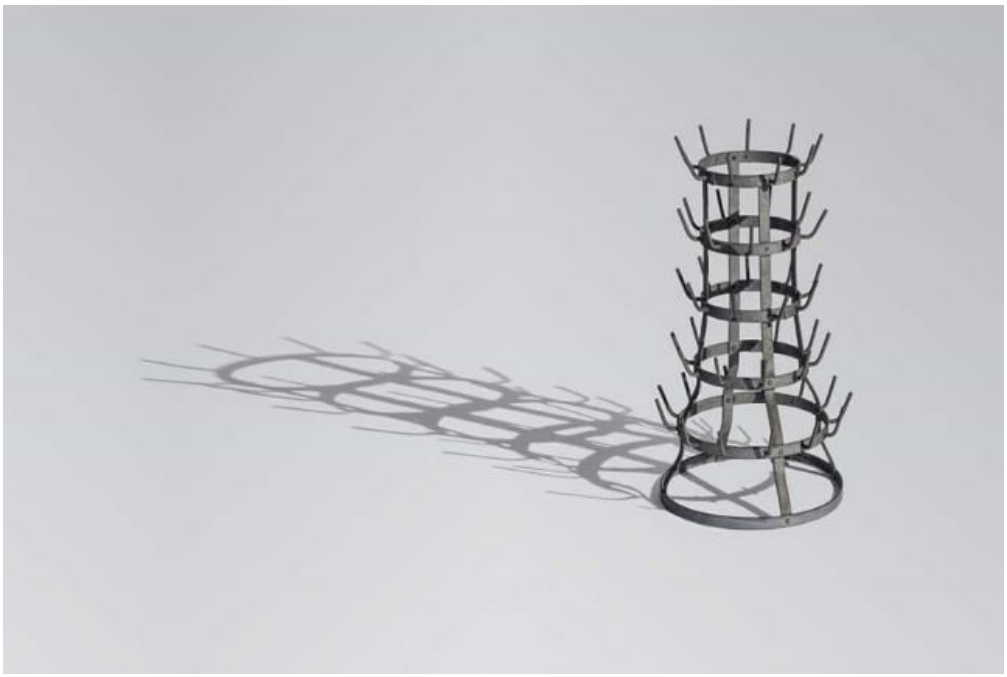
Les caractéristiques spéciales du droit international humanitaire en matière de sources

Par:
Sophie Rondeau
Langue Français
Le:
10 Novembre 2021

« La thèse est l'une des dernières grandes aventures dans lesquelles un esprit singulier peut s'engager. Le thésard s'y confronte à lui-même, à ses limites et à ses possibilités. Pour celui qui s'engage en thèse, le but à atteindre est bien celui-ci : aller au bout de soi-même »

Emmanuelle Bernheim et Pierre Noreau, La thèse - Un guide pour y entrer ... et s'en sortir, Presses de l'Université de Montréal, à la p. 10.



Marcel Duchamp, « Porte-Bouteilles » (c) Artsper magazine

Le 4 mai 2021, j'ai eu le plaisir, décuplé par un soulagement certain au terme de l'exercice, de soutenir ma thèse de doctorat réalisée à l'Université Laval sous la direction de la Pr Julia Grignon, en cotutelle avec l'Université de Genève (UNIGE) sous la direction du Pr Marco Sassòli. Devant un jury exceptionnel formé des professeurs Miriam Cohen, Robert Kolb et Fannie Lafontaine, mon plus grand défi n'a pas été, à ma grande surprise, la gestion de mon stress autant que la fiabilité de ma connexion Wi-Fi. J'ai en effet *zootenu* (mot-valise que je vous propose en grande première ici pour nommer une soutenance sur *zoom*) exactement au même endroit où la thèse a été écrite, c'est-à-dire devant mon écran d'ordinateur. Si j'ai dû faire le deuil de soutenir en personne à la Villa Moynier, premier siège du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), avec un pot de thèse aux Bains des Pâquis, j'ai vite compris que la soutenance-à-résidence avait plusieurs avantages. Les deux principaux ont été l'absence de décalage horaire et la présence de ma famille et de mes proches autant lors du rituel académique qu'au moment des accolades, effusions et épanchements spontanés post-soutenance. De plus, la pixellisation de l'exercice n'altère en rien le privilège d'être lue et d'être mise à l'épreuve. L'exercice doctoral, c'est d'abord et avant tout aller au bout d'un sujet auquel on s'est librement et volontairement enchainé et duquel on n'est libéré que par la recherche, la défense et la critique de ses idées,

ce qui se fait autant en personne qu'à distance. Au demeurant, je relève que Villa Moynier est un bâtiment du *Graduate Institute* de Genève et non de l'UNIGE, alors force est de constater que mes prémisses de départ étaient déjà viciées.

I. Une thèse, un choix : pourquoi le sujet des sources en DIH?

Cette thèse, qui est l'aboutissement de plusieurs centaines de tomates et qui contribue maintenant à la démocratisation du savoir (puisqu'accessible gratuitement dans les archives ouvertes de l'Université Laval et de l'UNIGE dans l'attente d'une publication en bonne et due forme dans la Collection genevoise), s'intitule « Les caractéristiques spéciales du droit international humanitaire en matière de sources ».

C'est le constat suivant tiré de mes expériences antérieures qui m'a conduit vers ce sujet de recherche : lorsque l'on cherche à identifier les règles applicables aux conflits armés, la démarche se fait presque toujours selon la même séquence de questions. Premièrement : « Que disent les Convention de Genève et leurs Protocole additionnels à ce sujet ? ». Ensuite : « Que disait Pictet, et que dit aujourd'hui le CICR dans les Commentaires à ce sujet ? ». Depuis 2005, on ajoute la question : « Est-ce que ça fait l'objet d'une règle dans l'Étude sur le droit international humanitaire coutumier ? ». Finalement, quand la discussion est entre juristes plus férus, sont évoquées les décisions judiciaires internationales, voyageant dans le temps et l'espace, même en pandémie, entre Tokyo, Nuremberg, La Haye et Arusha.

À la lumière de ce constat, je me suis posée la question suivante : qu'est-ce qui fait qu'en DIH, on s'attache, d'une part, beaucoup aux traités et à la coutume, et d'autre part, qu'on sollicite autant les développements du droit en dehors de ces sources? Qu'est-ce qui rend ce droit si spécial en matière de sources ?

Je me suis donc attelée à la tâche d'identifier les particularités du DIH par rapport aux sources en droit international public. Avec comme point de départ l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice comme un énoncé des sources formelles, je suis partie de l'idée de l'obsolescence de la théorie traditionnelle des sources appliquée au DIH. Or, si, comme plusieurs doctorants.es en début de parcours, je voulais faire une petite révolution en proposant de nouvelles sources additionnelles uniques au DIH, les conclusions auxquelles je suis arrivée sont plus nuancées.

II. Une thèse, un contexte : traités, coutumes, principes *et al.*

J'ai tout d'abord démontré que le DIH possède des particularités significatives dans la façon d'appliquer le régime général des sources. En effet, la recherche constante de l'équilibre *in concreto* entre les considérations humanitaires et la nécessité militaire, est une caractéristique particulière au DIH. Ce constat ne permet cependant pas d'affirmer que le DIH s'affranchit complètement ni du système que forme le droit international public ni du traditionnel *triumvirat* des sources : « traités, coutume, principes généraux ».

Cela étant dit, les développements du DIH dans le sens d'une plus grande protection de la personne humaine, donc se rattachant au premier volet du binôme, sont réels et importants. Ils se manifestent entre autres dans les sources non écrites que sont le droit international coutumier et les principes généraux de droit reconnus ; ils sont aussi nourris par des sources subsidiaires persuasives assimilables à des « moyens auxiliaires de détermination du droit ». En effet, les décisions de la Cour internationale de justice (CIJ) et le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), ainsi que certains documents juridiques non contraignants produits par le CICR ont une grande valeur persuasive en DIH : ces développements apportent des ajustements nécessaires à l'approche traditionnelle des sources appliquée au DIH.

III. Une thèse, des démonstrations : 6 caractéristiques spéciales du DIH en matière de sources

Mes recherches m'ont permis d'identifier six caractéristiques spéciales du DIH en matière de sources : les trois premières s'inscrivent dans la continuité, tandis que les trois dernières marquent des ajustements, des inflexions aux éléments prioritaires de la théorie des sources.

1.Un droit des traités accommodant

La première caractéristique spéciale est la consécration de la position d'exception des conventions de DIH à même le droit des traités. La *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969 accommode en effet expressément les particularités des traités à caractère humanitaire avec l'interdiction de suspension de ces traités en cas de violation substantielle (art. 60). De plus, l'encadrement adéquat, parce que flexible et à valeur supplétive, des réserves (art. 19.c) et des clauses de dénonciation (art. 56) permet que soient limités les effets de telles clauses, dans l'éventualité où elles seraient incluses dans les traités de DIH (par ex., aux arts. 63/62/142/158 communs aux *Conventions de Genève de 1949*).

2.Des décisions judiciaires internationales persuasives et déférentes

La seconde caractéristique vise les décisions judiciaires de la CIJ : celles-ci agissent comme des sources particulièrement persuasives non seulement dans l'interprétation, mais aussi dans le développement progressif du DIH, sans toutefois entamer la cohérence et l'intégrité du système que forme le droit international public. Si elles ne créent pas du droit à elles seules, elles agissent comme catalyseurs, ou plus exactement comme instigatrices d'une chaine de réactions de la part de la communauté juridique. Cet effet catalyseur est illustré par les vives réactions suscitées en réponse à l'utilisation de l'article 6 (3) de la *Convention de Genève IV* plutôt que l'article 3 b) du *Protocole Additionnel I* pour définir le concept d'occupation prolongée dans l'Avis consultatif de 2004 sur l'édification d'un mur, ainsi que les discussions subséquentes auxquelles ont donné lieu la détermination du degré de contrôle nécessaire à l'occupation belligérante en application de l'art. 42 du *Règlement de La Haye* de 1907 dans l'affaire de 2005 sur les activités armées en RDC. Mes recherches m'ont en outre permis d'identifier une exception à ce rôle des décisions judiciaires internationales comme développant progressivement le DIH sans nécessairement le modifier, avec l'activisme judiciaire inhabituel et indéniable du TPIY comme une réponse virulente à l'impotence législative en droit international.

3.Des processus étatiques… que ne se formalisent pas du droit

La troisième caractéristique est que les processus informels impliquant les États (par ex, Montreux, Copenhague) ont une valeur juridique persuasive qui s'inscrit dans une conception traditionnelle du droit international public. Ces documents possèdent les caractéristiques d'un traité, à une différence près : les États qui participent à leur élaboration sont explicites sur leur volonté de ne pas y être liés. Ce document juridiquement non contraignant possède donc une valeur politique dont l'effet est limité à la force que les États veulent bien leur donner.

4.Plusieurs règles de DIH coutumier fondées sur ce que les États déclarent

La quatrième caractéristique spéciale du DIH en matière de sources marque le glissement, l'inflexion, des éléments prioritaires de la théorie des sources : il s'agit de l'importance des actes verbaux en tant qu'*usus* étatique constitutif du DIH coutumier. Ces actes verbaux, c'est ce que les États déclarent dans leur correspondance, les mémoires déposés devant les tribunaux internationaux, leurs déclarations lors de conférences internationales, leurs lois, règlements et leur jurisprudence. En DIH, ces actes se retrouvent aussi dans les manuels militaires, les instructions données aux forces armées, les communiqués militaires et les avis rendus par les conseillers juridiques officiels. Le problème qui se pose est que l'autre forme d'*usus*, soit les actes matériels, c'est à dire ce que les États font, est très difficile à documenter. En effet, en raison, d'une part, de la nécessité que la pratique soit publique pour être constitutive de droit coutumier et, d'autre part, de l'opacité de la conduite opérationnelle et des considérations stratégiques inhérentes à la guerre, il est presque impossible d'obtenir de l'information sur le comportement et la conduite sur le champ de bataille, l'emploi de certaines armes ainsi que sur le traitement accordé à diverses catégories de personnes. Le DIH coutumier s'appuie donc plus sur les actes verbaux que sur les actes matériels pour déterminer l'existence des règles coutumières. Cela soulève le problème potentiel de l'utilisation prépondérante des manuels militaires nationaux au détriment d'autres formes de pratiques, tel que cela est apparu dans la critique de l'Étude qu'ont faite les États-Unis (relativement à la Règle 45 visant les dommages graves à l'environnement naturel). Toujours dans le domaine du DIH coutumier, une autre particularité se manifeste lorsque même la pratique qui peut être colligée est insuffisante ou qu'elle n'est pas uniforme : dans ces cas de figure, le principe d'humanité ou les impératifs de la conscience publique peuvent agir comme accélérateurs de la formation d'une règle de DIH coutumier lors qu'ils représentent un « élément décisif annonciateur de l'émergence d'une règle » (jugement de 2002 du TPIY dans l'affaire *Kupreškić*, au para. 527).

5.Le principe d'humanité en tant que source de DIH

La cinquième caractéristique spéciale porte justement sur l'importance du principe d'humanité en DIH. Notons tout d'abord que ce principe est une des trois composantes de la Clause de Martens, aux côtés de la coutume et des exigences de la conscience publique. L'analyse consignée dans la thèse indique que cette Clause prise dans son entièreté possède une valeur de source matérielle. En effet, si la « conscience publique » joue un rôle dans la formation du DIH lorsqu'elle exprime une volonté péremptoire de la communauté internationale (par le biais des résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies, par ex.), elles ne peuvent à elles seules prendre complètement le dessus sur le droit positif. Le droit coutumier mentionné dans la Clause comme étant les « usages établis » est, pour sa part, déjà une source consacrée. La valeur du principe d'humanité en tant que source formelle, même si elle n'est pas reconnue de façon aussi limpide, est démontrée dans la thèse. En effet, en plus de pouvoir infléchir le processus de détermination du DIH coutumier tel que déjà mentionné, et d'être central à l'approche interprétative humanitaire du DIH qui va dans le sens de la protection de la vie humaine et qui a pour but de paralyser le moins possible le processus juridique (voir, par ex., l'Avis consultatif sur *les réserves à la Convention pour la prévention et la répression de génocide*), mes recherches m'ont permis de conclure que le principe d'humanité est le seul principe du DIH qui est aussi un principe général de droit reconnu au sens de l'article 38, en ce qu'il est logiquement et intrinsèquement nécessaire au DIH. Cette construction du principe d'humanité en source formelle primaire du DIH doit toutefois être utilisée avec parcimonie et discernement : elle ne trouve en effet application que lorsqu'elle s'inscrit dans la rationalité humanitaire et qu'elle est associée à une règle existante (celle-ci pouvant toutefois se concevoir de façon souple ou même indirecte). Ce seuil serait rencontré, par exemple, dans l'éventualité où le concept de « contrôle humain significatif » faisait son entrée dans la sphère des règles juridiquement contraignantes relatives à l'utilisation des systèmes d'armements autonomes.

6.La valeur particulièrement persuasive des certains documents du CICR

La sixième et dernière caractéristique vise la valeur particulièrement persuasive que possèdent l'Étude sur le DIHC du CICR (l'Étude) ainsi que les Commentaires aux *Conventions de Genève de 1949* et leurs *Protocoles additionnels de 1977* (les Commentaires), ceux dirigés par Pictet ainsi que leur mise à jour ayant débuté en 2016, dont la traduction en français est en partie menée par la Clinique de droit international pénal et humanitaire et Osons le DIH. Le fait que, *prima facie*, ces documents possèdent toutes les apparences de règles juridiquement contraignantes joue favorablement sur leur valeur persuasive : leur forme incite en quelque sorte à lire « comme si » c'était du droit. Il s'agit en effet d'un ensemble de règles « clé en mains » même si, *in fine*, elles ne le sont pas. De plus, ces deux documents possèdent les caractéristiques de la doctrine ordinaire, avec une démarche scientifique, rigoureuse, documentée et approfondie, et de la doctrine finalisée qui se caractérise par le fait que leurs auteurs sont plus des praticiens que des théoriciens qui sont proches des centres de décisions, mais qui reste indépendants. Ceci n'explique cependant pas complètement le succès normatif de l'Étude et des Commentaires, puisque d'autres documents comme les manuels internationaux de groupes d'experts (Tallin, San Remo, HPCR) partagent aussi cette caractéristique. Le fait qu'il existe un rattachement particulier entre le CICR et les États est primordial : il est plus fort pour l'Étude sur le DIH coutumier, avec l'existence d'un mandat explicite de la part des États réunis lors de la XXVI[e] Conférence internationale, et plus faible pour les Commentaires, malgré la ratification des Statuts du Mouvement Croix-Rouge par la Conférence internationale, où est mentionné le rôle du CICR dans le développement du DIH (art. 5.g).

IV. Une thèse, un terrain de jeu : s'amuser avec l'écriture

Aux termes de mes recherches, je considère que l'intérêt et l'originalité de cette thèse résident dans la qualité des démonstrations du caractère dynamique de l'élaboration du DIH. Le DIH généré par les États est influencé à des degrés variables par les acteurs non étatiques, et les documents élaborés par ces acteurs non étatiques comme le CICR existent dans un système où l'ascendant des États est inévitable. Ainsi sont jetées les bases non pas d'une prise de contrôle hostile du processus normatif par les acteurs non étatiques, mais d'un échange collaboratif qui peut être confrontationnel, mais qui se veut dynamique et non statique et qui s'inscrit dans la durée et non dans l'instantanéité.

Au demeurant, comme l'affirme Umberto Eco dans son livre *Comment écrire une thèse* (Flammarion, 2016, à la p. 323), « dans une thèse comme dans le cochon, tout est bon - il n'y a rien à jeter ». En guise de conclusion,

je partage donc avec vous trois moments de la thèse où j'ai quitté, le temps de quelques lignes, le plat pays de l'analyse juridique pour gagner les chemins sinueux des analogies artistico-sportives :

- J'ai tenté l'analogie entre les « *readymades* » de Marcel Duchamp comme objets du quotidien qualifiés d'œuvres artistiques, et le concept de « *ready-made* » appliqué aux règles qui ressemblent à du droit, mais qui ne possèdent pas le *pedigree* attendu pour être qualifié comme telles ;
- Pour expliquer les processus de « *law making* » et « *law-finding* » en droit international, j'ai proposé une analogie entre le rôle du CICR dans le développement du DIH et celui du « lapin de cadence » dans les courses organisées ;
- Pour faire écho à la dissidence du juge Wendell-Holmes dans *Southern Pacific Co. v. Jensen* (« *I recognize without hesitation that judges do and must legislate, but they can do it only interstitially; they are confined from molar to molecular actions* »), je cite, en épigraphe de mon chapitre sur l'encadrement d'une fonction normative appropriée pour les instances judiciaires internationales, la pièce *Anthem* de Leonard Cohen : « *There is a crack in everything, that's how the light gets in* » (qui est à son tour un clin d'œil à *A Farewell to Arms* d'Hemingway « *The world breaks every one and afterward many are strong at the broken places* »)

Chercheuses et chercheurs, si nous sommes souvent là où la lumière se fait rare - outre celle bleutée de notre écran -, rappelons-nous que les mots que nous choisissons d'écrire dans ces moments-là créent ces fêlures d'où émerge la connaissance la plus éclatante, celle qui rayonne le plus lorsqu'elle est partagée.

Il me tarde déjà de tous et toutes vous lire.

Ce billet ne lie que la ou les personne(s) l'ayant écrit. Il ne peut entraîner la responsabilité de la Clinique de droit international pénal et humanitaire, de Osons le DIH!, de la Chaire de recherche du Canada sur la justice internationale et les droits fondamentaux, de la Faculté de droit, de l'Université Laval et de leur personnel respectif, ni des personnes qui l'ont révisé et édité. Il ne s'agit pas d'avis ou de conseil juridiques.

Je reconnais que ma thèse de doctorat intitulée « Les caractéristiques spéciales du droit international humanitaire en matière de sources » a été en partie financée par le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada et le Fond de recherche – Société et culture du Québec.

Social Sciences and Humanities Research Council of Canada
Conseil de recherches en sciences humaines du Canada
Canada
Québec
Fonds de recherche – Nature et technologies
Fonds de recherche – Santé
Fonds de recherche – Société et culture

Osons le DIH!

Sujet:
Droit international humanitaire