un conflit armé international ou dans le cas d'une occupation?

I. Réponses

44% des Etats indiquent qu'ils autorisent l'emploi de gaz lacrymogène dans les situations de conflit armé international ou d'occupation militaire, 44% n'autorisent pas cet emploi, 12% n'ont pas de position sur la question.

Parmi les Etats ayant signalé qu'ils n'autorisaient *pas* l'emploi, l'Autriche, l'Allemagne, la Hongrie et l'Espagne notent que des types communs de gaz lacrymogène sont définis par la CCAC comme armes anti-émeute, et que leur utilisation comme moyen de guerre est interdite par la Convention. La Suède ajoute que ses forces armées ne peuvent utiliser de gaz lacrymogène que dans les opérations d'imposition de la loi lors d'opérations de la paix et dans ce cas uniquement à l'air libre.

Les Etats autorisant l'emploi soulignent que le facteur déterminant est la *situation* concrète, et non la classification générale de la situation. Une majorité d'Etats observent qu'ils n'autorisent cet emploi que dans les *situations de non-combat*. Le Danemark rapporte que seul le *type d'opération*, et non pas la catégorie de personnes impliquées, est décisif, tandis que la Norvège ajoute que le caractère de l'opération doit être déterminé au cas par cas.

Certaines situations sont réputées *ne pas* être couvertes: l'Estonie restreint l'usage de gaz lacrymogène dans les opérations de «recherche et de sauvetage», en raison du risque d'être mal interprété comme un emploi en premier d'armes chimiques. Le Danemark ajoute des situations qui présentent un risque élevé d'évoluer vers une situation de combat. L'Italie note que l'interdiction prévue dans la CCAC s'étend aux émeutes dans des camps de détention, ou contre des combattants, ajoutant que le gaz lacrymogène serait illicite si la foule n'est pas en train de protester mais combat un occupant.

Les circonstances dans lesquelles l'autorisation est donnée concernent essentiellement différentes situations *d'imposition du droit*. La Belgique évoque le traitement des manifestations organisées par les populations locales, dans lesquelles l'usage du gaz lacrymogène peut faciliter l'emploi proportionné de la force. L'Estonie mentionne la dispersion de civils en émeute et l'usage du gaz lacrymogène dans les camps de prisonniers de guerre afin d'assurer la discipline. Les Pays-Bas soulignent qu'il pourrait être utilisé contre des non-combattants à des fins d'imposition de la loi, tandis que l'Italie fait mention de l'utilisation contre des civils ne participant pas activement aux hostilités.

Les Etats-Unis ont une approche très différente de celle des autres, autorisant l'utilisation de gaz lacrymogène dans le but de contrôler les émeutes de prisonniers de guerre ennemis, ainsi que pour réduire les pertes civiles dans les situations où les civils sont utilisés pour masquer ou mettre en scène des attaques, et dans les missions de sauvetage. Les Etats-Unis rappellent également la réserve qu'ils ont formulée à la CCAC sur le droit à l'emploi en premier d'armes anti-émeute en «modes défensifs militaires» pour sauver des vies (*US Executive order 11 850*).

2. Conclusions

La Convention sur les armes chimiques réglemente l'usage des armes anti-émeute, faisant de la non-létalité une condition préalable pour considérer quelconque agent chimique comme agent anti-émeute, l'excluant ainsi de la définition des armes chimiques⁷⁹. Toutefois, l'usage des armes anti-émeute doit être interdit «comme méthode de guerre» sur le champ de bataille⁸⁰.

Étant donné que le gaz lacrymogène et les armes anti-émeute sont des moyens légaux d'imposition du droit, la question se pose par conséquent quant à leur emploi dans des situations proches d'un conflit armé, dans la zone grise entre une opération purement militaire – dans la quelle l'utilisation de ces substances en tant que moyen de guerre est clairement interdite – et les opérations liées à l'imposition du droit. Des situations peuvent survenir au cours d'un conflit armé international, ou en particulier au cours d'une occupation de guerre, où la disponibilité de ces moyens aurait manifestement des effets positifs, faciliterait l'utilisation appropriée de la force exigée par la situation, et empêcherait l'escalation de la situation.

Il n'y a, sur la base des réponses, pas de pratique uniforme en ce qui concerne l'utilisation du gaz lacrymogène dans les situations de conflit armé ou d'occupation militaire. Près de la moitié des Etats ayant répondu n'autorisent pas leur usage dans de telles situations, alors qu'un peu plus de la moitié le font.

Certains éléments communs ont été relevés parmi la plupart des Etats qui autorisent l'usage du gaz lacrymogène. Les réponses insistent sur le *caractère* de la situation: il doit s'agir d'une situation de non-combat; *la fonction* de l'emploi du gaz lacrymogène doit être: l'imposition des

⁷⁹ Convention sur l'interdiction du développement, de la production, du stockage et de l'usage des armes chimiques et de leur destruction, du 13 janvier 1993, art. II (7): «qui peut provoquer rapidement chez les êtres humains une irritation sensorielle ou une incapacité physique disparaissant à bref délai après qu'a cessé l'exposition».

⁸⁰ Art. I(5) de la CAC.

lois, la lutte contre les émeutes et autres événements similaires; et les limites doivent être établies en tenant compte des *personnes* contre lesquelles il peut être utilisé: les civils en émeute, les non-combattants et les personnes ne participant pas activement à des hostilités (et selon l'Estonie et les Etats-Unis, les prisonniers de guerre en émeute); bref, les personnes qui ne peuvent pas être prises pour cible avec des armes conventionnelles. Une fois que la situation évolue vers une situation de civils «luttant contre l'occupant» ou d'une situation proche d'un combat, l'utilisation de gaz lacrymogènes sera interdite.

III.6.10. Les agents anti-émeute

Question III(o) du questionnaire

Votre pays permet-il ou autorise-t-il explicitement l'usage d'agents anti-émeutes en cas de conflit armé non international, soit comme moyen de guerre, soit d'une autre façon, soit les deux?

I. Réponses

Environ 75% des Etats ayant répondu permettent ou autorisent l'emploi d'armes anti-émeute dans les conflits armés non internationaux, l'écrasante majorité de ces Etats interdisent expressément l'usage des armes anti-émeute comme moyen de guerre dans les conflits armés non internationaux. 12% des Etats en interdisent totalement l'usage dans les conflits armés non internationaux, tandis que 12% n'ont pas de position officielle sur la question. La Grèce, l'Irlande et la Suède rapportent qu'aucune autorisation ou permission n'existe quant à l'usage des armes anti-émeute dans les conflits armés non internationaux.

Parmi les Etats qui autorisent ou permettent l'usage d'armes anti-émeute dans les situations de conflits armés non internationaux, la vaste majorité en conditionne l'emploi à l'existence d'une situation de *non-combat*. Dans les situations de combat ou les situations qui s'en rapprochent, les armes anti-émeute ne peuvent pas être utilisées. Les Etats-Unis rappellent la déclaration qu'ils ont faite dans le cadre de la CAC et dans laquelle ils ont déclaré que la CAC ne restreint pas l'usage des armes anti-émeute dans les cas où les Etats-Unis ne sont pas engagés dans un usage de la force dont l'étendue, la durée et l'intensité sont susceptibles de déclencher les lois de la guerre. En outre, les Etats-Unis ne considèrent pas que la CAC limite leur usage d'armes anti-émeute, même contre des combattants qui sont parties à un conflit, dans les cas où les Etats-Unis ne sont pas partie au conflit, dans les opérations de

maintien de la paix consensuelles (Charte des Nations Unies, Chapitre VI), dans les opérations de maintien de la paix des Nations Unies en vertu du Chapitre VII ou dans les opérations d'imposition de la paix.

La République tchèque note que les forces armées sont autorisées à utiliser le gaz lacrymogène dans les conflits armés non internationaux uniquement à *des fins policières* telles que le contrôle anti-émeute. Les Pays-Bas, le Danemark, l'Italie ajoutent que son utilisation est licite si elle a pour objectif l'imposition des lois, y compris la lutte anti-émeute. La Suisse souligne que son utilisation est strictement limitée au maintien de l'ordre public, tandis que l'Italie fait remarquer qu'il est permis pour le maintien de l'ordre et de la sécurité publics, ou pour d'autres activités d'imposition du droit. L'Estonie donne des exemples tels que la dispersion de civils en émeute et son usage dans les camps de prisonniers de guerre pour assurer la discipline.

La Norvège, la Suisse et la Roumanie considèrent que les armes anti-émeute sont interdites en tant que moyens de combat. Les Etats-Unis, pour leur part, font observer que la CAC ne restreint pas l'utilisation d'armes anti-émeute dans des circonstances où elles ne sont pas utilisées comme «méthode de guerre», p.ex. dans les opérations de lutte contre le terrorisme.

Certains Etats semblent répondre qu'en considérant la situation sur leur territoire national, tandis que d'autres, les Etats-Unis en particulier, ont une approche beaucoup plus large.

2. Conclusions

Les Etats sont unanimes sur ce que l'utilisation d'armes anti-émeute est interdite dans les conflits armés internationaux ou non internationaux, contre des combattants ou des personnes participant directement aux hostilités.

Pourvu qu'une situation équivaut à un conflit armé, certains Etats soulignent que la *nature* de la situation (celle d'un combat) est l'élément le plus important quel que soit la classification générale, tandis que d'autres (en particulier les Etats-Unis) établissent une distinction entre les situations dans lesquelles ils sont eux-mêmes une partie au conflit (conflits armés internationaux et conflits armés non internationaux ayant lieu sur leur territoire), et d'autres situations. La majorité des Etats ayant répondu permettent ou autorisent l'utilisation d'armes anti-émeute dans les situations de conflits armés non internationaux, sous la condition stricte et unanime qu'elles ne soient pas utilisées comme méthode de guerre.

Certains Etats semblent avoir adopté une définition très stricte de ce qui pourrait entraîner l'usage des armes anti-émeute: le maintien de l'ordre public et d'autres tâches traditionnelles d'imposition de la loi. D'autres permettent l'usage d'armes anti-émeute à des fins de contrôle des émeutes. Le problème pratique est évidemment que dans les situations de conflits armés non internationaux, la ligne est souvent très fine entre certaines tâches d'imposition de la loi et celles qui peuvent être considérées comme une situation de combat ou une situation qui se développe vers une situation de combat. Les rapports nationaux n'ont pas permis de distiller, des indications de règles plus détaillées basées sur la pratique et *l'opinio iuris*.

III.7. Évaluation globale des réponses à la troisième partie

En règle générale, les réponses indiquent un degré élevé de compréhension commune entre les réponses concernant les *principes généraux* régissant les moyens et méthodes dans la conduite des opérations militaires.

Un examen plus approfondi des rapports nationaux révèle toutefois des différences substantielles dans la manière dont ces dispositions sont comprises et appliquées par les Etats en question. En particulier en ce qui concerne la clause relative aux souffrances inutiles et maux superflus, les approches varient considérablement. Cela peut peut-être expliquer certaines grandes différences dans la pratique et l'opinion par rapport à certaines armes spécifiques, qui ressortent clairement des réponses.

De plus, il semble exister une interprétation divergente quant aux types d'armes et de projectiles qui ressortent ou non de certaines dispositions spécifiques concernant les moyens dont traitait le questionnaire. Il faut regretter que certaines questions ont en outre été interprétées de manières différentes par les rédacteurs des rapports nationaux, ce qui a encore compliqué l'analyse des données.

La principale conclusion qui doit être tirée de la troisième partie est que la pratique et *l'opinio iuris* des Etats ayant répondu reflètent une divergence remarquable. Bien plus qu'autre chose, ces réponses servent à confirmer la *non-existence* de règles de droit coutumier relatives aux moyens et méthodes d'opérations militaires, en particulier pour ce qui concerne les règles relatives à certaines armes spécifiques.

Annexes & Figures

Annexe 1. Traités DIH – Liste des ratifications par les Etats ayant répondu au questionnaire

	PA I	PA II	CAB	CCAC	CAC	Genève 1925	La Haye 1954	TPI	Ottawa	ENMOD
Allemagne	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Autriche	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Belgique	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Bosnie - Herzégovine	+	+	+	+	+	-	+	+	+	-
Chine	+	+	+	+	+	+	+	-	-	+
Chypre	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Croatie	+	+	+	+	+	+	+	+	+	-
Danemark	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Espagne	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Estonie	+	+	+	+	+	+	+	+	+	-
Finlande	+	+	+	+	+	+	+	+	-	+
Grèce	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Hongrie	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Irlande	+	+	+	+	+	+	-	+	+	+
Italie	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Lettonie	+	+	+	+	+	+	+	+	+	-
Liban	+	+	+	-	+	+	+	-	-	-
Lituanie	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Moldavie	+	+	+	+	+	-	+	-	+	-
Namibie	+	+	-	-	+	-	-	+	+	-
Norvège	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Pays-Bas	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
République tchèque	+	+	+	+	+	+	+	-	+	+
Roumanie	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Royaume-Uni	+	+	+	+	+	+	-	+	+	+
Serbie	+	+	+	+	+	+	+	+	+	-
Suède	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Suisse	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
Tanzanie	+	+	-	-	+	+	+	+	+	+
Tunisie	+	+	+	+	+	+	+	-	+	+
Uruguay	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
USA	-	-	+	+	+	+	-	-	-	+
Total: 32	31	31	30	29	30	29	28	26	28	23

Annexe 2. Documents se rapportant au droit international coutumier (DIC) – Résumé des réponses

Tableau se rapportant à la question Ic)

A. Le document en question peut constituer du droit international coutumier (source primaire de droit) ou contribuer à engendrer les règles du droit international coutumier (émergence d'une nouvelle règle de DIC)	B. Le document en question peut être interprété comme une source secondaire de droit, ce qui signifie qu'il constitue une confirmation d'un DIC existant et peut être utilisé pour déterminer l'existence d'une règle de DIC puisqu'il intègre des règles de DIC existant déjà; dans l'hypothèse où il ne reflète pas que la pratique d'état mais aussi l'opinio iuris de l'Etat (est suivie par une opinio iuris)	C. Le document en question n'est même pas une source secondaire de droit (DIC), c.-à.-d. il ne reflète pas le DIC existant et ne peut être utilisé pour déterminer le contenu des règles du DIC; par conséquent il ne constitue qu'un instrument politique ou ne concerne que des matières générales d'ordre technique, militaire et/ou administrative	D. Le document contribue à la détermination et l'émergence du DIC au même niveau que n'importe quel autre traité international	E. On détermine au cas par cas si un document peut servir à déterminer l'existence d'une règle du DIC ou s'il peut contribuer lui-même à la création de DIC
--	--	--	--	---

1. Memoranda of understanding, accords techniques et autres accords similaires				
Allemagne (oui en général) mais voir E Suède (pas comme tel mais si persistance de pratique constante, il peut contribuer à engendrer une nouvelle règle de DIC)	Autriche Belgique (précisant que la position de l'Etat est fonction de l'organe de l'Etat) Estonie (obligations au niveau d'un sous- traité indiquent la pratique étatique) Grèce Irlande Liban Moldavie Norvège (ne peut être pris en compte pour établir du nouveau droit coutumier mais est supposé être conforme au droit international existant) Pays-Bas Suisse Tanzanie Tunisie	Chypre (matières générales) Danemark (pas en général mais les tribunaux danois décident souverainement de l'importance du document) – voir E Hongrie (les MoUs et ATs ne se concentrent pas sur le DIC) Italie République tchèque (document ne liant qu'au plan politique) Royaume-Uni USA		Allemagne mais voir A Danemark voir C Finlande (décision au cas par cas s'ils ont des effets juridiques ou non)

2. SOFAs				
Allemagne (oui en général) mais voir E	Autriche	Chypre (matières générales)	Estonie (bien que les SOFAs ne semblent pas être aisément placés au niveau de DIC)	Allemagne mais voir A
Norvège (oui si SOFAs de longue durée, contrairement aux SOFAs pour les déploiements de courte durée)	Belgique (précisant que la position de l'Etat est fonction de l'organe de l'Etat)	Italie (instruments politiques, absence d'opinio iuris)	Finlande	Danemark
Suède (pas en tant que tel mais si persistance de pratique constante, il peut contribuer à engendrer	Grèce	Royaume-Uni		
	Irlande	USA		
	Lituanie			
	Liban			
	Moldavie			
	République tchèque (sous réserve d'approbation de la règle du DIC, incorporée dans le SOFA, par une ratification nationale par le Parlement tchèque)			
	Suisse			
	Tanzanie			
	Tunisie			

3. RÈGLES D'ENGAGEMENT			
Allemagne (oui en général) mais voir E Suède (pas comme tel mais si persistance de pratique constante, elles peuvent contribuer à engendrer de DIC)	Autriche Belgique (uniquement si suivies d'opinio iuris) Chypre (règles d'engagement nationales conformes au DIC) Croatie Danemark (peuvent refléter tant le droit que le politique suivie) Estonie Grèce Irlande Liban Moldavie Norvège (lorsqu'elles font l'objet de procédures devant des juridictions nationales et internationales; la juridiction peut confirmer l'existence de DIC dans l'affaire soumise) République tchèque (sous réserve qu'un tribunal tchèque reconnaisse une règle de DIC incorporée dans les règles d'engagement nationales, lorsqu'il est saisi d'une violation des règles d'engagement) Suisse Tanzanie Tunisie	Italie (étant donné qu'elles sont souvent même plus limitées que ce que le droit autorise) Pays-Bas Royaume-Uni (règles d'engagement vérifiées quant à leur conformité au DIH mais elles constituent des moyens opérationnels pour s'assurer que les décisions prises au niveau tactique soient conformes aux objectifs stratégiques) USA (les règles d'engagement peuvent être plus restrictives que le DIC)	Allemagne mais voir A

La Hongrie concernant les règles d'engagement : «Etant donné que toutes les règles des règles d'engagement sont légales en elles-mêmes, il est difficile de déterminer quelle partie de ces règles pourrait être considérée comme du DIC».

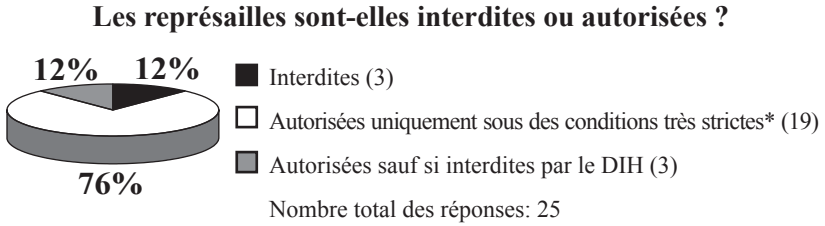
L'Uruguay: les règles d'engagement sont conformes au DIH.

La Croatie: les règles d'engagement, les MoUs et les ATs sont conformes au DIH et au droit des conflits armés.

La Chine et la Namibie: pas de réponse.

Annexe 3. Figures et tables se rapportant à la 3^{ème} partie (Moyens et méthodes dans la conduite des Operations militaires)

Figure 1 a). Questionnaire III (b) - Représailles



* 6 Etats sur les 19 mentionnent qu'ils considèrent interdites les représailles contre des combattants avec usage d'armes illicites.

Figure 1 b). Questionnaire III (b) - Représailles

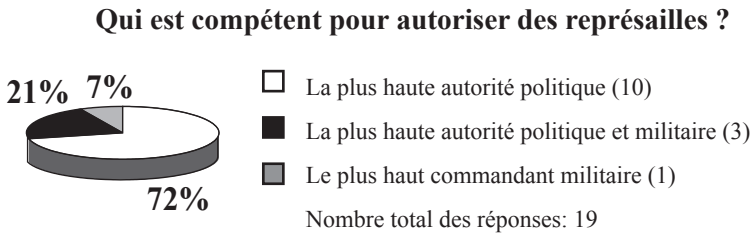


Figure 1 c). Questionnaire III (b) - Représailles

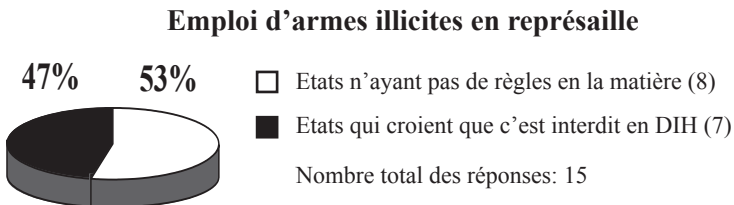


Figure 2 a). Questionnaire III (d) - Emploi d’armes non interdites par des traités ou par le DIC

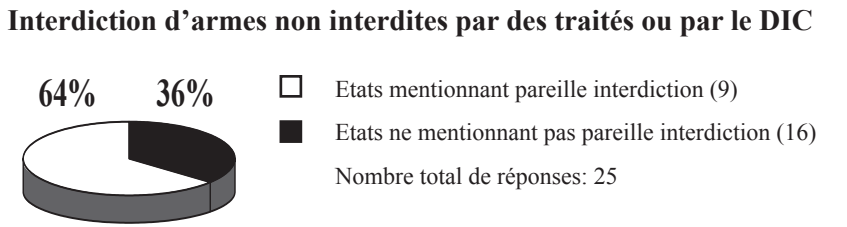


Figure 2 b). Questionnaire III (d) - Emploi d’armes non interdites par des traits ou par le DIC

Armes interdites	Sur la base d’une règle générale	Pour des considérations politiques
Armes à sous-munitions (4)	1	3
Mines anti-personnel (2)		2
Mines anti-char (1)		1
Munition / placage contenant de l’uranium apauvri ou industriel (1)		1
Flechette (1)		1
Armes improvisées (1)		
Autres armes	3 (pratique)*	

*Le Royaume-Uni, les Etats-Unis et les Pays-Bas mentionnent que, au cours du processus d’évaluation, toutes les armes sont évaluées en se référant à la règle générale des souffrances inutiles et des maux superflus.

Figure 3 a). Questionnaire III (f) - Armes non létales

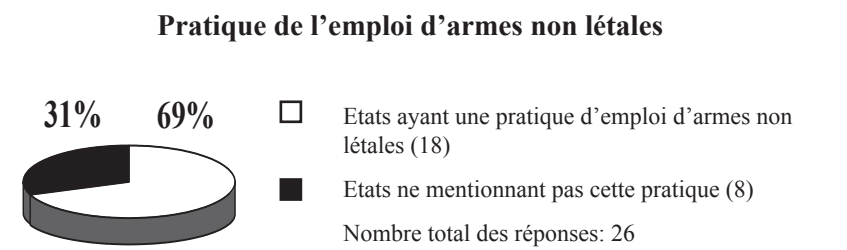


Figure 3 b). Questionnaire III (f) - Armes non létales

Armes citées comme exemples dans les réponses des Etats

Armes interdites	Armes autorisées	Explicitement autorisées
Pistolet à impulsion électrique (Taser) (comme arme) (1)	Armes anti-meutes en opérations de la paix (2)	Taser X26 (1)
Gaz lacrimogène (au combat) (2)		Gaz lacrimogène (7)
«Laser dazzler» Arme laser éblouissant (1)		Balles en caoutchouc (4)
Balles en plastique (1)		Balles en plastique (1)
		Canon à eau/arme à eau (2)
		Matraques (3)
		Irritants (2)
		Matraques souples (1)
		«GVAD» (arme à laser éblouissant) (1)
		Acoustic hells (2)
		Munitions à énergie cinétique (1)
		«Stun weapons» (armes incapacitantes électriques) (1)
		Armes à faisceau d'énergie dirigée (1)
		Armes abrasives (1)

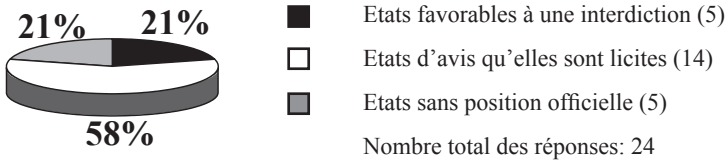
Figure 4. Questionnaire III (g) - Balles en caoutchouc et en plastique**Interdiction de balles en caoutchouc et en plastique au cours d'opérations de la paix**

Figure 5. Questionnaire III (h) - Balles de nature à se fragmenter ou à basculer rapidement dans le corps humain

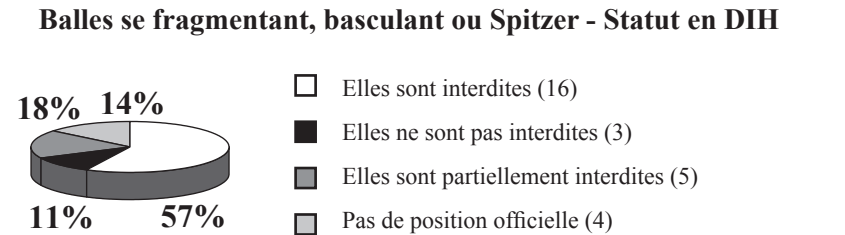


Figure 6 a). Questionnaire III (i) - Balles dum-dum par des forces armées au cours d’opérations de la paix

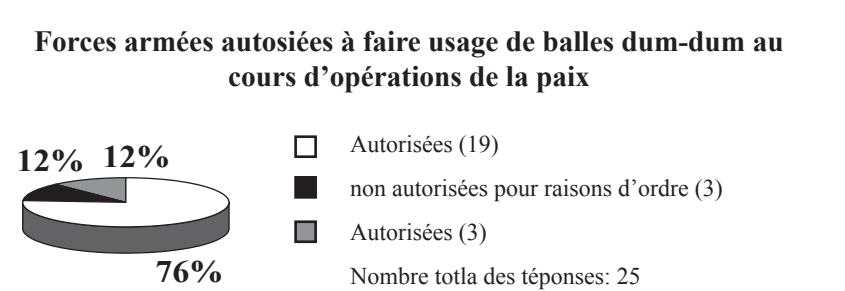


Figure 6 b). Questionnaire III (j) - Balles dum-dum

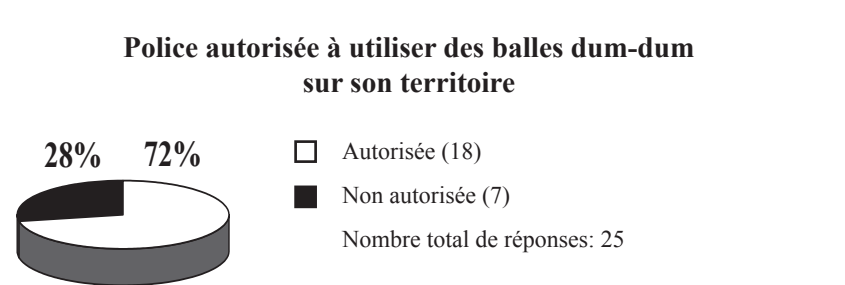
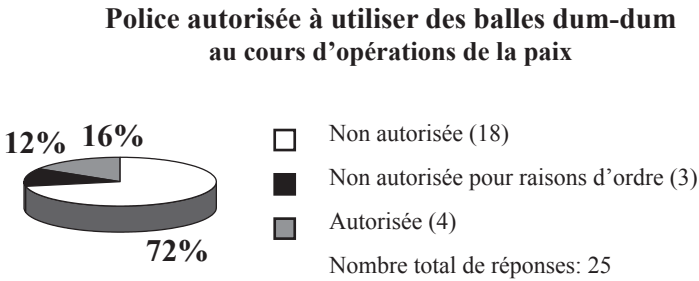
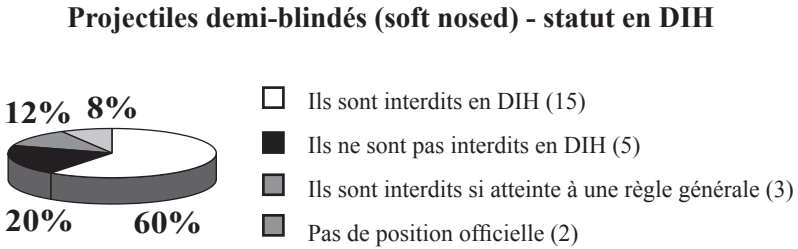
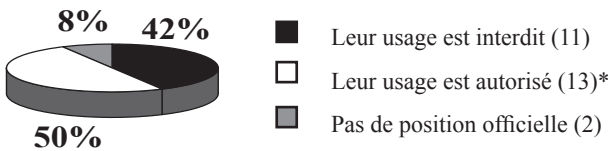


Figure 6 c). Questionnaire III (j) - Balles dum-dum**Figure 7. Questionnaire III (k) - Projectiles demi-blindés (Soft Nosed)****Figure 8. Questionnaire III (l) – Projectiles inférieur à 400 gr. chargés de substances fulminantes ou inflammables****Utilisation autorisée de balles chargées de substances explosives**

* Les Etats en question interdisent cependant l'usage anti-personnel de pareils projectiles, à l'exception de deux Etats qui font état d'un usage possible en terrain découvert.

Figure 9. Questionnaire III (m) - Armes incendiaires

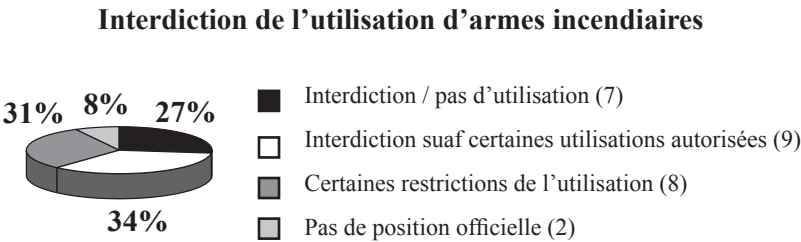


Figure 9 b). Armes incendiaires autorisées

Autorisées/Permisses
SMK RP obus fumigène au phosphore rouge (1)
API -20/25 mm (1)
Munitions avec des projectiles incendiaires (1)
Grenades incendiaires (1)
Obus d'artillerie/de mortiers contenant du phosphore blanc pour l'éclairage (2)
Grenades à main incapacitantes à la poudre de mercure et de magnésium (1)

Figure 10. Questionnaire III (n) – Gaz lacrimogène au cours de conflits armés internationaux et d'occupation militaire

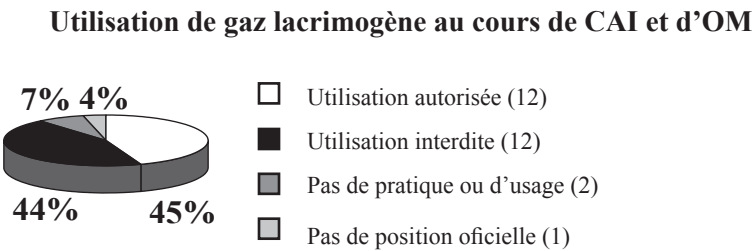
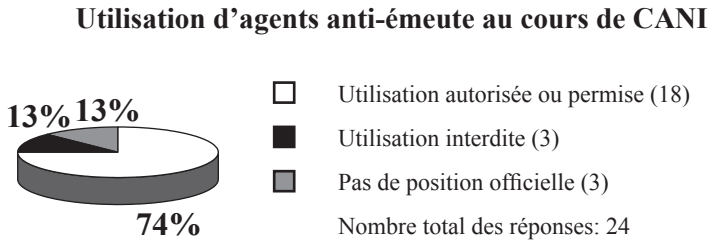


Figure 11. Question III (o) - Agents anti-émeute au cours de conflits armés non-internationaux



RECOMMENDATIONS

RECOMMANDATIONS

**Recommendations based on the General Report
to the XVIIIth Congress of the International
Society for Military Law and the Law of War**

as approved by the General Assembly on the 8th of May 2009

The International Society for Military Law and the Law of War at its 18th Congress, held in Tunis 5-8 May 2009, considering the responses received to its Questionnaire, having taken into consideration the current discourse on the applicability of international humanitarian law and international human rights law to contemporary military operations, including peace operations, has adopted the following recommendations:

1. Encourage States to enter into a dialogue with the ICRC on the results of the ICRC Study on International Customary Humanitarian Law.
2. Encourage States to identify and implement guidelines and best practices with regard to the use of principles of international humanitarian law and international human rights law in peace operations, without prejudice to full compliance with the rules of either or both of these bodies of law when they apply as a matter of law.
3. Encourage States to identify and implement guidelines and best practices for the use of weapons in peace operations. Guidelines should include specifications including restrictions and prohibitions, on means such as Riot Control Agents (RCA), rubber and plastic bullets, expanding bullets and incendiary weapons.
4. Encourage States to identify and implement general guidelines and best practices for the use of non-lethal weapons, including situations for their use and for the training of personnel in their use.
5. Encourage States to take into consideration that Rules of Engagement (RoE) are an operational tool. They reflect political and military considerations of the respective operation, while they must be in accordance with the law.

**Recommandations basées sur le rapport général
du XVIII^{ème} congrès de la Société
Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre**

ainsi qu'elles ont été approuvées par l'Assemblée générale le 8 mai 2009

La Société internationale de Droit militaire et de Droit de la guerre, lors de son 18^{ème} congrès, tenu à Tunis du 5 au 8 mai 2009, considérant les réponses reçues à son questionnaire et les opinions émises lors des débats sur l'application du Droit international humanitaire et du Droit international des droits de l'Homme aux opérations militaires contemporaines, en ce compris les opérations de promotion de la paix, a adopté les recommandations suivantes :

1. Encourage les Etats à entamer un dialogue avec le CICR à propos des résultats de l'étude du CICR consacrée au Droit international humanitaire coutumier.
2. Encourage les Etats à identifier et à implémenter des directives et les meilleures pratiques en ce qui concerne l'application des principes de Droit international humanitaire et du Droit international des droits de l'Homme dans les opérations de maintien de la paix, sans préjudice de l'obligation de respecter toutes les règles de chacune de ces branches du droit quand elles s'appliquent de droit.
3. Encourage les Etats à identifier et à implémenter des directives et les meilleures pratiques en ce qui concerne l'usage d'armes dans les opérations de maintien et de promotion de la paix. Les directives devraient inclure des spécifications, en ce compris des restrictions et interdictions, sur la signification des agents chimiques anti-émeute, des projectiles en caoutchouc ou en plastique, des balles qui s'épanouissent et des armes incendiaires.
4. Encourage les Etats à identifier et à implémenter des directives générales et les meilleures pratiques pour l'usage d'armes non létales (incluant les situations où elles peuvent être engagées), et pour la formation du personnel dans leur usage.
5. Encourage les Etats à prendre en considération le fait que les Règles d'engagement constituent un instrument opérationnel. Elles reflètent les objectifs politiques et militaires de chaque opération, tout en étant nécessairement conformes au droit.