

# De la coutume en droit international humanitaire

par **Claude Bruderlein**

Le but de cette étude est d'analyser le caractère normatif de la coutume en droit international humanitaire (DIH) pour tenter de mieux comprendre le comportement des Etats en situation de conflit, en nous appuyant sur les bases théoriques et jurisprudentielles du droit international public. Nous tenterons ainsi de mieux saisir les possibilités du développement coutumier en droit international humanitaire, en particulier face à l'intérêt croissant que porte l'opinion publique internationale au sort des victimes de conflits armés. Nous débiterons cette étude par un aperçu des questions soulevées par la coutume en tant que source autonome de droit humanitaire (point 1), pour nous pencher de manière plus approfondie sur les éléments constitutifs de la coutume en droit humanitaire (point 2). Nous terminerons notre sujet par une étude comparative des deux approches de la coutume en DIH en nous concentrant sur les conséquences qu'un tel développement de la coutume peut prendre dans les années à venir en DIH (point 3).

## **1. La coutume en tant que source autonome de droit humanitaire**

Nous avons eu tous l'occasion de constater l'intérêt croissant que porte la doctrine de droit humanitaire au phénomène coutumier en DIH. Cette attention toute particulière pour la coutume de droit humanitaire peut paraître paradoxale après plus d'un siècle de codification. Plusieurs événements expliquent cette ouverture de la doctrine au phénomène coutumier. On peut citer, entre autres, les difficultés qu'ont rencontrées les promoteurs du droit humanitaire dans l'élaboration et la ratification par les Etats des Protocoles additionnels de 1977, la position du gouvernement américain dans son refus de ratifier le Proto-

cole I<sup>1</sup>, et l'expression de la réserve de certains Etats limitant l'application des Protocoles additionnels à l'emploi d'armes conventionnelles<sup>2</sup>; mais surtout, on doit souligner la grave détérioration ces dernières années de la protection des victimes de conflits armés qui se pose aujourd'hui comme un réel défi aux promoteurs du droit humanitaire. Ces éléments remettent sérieusement en question le développement conventionnel du droit humanitaire.

Cependant, de nouvelles perspectives s'ouvrent aux juristes depuis que la Cour internationale de Justice (CIJ), par son Arrêt de 1986 dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, a reconnu à la coutume de droit humanitaire un rang égal à celui du droit conventionnel. Selon l'article 38, paragraphe 1, lettre b) des Statuts de la Cour, la coutume est un système de normes fondées sur la pratique générale des Etats et acceptée comme étant le droit<sup>3</sup>. Cette source autonome de règles de droit, reconnue maintenant comme telle par la Cour en DIH, ouvre de nouvelles voies au développement du droit humanitaire. Ainsi, une pratique conforme aux principes généraux de droit humanitaire, telle qu'encouragée et appuyée par ses promoteurs que sont l'opinion publique internationale et les organismes humanitaires, peut acquérir le statut de règle de droit coutumier, opposable à tous les Etats en toutes circonstances. On voit donc l'importance de cette ouverture de la Cour pour les promoteurs du droit humanitaire. Le DIH coutumier se pose alors comme alternative au droit conventionnel; le complétant, voire le suppléant, dans les domaines où il n'a pu établir de réglementation conventionnelle adéquate; profitant du soutien de l'opinion publique internationale et des organismes humanitaires pour élargir et consolider les objectifs humanitaires du DIH. Sans remettre en question la valeur normative

---

<sup>1</sup> Voir sur ce sujet Meron, Theodor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 62.

<sup>2</sup> Plusieurs Etats ont émis cette réserve dite «de l'OTAN», dont l'Italie, la Belgique, les Pays-Bas. La France, dans sa déclaration accompagnant la ratification du Protocole II, a fait part de son intention de ne pas ratifier le Protocole I à cause «de l'absence de consensus entre les Etats signataires du Protocole I en ce qui concerne la portée exacte des obligations assumées par eux en matière de dissuasion». Voir *Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 — Réserves, déclarations et communications faites au moment ou au sujet de la ratification ou de l'adhésion, au 30 juin 1990*, CICR, Genève, (DDM/JUR 90/802 — PRV 4), ronéotypé. Il est bon de noter, par contre, que l'Union soviétique, dans sa ratification des Protocoles additionnels I et II, le 29 septembre 1989, n'a émis aucune réserve (voir *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 780, novembre-décembre 1989, Genève, pp. 622-623).

<sup>3</sup> *Charte des Nations Unies et Statuts de la Cour internationale de Justice*, Nations Unies, New York, 1979, p. 81.

des dispositions de droit conventionnel, la coutume en droit humanitaire met en valeur l'influence de l'opinion publique internationale sur la pratique des Etats en conflit. Néanmoins, cette voie se révèle très vite être à double sens. L'étude de la coutume peut évidemment conduire à l'extension du champ d'application personnel et matériel du droit conventionnel, en rendant, par exemple, une obligation conventionnelle opposable à des Etats non parties aux instruments conventionnels, ou en élargissant l'application de celle-ci au-delà des situations prévues par les instruments conventionnels. Toutefois, la recherche de la coutume peut également comporter le risque de voir des pratiques inquiétantes sur le plan humanitaire, par exemple dans des domaines non couverts par les Conventions de droit humanitaire, reconnues de droit coutumier du fait qu'elles remplissent les conditions de reconnaissance de la coutume prévues par le droit international public. La situation actuelle des victimes de conflits armés est telle qu'elle exige cependant des juristes qu'ils recherchent activement les moyens adéquats pour renforcer le respect des principes du droit humanitaire, même si cela doit les amener à prendre position sur la pratique des Etats en conflit.

Nous savons que la coutume est la répétition générale, uniforme et prolongée dans le temps, d'un certain comportement (*repetitio facti*), avec la conviction que l'observation de celui-ci est obligatoire (*opinio juris sive necessitatis*). Elle consiste en une répétition d'actes successifs qui se transforment peu à peu en usages observés de bonne foi et qui finissent par être respectés par tous<sup>4</sup>. En droit des conflits armés, elle a précédé, parfois durant des millénaires, la norme écrite, comme dans les cas de la trêve et du parlementaire. Cependant, de par sa nature imprécise et son origine spontanée, elle plonge les juristes formés à la discipline du droit écrit dans une certaine perplexité. Si le droit se définit comme un mode de production organisé d'actes normatifs, la coutume internationale se présente comme une norme sans acte, difficilement saisissable, émergeant de manière continue du corps social de la communauté des Etats, parfois même en apparente contradiction avec l'ordre juridique conventionnel. Elle reçoit un caractère positif du fait qu'elle est reconnue par ceux qui sont en mesure de lui assurer une certaine force d'application. En tant qu'émanation du corps social, la coutume est totalement dépendante de son milieu dans la définition de son caractère obligatoire. Il est, en fait, impossible de transposer dans une norme écrite le caractère normatif de la règle coutumière,

---

<sup>4</sup> Verri, Pietro, *Dictionnaire du droit international des conflits armés*, CICR, Genève, 1988, p. 39.

empêchant quiconque de déterminer avec exactitude le contenu matériel du DIH coutumier. La coutume ne fonde pas son autorité sur un acte formel de portée internationale, telles les conventions; le «siège» de son caractère obligatoire se trouve au cœur même du processus décisionnel de l'Etat, dans son sentiment qu'une pratique «humanitaire» est conforme au droit. La détermination du contenu matériel de la norme coutumière dépend donc de l'appréciation que les Etats font de leurs pratiques; appréciation sur laquelle interviennent l'opinion publique internationale et des organismes comme le CICR.

La distinction entre la coutume et le droit conventionnel est admise depuis longtemps en DIH. L'esprit de la Clause de Martens contenue dans le Préambule des Conventions de La Haye de 1907 a inspiré les dispositions des articles 63/62/142/158 communs aux quatre Conventions de Genève de 1949 concernant la dénonciation du traité:

*...(la dénonciation) n'aura aucun effet sur les obligations que les Parties au conflit demeureront tenues de remplir en vertu des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique».*<sup>5</sup>

Dans ces instruments, la coutume conserve un caractère subsidiaire par rapport au droit conventionnel. Il semblait difficilement acceptable au législateur international de l'époque que la coutume ait pu avoir un rang égal au traité. Ce n'est qu'en dernier ressort, dans l'hypothèse où les Etats seraient amenés à dénoncer leurs obligations conventionnelles que l'on pouvait considérer des sources alternatives de droit humanitaire<sup>6</sup>. De plus, les Etats prohibèrent la conclusion d'accords spéciaux qui iraient en deçà de la protection prévue par le droit conventionnel (articles 6/6/6/7 des Conventions de Genève de 1949) dans le but précis de préserver l'autorité de la convention multilatérale. Ils voulaient ainsi éviter que des Etats n'ayant plus toute leur liberté d'action n'adhèrent à des accords dérogatoires qui auraient tôt fait de relativiser l'intangibilité des minimas conventionnels<sup>7</sup>. Depuis, la percep-

---

<sup>5</sup> *Les Conventions de Genève du 12 août 1949*, 4<sup>e</sup> édition, CICR, Genève, 1981.

<sup>6</sup> *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 — Commentaire* publié sous la direction de Jean S. Pictet, (I<sup>re</sup> Convention), CICR, Genève, 1951, p. 464. Pictet rappelle qu'un Etat qui dénonce une des Conventions reste néanmoins lié par les principes contenus dans la Convention pour autant qu'ils soient l'expression du droit international coutumier.

<sup>7</sup> D'après Pictet, cette interdiction est d'une importance capitale pour l'application des dispositions contenues dans les Conventions. Cette limitation de la liberté contractuelle des Etats, contraire au principe de la souveraineté de l'Etat, est

tion de la coutume a considérablement évolué. Les Protocoles additionnels de 1977 ne contiennent plus cette clause sur la dénonciation du traité, les Hautes Parties étant directement soumises à celle prévue à l'article 43 de la Convention de Vienne de 1969 sur le Droit des Traités qui prévoit que:

«...(la dénonciation) *n'affecte en aucune manière le devoir d'un Etat de remplir toute obligation énoncée dans le traité à laquelle il est soumis en vertu du droit international indépendamment dudit traité*». <sup>8</sup>

Dans l'*Affaire des activités militaires au Nicaragua*, la CIJ a bien affirmé l'existence autonome des deux sources de droit et leur caractère distinct en soulignant que:

«*même si deux normes provenant de deux sources de droit international apparaissent identiques par leur contenu et même si les Etats considérés sont liés par les règles en question sur les deux plans conventionnel et coutumier, ces deux normes conservent une existence distincte...(elles) se distinguent aussi du point de vue des méthodes employées pour leur interprétation et leur application*». <sup>9</sup>

Cette promotion de la coutume au rang de source de droit humanitaire ne s'est pas faite sans soulever de nombreux problèmes car la recherche des éléments constitutifs de la coutume laisse, en fait, une large place au pouvoir d'appréciation des Etats. L'enjeu est de taille car la qualification des éléments constitutifs doit être en mesure de donner un véritable sens à la coutume de droit humanitaire, sans pour autant nier au droit conventionnel son autorité juridique et morale. Cette entreprise est particulièrement délicate au regard de l'inadéquation des usages actuels de certains Etats en conflit au droit conventionnel en vigueur. Une telle entreprise, si elle n'est pas faite avec prudence, risque d'encourager le développement de coutumes abrogatoires et de bloquer toute refonte du droit humanitaire. D'ailleurs, le problème de la qualification des éléments constitutifs de la coutume s'est posé en termes très clairs à la CIJ dans son arrêt de 1986 (déjà cité). Dans cette Affaire, la Cour a eu à se prononcer sur la nature

---

compatible avec la nature profonde des Conventions, même si, comme l'a soulevé la délégation britannique à la Conférence d'experts gouvernementaux de 1947, elle entraînerait le risque de voir les Conventions plus fréquemment violées. Pictet, J., *op. cit.*, p. 79.

<sup>8</sup> Rosenne, Shabtai, *The Law of Treaties, A guide to the legislative history of the Vienna Convention*, Leyden/Dobbs Ferry, A.W. Sijthoff/Oceana Publications, 1970, p. 254.

<sup>9</sup> Cour internationale de Justice (CIJ), *Recueil des arrêts*, 1986, p. 95, para. 178.

coutumière de certaines dispositions des Conventions de Genève en réaction à la réserve américaine jointe à son acceptation de la compétence obligatoire de la Cour au sens de l'article 36, paragraphe 2 des Statuts<sup>10</sup>. Les Etats-Unis avaient en effet réservé leur consentement envers la compétence de la Cour pour toutes les affaires découlant d'obligations contenues dans un traité multilatéral, à moins que toutes les Parties à celui-ci n'aient déclaré accepter la compétence obligatoire de la CIJ. Selon le gouvernement américain, la réserve en question aurait également eu pour effet d'empêcher la Cour d'appliquer toute règle du droit international coutumier au contenu similaire à ces obligations<sup>11</sup>. En l'espèce, cette réserve s'appliquait aux obligations de droit humanitaire conventionnel. Si la CIJ semblait incompétente pour se prononcer sur les violations de droit humanitaire conventionnel, elle n'hésita pas à affirmer sa compétence sur les griefs relatifs au droit international général (ou coutumier), même si celui-ci devait avoir un contenu identique aux normes de droit conventionnel<sup>12</sup>. Selon la Cour,

*«L'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 énonce certaines règles devant être appliquées dans les conflits ne présentant pas un caractère international (...) il s'agit de règles qui, de l'avis de la Cour, (...) correspondent à des considérations élémentaires d'humanité. La Cour peut donc les tenir pour applicables au présent différend sans avoir à se prononcer sur le rôle (de) la réserve américaine (...).»*<sup>13</sup>

La reconnaissance de l'existence parallèle de la coutume en tant que source autonome de droit humanitaire permettait à la CIJ de contourner la réserve américaine mais elle l'obligeait, en contrepartie, à se déterminer sur le contenu du DIH coutumier. Comme dans l'*Affaire du Détroit de Corfou*<sup>14</sup>, où elle avait eu l'occasion de s'exprimer au sujet de ces mêmes «considérations élémentaires d'humanité», la Cour passa outre à l'examen des éléments constitutifs de la coutume en vigueur pour remonter directement aux principes généraux du droit humanitaire qui auraient, semble-t-il, une applicabilité directe. Elle considéra que:

---

<sup>10</sup> L'article 36, alinéa 2 des Statuts de la CIJ institue la compétence obligatoire facultative. Cette règle autorise la Cour à se prononcer sur toutes les affaires qui lui sont présentées, dont les parties ont déclaré reconnaître à la Cour la compétence obligatoire, *Statuts de la Cour internationale de justice, op. cit.*, note 3.

<sup>11</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1984, pp. 424-425, para. 73.

<sup>12</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1986, p. 93, para. 173 et p. 96, para. 179.

<sup>13</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1986, p. 114, para. 218.

<sup>14</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1949, p. 22.

*«...le comportement des Etats-Unis peut être apprécié en fonction des principes généraux de base du droit humanitaire dont (...) les Conventions de Genève constituent à certains égards le développement et qu'à d'autres égards elles ne font qu'exprimer».*<sup>15</sup>

Cette assimilation que les juges font des principes généraux à la coutume est bien malheureuse. On doit noter que les juges ont fait intervenir le concept de «considérations élémentaires d'humanité» uniquement dans le domaine du droit des conflits armés. Pourtant, aucune méprise n'est possible. Les principes généraux de droit humanitaire ne peuvent qu'inspirer toutes les normes de DIH, qu'elles soient conventionnelles ou coutumières. Si la Cour se retrouve dans l'impossibilité d'appliquer le droit conventionnel, elle ne peut faire valablement référence qu'aux principes généraux de droit humanitaire coutumier, donc indirectement à la coutume. Le contenu matériel de ces «considérations élémentaires» doit être recherché dans le droit humanitaire coutumier pour acquérir une quelconque valeur juridique, ce que les juges n'ont pas fait. Il n'y a aucun doute que les juges ont voulu se référer à la coutume de droit humanitaire mais, en l'absence de doctrine et de jurisprudence pour orienter leurs travaux, ils se sont abstenus d'en rechercher les éléments constitutifs de crainte d'entrer dans des considérations politiques et philosophiques qui les auraient dépassés. Ils ont préféré considérer que les actes qui étaient offensants envers la dignité humaine l'étaient nécessairement envers une norme de droit international coutumier, sans se soucier du vide juridique qu'ils laissaient ainsi derrière eux. La retenue de la Cour a été grandement facilitée par la ratification quasi universelle des Conventions de Genève de 1949. Elle a ainsi rapproché le droit conventionnel de 1949 et la coutume sur la base de leur caractéristique commune d'universalité en évitant de se pencher sur le contenu matériel spécifique de la coutume de droit humanitaire. C'est avec raison d'ailleurs qu'elle s'est abstenue de considérer du même œil les dispositions contenues dans les Protocoles additionnels de 1977 qui n'ont pas reçu le même accueil dans la communauté des Etats. Tout en ouvrant la voie aux chercheurs du droit humanitaire coutumier, la CIJ a jeté une certaine confusion dans l'approche de la coutume du DIH. Son échec à constater la présence des éléments constitutifs de la coutume a rendu hasardeuse leurs qualifications et exige dorénavant des chercheurs qu'ils exercent la plus grande rigueur dans leurs analyses du phéno-

---

<sup>15</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1986, p. 113, para. 218.

mène coutumier, pour en cerner les éléments constitutifs et pour développer des outils juridiques ayant un minimum de légitimité.

## 2. Les éléments constitutifs de la coutume en droit international humanitaire

### a) La pratique générale des Etats

La pratique générale constitue l'élément matériel de la coutume. Elle est formée par tous les agissements des sujets de droit international. Ces agissements correspondent à des actes juridiques, internes ou internationaux, émanant des Etats, mais aussi des organisations internationales, juridictions internationales et organisations humanitaires — comme par exemple le Comité international de la Croix-Rouge<sup>16</sup>. Selon la CIJ, cette pratique des sujets de droit international doit être «constante et uniforme», la répétition dans le temps de certains actes permettant l'affermissement des «usages» de la communauté internationale<sup>17</sup>. Il faut également que la pratique ne soit pas le fait d'un seul Etat, mais qu'elle soit suffisamment répandue dans la communauté internationale. L'article 38, paragraphe 1, lettre b) des Statuts de la CIJ se réfère explicitement à la pratique «générale» des Etats, ce qui ne veut pas dire «unanime». Dans l'*Affaire du Plateau continental en Mer du Nord*, la CIJ avait estimé:

*«En ce qui concerne les autres éléments généralement tenus pour nécessaires afin qu'une règle conventionnelle soit considérée comme étant devenue une règle générale de droit international, il se peut qu'une participation très large et représentative à la convention*

---

<sup>16</sup> Pellet, A. dans Nguyen Quoc, D., Daillier, P., Pellet, A., *Droit international public*, (3<sup>e</sup> ed.), Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1987, p. 297, para. 213: la pratique du CICR en tant qu'organisation non gouvernementale, peut créer une certaine coutume dans les règles gouvernant l'intervention de la Croix-Rouge en cas de conflit armé. Voir également Gasser, Hans-Peter, sur la fonction normative des appels du CICR en faveur des civils dans «Armed Conflict within the Territory of a State» in *Festschrift für Dietrich Schindler*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1989, p. 234; sur la personnalité juridique du CICR en droit international, voir Dominicé, Christian, «La personnalité juridique internationale du CICR» in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Christophe Swinarski, rédacteur, CICR/Martinus Nijhoff Publishers, Genève/La Haye, 1984, pp. 663-674.

<sup>17</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1960, p. 40, «Affaire du droit de passage en territoire indien».



suffise, à condition toutefois qu'elle comprenne les Etats particulièrement intéressés». <sup>18</sup>

Sur le plan qualitatif, la pratique des Etats ne requiert pas non plus d'être absolument uniforme. Dans son arrêt sur l'*Affaire des activités militaires au Nicaragua*, la CIJ jugea que:

«...pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante ne doit pas être rigoureusement conforme à cette règle. Il apparaît (à la Cour) suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les Etats y conforment leur conduite de manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme les manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle». <sup>19</sup>

La pratique générale des Etats peut se subdiviser en plusieurs types de comportements. Un certain tri est en effet nécessaire pour que l'on soit en mesure d'identifier d'éventuelles coutumes qui seront évidemment propres à chacun de ces types de comportement. Nous pouvons délimiter trois catégories de comportements formant la pratique du droit humanitaire — la pratique militaire, la pratique diplomatique et la pratique législative des Etats — se rattachant chacune à une sphère d'activité de l'Etat en droit des conflits armés. La pratique militaire comprend tous les actes des sujets de droit international dans l'application des règles de DIH dans l'ordre juridique interne, allant de l'introduction dans le droit interne d'une réglementation conforme — tels les manuels militaires — jusqu'à son application en situation concrète — par exemple dans le traitement des prisonniers de guerre ou dans la poursuite des infractions aux dispositions de DIH. Pour sa part, la pratique diplomatique répond, entre autres, à l'obligation des Etats de «respecter et de faire respecter» les dispositions des Conventions de Genève de 1949 et du Protocole I de 1977 (article 1 commun aux quatre Conventions de 1949 et article 1, paragraphe 1 du Protocole I de 1977). Elle comprend toutes les mesures de pressions employées par les Etats pour inciter les autres membres de la communauté internationale à se conformer à leurs obligations de droit humanitaire. Finalement, la pratique législative consiste en l'ensemble des comportements des Etats dans leur rôle de législateur international, que ce soit lors de la ratification ou de l'adhésion à un instrument de droit

---

<sup>18</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1969, p. 42.

<sup>19</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1986, p. 98, para. 185.

conventionnel, ou, de manière plus épisodique, lors de l'élaboration de nouvelles normes conventionnelles de DIH.

## **b) *L'opinio juris sive necessitatis***

La simple pratique ne suffit pas pour qu'une règle coutumière existe. Elle doit, pour cela, être accompagnée par la conviction de l'Etat qu'il se conforme à une obligation internationale. Ce sentiment de l'Etat constitue l'élément subjectif de la coutume; il différencie la coutume des usages et de la courtoisie internationale. Il est cependant difficile de déterminer quel élément précède l'apparition de l'autre. Est-ce que la pratique doit précéder la conviction de l'Etat ou est-ce la conviction de l'Etat qui doit inspirer la pratique? En situation de conflit armé, on voit difficilement une pratique humanitaire se développer de manière unilatérale, donnant une assise à la conviction des Etats que cette pratique «humanitaire» est obligatoire. Cependant, avec l'appui de l'opinion publique internationale et d'organismes tels que le CICR, il est possible d'inciter les Etats en conflit à développer une pratique humanitaire particulière qui, à moyen terme, deviendra obligatoire aux yeux de tous les membres de la communauté internationale. Dans l'*Affaire du Plateau continental de la mer du Nord*, la CIJ avait estimé que:

*«Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit... Les Etats intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique».*<sup>20</sup>

La garantie du respect de l'obligation de droit humanitaire ne se fonde plus alors uniquement sur le caractère formel du droit conventionnel, mais aussi sur le caractère politique de la conviction «humanitaire» dans le processus de formation coutumier, la «cristallisation» de la coutume se réalisant par la reconnaissance et la diffusion de ces pratiques humanitaires par les organismes humanitaires et les médias auprès des Etats et de l'opinion publique internationale.

---

<sup>20</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1969, p. 44, para. 77.

### 3. Analyse du phénomène coutumier en droit humanitaire

#### a) Position du problème

La coutume, en tant que phénomène juridique, réunit dans sa dynamique les aspects juridiques, politiques et éthiques de la société internationale d'aujourd'hui. Dans notre approche juridique de la coutume, nous avons pu constater que le phénomène coutumier s'intègre difficilement dans la systématique de l'ordre juridique international. Il en est de même sur les autres plans des relations internationales. Sur le plan politique, la coutume représente un défi pour les politologues qui ne peuvent cerner l'origine de l'autorité normative de la règle coutumière admise par les Etats. La coutume leur apparaît comme un système de principes sous-jacents à la conception même des relations internationales, en dehors donc du champ d'étude de la politique internationale. Sur le plan moral et éthique, la coutume de droit humanitaire, par son compromis avec la nécessité militaire, met à l'évidence les lacunes de notre ordre juridique et politique à remplir son rôle réglementaire de la vie des Etats en situation d'exception. En érigeant cette construction juridique compliquée et ambiguë, la communauté des Etats a créé un modèle de conflit armé acceptable aux yeux de la communauté sur le plan humanitaire. Gustave Moynier écrivait, après la signature de la première Convention de Genève en 1864: «Les nations civilisées cherchant à humaniser (la guerre), confessent par là-même que tout ce qui s'y passe n'est pas licite». <sup>21</sup> On doit cependant se rappeler que cette construction juridique conventionnelle, en mettant dos à dos nécessité militaire et considérations humanitaires, n'a de légitimité réelle que vis-à-vis de la communauté des Etats en paix, auteurs du droit de Genève; elle ne sert directement ni les intérêts vitaux des belligérants, ni ceux, non moins vitaux, des victimes de conflits armés qui se retrouvent inévitablement les grands perdants de ce compromis «humanitaire».

La coutume, en tant que modèle de comportement, se situe à l'intersection de ces différentes approches. Aucune d'entre elles ne peut saisir, sans l'apport des autres disciplines, le sens du comportement de l'Etat en situation de conflit. La coutume, *lex lata* du DIH, requiert pour en comprendre son fonctionnement une approche multidisciplinaire qui capte, le temps de l'analyse, les forces composant son milieu

---

<sup>21</sup> Boissier, Pierre, *Histoire du Comité international de la Croix-Rouge: De Solférino à Tsoushima*, tome I, Institut Henry-Dunant, Genève, p. 163.

d'origine et par là même son caractère obligatoire. La source de l'obligation coutumière, son incorporation dans l'ordre juridique international et sa valeur morale restent des questions indissociables en DIH. Il faut bien admettre que la recherche de la coutume témoigne d'une certaine insatisfaction de la communauté internationale envers la norme conventionnelle de droit international. On tente par ce biais d'établir un nouveau consensus des Etats qui soit plus souple que le précédent, pour renforcer l'ordre juridique international. Deux approches concurrentes de la coutume sont en voie d'établir un important inventaire des règles coutumières en DIH<sup>22</sup>. Cette recherche de la coutume prend une teinte politique selon que l'on considère le droit conventionnel comme représentant un standard à sauvegarder, ou le droit coutumier comme étant un nouveau standard à reconnaître. La première approche, dite «normativiste», passe par l'extrapolation — ou la généralisation — du contenu normatif du droit conventionnel sur la coutume en insistant presque exclusivement sur le caractère subjectif de la coutume (*opinio juris*). La deuxième approche, dite «systématique», passe par la reconnaissance systématique de la pratique générale des Etats avant toute analyse du caractère subjectif de la coutume.

## b) L'approche normativiste

Malgré que le droit conventionnel ait perdu de son autorité face à la norme coutumière, il garde, pour certains, toute sa pertinence pour déterminer le contenu idéal de la règle de droit humanitaire: il est le fruit de la volonté des Etats et, dans ce sens, représente le but ultime de leur communauté. Cette approche tente de préserver au maximum le contenu conventionnel du droit humanitaire à travers son développement coutumier. Elle n'entend percevoir la coutume qu'à travers le contenu matériel du droit conventionnel. Selon Degan, les quatre Conventions de Genève de 1949 et les deux Protocoles additionnels de 1977 sont, en tant que conventions de codifications et de développe-

---

<sup>22</sup> Pour le contenu coutumier de la quatrième Convention de Genève de 1949 (Protection des civils) voir Meron, Theodor, *op cit.*, pp. 46 à 50; également dans «The Geneva Convention as Customary Law» du même auteur in *American Journal of International Law*, 1987, pp. 348-370. Pour le contenu coutumier du Protocole I (droit humanitaire applicable aux conflits internationaux) voir Penna, L.R., «Customary international law and Protocol I», in *Etudes et essais... en l'honneur de Jean Pictet*, *op. cit.*, pp. 201-225. Pour le contenu coutumier du Protocole II (droit humanitaire applicable aux conflits non internationaux), voir Gasser *op. cit.*, pp. 225-240. Pour le droit coutumier contenu dans les Protocoles I et II, voir également Cassese, Antonio, «The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law», in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, Spring & Fall 1984, Vol. 3, N<sup>os</sup> 1 et 2, pp. 55-118.

ment progressifs du DIH, «*the most important mode of intentional articulation and accelerating of customary process after the Second World War*». <sup>23</sup> Les instruments conventionnels de DIH ont donc une double fonction. Comme les autres formes d'accord, ils obligent les Parties sur la base du traité; toutefois, à cause de leur contenu moral et, en particulier, à cause de l'obligation contenue à l'article 1 des quatre Conventions de Genève et du Protocole I par laquelle les Etats s'engagent «à faire respecter» les dispositions contenues dans ces instruments «en toutes circonstances», leur principale fonction serait d'influencer le développement du droit coutumier <sup>24</sup>. Leurs dispositions fondamentales sont en effet rédigées de manière à procurer des droits et obligations à tous les Etats, qu'ils soient parties ou non auxdits traités. Selon ce courant de doctrine, le droit conventionnel doit servir d'appui à la recherche de la coutume car il est le seul à contenir des règles déterminables et acceptables pour les Etats. Il devient, par conséquent, l'élément central de la recherche de la coutume, sur lequel on se fonde pour reconnaître la pratique des Etats. Cette pratique peut avoir été antérieure au traité, lequel codifie ou «cristallise» une norme en voie de formation, ou peut également être postérieure au traité; on dit alors que le traité est générateur de coutume. Cette extrapolation de la volonté législative des Etats sur la coutume laisse évidemment dans l'ombre toutes les pratiques dites «extraconventionnelles» des Etats, ainsi que les éventuelles coutumes abrogatoires. Elle limite l'autorité de la coutume au cadre conventionnel des traités issu de la politique législative des Etats; elle ne peut ni en sortir, ni le remettre en question. Les textes de codification agissent comme unique «source matérielle» de la règle coutumière <sup>25</sup>. Lors de la codification d'une pratique coutumière, les Etats expriment leur intention de démontrer l'existence d'une norme coutumière. Par conséquent, l'interprète peut s'appuyer valablement sur cette appréciation des «codificateurs» dans la preuve du droit coutumier, présumant ainsi que la pratique étatique a été correctement établie et qualifiée dans le cadre de l'entreprise de codification, et qu'il n'y a pas à revenir sur l'interprétation qui en a été

---

<sup>23</sup> Degan, V.D., «Two modes of generating customary rules of general international law» in *Jugoslovenska Revija za medunarodno Praz*, Belgrade, 1988. n° 1, p. 23.

<sup>24</sup> Voir en particulier Condorelli, Luigi, Boisson de Chazournes, Laurence, «Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances'», in *Etudes et essais... en l'honneur de Jean Pictet*, op. cit., pp. 26-27.

<sup>25</sup> Torrione, H., *Influence des conventions de codification sur la coutume en droit international public*, Editions universitaires de Fribourg, Fribourg, 1989, p. 77.

donnée<sup>26</sup>. Ce même principe s'applique à la coutume générée par le droit conventionnel. La conviction du caractère fondamentalement normatif d'une disposition conventionnelle s'exprime dans le texte de la convention. Lorsque celle-ci a été ratifiée par un nombre suffisant d'Etats représentatifs, elle fournit, selon Torrione, un point d'appui suffisant pour démontrer l'existence de la coutume<sup>27</sup>. Pour fonder leur appréciation de la pratique perçue par les Etats codificateurs, les interprètes de cette approche se basent ainsi sur toute l'histoire des codifications du droit des conflits armés — incluant les Conventions de La Haye de 1907 — et sur les positions prises par les Etats lors des Conférences de codification. Ils ont à disposition ainsi un large éventail de normes conventionnelles sur lesquelles ils peuvent déduire la conviction des Etats sur la coutume en vigueur et à venir.

Toutefois, la recherche de la coutume par la voie conventionnelle opère un partage délicat entre les normes conventionnelles qui sont reflétées dans la coutume et celles qui ne le sont pas. Cela pose le problème de la validité juridique du droit conventionnel. En voulant éviter d'entrer en matière sur le fond de la coutume de peur de donner à la pratique des Etats un caractère normatif propre, l'approche normativiste remet indirectement en question la validité du droit conventionnel dans son ensemble. Par conséquent, on peut douter de la pertinence d'une telle distinction en droit humanitaire. Comme nous avons vu, la structure et l'objet même des conventions de droit humanitaire destinent leur contenu à une reconnaissance générale. Le caractère juridique de la norme de droit humanitaire dérive donc autant de l'accord des Etats que de son contenu normatif généralisable. L'approche normativiste condamne ainsi toute une partie du droit conventionnel à la désuétude car elle aurait failli à sa mission de devenir du droit international général. Elle ne peut résoudre la question de la qualification de la coutume sans tomber dans la subjectivité de la volonté politique des Etats codificateurs qui n'hésitent pas à remettre en question après coup le caractère normatif d'une norme qu'ils ont eux-mêmes édictée.

De plus, en se concentrant sur le droit conventionnel pour déterminer le contenu de la coutume, cette approche cache un des aspects les plus dynamiques de la coutume: sa capacité d'abroger et de faire du nouveau droit. Selon Dupuy<sup>28</sup>, la coutume a deux fonctions principales. Sa première fonction est celle de créatrice de nouveau droit.

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 301.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 302.

<sup>28</sup> Dupuy, R.J., «Coutume sage et coutume sauvage» in *Mélanges Rousseau*, Pédone, Paris, 1974, pp. 75-87.

Elle se répand dans une société homogène et lui assigne un certain ordre public. Elle exprime, sous cet aspect, une éthique communément partagée ou simplement dominante au-delà du consensus formel. Sa deuxième fonction est celle de réviseur du droit en vigueur. La reconnaissance de la coutume est un moyen pour abroger les normes tombées en désuétude, dégageant ainsi le droit positif de l'ensemble des règles existantes. Selon cet auteur, le droit des conflits armés constitue le domaine d'élection des coutumes créatrices et abrogatoires<sup>29</sup>. La pratique contraire aux dispositions conventionnelles pose évidemment un problème particulier aux juristes de droit humanitaire, surtout si ces dispositions sont candidates, du point de vue normativiste, au statut de droit humanitaire coutumier. Dans la logique du droit conventionnel, une pratique contraire à la norme n'influence pas son caractère juridique, celui-ci découlant uniquement du processus formel qui marque son élaboration et son adoption par les membres de la communauté internationale. Toutefois, en théorie générale du droit, la pratique effective des Etats — dans tous ses aspects — est au centre du processus de formation de la coutume, l'*opinio juris* venant consacrer cette pratique au rang de source de droit. Si un Etat estime que les actes d'un autre Etat lèsent d'une manière quelconque ses droits, il peut empêcher, en élevant une protestation, que ces actes ne finissent par produire des effets juridiques. Par là, il manifeste son intention de ne pas considérer cet état de la pratique comme étant le droit<sup>30</sup>. Selon la CIJ<sup>31</sup>, pour être valable, la protestation des Etats, suite à la violation d'une norme de droit, doit être répétée et suivie d'actes concluants allant du recours devant une organisation internationale et la saisine d'un tribunal international jusqu'à la rupture des relations commerciales voire même diplomatiques. Si la protestation a pour effet de faire échec aux prétentions de l'Etat en infraction, on doit admettre, *a contrario*, que l'inaction des Etats lésés dans leurs intérêts suffit après un certain temps à leur rendre opposable la situation de fait qu'ils ont contribué à créer par leur comportement, d'où l'importance des pressions exercées par l'opinion publique internationale et les organismes humanitaires sur l'appréciation des Etats en cas de violation de normes de DIH.

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, pp. 81-82

<sup>30</sup> Cahin, P., «Le comportement des Etats comme source de droit et d'obligations» in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Faculté de droit, Université de Genève/IUHEI, Genève, 1968, p. 250.

<sup>31</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1953, pp. 106-107, «Affaire des Minquiers et des Ecréhous».

### c) Approche systématique

Malgré les apparences trompeuses dues à la haute visibilité des infractions au droit humanitaire, la plupart des règles fondamentales du droit humanitaire sont respectées dans la pratique militaire des Etats<sup>32</sup>. Si ce n'était pas le cas, il n'y aurait aucun intérêt à se pencher sur les aspects juridiques du droit humanitaire conventionnel ou coutumier. A chaque fois qu'une unité militaire épargne un civil dans ses opérations, l'obligation de protéger la population civile a été respectée. Pour des raisons évidentes, il est difficile d'amasser un nombre suffisant de preuves que ces comportements conformes au droit humanitaire sont conditionnés par la conviction du droit plutôt que seulement par celle de la «morale». L'approche systématique de la coutume se distingue fondamentalement de la précédente par sa position envers la volonté législative des Etats. Selon Malenovsky<sup>33</sup>, l'Etat qui prend part à l'élaboration de la pratique coutumière doit être perçu comme ayant des motivations propres et des buts particuliers rattachés au contexte de fait du conflit armé qui se distingue fondamentalement de toutes autres situations. Les actes des Etats répondent à des intérêts précis qui sont beaucoup plus immédiats que la plupart des objectifs qu'ils ont en matière de politique législative. La faiblesse de l'approche normativiste de la coutume tient du fait qu'elle analyse le contenu de la coutume du seul point de vue de l'Etat codificateur. D'après Cheng<sup>34</sup>, les règles de droit international sont faites dans un cadre juridique entièrement différent si elles ressortent de la coutume ou du droit conventionnel. Cet auteur ne considère pas le droit conventionnel comme simplement «généralisable», car les Etats en se conformant à une obligation conventionnelle n'ont pas le sentiment de créer du droit général, mais seulement de se conformer au droit conventionnel. La composante volontariste inhérente au droit conventionnel ne doit pas ainsi être transposée au droit coutumier au risque de commettre de sérieuses erreurs d'appréciation sur le contenu réel de la norme coutumière. En DIH, cette position implique qu'on ne peut tirer directement des normes conventionnelles l'existence d'un droit coutumier. L'intervention du milieu qui voit naître la norme coutumière est essentielle pour

---

<sup>32</sup> Gasser, *op. cit.*, p. 232.

<sup>33</sup> Malenovsky, J., «Are necessary changes of methods of ascertaining customary rules in international law?», in *Acta Universitatis Wratislaviensis*, Note 983, Wrocław 1988, p. 208.

<sup>34</sup> Cheng, B., «Custom: The Future of General State Practice in a Divided World» in *The Structure and Process of International Law*, (Macdonald R.St.J. & Johnston Douglas M. ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986, p. 530.



comprendre ce qui détermine la sujétion de l'Etat à une obligation générale. La source de l'obligation se trouve d'avantage dans l'environnement de l'Etat qu'on se doit de déchiffrer, que dans une volonté étatique figée dans des dispositions conventionnelles qui datent parfois de plus d'un siècle. Selon cette approche, la recherche de la coutume par la voie conventionnelle est trop statique pour en percevoir l'essentiel.

#### 4. Conclusion

L'interpénétration du droit et de la politique dans le droit international apparaît ici dans toute son évidence et la coutume de droit humanitaire n'est là que pour nous la rappeler. La coutume de droit humanitaire est à la jonction de la force sociale et de l'idée politique<sup>35</sup>. La question se pose évidemment de savoir si l'on doit interpréter le comportement des Etats du point de vue du droit coutumier, issu de la pratique des Etats en conflit, ou du point de vue conventionnel, issu du compromis «humanitaire» des Etats en paix. On ne doit voir, cependant, aucune concurrence entre ces deux sources de droit. Il est possible d'orienter le développement du droit coutumier dans le sens du droit conventionnel, simplement en travaillant sur le renforcement de ses dispositions. Par conséquent, le juriste est amené ici à faire un choix: soit il laisse aux Etats de la communauté le soin d'élaborer la protection des victimes de conflits armés en fonction de leurs intérêts propres, soit il prend «partie» pour les victimes et milite en faveur d'un renforcement du droit humanitaire par le biais du développement coutumier. Le développement du droit humanitaire coutumier passe par un changement en profondeur de la structure du pouvoir de la communauté internationale en matière de protection des droits fondamentaux de la personne. L'étude de son contenu présuppose une connaissance approfondie des enjeux politiques, sociaux et économiques entourant cette question. Dans ce contexte, l'opinion publique internationale et les organismes humanitaires, tel le CICR, ont un rôle capital à jouer. D'une part, ils doivent être en mesure d'exercer une pression constante sur les Etats en situation d'exception pour qu'ils respectent les droits fondamentaux des victimes de conflits armés tout en diffusant cette pratique ainsi acquise aux autres membres de la communauté interna-

---

<sup>35</sup> Dupuy, *op. cit.*, p. 85.

tionale et à l'opinion publique. Selon Meron<sup>36</sup> «*Public opinion abhorring the excesses (...) may act as a catalyst for determinations by third States that such practices are not only immoral, but also illegal... (It) will aid in the formation of opinio juris and customary rules for the humanization of such wars*». («L'opinion publique qui a horreur des excès peut jouer le rôle de catalyseur auprès des Etats tiers pour les persuader que de telles pratiques ne sont pas seulement immorales mais aussi illégales... (Elle) aidera à la formation de l'*opinio juris* et de règles coutumières favorables à l'humanisation de ces guerres»). Les organismes humanitaires et l'opinion publique doivent répondre ici à l'invitation qui leur est lancée. La coutume est devenue beaucoup plus qu'un système de normes réglant le comportement des Etats en conflit, elle est une occasion unique pour tous les intervenants de prendre part activement au développement du droit humanitaire.

**Claude Bruderlein**

**Claude Bruderlein** est délégué du CICR à Jérusalem où il est chargé de la visite de détenus de sécurité. Licencié en sciences économiques et en sciences politiques de l'Université McGill et licencié en droit de l'Université de Genève, M. Bruderlein a participé au séminaire de DIH à Varsovie (1987) et aux cours de l'Académie de droit international de La Haye (1990). En 1988, il est entré à l'Institut Henry-Dunant où il collabora activement à plusieurs projets de recherches. Le présent article a été écrit sous la conduite de l'Institut Henry-Dunant.

---

<sup>36</sup> Meron, *op. cit.*, p. 74.