Document généré le 11 oct. 2024 22:17

Études internationales

Le rôle du Canada dans le développement du droit en matière de conflit armé
The Canadian Contribution to the Law of Armed Conflict

Leslie C. Green

Volume 11, numéro 3, 1980

Quelques jalons de l'apport canadien au droit international

URI : https://id.erudit.org/iderudit/701076ar
DOI : https://doi.org/10.7202/701076ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Institut québécois des hautes études internationales

ISSN

0014-2123 (imprimé)
1703-7891 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Green, L. C. (1980). Le rôle du Canada dans le développement du droit en matière de conflit armé. *Études internationales*, *11*(3), 489–508. https://doi.org/10.7202/701076ar

Résumé de l'article

This paper is concerned with examining the role Canada has played in the development of the law of armed conflict. It makes the point that, while it is generally assumed that the Canadian courts followed the practice of those in the United Kingdom, this is too simple an approach. From the early years of the nineteenth century, the Vice-Admiralty Court in Halifax was making a contribution to the law of prize and maritime war law that might be compared with that of Lord Stowell in England. Moreover, even then, it was applying principles that have only recently been generally accepted — that armed conflict is as much a question of fact as of law, and that naval officers, at least, must be taken to know the law. It is hardly believable that as long ago as 1814, Dr. Croke was upholding the immunity from capture of "the arts and sciences... as the property of mankind at large, and as belonging to the common interests of the whole species. " In addition to these early decisions in maritime war law, the Canadian courts have stood almost alone in the English-speaking world in explaining the criminal liability of escaping prisoners of war, in terms which to some extent formed the basis of what appeared in the Geneva Convention of 1949. At the same time, a Canadian war crimes tribunal made an important contribution to the exposition of the nature of a commander's liability for the offences of his subordinates, while others added to the jurisprudence concerned with the nature of the defence of superior orders.

In so far as an actual innovative contribution is concerned, it must not be forgotten that the enunciation by Daniel Webster in 1842 of the concept of self-defence as understood in international law resulted from the actions of loyalists during the 1837 Rebellion. More recently, Canada played a concrete role in the drafting of the 1977 Protocols additional to the 1949 Geneva Conventions for the development of humanitarian law in armed conflict. In fact, Protocol II relating to non-international conflict is almost entirely based on a Canadian draft expressing Canada*s concern to see principles of humanitarian law observed as widely as possible, regardless of the nature of the conflict. As a result of tracing Canada 's role one is led to the conclusion that itconstitutes a record of achievement that merits wider appreciation.

Tous droits réservés © Études internationales, 1980

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

LE RÔLE DU CANADA DANS LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT EN MATIÈRE DE CONFLIT ARMÉ

Leslie. C. GREEN*

ABSTRACT — The Canadian Contribution to the Law of Armed Conflict

This paper is concerned with examining the role Canada has played in the development of the law of armed conflict. It makes the point that, while it is generally assumed that the Canadian courts followed the practice of those in the United Kingdom, this is too simple an approach. From the early years of the nineteenth century, the Vice-Admiralty Court in Halifax was making a contribution to the law of prize and maritime war law that might be compared with that of Lord Stowell in England. Moreover, even then, it was applying principles that have only recently been generally accepted — that armed conflict is as much a question of fact as of law, and that naval officers, at least, must be taken to know the law. It is hardly believable that as long ago as 1814, Dr. Croke was upholding the immunity from capture of "the arts and sciences... as the property of mankind at large, and as belonging to the common interests of the whole species." In addition to these early decisions in maritime war law, the Canadian courts have stood almost alone in the English-speaking world in explaining the criminal liability of escaping prisoners of war, in terms which to some extent formed the basis of what appeared in the Geneva Convention of 1949. At the same time, a Canadian war crimes tribunal made an important contribution to the exposition of the nature of a commander's liability for the offences of his subordinates, while others added to the jurisprudence concerned with the nature of the defence of superior orders.

In so far as an actual innovative contribution is concerned, it must not be forgotten that the enunciation by Daniel Webster in 1842 of the concept of self-defence as understood in international law resulted from the actions of loyalists during the 1837 Rebellion. More recently, Canada played a concrete role in the drafting of the 1977 Protocols additional to the 1949 Geneva Conventions for the development of humanitarian law in armed conflict. In fact, Protocol II relating to non-international conflict is almost entirely based on a Canadian draft expressing Canada's concern to see principles of humanitarian law observed as widely as possible, regardless of the nature of the conflict. As a result of tracing Canada's role one is led to the conclusion that it constitutes a record of achievement that merits wider appreciation.

Sans doute l'une des contributions canadiennes les plus importantes et anciennes, au processus de développement du droit en matière de conflit armé - contributions dont la portée est peut-être l'égale de celle de n'importe quel autre pays - n'est

* *LL.B., LL.D., professeur à l'université d'Alberta. L'auteur était membre de la délégation du Canada lors des VIe et VIIe sessions de la Conférence de Genève sur le droit humanitaire applicable dans les conflits armés. Les vues exprimées dans le présent article n'engagent cependant que l'auteur.*

pas venue du Canada comme telle mais plutôt en réaction à des mesures prises par des Canadiens. Durant la Rébellion de 1837, les forces canadiennes saisirent un vaisseau américain, le *Caroline*, qui avait été utilisé pour appuyer les rebelles et le basculèrent dans les chutes du Niagara. En réaction aux protestations américaines, les autorités canadiennes invoquèrent la légitime défense. Lors des négociations avec les Britanniques qui représentaient et gouvernaient le Canada à cette époque, le secrétaire d'État américain, Daniel Webster, avança une interprétation de la légitime défense qui a résisté au temps. Selon lui, une action préventive en territoire étranger n'est justifiée que si

> la légitime défense s'impose de façon immédiate et impérieuse, ne laissant aucun choix des moyens et aucun temps pour délibérer[1].

Ce concept du droit de légitime défense est universellement accepté aujourd'hui à tel point qu'il a été repris dans le jugement[2] du Tribunal militaire international de Nuremberg comme motif de rejet des motifs allemands au sujet des invasions du Danemark et de la Norvège. En dehors du fait qu'il a fourni l'occasion de la formulation définitive du concept de la légitime défense, le Canada n'a apporté aucune contribution positive ou originale au développement du droit en matière de conflit armé jusqu'à ce qu'il participe aux discussions menant à l'adoption en 1977 des deux protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1949[3], qui ont contribué à élargir la portée du droit humanitaire aussi bien dans les conflits armés internationaux que non internationaux.

Entre-temps, par l'entremise des décisions de son appareil judiciaire qui appliquait les règles généralement acceptées du droit de la guerre, le Canada a fait une contribution positive au corps de preuves qui donnent une expression concrète à ce droit. C'est pourquoi il est utile d'attirer l'attention sur au moins quelques-unes de ces décisions, tout en gardant à l'esprit que, durant la période visée, nombre de décisions reflétaient les vues du Royaume-Uni et de ses tribunaux. Depuis la Seconde Guerre mondiale et surtout en raison de la difficulté de déterminer avec certitude si les conditions juridiques pour l'existence d'une « guerre » sont réelles[4], l'usage s'est répandu, dans la doctrine aussi bien que dans les traités, de parler de conflit armé et ce, même si l'homme moyen peut considérer les deux expressions comme synonymes. On a beaucoup insisté sur le fait qu'un *animus belligerendi* peut exister sans une déclaration ou même sans une rupture des relations diplomatiques[5]. Toutefois, dès 1812, le Dr Croke siégant au tribunal de la vice-amirauté d'Halifax constatait que la situation *de facto* pouvait ne pas toujours être conforme aux exigences *de jure*. Dans l'affaire *The Brig Dart*[6], il s'agissait de déterminer si le

1. Note du 6 août 1842, 2 Moore, *Digest of International Law*, p. 412.
2. U.K., Cmd. 6964 (1946), p. 28.
3. 21 *International Legal Materials* (1977), Pr.I (international) p. 1391, Pr.II (non int'l), p. 1442.
4. Voir par ex. la Convention III de La Haye de 1907 relative à l'ouverture des hostilités.
5. Voir, par exemple, *Kawasaki Kisen Kabushiki Kaisha of Kobe* c. *Bantham S.S. Co.* [1939] *2 K.B. 544*. Pour un examen des différences de terminologie, voir GREEN, « Armed Conflict, War, and Self-Defence », 6, *Archiv des Völkerrechts* (1957), p. 387.
6. (1812) STEWART p. 301 (italiques dans l'original).

navire saisi était propriété ennemie. Dans son jugement, il posa les principes suivants :

> Les éléments constitutifs de l'état de guerre entre deux pays a fait l'objet de maints débats et les doctrines exposées dans nos manuels de droit anglais peuvent à première vue sembler contradictoires. Si nous nous tournons vers les auteurs plus anciens, nous constatons qu'il est bien établi qu'il ne peut y avoir de guerre sans l'accord du roi et que si tous les sujets d'Angleterre devaient faire la guerre contre un roi en ligue avec le Roi d'Angleterre, sans l'assentiment royal, une telle guerre ne constitue pas une rupture de cette ligue. Selon le juge en chef Lord Hale, les « hostilités existent quand la guerre a été proclamée par le roi contre un prince ou un État étranger. *Ce n'est qu'alors qu'ils deviennent des ennemis* ». [Traduction] Il ne faut pas cependant conclure à la nécessité d'une *déclaration solennelle* de guerre par le Roi d'Angleterre. Si une guerre existe *de facto* entre la Grande-Bretagne et un autre pays, sans déclaration régulière, les sujets de ce pays sont des ennemis. Mais je crois que s'il n'y a pas déclaration expresse de guerre, les actes hostiles accomplis pour le compte de la Grande-Bretagne doivent être sanctionnés par le souverain ou alors il doit y avoir des actes ou autres procédures qui montrent son intention de mettre le pays dans un état d'hostilité à l'égard du pays visé. S'il n'y a pas de déclaration expresse, il doit y avoir quelque chose d'équivalent. Quelles que soient les déclarations de guerre faites par des puissances étrangères, quels que soient les actes hostiles commis par ces derniers ou quels que soient les moyens pris pour les repousser de par la seule autorité des sujets en vertu du droit de légitime défense, un état d'hostilités mutuelles et réciproques entre un pays et les dominions britanniques ne peut débuter légalement tant que le roi, seul investi du pouvoir de paix et de guerre, n'a pas placé les dominions dans un état de guerre, soit par déclaration expresse, soit par quelque autre manifestation de ses intentions hostiles comme le recours aux armes. Une fois que de telles intentions ont été manifestées, mais non avant, toutes les conditions juridiques nécessaires à l'existence de l'état d'hostilités existent, ainsi que toutes les conséquences qui s'ensuivent... [Traduction].

Ce ne fut pas là la seule occasion où le Dr Croke s'est attaché davantage au fond qu'à la forme. Au cours de la même année, quand il eut à décider de la validité de la saisie du *Zodiack*[7], auquel avait été délivré un passeport ou sauf-conduit, il a montré son intelligence du rôle prépondérant de l'usage en droit international et a fait preuve d'un réalisme qui ne trouve pas toujours voix au chapitre même aujourd'hui. Il est intéressant de constater que, déjà en 1812, il adopta la position que les règles concernant de tels documents étaient telles « qu'aucun officier au service de Sa Majesté ne pouvait les ignorer » [traduction], règle qui s'applique aujourd'hui au personnel des Forces armées, bien que tous les militaires n'en soient pas conscients et, à plus forte raison, le grand public[8]. Il souligna qu'il n'était pas nécessaire qu'existe entre les pays visés un traité ni même un accord spécial entre les parties directement en cause, car dans de telles situations, il faut reconnaître

7. (1812), STEWART p. 333.
8. Voir, par exemple, *Llandovery Castle* (1921, suite à illégal par le fond d'un navire-hôpital britannique ayant à son bord du personnel médical canadien) (signalé dans Cameron, *The Peleus Trial*, 1948, App. IX). Voir aussi GREEN, « The Man in the Field and the Maxim Ignorantia Juris Non Excusat » 10 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 1980.

> qu'elles sont fondées sur un pacte dont les termes sont en partie explicites et en partie induits de l'usage général et qu'elles sont assujetties au droit des gens conventionnel. [Traduction].

Il ne serait pas très utile d'étudier à fond le rôle joué par les tribunaux canadiens en ce qui a trait aux questions ressortissant au caractère ennemi, qu'il s'agisse de particuliers, de navires ou de personnes morales, ou aux problèmes relatifs au commerce avec l'ennemi ou à des activités de haute trahison pour le compte, ou apparemment pour le compte, de l'ennemi. Il s'agit d'applications du droit coutumier, des statuts anglais ou, par la suite, de la législation canadienne. En d'autres termes, même si les problèmes relatifs au caractère ennemi et les problèmes connexes sont régulièrement traités dans les ouvrages et les manuels sur le droit en matière de conflit armé, ils n'en relèvent pas moins du droit interne et ne sont touchés par le droit international que dans la mesure où ils se situent dans le cadre général des actions permises par les dispositions pertinentes de ce droit. On pourra au besoin étayer cet argument en se reportant à la décision du Dr Croke du tribunal de la vice-amirauté d'Halifax dans l'affaire *The Schooner Nancy*[9] ou au jugement du juge Maclean dans la référence sur la *Loi des mesures de guerre, 1914 (In the Matter of the War Measures Act, 1914)*[10]. Ce dernier a souligné que

> sous réserve de toute loi contraire et sous réserve du Traité de paix (Allemagne), décret 1920 (Canada), il peut être dit que la loi du pays ne confisque pas les biens d'un ennemi [Traduction],

un principe qui n'était enchassé dans aucun traité généralement accepté, bien qu'une protection analogue pour les biens privés de l'ennemi en territoire occupé soit reconnue dans les *Instructions for the Government of the Armies of the United Stated in the Field*[11] du professeur Lieber ainsi que dans le Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre[12]. Du point de vue de la reconnaissance par le Canada des limites du droit en matière de conflit armé et ce, bien avant que de telles limitations ne soient exprimées sous forme conventionnelle, il est intéressant de rappeler le jugement du Dr Croke dans l'affaire du navire américain, *The Marquis de Somerueles*[13]. Dans le Règlement de La Haye de 1907, il a été reconnu que les biens culturels devraient être à l'abri de toute attaque, mais ce ne fut pas avant 1954 que la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé[14] a traduit cette reconnaissance en dispositions conventionnelles en bonne et due forme. Et pourtant, en 1814, le Dr Croke reconnaissait que

9. (1805) STEWART 49; voir aussi *Topay* c. *Crow's Nest Pass Caol* (1914) 18 D.L.R. 784 et *Re Beranik* (1915) 25 D.L.R. 564.
10. [1925] Ex C.R. 196; voir aussi sa décision dans *Sec. of State for Canada* c. *Alien Property Custodian for the United States* [1930] Ex C.R. 75.
11. General Orders no 100, 1863 (SCHINDLER and TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts* (1973), 3), art. 37.
12. Art. 53 (*ibid.*, p. 53).
13. (1813) STEWART p. 482.
14. SCHINDLER/TOMAN, *op. cit.*, p. 529 (italiques ajoutés, cf. préambule de la Convention où il est question « du patrimoine commun de l'humanité entière »).

> ce même droit des gens qui prescrit que tous les biens appartenant à l'ennemi seront passibles de confiscation comporte également ses modifications et ses atténuations de cette règle. Les arts et les sciences sont des activités dont toutes les nations civilisées reconnaissent qu'elles font exception aux dures prescriptions de la guerre et qu'elles doivent jouir de leur faveur et de leur protection. Il n'est pas considéré qu'elles sont l'apanage d'une nation en particulier, mais qu'elles *appartiennent à l'humanité entière* et qu'elles *rejoignent les intérêts communs de toute l'espèce.* ...Nous faisons la guerre en légitime défense de nos droits nationaux, non pour violer les grâces de la nature humaine. [Traduction]

Les spécialistes en droit international ont pris l'habitude d'attribuer une très large part de crédit pour le développement du droit maritime international aux jugements de Sir William Scott, Lord Stowell. Sans doute est-ce parce que la pratique canadienne dans cette branche du droit est moins connue, que le nom du Dr Croke ne rivalise pas avec celui de Lord Stowell. Nous avons déjà cité certaines de ses décisions dans des causes relatives à la guerre de 1812. Toutefois, dans l'affaire du *Curlew*[15], de fait la seule décision britannique avant la Première Guerre mondiale portant sur la réquisition, il a énoncé ce qui peut être considéré comme la définition ultime du droit des prises:

> Aux termes du droit des gens, tel qu'il est universellement accepté et pratiqué par tous les États civilisés, il faut, avant qu'un bien capturé ne soit considéré comme une prise, que celui-ci fasse l'objet d'un jugement de confiscation, après des procédures judiciaires régulières où toutes les parties intéressées peuvent se faire entendre. Tant qu'un bien capturé n'a pas été ainsi déclaré de bonne prise, le droit de propriété reste en suspens et la possession de ce bien par le pays qui a effectué la capture constitue un dépôt sacré, dont il n'a que la garde pour le compte des ayants droit éventuels. Les poursuites intentées devant le tribunal des prises sont des actions *in rem* et la partie qui a gain de cause a droit au navire ou aux marchandises, conformément à la règle de droit civil, *si in rem actum sit coram judice, si contra possessorum judicaverit, jubere ei debet, ut Rem Ipsam restituat*[16].
>
> Par conséquent, le bien capturé n'est que sous séquestre avant le jugement et ne peut donc être aliéné ou soumis à une disposition quelconque, quel qu'en soit le dépositaire en vertu des lois du pays ou l'éventuel ayant droit. Ni le gouvernement du pays ni les capteurs ne peuvent l'utiliser à leurs propres fins ou l'utiliser dans leur service. Celui qui en a la garde ne peut non plus l'aliéner, ni à titre onéreux ni sur gage, sans l'accord de toutes les parties intéressées (selon le maxime *volenti nulla fit injuria*) ou pour le bénéfice ultime de toutes les parties (ce qui permet de présumer un tel consentement), par exemple s'il s'agit de marchandises périssables et périssant ou s'il est probable que la décision finale n'interviendra pas avant longtemps. Il semble donc qu'une cour de l'amirauté peut, en se fondant sur les *principes généraux* du droit des gens qui la lient, décider de la délivrance de biens dans ces conditions, à moins de motifs très particuliers et spéciaux... [Traduction]

Le Dr Croke a non seulement expliqué le droit des prises en ces termes simples, mais plus loin dans son jugement il a presque prédit la décision rendue dans l'affaire

15. (1812) STEWART, p. 312 (italiques dans l'original); voir aussi *La Reine des Anges* (1803) STEWART, p. 9.
16. JUSTINIEN, *Institutes*, Lib. IV, tit. 17, s. 2.

du *Somora*[17], quand il a mis en évidence les limites d'un ordre gouvernemental en ce qui a trait à la saisie et à la détention des navires. Au cours de la guerre de 1812, le Dr Croke a aussi indiqué clairement qu'un principe élaboré à la fin de la Guerre de Trente ans et selon lequel un captif n'appartenait pas à son capteur[18] s'appliquait également au droit maritime des prises:

> Pour prévenir les inconvénients et les abus qui pourraient survenir si elles étaient laissées entièrement à la disposition de leurs capteurs et pour freiner les pratiques irrégulières et de piraterie qu'on pourrait craindre, les prises sont généralement considérées comme étant la propriété de la nation et les gouvernements n'ont accordé aux capteurs qu'un intérêt limité et conditionnel à leur égard, sous réserve de toutes les règles imposées par le droit des gens et leurs propres lois internes[19]. [Traduction]

Il est intéressant de s'arrêter également à une autre cause canadienne en la matière, car si l'on y retrouve des vues analogues à celles du Dr Croke sur la nature de la juridiction des prises, on peut la considérer comme indicative des vues gouvernementales à une époque ultérieure. Au cours des audiences dans l'affaire *The Bellas*[20], le sous-ministre de la Justice, M. Newcombe, témoignant comme conseil, a souligné qu'en matière de prises:

> le tribunal procède selon la cour d'amirauté tel qu'exprimé dans les instructions de son propre souverain et sous réserve de ces instructions, selon le droit des gens ou peut-être, avec toute la déférence voulue, serait-il plus précis que je dise la pratique internationale telle qu'exprimée dans la législation interne du pays, et dans la mesure où la pratique internationale est conforme aux statuts, règles et règlements alors en vigueur. [Traduction]

En plus de contribuer au développement du droit des prises, les juges canadiens du XIXe siècle se sont aussi attachés à clarifier les droits et les obligations des neutres. En ce qui a trait aux devoirs des neutres, le jugement canadien le plus important est peut-être celui qui a été rendu dans l'affaire *The Chesapeake*[21]. À la suite d'un complot ourdi au Canada, certains sujets britanniques alléguant être des agents des États confédérés saisirent un navire nordiste, tuant le second mécanicien et faisant prisonnier le reste de l'équipage. Par la suite, on demanda l'extradition des responsables qu'on accusait de piraterie, de meurtre et de vol en haute mer. La course venait d'être rendue illégale par la Déclaration de Paris de 1856. Les accusés prétendaient qu'ils n'étaient pas des corsaires se livrant à la piraterie car, bien que neutres, ils avaient été dûment commissionnés par la Confédération. En cour de vice-amirauté du Nouveau Brunswick, le juge Ritchie déclara que:

17. [1916] 2 A.C. 77.
18. L'article 63 du Traité de Westphalie de 1648 prévoyait la libération par les deux camps de tous les prisonniers de guerre sans le versement de rançons; voir LEVIE, *Prisonners of War in International Armed Conflict* (1978), p. 5.
19. *The Cossack* (1813) STEWART, p. 313.
20. (1914) Ex. Ct. of Canada (Official Stenographer's Notes, c. MacKenzie and Laing, *Canada and the Law of Nations* (1938), p. 515.
21. (1864) STOCKTON, pp. 208, 284.

> ...les neutres commissionnés comme corsaires et qui agissent sous l'autorité de leurs lettres de commission sont, à l'instar des ressortissants des États belligérants, protégés contre toute accusation de piraterie.
>
> Ils peuvent être justiciables des lois de leur propre pays[22] pour toute transgression de celles-ci et peuvent perdre le droit d'invoquer leur protection contre les conséquences de leurs actes, mais ils ne peuvent être traités comme pirates par les belligérants contre lesquels ils commettent ces actes. Toutefois, en tant que neutres ils se trouvent dans une position très différente de celle des belligérants. Des belligérants... peuvent effectuer des captures sans commission. Des neutres ne peuvent se protéger qu'en étant commissionnés par un État belligérant ou en agissant sous son autorité, ou en servant à bord de navires commissionnés ou sous les ordres d'officiers dûment autorisés. Ils ne peuvent, sans commission en course ou autorisation, armer un navire dans un pays neutre en vue d'une expédition hostile contre une puissance en paix avec ce pays et, en prétendant agir au nom ou pour le compte d'un État belligérant, commettre en haute mer des actes qui, à moins d'être protégés par les droits du belligérant, seraient considérés comme des actes de piraterie et ne pas être tenus criminellement responsables de tels actes. Il incombe donc aux personnes qui ne sont pas des belligérants mais les sujets d'une puissance neutre et qui se livrent à des actes hostiles de bien s'assurer, si elles veulent éviter de se voir imputer des actes criminels, que les déprédations qu'elles exercent à l'encontre des navires d'une nation en paix avec celle à laquelle ils doivent allégeance et en opposition aux lois internes et à la politique naturelle de leur propre gouvernement... sont effectuées en vertu d'une commission en course qui résistera à un examen juridique serré. [Traduction]

Dans son ouvrage intitulé *Crisis in the Law of Nations*[23], le regretté H.A. Smith a signalé l'une des conséquences de l'évolution vers la guerre totale de l'époque moderne et a posé la question à savoir si l'ancienne distinction entre combattants et civils n'était pas disparue, notamment dans les cas où un pays avait ni plus ni moins enrôlé la population entière au service de l'effort de guerre. Cette question intéressait déjà le Dr Croke à l'époque des guerres napoléoniennes. Le *Tamaahmah*[24] fut saisi avec à son bord cinquante passagers français, y compris des femmes et des enfants. Parti d'un port américain, ce navire faisait route vers Bordeaux, alors bloqué. Le distingué juge formula les observations suivantes:

> Il a été décidé dans plusieurs causes que le transport vers la France de soldats et de marins, et bien que ceux-ci ne soient pas des troupes régulières ou destinés à un service particulier, constituait un acte de contrebande. Il n'existe aucune preuve que nombre de ces passagers ne répondaient pas à cette définition. Sous le gouvernement actuel de la France, où l'ensemble des sujets sont conscrits, tout homme est un soldat ou un marin. Chaque homme à bord de ce navire en mesure de porter les armes aurait pu être conscrit dès son arrivée en France, et sans doute l'aurait-il été, et envoyé combattre la Grande-Bretagne et ses alliés. Bien que quelques personnes aient pu être admises innocemment à bord d'un navire pour le transport général des passagers, lorsqu'un tel navire ne sert qu'à cette fin et qu'il transporte un plein chargement de sujets ennemis, un tel chargement peut difficilement être considéré comme innocent... [Si le navire faisait route vers un port ouvert], il pourrait être plus délicat de déterminer jusqu'où

22. Voir la Loi sur l'enrôlement à l'étranger, *S.R.C.* 1970, c. F-29.
23. (1947) ch. 3.
24. (1811) STEWART, p. 254.

> peuvent procéder, sous les principes de [l'immunité], des personnes qui manifestement n'ont pas le statut militaire. Le cas qui nous occupe est fort différent. ...Dans le présent cas, comme le port est soumis à un blocus rigoureux, la seule question à trancher est de savoir dans quelle mesure l'activité à laquelle se livre ce navire revêt un caractère favorable et de nature à faire exception aux règles strictes du blocus. Quelque doute qu'il puisse y avoir dans l'autre cas, il n'y en a aucun dans celui-ci...

Ce n'est que durant la Seconde Guerre mondiale que les tribunaux canadiens ont à nouveau contribué à la preuve de ce qui constitue le droit international en matière de conflit armé. Au cours de cette guerre, un certain nombre de prisonniers de guerre ennemis furent transférés de l'Europe au Canada pour y être détenus dans des camps. Il était donc évident qu'il y avait de fortes chances que les tribunaux devraient se prononcer sur des questions relatives au statut et aux droits de ces prisonniers. Il n'était pas rare de constater dans les camps de prisonniers allemands que les prisonniers nazis cherchaient à faire observer la discipline du parti et d'exercer un contrôle sur leurs compatriotes et ce, jusqu'au point de les juger et même de les condamner à mort. L'incident le mieux connu de ce genre en ce qui concerne le Canada ne s'est cependant produit au Canada mais en Europe où des troupes allemandes s'étaient rendues en 1945 à la Première Armée canadienne. Bien qu'il ait été maintenu que ces troupes s'étaient rendues et n'étaient pas de fait des prisonniers de guerre, il reste que juridiquement tel était leur statut. Les Allemands conservèrent le droit d'exercer leur propre discipline et bien que les Alliés aient aboli tous les tribunaux militaires allemands, les officiers allemands décidèrent de passer en jugement deux déserteurs. Les autorités canadiennes furent informées de ce qui allait se produire et savaient que la peine de mort pourrait être imposée. Ce qui effectivement se produisit. Les Canadiens fournirent même les fusils pour l'exécution. Quand cette question fut soulevée en Chambre des communes en 1966[26], le ministre de la Défense nationale qualifia l'incident de « fort regrettable » mais estima que « la guerre étant terminée depuis vingt ans, on ne gagnerait rien en poussant l'affaire plus loin ». Bien qu'il n'y ait rien eu dans la Convention de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre pour rendre ce genre de procès illégal, on peut difficilement arguer qu'il était dans l'intention des parties que des tribunaux de guerre irréguliers soient tolérés. D'ailleurs depuis 1949[27] une telle situation ne pourrait se reproduire. Une décision davantage en conformité avec le respect de la règle de droit et de l'esprit qui a présidé à l'élaboration du droit relatif aux prisonniers de guerre est venu de la division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta dans l'affaire *R.* c. *Perzenowski and Others*[28]. Le tribunal a déclaré qu'une « exécution » d'un prisonnier de guerre effectuée par ses compagnons qui le croyaient un traître et qui pensaient agir en conformité avec le droit militaire allemand et les ordres d'un supérieur constituait un meurtre et ne pouvait être justifiée en vertu de la loi allemande ou en raison d'ordres supérieurs.

---

25. Par ex. *The Friendship* (1803) 4 C.Rob. 420.
26. Débats des Communes, le 11 octobre 1966, 8510, le 21 décembre 1966, pp. 11445-46.
27. Convention relative au traitement des prisonniers de guerre (SCHINDLER and TOMAN, *op. cit.*, 345), art. 84, 96 et 99; de plus, un prisonnier de guerre ne peut maintenant être exécuté que six mois après notification à la Puissance protectrice, art. 100 et 107.
28. [1946] 3 W.W.R. p. 678; voir aussi *R* c. *Werner* 1947 S.A.L.R. 82.

Il existe un groupe de décisions sur les droits des prisonniers de guerre en cas d'évasion, qui importent davantage du point de vue de la contribution du Canada au développement du droit en matière de conflit armé ou au niveau de la preuve d'une pratique acceptée à cet égard. Le Règlement de La Haye prévoit que les prisonniers évadés qui sont repris sont passibles de peines disciplinaires[29]. Sur ce point, la Convention de 1929[30] n'a ajouté de précision qu'en ce qui a trait aux peines imposées aux prisonniers repris, prévoyant que:

> La tentative d'évasion, même s'il y a récidive, ne sera pas considérée comme une circonstance aggravante dans le cas où le prisonnier de guerre sera déféré aux tribunaux pour des crimes ou délits contre les personnes ou contre la propriété commis au cours de cette tentative.

Cette disposition fait problème dans la mesure où elle n'indique aucunement quels genres d'infractions doivent être considérés comme faisant partie intégrante de la tentative d'évasion et lesquels sont simplement « commis au cours de cette tentative ». Dans *R.* c. *Krebs*[31], la cour de magistrat du comté de Renfrew (Ontario) a soutenu qu'un prisonnier évadé qui entre par effraction dans une demeure et qui y vole des objets dans le but de faciliter son évasion ou de l'aider à préserver sa liberté ne peut se voir imputer de responsabilité criminelle. Il s'agit du premier jugement signalé dans ce domaine, bien que Lord Campbell ait suggéré, dans *R.* c. *Sattler*[32], qu'un prisonnier de guerre qui tuait un garde en s'évadant ne serait probablement pas coupable de meurtre, car il pouvait facilement être argué que cet acte faisait partie de son évasion et, partant, constituait un acte de guerre qu'il était toujours en droit d'entreprendre malgré sa capture. Le distingué juge fit observer que:

> l'accusé n'est pas passible de sanctions aux termes du droit commun pour une tentative d'évasion[, pas plus qu'il n'est passible de sanctions aux termes du droit international pour cet acte]. Il n'est pas passible de sanctions aux termes du droit commun pour tout acte raisonnable commis pour l'aider dans son évasion et à mon avis il en va de même pour tout acte commis pour préserver sa liberté une fois qu'il l'a acquise.
>
> L'accusé ne doit aucune allégeance à la Couronne. Il est un ennemi avoué et déclaré de la Couronne, un prisonnier de guerre et un homme qui, s'il n'y est pas tenu par le devoir, peut fort raisonnablement croire qu'il est de son devoir d'échapper à son état de prisonnier et, s'il le peut, retourner dans le pays auquel il doit allégeance et y accomplir son devoir de citoyen[33].
>
> ...mon avis est qu'un prisonnier de guerre ne peut être puni pour tout acte raisonnable commis pour s'évader ou, une fois qu'il s'est évadé, pour conserver sa liberté. ...[C]e que l'accusé a fait, il l'a fait pour faciliter son évasion... [Traduction]

L'importance de l'affaire *Krebs* tient au fait qu'il s'agissait du premier jugement à traiter de la prétendue responsabilité criminelle d'un prisonnier de guerre

29. Art. 8.
30. Art. 47 à 51.
31. (1943) 80 C.C.C. 279.
32. (1858) 169 E.R. 1105.
33. En vertu de la Loi sur la défense nationale, *S.R.C.* 1970, c. N-4, art. 66 b), il est du devoir de tout Canadien fait prisonnier de guerre de chercher à s'évader si l'occasion s'en présente.

évadé. Malheureusement, le jugement n'est intervenu qu'au niveau de la cour de magistrat et le juge de police Calligan ne s'est aucunement référé à la Convention de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre ou à toute autre règle, coutumière ou conventionnelle, du droit international en matière de conflit armé. En Alberta, un magistrat de la cour de police a dû faire face à un problème analogue dans *R* c. *Schindler*[34] et il a expressément déclaré son désaccord avec la décision *Krebs*, dont il estimait qu'elle reflétait le droit existant avant l'adoption de la Convention de 1929. Il signala que par suite de l'application de cette Convention[35], un

> prisonnier de guerre au Canada est dans la même situation qu'un membre des Forces armées royales du Canada... [et] responsable selon les lois civiles de ce pays des crimes commis en s'évadant ou en tentant de s'évader ou après qu'il s'est soustrait à sa séquestration légale. [Traduction]

La Cour d'appel de l'Ontario a eu tendance à se ranger du côté de la décision *Schindler* dans *R.* c. *Brosig*[36]. Cette cour a non seulement appuyé l'opinion qu'aux termes de la Convention il était justifié de traiter les prisonniers de guerre comme on le faisait de ses propres troupes en ce qui a trait au respect des règles de droit criminel, mais le juge en chef Robertson a expressément rejeté l'opinion qu'il existait en droit commun ou dans tout autre régime juridique une règle qui soustrait les prisonniers de guerre à la juridiction criminelle locale. Néanmoins, les deux juges qui ont prononcé le jugement n'ont pas exclu la possibilité qu'une infraction commise comme partie intégrante d'une évasion pourrait échapper à cette juridiction et ont maintenu l'opinion du tribunal de première instance voulant que le vol de parfum afin de masquer l'odeur de la transpiration puisse tomber dans cette catégorie. Enfin, dans *R.* c. *Kaehler et Stolski*[37], la division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, tout en convenant qu'il n'y avait aucune exemption en vertu du droit commun, signala par ailleurs que puisqu'un prisonnier de guerre a droit à la protection des lois du Canada, il doit dans la même mesure obéir à ces lois et ce, même s'il a été amené au Canada contre son gré. Ce cas présente un intérêt supplémentaire du point de vue du droit international car la défense a été assurée par le gouvernement de la Suisse en sa qualité de Puissance protectrice aux termes de la Convention. Le juge en chef Harvey a signalé qu'en dépit du nombre de prisonniers de guerre détenus en Angleterre, au Canada et aux États-Unis, il ne semblait y avoir aucune décision concernant leur responsabilité criminelle au cours d'une évasion si ce n'est celles déjà mentionnées. Il acceptait l'opinion exprimée dans *Brosig*, que la Convention de 1929 faisait partie de la loi du Canada[38], mais était d'avis qu'aucune des dispositions de la Convention

> n'étayerait la conclusion que les infractions commises pour faciliter une évasion bénéficient d'un statut privilégié. [Traduction]

34. [1944] 3 W.W.R. 125.
35. Art. 45, 51, 56 et 60 à 75.
36. (1945) 83 C.C.C. 199.
37. (1945) 83 C.C.C. 353.
38. Décret du Conseil C.P. 4121 (*Proclamations and Orders in Council*, vol. 1, p. 218).

Il fit observer que puisque l'article 51[39] empêchait de considérer comme circonstance criminelle aggravante les tentatives d'évasion et que l'article 52 recommandait l'indulgence

> lorsqu'il s'agira d'apprécier des faits connexes à l'évasion ou à la tentative d'évasion,

il semblait que la Convention n'établisse aucune distinction et

> envisage clairement des infractions punissables par les cours lorsqu'elles sont commises dans le cours d'une tentative d'évasion. [Traduction]

De surcroît, ces dispositions furent intégrées dans le Règlement concernant les prisonniers de guerre établi en vertu de la Loi des mesures de guerre[40] et aux termes duquel les prisonniers de guerre étaient clairement assujettis à la loi canadienne comme s'ils étaient des membres des Forces canadiennes. S'il peut être vrai qu'un prisonnier de guerre a le devoir de chercher à s'échapper,

> un tel devoir... est à l'endroit de son propre pays et de ses propres forces armées et non à l'endroit du Canada. D'ailleurs, même s'il avait ce droit, il n'y a aucune règle applicable à nos forces armées et, par voie de conséquence, aux prisonniers de guerre, selon laquelle une fin légitime justifie des moyens illégitimes. [Traduction]

Le juge en chef a nié l'existence du droit d'évasion puisque la Convention reconnaissait que les prisonniers repris étaient passibles de peines disciplinaires. Toutefois, ce raisonnement semblerait aller trop loin. Le fait que la Convention reconnaisse à la puissance détentrice le droit de punir un prisonnier repris après une évasion ne signifie pas que le prisonnier n'ait pas le droit de chercher à s'évader. Ceci n'est qu'un exemple de deux droits qui existent parallèlement, l'un devenant réel seulement après avoir été exercé avec succès. Toutefois, le juge en chef a tout à fait raison de dire que la Convention fait une distinction entre l'infraction que constitue la tentative d'évasion et les infractions qui peuvent être commises au cours de cette entreprise et de prétendre que le prisonnier de guerre bénéficiant de la protection de la Loi, il doit également y obéir et ce, au point d'être comptable d'une infraction qui peut être directement liée à son évasion, bien qu'aux termes de la Convention de telles infractions doivent être envisagées avec indulgence.

Dans une certaine mesure, le droit sur lequel reposaient les jugements exposés ici a été modifié par la Convention de 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre. Même si, à l'article 93, la Convention reprend la disposition relative à l'absence de circonstances aggravantes, qui se retrouve à l'article 51 de la Convention de 1929, elle stipule par ailleurs que

> les infractions commises par les prisonniers de guerre dans le seul dessein de faciliter leur évasion et qui n'auront comporté aucune violence contre les personnes, qu'il s'agisse d'infractions contre la propriété publique, de vol sans dessein d'enrichissement, de l'établissement et de l'usage de faux papiers, de port d'habits civils, ne donneront lieu qu'à des peines disciplinaires,

39. Voir texte sous renvoi 30 ci-dessus.
40. *S.R.C.* 1927, c. 206.

par opposition à des sanctions pénales. Ce qui signifie que, même si les prisonniers de guerre sont soumis aux mêmes règles de droit que les membres des Forces canadiennes, tout chef d'accusation analogue à ceux portés dans les affaires *Krebs*, *Shindler*, *Brosig* ou *Kaehler* ne pourrait être traité comme ressortissant au criminel *simpliciter*, mais chacun devrait faire l'objet d'un examen approfondi pour déterminer si les vols pourraient, en fait, être considérés comme ayant été commis « dans le seul dessein de faciliter leur évasion » et « sans dessein d'enrichissement ».

Ce n'est pas seulement au regard du traitement des prisonniers de guerre que les tribunaux canadiens ont contribué au développement du droit en matière de conflit armé. Ces derniers ont également eu à juger des criminels de guerre dans les causes *Jung et Schumacher* et *Holzer*, et toutes deux relatives au meurtre de prisonniers canadiens. Dans chaque cas, le juge-avocat a fourni des avis au tribunal quant à la validité de la défense reposant sur l'obéissance à des ordres supérieurs, en conformité avec les dispositions du *British Royal Warrant* sur les procès pour crimes de guerre et le *Manual of Military Law* britannique, tout en reconnaissant la possibilité que le tribunal, particulièrement en raison des contraintes exercées à l'encontre de l'un des accusés dans l'affaire *Holzer*, puisse réduire la sentence[41]. Toutefois, on ne peut affirmer que l'un ou l'autre tribunal a concrètement apporté d'autre contribution positive à l'évolution du droit que celle de montrer que les tribunaux militaires canadiens s'accordaient sur l'interprétation du droit, à l'instar d'ailleurs des Britanniques et de la plupart des tribunaux des pays alliés.

Un tribunal canadien a effectivement apporté une contribution positive dans un des secteurs du droit en matière de crimes de guerre, bien que cet apport ait été éclipsé par le jugement *Yamashita*, rendu par un tribunal américain des crimes de guerre et ultérieurement sanctionné par la Cour suprême[42], et qui est généralement considéré comme ayant concrétisé la partie du droit relative à la responsabilité du commandement. *Kurt Meyer*, commandant du 25e Régiment de grenadiers Panzer SS, a été accusé d'avoir ordonné à ses subordonnés de refuser de faire quartier aux prisonniers, d'avoir ordonné l'exécution de prisonniers canadiens et d'être responsable des exécutions auxquelles se sont livrés ses subordonnés. Les chefs d'accusation ont été déposés en conformité avec les dispositions des Règlements de 1943[43] concernant les crimes de guerre, qui stipulent que

> Lorsqu'il y a des indices qu'un crime a été commis par des membres d'une formation, d'une unité, d'un corps ou d'un groupe et qu'un officier ou sous-officier était présent au moment même ou immédiatement avant le moment de la commission dudit crime, le tribunal peut admettre ces indices comme preuve *prima facie* de la responsabilité de cet officier, ou de ce sous-officier, *et du commandant* de cette formation, de cette unité, de ce corps ou de ce groupe, à l'égard de ce crime.

41. Ces observations sont fondées sur la transcription non publiée des audiences. Les extraits concernant la défense fondée sur les ordres supérieurs sont reproduits dans GREEN, *Superior Orders in National and International Law* (1976), pp. 288-292.
42. (1945) 4 *Law Reports of Trials of War Criminals*, p. 1; (1946) 327 U.S. 1.
43. Réédités en annexe à la Loi sur les crimes de guerre, 1946, c. 73, art. 10 (4) et (5) (italiques ajoutés).

Des indices[44] montraient que les subordonnés de Meyer étaient responsables de l'exécution des prisonniers, que ce dernier était au fait de l'exécution d'au moins une partie des 41 prisonniers au regard desquels les chefs d'accusation avaient été portés et que certaines des exécutions s'étaient tenues à proximité de ses quartiers généraux. L'accusé avait par ailleurs indiqué qu'il était au courant des exécutions et qu'il avait vu quelques-uns des cadavres.

Dans sa récapitulation des points saillants, le juge-avocat[45] a fait les observations suivantes sur les obligations et les pouvoirs discrétionnaires des membres du tribunal des crimes de guerre:

> ...Ils peuvent puiser à leur connaissance de la nature humaine et à leur expérience commune de combattants et peuvent reconnaître sans plus les faits entrant dans leur compétence militaire générale ainsi que les lois et les usages de la guerre[46], mais pour ce qui concerne les allégations de fait particulières exposées dans les chefs d'accusation, ils doivent faire abstraction... de toute considération qui pourrait influer sur [leur] jugement et qui ne se rapporte pas à la présente affaire. Le fait que l'accusé fasse partie d'une force ennemie ne doit pas être matière à préjudice contre ce dernier et la Cour ne tient compte ni de l'opinion publique exprimée dans la presse ou ailleurs ni de questions de politique ou de convenance... [Traduction]

Le juge-avocat a par la suite passé en revue les divers chefs d'accusation et déclaré ce qui suit en ce qui concerne l'ordre donné de refuser de faire quartier:

> ...Un officier peut être trouvé coupable d'un crime de guerre s'il incite les soldats sous son commandement à refuser de faire quartier et leur conseille de ce faire, que ce geste entraîne ou non l'exécution de prisonniers. Il semble ressortir au bon sens d'affirmer que peuvent être reconnus criminels de guerre non seulement ceux de l'ennemi qui mettent illégalement à mort des prisonniers, mais aussi tout supérieur militaire qui incite ses subordonnés à commettre de tels actes et leur conseille de ce faire... Si vous découvrez que ces prisonniers [de guerre], ou certains d'entre eux, ont été exécutés par des membres du 25e Régiment de grenadiers Panzer SS, vous devrez décider si l'accusé était responsable de ces actes...
>
> ...Il n'est pas facile de déterminer en quelles circonstances un commandant militaire peut être tenu responsable d'un crime de guerre commis par ses subordonnés et être puni en tant que criminel de guerre.
>
> ..Les preuves à charge mises de l'avant doivent servir à établir la responsabilité de l'accusé quant au crime imputé ou à justifier la présomption de cette responsabilité par la Cour. La charge secondaire, le fardeau de la preuve destinée à établir la non-culpabilité au regard de tout crime de guerre particulier, incombe alors à l'accusé.[...]

44. (1945) Le compte rendu ci-haut est fondé sur la transcription non publiée, pp. 839 et 840 à 845.
45. Le juge-avocat était le conseiller juridique du tribunal. Il n'a aucunement participé à l'élaboration du jugement, mais a résumé la preuve et précisé la loi pour le tribunal. Les tribunaux militaires ne rendaient pas de jugement motivé et le résumé de la preuve par le juge-avocat, s'il concorde avec son avis, doit être considéré comme le reflet de l'opinion juridique du Tribunal.
46. Dans l'affaire *Neitz* (1946), le juge-avocat a fait valoir le même point: « Il vous incombe de préciser quels sont les us et coutumes de la guerre et... en dernière analyse, s'il y a eu infraction de ces lois et coutumes..., et pour ce faire vous pouvez mettre à profit les connaissances militaires acquises au fil des années d'expérience dans votre profession » (transcription non publiée, p. 197).

> ...Les Règlements n'impliquent pas qu'un commandant militaire puisse dans chaque cas être puni comme criminel de guerre pour tout crime de guerre commis par ses subordonnés, mais, une fois que certains faits ont été prouvés par la Couronne, il incombe à l'accusé de réunir la preuve visant à réfuter la déduction de responsabilité que la Cour est habilitée à faire. Tous les faits et toutes les circonstances doivent ensuite être soupesés pour déterminer si l'accusé était en fait responsable de l'exécution des prisonniers dont il a été fait mention dans les différents chefs d'accusation. Le rang de l'accusé, les fonctions et responsabilités que lui conféraient son commandement, l'entraînement des soldats sous ses ordres, l'âge et l'expérience de ces derniers, tous les faits venant confirmer si oui ou non l'accusé a ordonné ou encouragé l'exécution de prisonniers ou donné verbalement ou tacitement son approbation à de telles exécutions, ou encore délibérément failli en tant que commandant militaire d'empêcher ou de prendre les mesures qu'exigeaient les circonstances pour tenter d'empêcher l'exécution des prisonniers sont tous les éléments qui entrent en compte dans l'examen de la question de la responsabilité de l'accusé. En dernière analyse, c'est à la Cour qu'il revient, en puisant à sa vaste expérience et à ses vastes connaissances des questions militaires, de déterminer la responsabilité de l'accusé dans chaque cas, à la lumière des facteurs pertinents et des dispositions applicables des règlements.
>
> ...La preuve que l'ordre a été donné peut être faite de façon circonstancielle; en d'autres termes, vous pouvez considérer les faits que vous recueillez comme étant prouvés pour ce qui est de déterminer si l'ordre a effectivement été donné, et si vous en venez à la conclusion que la seule déduction raisonnable est que le présumé ordre d'exécuter les prisonniers a effectivement été donné par l'accusé aux moment et lieu présumés, et que des prisonniers ont effectivement été exécutés à la suite de cet ordre, vous pouvez de bon droit trouver l'accusé coupable. ...Vous n'avez pas à être convaincu qu'un ordre particulier a effectivement ou officiellement été donné, mais vous devez être assurés, avant de reconnaître l'accusé coupable, que des mots ont été prononcés ou que des indications ont été clairement données par l'accusé en vue de l'exécution des prisonniers. [...]
>
> ...Une bonne partie de la preuve a été fournie de façon à permettre à la Cour d'évaluer le fond de l'affaire, l'état des hostilités durant la période visée par les divers chefs d'accusation et les circonstances dans lesquelles ont pris place les présumés crimes. En tant que militaires chevronnés, vous comprendrez l'importance de ces facteurs, dont certains sont particulièrement probants pour à la gestion de la culpabilité et d'autres pour les questions de réduction de la peine, dussiez-vous faire la preuve de l'un ou l'autre des crimes. [...] [Traduction]

Cet exposé relatif aux devoirs des commandants est conforme à ce qu'on en est venu à accepter comme étant l'évaluation juste de cette responsabilité et est également conforme à la décision *Yamashita*, bien qu'on puisse considérer que le juge-avocat canadien a exigé un rapprochement plus étroit avec le crime comme tel que ne l'a fait le tribunal américain. L'article 87 du Protocole I de 1977 stipule que les commandants militaires doivent empêcher les infractions aux Conventions de Genève et au Protocole, et les réprimer et les dénoncer aux autorités compétentes. Les commandants doivent également s'assurer que les membres placés sous leur commandement connaissent leurs obligations aux termes de ces documents. Par ailleurs, reflétant peut-être en cela l'expérience tragique de My Lai, il est également stipulé que tout commandant qui a appris que des subordonnés vont commettre ou ont commis une infraction aux Conventions et au Protocole doit empêcher une telle

infraction ou prendre l'initiative d'une action disciplinaire ou pénale à l'encontre des auteurs des violations. Ce qui laisse inchangée la question de la responsabilité personnelle du commandant qui a ordonné la commission de crimes de guerre ou n'a pas réussi à contenir ses subordonnés de façon à empêcher la commission de tels crimes. Le Protocole se limite à exiger du commandant qu'il prenne des mesures en vue de prévenir la perpétration de crimes par ses subordonnés ou de punir de tels crimes. Tout manquement à cet égard de la part de l'intéressé constituerait une infraction au Protocole, et pourrait même ne pas être considéré comme un crime. Sa responsabilité criminelle à titre personnel continuera d'être assujettie aux principes sous-tendant les causes *Meyer* et *Yamashita.*

Une fois que le Comité international de la Croix-Rouge eut indiqué son intention de chercher à développer le droit humanitaire en cas de conflit armé, tel que prévu dans les Conventions de Genève de 1949, le Canada s'est appliqué à rechercher l'application la plus vaste possible de ces principes. À cette fin, les experts canadiens ont tenté, en matière de conflits internationaux (objet même du Protocole I), de limiter l'impact des effets, sur les populations civiles, des moyens et méthodes légitimes de guerre. Ainsi, ils ont cherché à faire interdire les bombardements de zones et ceux ayant pour seule fin de semer la terreur, ainsi que le recours à la famine comme arme. Il ne faut peut-être pas s'étonner que leurs efforts n'aient que partiellement réussi. Dans le premier cas, le Protocole proscrit les attaques directes contre les populations civiles et les biens à caractère civil[47] ou les attaques menées contre des civils dans le seul but de les terroriser[48], tout en imposant des limites à l'égard des attaques, dans une certaine mesure par la méthode indirecte consistant à définir les objectifs militaires[49] et à définir et interdire les attaques sans discrimination[50], et en exigeant l'annulation ou la suspension d'attaques.

> dont on peut s'attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu[51].

Dans le deuxième cas, il est absolument interdit d'utiliser contre les civils la famine comme méthode de guerre[52] et il est interdit d'attaquer, de détruire ou d'enlever des biens indispensables à la survie de la population civile expressément en vue d'en priver cette dernière à raison de leur valeur de subsistance, que ce soit pour affamer des personnes civiles, provoquer leur déplacement ou pour toute autre raison[53].

Au cours de la conférence diplomatique convoquée en vue de l'élaboration du Protocole, le Canada a cherché à élargir la protection conférée par les dispositions à

47. Art. 51 (2).
48. *Ibid.*
49. Art. 52 (2).
50. Art. 51, (4) et (5).
51. Art. 51 (5) b).
52. Art. 54 (1).
53. Art. 54 (2).

caractère humanitaire dans une plus grande mesure que n'étaient disposés à le faire la majorité des pays présents. Ainsi, durant la discussion sur la perfidie, le moment venu d'analyser la proposition visant à interdir aux parties de feindre d'avoir un statut protégé en utilisant des signes pour tromper l'ennemi[54], le Canada a proposé d'adopter une définition suffisamment générale pour veiller à ce que, lorsqu'un emblème non reconnu est habituellement utilisé pour garantir une certaine protection et qu'il est perçu comme tel, son utilisation incorrecte en vue de tromper l'ennemi constitue également matière à perfidie. Les États arabes se sont opposés à la proposition, même si elle avait pour effet d'entraîner le châtiment des coupables, alléguant qu'elle servirait indirectement à sanctionner la reconnaissance du Bouclier rouge de David qui, s'il est utilisé par Israël plutôt que le symbole de la Croix-Rouge et bénéficie de la reconnaissance *de facto*, n'est pas reconnu en tant qu'emblème protégé dans les Conventions de Genève. Un sort analogue a été réservé à une autre proposition du Canada destinée à l'élargir la protection accordée aux biens culturels aux termes de l'article 53. Il a été proposé que les parties à un conflit puissent se communiquer l'inventaire des monuments culturels qu'elles seraient disposées à reconnaître comme étant protégés et, partant, soustraits à tout acte d'hostilité. Là encore, les États arabes ont soutenu qu'une telle mesure aurait indirectement pour conséquence d'entraîner la reconnaissance d'Israël. À une autre reprise, à l'occasion de la définition des éléments constitutifs de l'infraction grave, le Canada a cherché à obtenir, au regard de l'*apartheid*[55], une définition plus précise que celle qui paraît dans le Protocole. Les États du Tiers-Monde ont très clairement indiqué qu'ils faisaient leurs la définition que l'ONU avait donnée de cette infraction, c'est-à-dire la discrimination pratiquée par la population blanche d'Afrique australe à l'endroit des populations noires et non, par exemple, les incidents survenus au Burundi ou encore le génocide pratiqué par Idi Amin contre les Asiatiques installés en Ouganda.

Durant la phase de la Conférence réservée aux travaux en comités, le Canada a réussi à faire accepter des articles relatifs à la défense fondée sur l'obéissance à des ordres supérieurs et à la responsabilité du commandement. Dans le premier cas, l'objectif visé consistait à faire en sorte que le militaire ne puisse s'appuyer sur cette défense lorsque l'acte ordonné entraînait la commission d'un acte que le commun des militaires aurait reconnu comme étant de nature criminelle. La proposition relative à la responsabilité du commandement reflétait la récapitulation des points saillants dans l'affaire *Meyer*, tel que modifié par le principe *Yamashita*. Les deux propositions ont été rejetées en séance plénière. Par ailleurs, la formulation, par le Canada, d'une proposition onusienne concernant la protection des journalistes en mission périlleuse a connu plus de succès ; au lieu d'exiger l'élaboration intégrale d'une convention, le sujet a pu être traité à l'intérieur d'un seul et même article (article 79).

C'est au regard du Protocole II, qui a eu pour effet d'étendre une certaine mesure de réglementation juridique internationale aux conflits non internationaux,

54. Art. 37 (1) d).
55. Art. 87 (4) c).

que le Canada a pu jouer un rôle plus important et novateur. Depuis toujours, c'est dans le cadre de luttes intestines que se commettent les pires atrocités.

Or jusqu'à l'adoption du Protocole II par la Conférence diplomatique, si l'on espérait le maintien de la reconnaissance, dans les conflits non internationaux, des droits fondamentaux de la personne[56], il n'y avait en fait en matière de droit conventionnel régissant ce domaine que l'article 3 qui figure dans toutes les conventions de Genève du 12 août 1949. Le Protocole II vise à faire en sorte que, même en présence d'un tel conflit, les exigences minimales de la règle de droit continuent d'être reconnues et appliquées. Il a toujours été difficile de déterminer quel seuil de violence et d'hostilités il faudrait atteindre pour justifier un écart à la règle traditionnelle de non-ingérence dans les affaires internes, comme il a toujours été difficile de faire accepter aux États le principe voulant que même des citoyens rebelles puissent continuer à être protégés par les dispositions du droit humanitaire.

Dès le début, conscient des différences essentielles entre les participants à des conflits non internationaux et à des conflits internationaux, le Canada a insisté sur l'importance de continuer à distinguer le droit écrit portant sur chacun de ces deux types de conflit et sur la nécessité de garder aussi simple que les circonstances le permettent la partie concernant les conflits non internationaux. De l'avis du Canada, il y avait peu à gagner et peut-être beaucoup à perdre si le document exposant les règles de droit applicables aux conflits non internationaux ne faisait que reprendre celui relatif aux conflits internationaux, à l'exception de quelques changements de forme. Le Canada était par ailleurs conscient de cette vue traditionnelle voulant que le droit international ne s'applique à un conflit non international que lorsque ce dernier prend une envergure analogue à celle de la Guerre civile espagnole, par exemple, les deux parties en cause étant alors reconnues comme des belligérants, et tout aussi conscient du fait que la plupart des incidents survenus depuis 1949 en Asie, en Amérique latine et en Afrique n'avaient pas pris pareille envergure. La première ébauche canadienne d'un Protocole relatif aux conflits non internationaux[57] a été présentée à la Conférence d'experts gouvernementaux réunis à Genève en mai et juin 1971. On peut aisément voir dans le premier paragraphe de l'article 1 les hypothèses de base du Canada à cet égard:

> Les présentes dispositions, qui réaffirment et viennent compléter les dispositions de l'article 3 des Conventions de Genève de... 1949..., s'appliquent à tous les cas de conflit armé qui se produisent sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes et qui appellent la participation de forces gouvernementales d'un côté et les forces armées, régulières ou irrégulières, de l'autre, et auxquels ne s'applique pas l'article 2 commun à chacune des conventions (définissant la nature d'un conflit international).

N'auraient pas été compris dans cette définition les flambées sporadiques de terrorisme, ou même le genre d'incident qui s'est produit à l'université Kent State. La définition aurait toutefois permis de parvenir à une certaine mesure de contrôle

56. Voir, par exemple, GREEN, « Human Rights and the Law of Armed Conflict », dans GALL, *Civil Liberties in Canada: Entering the 1980s* (1981).
57. Voir 1 *La Revue canadienne de défense* (1971), no 2, pp. 64-67.

humanitaire de tout conflit interne lorsqu'un gouvernement, confronté à des forces armées organisées quoiqu'irrégulières (par opposition à une simple mutinerie) se voit contraint de recourir à ses propres forces pour réprimer l'opposition. La définition aurait presque certainement englobé toutes les luttes à caractère anticolonialiste et probablement la situation créée par l'IRA en Irlande du Nord. La proposition était manifestement fondée sur le désir d'« humaniser » tout conflit impliquant des forces armées, que les combats soient parvenus au stade de l'insurrection, de la belligérance ou de la guerre civile. Elle était toutefois de beaucoup trop vaste portée pour être acceptée, et, en dernière analyse, ce sur quoi se sont entendu les participants quant au champ d'application matériel du Protocole II se résumait, somme toute, à la guerre civile traditionnelle. En vertu de l'article premier, le Protocole ne s'applique qu'à un conflit qui se déroule.

> sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole.

Avec une définition d'une telle sévérité, il devient difficile de déterminer comment un conflit non international diffère de celui que mènerait un mouvement de libération nationale en quête d'autodétermination; aux termes des dispositions de l'article premier du Protocole, ce dernier type de conflit se range au nombre des conflits armés internationaux et est soumis aux règles et principes afférents à un tel conflit.

Par souci d'englober la majorité des incidents de la façon la plus simple possible, l'ébauche canadienne ne comportait que 24 articles; le Protocole I, quant à lui, comporte 102 articles dans la version adoptée, en sus des annexes, et à certains moments durant la Conférence, il a semblé que le même sort serait réservé au Protocole II. Ce danger était à ce point imminent qu'à la fin de la deuxième session en avril 1975, le Canada a déposé un Protocole II révisé[58] comprenant 29 articles, acceptant par là le champ d'application restreint auquel il vient d'être fait allusion. Dans la lettre explicative accompagnant l'ébauche, le Canada a réitéré ce qui suit:

> Il est nécessaire de se garder de toute répétition automatique dans le Protocle II des dispositions plus détaillées comme celles relatives à la protection civile, qui figurent dans le Protocole I et qui sont applicables dans ce Protocole aux conflits internationaux. À procéder autrement, on risquerait de modifier le « champ d'application matérielle » du Protocole II à un point tel que les États, en vue de l'application interne du Protocole, ne le ratifieraient pas ou tenteraient de trouver des arguments pour ne pas l'appliquer dans des situations relevant objectivement du Protocole, ce qui, en fait, priverait de la protection nécessaire les victimes des conflits de notre temps.

La position du Canada quant à l'importance d'un document juridique international concernant les conflits non internationaux a été définie en ces termes:

58. Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés. Doc. CDDH/212 du 8 avril 1975.

1) Les dispositions du Protocole II doivent, isolément et dans leur ensemble, pouvoir être agréées par toutes les Parties au conflit, qu'elles soient gouvernementales ou non gouvernementales. Chaque Partie doit donc pouvoir retirer un bénéfice pratique et évident de l'observation de ces dispositions.

2) Chaque Partie doit se sentir parfaitement en mesure d'appliquer ces dispositions. Celles-ci doivent donc être aussi précises et aussi simples que possible de façon à être facilement comprises et respectées, même par un groupe armé organisé relativement, rudimentaire, placé sous un commandement responsable, etc.

3) Le Protocole ne doit pas être invoqué en vue de porter atteinte à la souveraineté d'un État partie quel qu'il soit ou à la responsabilité qu'a son gouvernement de faire respecter la loi ou de maintenir l'ordre et de défendre l'unité nationale et l'intégrité territoriale par des moyens légitimes; il ne doit pas non plus être invoqué pour justifier une intervention extérieure quelle qu'elle soit.

4) Rien dans le Protocole ne doit donner à penser que les dissidents doivent, sur le plan juridique, être traités autrement que comme des rebelles. Faire un pas dans cette direction et reconnaître que les activités militaires des rebelles ont une certaine légitimité c'est inviter les rebelles à espérer obtenir, voire même à exiger, le statut de prisonnier de guerre lorsqu'on les capture.

En dépit de la forme abrégée des propositions du Canada, il a semblé jusque vers la fin de la Conférence que tous ces efforts déployés au nom de ceux impliqués dans des conflits armés non internationaux seraient vains et, qu'en fait, il n'y aurait pas de Protocole II. Finalement, grâce à la diligence dont a fait preuve le chef de la délégation du Pakistan, il a été possible d'adopter par consensus et comme mesure de compromis un projet révisé, fondé en bonne partie sur les propositions canadiennes. Au nombre des articles incorporés dans le Protocole final se trouvent ceux portant sur le champ d'application personnel conférant la protection des garanties fondamentales de traitement humain après la fin des hostilités et jusqu'à ce que les personnes en cause aient recouvré la liberté; sur l'adaptation de l'exigence minimale du traitement humain et de la règle de droit; sur le fait de préconiser l'amnistie à la fin des hostilités; et certains articles sur la protection de la population civile. Toutefois, bon nombre des propositions, qui auraient eu pour effet d'atténuer les horreurs inhérentes à ce genre de conflit, ont été rejetées. Il en a été ainsi de la tentative de préserver le rôle de visite et de supervision d'organisations comme le Comité international de la Croix Rouge; un moratoire sur les exécutions jusqu'à la fin des hostilités au regard de crimes liés à ces hostilités, dans l'espoir que, la paix restaurée, les haines nationales se seraient suffisamment atténuées pour qu'on songe à gracier les coupables; la tentative de contrôle des méthodes et moyens de combat de façon à interdire les blessures inutiles et à sauvegarder les personnes hors de combat; des propositions en vue de la diffusion et de l'explication des dispositions du Protocole, de sorte que la population civile tout comme les forces armées connaissent leurs droits en cas de conflit; et de nouveaux efforts en vue de parvenir à une certaine mesure de supervision et de contrôle internationaux pour réaliser une internationalisation limitée de l'observation des dispositions du Protocole en cas de conflit non international.

Il ressort clairement de ce qui précède que le Canada a joué un rôle important dans le développement du droit en matière de conflit armé. À cette fin, il a pris des mesures énergiques dans le secteur du droit des prises, il a appliqué de façon soutenue les règles généralement reconnues du droit de la guerre et ainsi ajouté au corps de preuves concrétisant ce droit, il a sensibilisé le monde à la nécessité de mesures humanitaires même en présence de conflits internes et, par l'entremise de ses délégations aux conférences internationales, il a modifié, libéralisé, élargi et formulé les propositions présentées par d'autres parties. En fait, le dossier du Canada est extrêmement positif, ce qui n'est peut-être pas suffisamment connu. [*Traduit de l'anglais*].