



Article scientifique

Article

1999

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

Aspects historiques de la relation entre le droit international humanitaire et  
les droits de l'homme

---

Kolb, Robert

**How to cite**

KOLB, Robert. Aspects historiques de la relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme. In: Canadian yearbook of international law, 1999, vol. 37, p. 57–97.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:38010>

# Aspects historiques de la relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme

ROBERT KOLB

**L**A CAUSE SEMBLE entendue: le droit international humanitaire<sup>1</sup>  
et les droits de l'homme internationaux<sup>2</sup> sont de proches

---

Robert Kolb, Chargé d'enseignement à l'Institut universitaire de hautes études internationales, Genève.

<sup>1</sup> Le terme "droit international humanitaire" a été forgé dans les années cinquante et surtout soixante quand il a commencé à être utilisé par le Comité international de la Croix-Rouge, notamment sous l'impulsion de J. Pictet, pour désigner sous un concept commun les règles du droit de la guerre qui ont pour objet essentiel la protection de la personne humaine en période de conflit armé. C'est le cas notamment du droit de Genève (les quatre Conventions de Genève de 1949). Cfr. *la Résolution XXVIII sur la protection des populations civiles contre les dangers de la guerre indiscriminée* adoptée par la Conférence de la Croix-Rouge de Vienne (1965); voir le *Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, 13<sup>e</sup> éd. (Genève, 1994) à 793. Cfr. H. Coursier, "Définition du droit humanitaire" (1955) 1 A.F.D.I. 223s., et H. Coursier, "L'évolution du droit international humanitaire" (1960-1) 99 R.C.A.D.I. 361s.; J. Pictet, *Les principes du droit international humanitaire* (Genève, 1966). Selon une définition du Comité international de la Croix-Rouge, il faut entendre par droit international humanitaire "les règles internationales, d'origine conventionnelle ou coutumière, qui sont spécifiquement destinées à régler les problèmes humanitaires découlant directement des conflits armés, internationaux ou non internationaux et qui restreignent, pour des raisons humanitaires, le droit des parties au conflit d'utiliser les méthodes et moyens de guerre de leur choix ou protègent les personnes et les biens affectés, ou pouvant être affectés par le conflit (cf. H.P. Gasser, *Le droit international humanitaire* (Genève, 1993), p. 17).

<sup>2</sup> Sur les droits de l'homme internationaux, voir entre autres H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights* (Londres, 1950); M. Ganji, *International Protection of Human Rights* (Genève, 1962); H. Golsong, "Implementation of International Protection of Human Rights" (1963) 110 R.C.A.D.I. 7s.; L. Sohn et T. Buergenthal, *International Protection of Human Rights* (Kansas City, 1973); E. Luard (dir.), *The International Protection of Human Rights* (Londres, 1967); M. Moskowitz,

parents. Répété et redit, ce constat s'impose désormais machinalement à tous.<sup>3</sup> Mais il n'en a pas toujours été ainsi. Tâchons d'y voir plus clair.

---

*International Concern with Human Rights* (Leyden, 1974); K. Vasak, *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, 2 vol. (Paris, 1978); K. Vasak, "Le droit international des droits de l'homme" (1974) 140 R.C.A.D.I. 333s.; B.G. Ramcharan (dir.), *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (La Haye, Boston, et Londres, 1979); C. Zanghì, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo* (Rome, 1979); M.S. Mc Dougal et H.D. Lasswell et L.C. Chen, *Human Rights and World Public Order* (New Haven, Londres, 1980). A.H. Robertson, *Human Rights in the World*, 2<sup>e</sup> éd. (Manchester, 1982) (3<sup>e</sup> éd., 1992). P. Sieghart, *The International Law of Human Rights* (Oxford, 1983); T. Meron (dir.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, 2 vol. (Oxford, 1984); T. Buergenthal, *International Human Rights in a Nutshell* (St. Paul, 1988; 2<sup>e</sup> éd. 1995); P. Alston, *The United Nations and Human Rights. A Critical Appraisal* (Oxford, 1992); R. Claude et B. Weston, *Human Rights in the World Community* (Philadelphia, 1992). Voir aussi L. Henkin, "Human Rights" (1985) 8 E.P.I.L. 268s et L. Oppenheim (dir. par R.Y. Jennings et A. Watts), *International Law, Peace*, 9. éd. (Londres, 1992), pp. 983s.

<sup>3</sup> La littérature juridique sur la relation du droit international humanitaire est luxuriante et de qualité inégale. Voir surtout A.H. Robertson, "Humanitarian Law and Human Rights," *Mélanges J. Pictet* (Genève, La Haye, 1984), pp. 793s.; D. Schindler, "Le Comité international de la Croix-Rouge et les droits de l'homme" (1979) 61 (715) R.I.C.R. 3s.; D. Schindler, "Human Rights and Humanitarian Law" (1982) 31 American University L. Rev. 935s.; D. Schindler, "Kriegsrecht und Menschenrechte," *Mélanges W. Kägi* (Zürich, 1979), pp. 327s.; D. Schindler, "Das humanitäre Kriegsrecht im Rahmen der internationalen Garantie der Menschenrechte," dans Deutsche Gesellschaft für die Vereinten Nationen (dir.), *Internationales Kolloquium über Menschenrechte* (Berlin, 1968), pp. 40s.; H. Meyrowitz, "Le droit de la guerre et les droits de l'homme" (1972) 88 Rev. D.P. & S.P. 1095s. Dans la présente étude seront cités aussi: S. MacBride, "Human Rights in Armed Conflicts: The Inter-Relationship between the Humanitarian Laws and the Law of Human Rights" (1970) 9 Rev. D. pénal militaire et D. de la guerre 373s.; G.I.A.D. Draper, "The Relationship between the Human Rights Régime and the Law of Armed Conflicts" (1971) 1 Israel Y.H.R. 191s.; A. Migliazza, "L'évolution de la réglementation de la guerre à la lumière de la sauvegarde des droits de l'homme" (1972) 137 R.C.A.D.I. 143s.; K.J. Partsch, "La protection internationale des droits de l'homme et les Conventions de Genève de la Croix-Rouge" (1974) 26 R.I.D.C. 73s.; M. Mushkat, "The Development of International Humanitarian Law and the Law of Human Rights" (1978) 21 G.Y.I.L. 150s.; W. A. Solf, "Human Rights in Armed Conflict: Some Observations on the Relationship of Human Rights Law to the Law of Armed Conflict," dans H.H. Han (dir.), *World in Transition: Challenges to Human Rights, Development and World Order* (Washington, 1979), pp. 41s.; A. Calogeropoulos-Stratis, *Droit humanitaire et droits de l'homme: la protection de la personne en période de conflit armé* (Genève, Leyden, 1980) 35s.; S. Junod, "Les droits de l'homme et le Protocole II," (1983) 65 (743) R.I.C.R. 254s.; A. Eide, "The Laws of War and

Human Rights — Differences and Convergences," *Mélanges J. Pictet* (Genève, La Haye, 1984), pp. 675s.; H. Gros Espiell, "Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho internacional de los refugiados," *Mélanges J. Pictet* (Genève, La Haye, 1984), pp. 699s.; R. Quentin-Baxter, "Human Rights and Humanitarian Law — Confluence or Conflict?" (1985) 9 *Australian Y.I.L.* 94s.; C. Sepulveda, "Vinculaciones entre el derecho internacional humanitario, los derechos humanos y la protección internacional de los refugiados" (1987) 20 *Boletín mexicano de derecho comparado* 585s.; L. Doswald-Beck, "International Humanitarian Law: A Means of Protecting Human Rights in Time of Armed Conflicts" (1989) 1 *R.A.D.I.C.* 595s.; J. Patrnoic, "Les droits de l'homme et le droit international humanitaire" (1991) 1 *Bulletin des droits de l'homme* (Nations Unies) 1s.; B. Jakovljevic, "Les droits de l'homme dans le droit international humanitaire" (1991) 1 *Bulletin des droits de l'homme* (Nations Unies) 27s.; F. Hampson, "Les droits de l'homme et le droit humanitaire: deux médailles ou les deux faces de la même médaille?" (1991) 1 *Bulletin des droits de l'homme* (Nations Unies) 51s.; L. Doswald-Beck et S. Vité, "Le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme" (1993) 75(800) *R.I.C.R.* 99s. Parmi les autres nombreuses contributions, cfr. notamment E. Giraud, "Le respect des droits de l'homme dans la guerre internationale et dans la guerre civile" (1958) 74 *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 613s.; S. Miyazaki and H. Wiebringhaus, "La protección de los derechos del hombre en caso de guerra" (1960) 9 *Revista española de derecho militar* 9s.; Commission internationale des Juristes, "Les droits de l'homme, le droit de la guerre et les conflits armés" (1968) 35 *Bulletin de la Commission internationale des Juristes* 3s.; I.P. Blishchenko, "Conflit armé et protection des droits de l'homme" (1971) 18 *Revue de droit contemporain* 23s.; G. von Glahn, "The Protection of Human Rights in Time of Armed Conflict" (1971) 1 *Israel Yearbook on Human Rights* 208s.; M. Greenspan, "The Protection of Human Rights in Time of Warfare" (1971) 1 *Israel Yearbook on Human Rights* 228s.; F. Przetacznik, "Protection of Human Rights in Time of Armed Conflict" (1974) 13 *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre* 315s.; K.D. Suter, "An Inquiry into the Meaning of the Phrase 'Human Rights in Armed Conflicts'" (1976) 15 *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre* 393s.; E. David, "Droits de l'homme et droit humanitaire" (1977) 1 *Revue de l'Institut de Sociologie* 31s.; Y. Dinstein, "The International Law of Inter-State Wars and Human Rights" (1977) 7 *Israel Yearbook on Human Rights* 139s.; R.R. Baxter, "Human Rights in War" (1977) 31 *Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences* (Boston) 4s.; P. de Geouffre de La Pradelle, "Droits des hommes et conflits armés: à propos du 500ème anniversaire de Las Casas (1474-1874-1974)" (1977) 59(706) *R.I.C.R.* 446s.; E. David, "Droits de l'homme et droit humanitaire" (1979) *Mélanges F. Dehousse* 169s.; V. Chkhikvadze, "Armed Conflict and Human Rights" (1979) 11 *International Affairs* 43s.; V. Cok, "Le développement du droit international humanitaire au point de vue des droits de l'homme" (1980) 27 *Jugoslovenska Revija za Medunarodno Pravo* 121s.; L.C. Green, "The Contemporary Law of Armed Conflict and the Protection of Human Rights," dans: G. Le Gall (dir.), *Civil Liberties in Canada, Entering the 1980's*, (Toronto, 1982), 166s.; U. Genesio, "La persona nel diritto internazionale umanitario" (1982) *I diritti umani* 397s.; T. Meron, "On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument" (1983) 77

## I LA PÉRIODE DE LA SÉPARATION (1945 — ANNÉES CINQUANTE)

## A RAISONS DE LA SÉPARATION

Deux raisons expliquent l'autonomie presque totale entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme immédiatement après la guerre.<sup>4</sup>

---

AJIL 589s.; A. Calogeropoulos-Stratis, "Droit humanitaire, droits de l'homme et victimes des conflits armés" dans: *Mélanges J. Pictet* (Genève/La Haye, 1984), 655s. M. El Kouhene, "Droit de la guerre, droits de l'homme" (1984) 37 *Studia diplomatica* 207s.; G. Melander, "International Humanitarian Law and Human Rights" (1985) 29 *Scandinavian Studies in Law* 137s.; M. El Kouhene, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme* (Dordrecht, Boston, Lancaster, 1986); K. Obradovic, "Les droits de l'homme sont-ils actuellement le fondement du droit des conflits armés?" (1988) 35 *Jugoslovenska Revija za Medunarodno Pravo* 41s.; M. Aubert, "De la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 au droit international humanitaire actuel" (1989) 71 (778) *R.I.C.R.* 364s.; H. Gros Espiell, "Human Rights and International Humanitarian Law" (1991) 1 *Bulletin des droits de l'homme* (Nations Unies) 15s.; T. Meron, "La protection de la personne humaine dans le cadre du droit relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire" (1991) 1 *Bulletin des droits de l'homme* (Nations Unies) 36s.; C. Sommaruga, "Droits de l'homme et droit international humanitaire" (1991) 1 *Bulletin des droits de l'homme* (Nations Unies) 61s.; M.R. Rwelamira, "Human Rights and International Humanitarian Law: The Links or Common Ground Revisited" (1992) 3 *Stellenbosch Law Review* 329s.; A.A. Cançado Trindade, "Desarrollo de las relaciones entre el derecho humanitario y la protección internacional de los derechos humanos en su amplia dimensión" (1992) 16 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 39s.; J. Meurant, "Droit humanitaire et droits de l'homme: spécificités et convergences" (1993) 75 (800) *R.I.C.R.* 93s.; E. David, *Principes de droit des conflits armés* (Bruxelles, 1994), 73s.; K.J. Partsch, "Human Rights and Humanitarian Law" (1985) 8 *E.P.I.L.* 292-4. Voir aussi les nombreuses contributions dans: (1998) 80 *Revue internationale de la Croix-Rouge* 428s.

<sup>4</sup> Pour un aperçu global de l'évolution des rapports entre les deux branches du droit, cf. A.H. Robertson, "Humanitarian Law and Human Rights," *Mélanges J. Pictet* (Genève, La Haye, 1984), pp. 793s.; D. Schindler, "Le Comité international de la Croix-Rouge et les droits de l'homme" (1979) 61 (715) *R.I.C.R.* 3s.; D. Schindler, "Human Rights and Humanitarian Law" (1982) 31 *American U.L. Rev.* 935s. Sur le rapprochement progressif des deux matières, cf. A. Calogeropoulos-Stratis, *Droit humanitaire et droits de l'homme* (Genève, Leyden, 1980), pp. 35s.; H. Meyrowitz, "Le droit de la guerre et les droits de l'homme" (1972) 88 *Rev. D.P. & S.P.* 1060s.

1 La première tient à la genèse et au développement des branches en question<sup>5</sup>

Le droit de la guerre a ses racines dans l'Antiquité.<sup>6</sup> Il s'est formé surtout à l'occasion des guerres que se sont livrés les États

<sup>5</sup> Cfr. par exemple Schindler, *supra* note 4, pp. 4-7.

<sup>6</sup> Cfr., pour le monde hellénique et romain, S. Clavadetscher-Thuerlemann, *Polemōs Dikaios und Bellum iustum: Versuch einer Ideengeschichte* (Zürich, 1985); C. Phillipson, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, t. II (Londres, 1911) pp. 194, 203s., 269s.; F. Kiechle, "Zur Humanität in der Kriegsführung der Griechischen Staaten" (1958) 7 *Historia* 129s.; P. Ducrey, *Le traitement des prisonniers de guerre dans la Grèce antique* (Paris, 1968); R. Lonis, *Les usages de la guerre entre Grecs et Barbares des guerres médiques au milieu du IV<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ* (Paris, 1969); F.J. Fernandez Nieto, *Los acuerdos bélicos en la antigua Grecia (época arcaica y clásica)*, t. I, (Santiago de Compostela, 1975); S. Albert, *Bellum iustum: Die Theorie des gerechten Krieges und ihre praktische Bedeutung für die auswärtigen Auseinandersetzungen Roms in republikanischer Zeit*, (Lassleben, 1980); K.H. Ziegler, "Kriegsverträge im antiken römischen Recht" (1985) 102 *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 40s.; J. Van Kan, "Règles générales du droit de la paix" (1938-IV) 66 *R.C.A.D.I.* 387s.; C.L. Decker, *Roman Military Law*, (Austin, 1968); M.W. Mouton, "L'histoire des lois et coutumes de la guerre jusqu'au Moyen-Age" (1958) 40(477) *R.I.C.R.* 463s (couvrant aussi l'Antiquité). Pour le Moyen-Age chrétien, cfr. H. Steiger, "Zum fränkischen Kriegsrecht des karolingischen Grossreiches (741-840)," *Mélanges W.K. Geck* (Cologne, Berlin, 1989), pp. 803s.; J. Kusters, "Le droit des gens chez Saint Augustin: la guerre" (1933) 60 *R.D.I.L.C.* 634s.; V. Hrabar, "La doctrine du droit international chez Saint-Augustin" (1932) 2 *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* 441s.; R.S. Hartigan, "Saint Augustin on War and Killing: The Problem of the Innocent" (1966) 27 *Journal of the History of Ideas* 195s.; F.H. Russell, "The Just War in the Middle Ages" (Cambridge, Londres, 1975); K.G. Cram, *Indicium belli. Zum Rechtscharakter des Krieges im deutschen Mittelalter*, (Münster/Cologne, 1955); G. Vismara, "Problemi e istituti giuridici della guerra altomedievale," dans: *Scritti di storia giuridica*, vol. 7 (Milan, 1989), pp. 475s.; J.T. Johnson, *Ideology, Reason and the Limitations of War: Religious and Secular Concepts: 1299-1740* (Princeton, 1975); G.S. Rondini, *Il diritto di guerra in Italia nel secolo XV* (Milan/Rome/Naples, 1964); A. Rother, *Ursprung und Entwicklung des europäischen Kriegsrechts bis in das 17 Jahrhundert*, thèse, Marburg, 1948; G. Butler et S. Maccoby, *The Development of International Law* (Londres/New York/Toronto, 1928), pp. 107s, 121s; A. Morsini, *La guerra nel pensiero cristiano dalle origini alle Crociate*, (Florence, 1963); J.G. Helm, *Die Rechtsstellung der Zivilbevölkerung im Kriege in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, thèse, Frankfurt am Main, 1957; K.H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte* (München, 1994), pp. 73-74, 84, 103-4, 114-15, 131-32; W.G. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 2<sup>e</sup> éd. (Baden-Baden, 1988), pp. 131s, 141s. Pour Byzance, cf. M. De Taube, "L'apport de Byzance au développement du droit international occidental" (1939) 67 *R.C.A.D.I.* 233s., 316s.; G. Stadtmueller, "Byzanz in der Völkerrechtsgeschichte," *Mélanges R. Laun* (Hamburg, 1953), pp. 35s., 48-50. Voir aussi en général G. Vismara, *Bisanzio e l'Islam* (Milan, 1950). Pour le monde islamique,

européens en consolidation progressive dès le Moyen-Age.<sup>7</sup> C'est l'une des matières les plus anciennes du droit international public. Elle tient une place éminente dans les écrits des classiques de

---

cf. M. Khadduri, *War and Peace in the Law of Islam*, 2<sup>e</sup> éd. (Baltimore, Londres, 1955); S. Mahmassani, "The Principles of International Law in the Light of Islamic Doctrine" (1966) 117 R.C.A.D.I. 289s.; H. Sultan, "La conception islamique du droit international humanitaire dans les conflits armés" (1978) 34 Rev. Égyptienne de D.I. 1s.; B. Yadh, "Islam et droit humanitaire" (1980) 62 (722) R.I.C.R. 59s.; K.H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte* (Münich, 1994), pp. 79-80, 119. Pour le monde indien: W.S. Armout, "Customs of Warfare in Ancient India" (1922) 8 Transactions of the Grotius Society 71s.; N.C.H. Banerji, *Völkerrecht und Kriegsrecht im alten Indien*, thèse (Cologne, 1935); L.R. Penna, "Humanitarian Law in Ancient India" (1984) 23 Rev. D. pénal militaire et D. de la guerre 235s.; M.N. Singh, "Armed Conflicts and Humanitarian Laws of Ancient India," *Mélanges J. Pictet* (Genève, La Haye, 1984), pp. 531s.; G.I.A.D. Draper, "La contribution de l'Empereur Açoka Maurya au développement des idéaux humanitaires dans la conduite de la guerre" (1995) 77 (812) R.I.C.R. 215s.; K.R.R. Sastry, "Hindouism and International Law" (1966) 117 R.C.A.D.I. 566s. Pour d'anciennes sources sur les règles et coutumes de la guerre, cf. W.G. Grewe (dir.), *Fontes historiae iuris gentium*, t. I, 1380 B.C. — 1493 (Berlin, New York, 1995), pp. 123s. Pour des anciens aperçus des règles de l'Antiquité sur le droit de la guerre, cfr. P. Fiore, *Trattato di diritto internazionale pubblico*, 4. éd. t. III, (Turin, 1916), pp. 6s.; J.C. Bluntschli, *Das moderne Kriegsrecht der civilisierten Staaten*, 2 éd. (Nördlingen, 1874); J.A. Farrer, *Military Manners and Customs: The Laws and Observances of Warfare in Ancient and Modern Times* (Londres, 1885). D'autres renvois dans P. Fauchille, *Traité de droit international public*, t. II, *Guerre et Neutralité* (Paris, 1921), pp. 5s, notamment, p. 5-7, note 1.

<sup>7</sup> Sur la consolidation territoriale de l'État dès le moyen âge, cfr. par exemple F.A. von der Heydte, *Die Geburtsstunde des souveränen Staates* (Regensburg, 1952), partic., pp. 41s.; H. Mitteis, *Der Staat im hohen Mittelalter*, 11<sup>e</sup> éd. (Cologne, Vienne, 1986); A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa — Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. I (Milan, 1982), pp. 194s., 213s., 221s.; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, t. I (Bologne, 1976), pp. 28s., 69s., 85s.; G. Astuti, *La formazione dello Stato moderno in Italia* (Turin, 1967), partic., pp. 52s.; K. Eder, *Die Entstehung staatlich organisierter Gemeinschaften* (Frankfurt am Main, 1976); W. Schlesinger, *Zur Entstehung der Landesherrschaft* (Darmstadt, 1964); L. Krader, *Formation of the State* (Englewood, 1968); R. Fedou, *L'État au Moyen-Age* (Paris, 1971). Sur l'aspect terminologique, cf. P.L. Weinacht, *Staat, Studien zur Bedeutungsgeschichte des Wortes von den Anfängen bis ins 19 Jahrhundert* (Berlin, 1968). Dans le contexte du droit international, cf. Grewe, *supra* note 6, pp. 83s. Pour la consolidation du droit de la guerre au moyen âge, cf. E. Nys, *Les origines du droit international* (Bruxelles/Paris, 1894), pp. 188s. Cf. aussi les auteurs cités à la note précédente. Sur l'apport du *ius armorum* des gens de guerre, cf. M.H. Keen, *The Laws of War in the Middle Ages* (Londres/Toronto, 1965); P. Contamine, *Guerre, Etat et société à la fin du Moyen Age. Etudes sur les armées des rois de France, 1337-1494*, (Paris/La Haye, 1972).

cette science.<sup>8</sup> Son aspect international est aussi souligné par les apports du christianisme et par les règles de la chevalerie et du *ius armorum*.<sup>9</sup> Les droits de l'homme ont trait à l'organisation du pouvoir étatique face à l'individu; ils sont le produit des théories des lumières sur l'État de droit<sup>10</sup> et ont tout naturellement trouvé

<sup>8</sup> Voir Bartole, *Tractatus de bello, de represaliis et de duello* (1360); H. Bonet, *L'arbre des batailles* (1385); C. de Pisan, *Livre des faits d'armes et de chevalerie* (vers 1410); F. Arias de Valderas, *De bello et eius iustitia* (1533); A. Alvarez Guerrero, *Tractatus de bello iusto* (1543); P. Belli, *De re militari et de bello* (1563); B. de Ayala, *De iure et officiis bellicis et disciplina militari* (1582). (Sur Balthasar de Ayala, cf. J. Peralta, *Balthasar de Ayala y el derecho de la guerra* (Madrid, 1964).) Il y eut en suite les auteurs classiques les plus connus dont les développements se concentrent de manière croissante sur le concept moderne de guerre: F. de Vitoria, *De iure belli* (1539); F. Suarez, *De bello, disputatio XIII, De caritate* (1621); A. Gentili, *De iure belli* (1588); H. Grotius, *De iure belli ac pacis* (1625), partic. lib. III, c. I et XI-XVI; R. Zouche, *Juris et iudicii feodialis, sive iuris inter gentes et quaestionum eodem explicatio* (1650), partic. pars II, s. IX, X; S. Rachel, *Dissertationes de iure naturae et gentium, Dissertatio altera de iure gentium* (1676), par. XLIII; W. Textor, *Synopsis iuris gentium* (1680), c. XVI-XIX, partic., c. XVIII; S. Pufendorf, *De iure naturae et gentium* (1672), lib. VII, c. VI; C. van Bynkershoek, *Quaestiones iuris publici* (1737), lib. I; J.G. Heineccius, *Elementa iuris naturae et gentium* (1738), lib. II, c. IX, partic. para. CCI-CCII; C. Wolff, *Ius naturae methodo scientifica pertractatum* (1749), partic. c. VII, par. 777s.; E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (1758), lib. III, c. V et VI; J.J. Burlamaqui, *Principes du droit de la nature et des gens* (1768), partic. c. V; G.F. de Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe* (Goettingen, 1788), lib. VIII, c. IV, par. 270s. Pour d'autres renvois à la littérature plus récente, cf. L. Oppenheim (dir. H. Lauterpacht), *International Law — A Treatise*, vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, 7<sup>e</sup> éd. (Londres, New York, Toronto, 1952), p. 226.

<sup>9</sup> Cfr. E. Nys, *Les origines du droit international* (Bruxelles, Paris, 1894), pp. 188s.; M.H. Keen, *The Laws of War in the Middle Ages* (Londres, Toronto, 1965). Cfr. aussi G.I.A.D. Draper, "L'évolution de droit de la guerre: Influences du christianisme et de la chevalerie" (1965) 47(553) R.I.C.R. 1s.; T. Meron, "Shakespeare's Henry the Fifth and the Law of War" (1992) 86 A.J.I.L. 1s. Voir aussi M. Keen, *Nobles, Knights and Men-at-Arms in the Middle Ages* (Londres, 1996); M. Keen, *Chivalry* (New Haven, Londres, 1984).

<sup>10</sup> Cfr. par exemple J. Locke, *Two Treatises on Government* (1690), II, pp. 123s. Sur ce sujet, cf. R. Marcic, *Geschichte der Rechtsphilosophie* (Freiburg i. B., 1971), pp. 67s.; E.B.F. Midgley, "Natural Law and Fundamental Rights" (1976) 21 American Journal of Jurisprudence 144s.; P. Pavan, *Diritto dell'uomo e diritto naturale* (Rome, 1966), pp. 355s.; F. Castberg, "Natural Law and Human Rights" (1968) 1 Revue des droits de l'homme 14s. Le problème se confond largement à celui des droits naturels subjectifs. Sur l'origine de la notion de droit subjectif, cf. M. Villey, "Les origines de la notion de droit subjectif," dans M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* (Paris, 1962), pp. 221s.; H. Coing, "Zur Geschichte des Begriffs 'Subjektives Recht,'" dans H. Coing et F.H. Lawson et K. Gronfors (dir.), *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit* (Frankfurt am Main/Berlin, 1959), pp. 7s.; A.L. Hardin, *Natural Law and Natural Rights* (Dallas,

leur expression dans le droit interne. L'on peut évoquer, pour l'Angleterre, la "Petition of Rights" de 1628, le "Habeas Corpus Act de 1679" et la "Bill of Rights" de 1689;<sup>11</sup> pour les États-Unis d'Amérique, la "Bill of Rights" de Virginie de 1776;<sup>12</sup> pour la France, la "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen" de 1789.<sup>13</sup> Si le droit de la guerre était essentiellement international, les droits de l'homme relevaient du droit interne. Ce n'est

---

1955); G. Fassò, *Scritti di filosofia del diritto*, t. II, (Milan, 1982), pp. 959s; Cavanna, *supra* note 7, pp. 325s. J.M. Kelly, *A Short History of Western Legal Theory* (Oxford, 1992), pp. 268-71. Voir aussi R. Dubischar, *Ueber die Grundlagen der schulsystemastischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative. Ein dogmengeschichtlicher Beitrag zur Lehre vom subjektiven Privatrecht*, thèse, Tübingen, 1961, pp. 58s. Pour la notion de droit subjectif au moyen-âge, cf. K.W. Nörr, "Zur Frage des subjektiven Rechts in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft," *Mélanges H. Lange* (Stuttgart, 1992), pp. 193s; F. Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter* (Basel, 1953), pp. 48s, 67s.

Sur l'histoire des droits de l'homme en général, cf., parmi d'autres, F. Hartung, *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart*, 4 éd., (Göttingen, 1972); G. Oestreich, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, 2 éd., (Berlin, 1978); A. Voigt, *Geschichte der Grundrechte* (Stuttgart, 1948); Voir aussi F. Ermacora, *Menschenrechte in der sich wandelnden Welt*, t. I., *Historische Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten* (Vienne, 1974), pp. 79s; F. Ermacora, *Allgemeine Staatslehre*, t. II, (Berlin, 1976), pp. 714-33.

- <sup>11</sup> Pour l'histoire constitutionnelle des libertés publiques en Angleterre, cf. le bref aperçu chez R. Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, 11<sup>e</sup> éd. (Münich, 1991), pp. 307-10; cf. aussi W. Hubatsch, *Die englischen Freiheitsrechte* (Hanover, 1962); J. Bohatec, *England und die Geschichte der Menschen- und Bürgerrechte* (Graz, 1956); H. Lauterpacht, *An International Bill of the Rights of Man* (Londres, 1945), pp. 54s.; G.E. Aylmer, *The Struggle for the Constitution, 1603-1689* (Londres, 1963). Pour un aperçu des ouvrages traditionnels d'histoire constitutionnelle de l'Angleterre, voir. R. van Caenegem, dans: J. Gilissen (dir.), *Introduction bibliographique à l'histoire du droit et à l'ethnologie juridique*, pars C/5 (1963), pp. 48-53.
- <sup>12</sup> Pour l'histoire constitutionnelle des libertés publiques aux États-Unis d'Amérique, voir, entre autres, R. Pound, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty* (Yale, 1957); R.A. Rutland, *The Birth of the Bill of Rights, 1776-1791* (Chapel Hill, 1955); G. Ostrander, *The Rights of Man in America, 1606-1861* (Columbia, 1960); B. Schwartz, *The Great Rights of Mankind: A History of the American Bill of Rights*, (New York, 1977); J. Hushagen, "Zur Entstehungsgeschichte der nordamerikanischen Erklärungen der Menschenrechte" (1924) 78 *Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften* 46s.
- <sup>13</sup> Pour la Déclaration française des droits de l'homme de 1789, cf. G. del Vecchio, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la révolution française* (Paris, 1968); S.J. Samwer, *Die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789/91* (Hamburg, 1970); S. Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (Paris, 1988); J. Morange, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (Paris, 1988).

qu'après la deuxième guerre mondiale, en réaction aux abus des forces de l'Axe, que les droits de l'homme pénétrèrent le corps du droit international public.<sup>14</sup> La fin des années quarante marque l'instant où les droits de l'homme se placent pour la première fois à côté de ce qui était à l'époque encore appelé droit de la guerre, au sein du même système normatif. La question de leur relation réciproque ne peut se poser que dès ce moment. Mais la branche des droits de l'homme est encore trop jeune, et trop peu développée pour faire l'objet d'analyses qui supposent une sphère d'application mieux assise et une élaboration technique plus poussée.

## 2 *L'autre raison est d'ordre institutionnel*

La plus importante tient au fait que les organes des Nations Unies décident d'écartier toute considération du droit de la guerre de leurs travaux parce qu'en s'occupant de cette branche du droit, estiment-ils, ils risqueraient d'ébranler la force du *ius contra bellum* énoncé par la Charte et ouvriraient la voie à des doutes sur la capacité de l'Organisation de maintenir la paix.<sup>15</sup> Ainsi, la Commission du droit international élimine en 1949 le droit de la guerre de sa liste des matières susceptibles de faire l'objet d'une codification.<sup>16</sup> Cette attitude ne peut se comprendre que dans le climat d'après-guerre; elle avait déjà existé dans les années trente.<sup>17</sup> S'ajoute à

<sup>14</sup> Cf. Golsong, *supra* note 2, pp. 13s.; Vasak, *supra* note 2, p. 343; Oppenheim, *supra* note 8, pp. 984-85; Robertson, *supra* note 2, pp. 1s.; Sieghart, *supra* note 2, pp. 13-14; L. Henkin, *The Age of Rights* (New York, 1990), pp. 16s. Voir aussi les paroles touchantes de J.P. Humphrey, *Human Rights and the United Nations: A Great Adventure* (New York, 1984), pp. 1s., 10s.

<sup>15</sup> Cf. Robertson, *supra* note 4, p. 794; Migliazza, *supra* note 3, pp. 164-65. Schindler, Le Comité, *supra* note 4, p. 7.

<sup>16</sup> (1949) 1 Y.I.L.C. 281, par. 18: "It was considered that if the Commission, at the very beginning of its work, were to undertake this study [on the laws of war], public opinion might interpret its action as showing lack of confidence in the efficiency of the means at the disposal of the United Nations for maintaining peace." Voir à ce propos les remarques plus fondées des membres de l'IDI en 1957 à propos de la reconsidération des principes du droit de la guerre (1957) 47-1 A.I.D.I. 323s., et l'opinion du Rapporteur J.-P.A. François (1957) 47-1 A.I.D.I. pp. 367s.; Cf. J. Kunz, "The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for Their Revision" (1951) 45 A.J.I.L. 37s.; J. Kunz, "The Laws of War" (1956) 50 A.J.I.L. 313s.; H. Lauterpacht, "The Revision of the Laws of War" (1952) 29 B.Y.I.L. 360s.

<sup>17</sup> Cf. par exemple les remarques de MM. Politis (Grèce) et Sokal (Pologne) dans la Commission de désarmement (1929), sér. VIII, Documents de la Commission

cette politique du droit des Nations Unies une certaine dichotomie entre le CICR et l'Organisation mondiale. Elle ne tient qu'en partie au bannissement du droit de la guerre par l'Organisation des Nations Unies. S'y ajoute la culture d'indépendance du CICR renforcée par le caractère politique des Nations Unies.<sup>18</sup> Les droits de l'homme perçus comme étant du ressort des Nations Unies et des organes instaurés par elle pour développer et connaître ces droits sont ainsi éloignés des préoccupations de l'institution qui seule continue à oeuvrer dans le domaine du droit de la guerre. L'institutionnel rétroagit sur le normatif: les Nations Unies, garants des droits de l'homme internationaux ne veulent pas du droit de la guerre; le CICR, garant du droit de la guerre, ne veut pas d'un rapprochement à une organisation essentiellement politique et à des droits de l'homme qui en sont censés l'expression. Il en résulte une séparation nette des deux branches du droit.

## B LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES

La lecture des travaux préparatoires des deux instruments dominant chacune des branches évoquées et adoptés presque simultanément à la fin des années quarante illustre ce qui vient d'être dit. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, laisse totalement à l'écart la question du respect des droits de l'homme dans les conflits armés alors que parallèlement, lors de l'élaboration des Conventions de Genève de 1949, il n'a guère été question des droits de l'homme.<sup>19</sup>

---

préparatoire de désarmement (Société des Nations) 87 (Sokal), 91 (Politis); *Contra*, M. Rutgers (Pays-Bas), (1929), sér. VIII, Documents de la Commission préparatoire de désarmement (Société des Nations) 90. Voir aussi la remarque caractéristique de K. Strupp, *Éléments du droit international humanitaire universel, européen et américain*, t. II (Paris, 1930), p. 503, note 1, subordonnant le *ius in bello* au droit préventif de la guerre; A.P. Sereni, *Diritto internazionale*, t. IV (Milan, 1965), pp. 1823-26 estime qu'il s'agit là d'une "illusion." Voir en général J. Kunz, "Plus de lois de la guerre?" (1934) 41 R.G.D.I.P. 22s., 40s.

<sup>18</sup> Cf. l'amendement proposé par M. Woolton (Royaume-Uni) et adopté par la Conférence de la Croix-Rouge de Stockholm. Il enjoint aux membres du C.I.C.R. d'agir "avec le plus grand soin lorsqu'ils fixent leurs relations avec les organisations internationales intergouvernementales et non gouvernementales," "étant donné le caractère apolitique des organes constitutifs de la Croix-Rouge internationale" (*Compte-rendu de la 17<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge* (Stockholm, 1948), p. 50).

<sup>19</sup> Schindler, "Le Comité international..." *supra* note 4, p. 7. Sur les deux instruments, voir aussi C. Pilloud, "La Déclaration universelle des droits de l'homme et les Conventions internationales protégeant les victimes de la guerre," (1949)

1 *La Déclaration universelle*

Pour ce qui est de la préparation de la Déclaration universelle,<sup>20</sup> la question de l'effet de la guerre sur les droits de l'homme n'a été que très exceptionnellement effleurée. Le paragraphe 2 du Préambule décrit le respect des droits de l'homme comme une condition de maintien de la paix.<sup>21</sup> C'est une perspective exogène qui est ici adoptée: nous sommes toujours dans le *ius contra bellum*. L'on bascule vers le *ius in bello* lorsque quelques rares délégués font valoir de manière fort subordonnée, par une incise, que les droits projetés par la Déclaration reposent sur un état de paix. Ainsi, selon M. Jiménez de Aréchaga, lors de longs débats à la Troisième Commission des Nations Unies, les droits de l'homme doivent "régir, en temps de paix, une Communauté internationale fondée sur les principes de l'Organisation des Nations Unies."<sup>22</sup> Une remarque équivalente a été faite par M. Campos Ortiz, délégué du Mexique, dans les séances plénières de la Troisième session de l'Assemblée générale des Nations Unies; il a utilisé à cet effet l'expression "dans un monde pacifique."<sup>23</sup> Seul le délégué du

31 (364) R.I.C.R. 252s. (le parallélisme entre les deux textes y est souligné); J.G. Lossier, "La Croix-Rouge et la Déclaration universelle des droits de l'homme" (1949) 31 (364) R.I.C.R. 259s.

<sup>20</sup> Pour un tableau synoptique des étapes de ces travaux préparatoires, cf. A. Eide e.a. (dir.), *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary* (Oslo, 1992), p. 3. Il convient d'y ajouter les débats de la Troisième Commission, A/C.3/SR. 88-116, 119-170, 174-8. Voir aussi R. Cassin, "La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme" (1951-II) 79 R.C.A.D.I. 237s., 271s.; A. Verdoort, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme* (Louvain, Paris, 1964), pp. 45s.; N. Robinson, *The Universal Declaration of Human Rights* (New York, 1958), pp. 25s.; J.P. Humphrey, "The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character," dans B.G. Ramcharan (dir.), *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (La Haye/Boston/Londres, 1979), pp. 21s. Cfr. aussi le *Yearbook on Human Rights for 1947* (UN, 1949), pp. 430s. Pour un aperçu de la littérature ancienne sur la Déclaration universelle, utile pour une étude du point de vue historique, cf. UN., *Economic and Social Council, Bibliography on the Protection on Human Rights*, E/CN.4/540 (1951), pp. 36-40.

<sup>21</sup> Introduit dans la Commission des droits de l'homme, *Rapport du Comité de rédaction de la Déclaration internationale des droits de l'homme, articles proposés par le représentant de la France* (Cassin), Doc E/CN.4/21, p. 29; cf. aussi *ibid.* p. 36; et aussi la remarque du gouvernement du Mexique, Doc E/CN.4/85, p. 8.

<sup>22</sup> Troisième Commission, *Débats sur le projet de Déclaration internationale des droits de l'homme*, Doc A/CN.3/SR. 116, p. 268.

<sup>23</sup> Nations Unies, Assemblée générale, *Séances plénières*, 3<sup>e</sup> session, 181<sup>e</sup> séance, p. 886: "[D]ans un monde pacifique, il est nécessaire d'assurer le respect des droits de la personne humaine."

Liban, M. Azkoul, est allé explicitement plus loin. Dans le contexte de l'article 26 du projet,<sup>24</sup> il a estimé que les droits fondamentaux de l'homme, tels qu'énoncés par la Déclaration sous examen, doivent être garantis aussi en période de guerre.<sup>25</sup> L'absence de considération du problème de la guerre tient à la philosophie générale dans l'enceinte des Nations Unies telle qu'elle dominait à l'époque. Il semblait régner un consensus tacite mais non moins général que la Déclaration était une oeuvre destinée au temps de paix dont l'Organisation se portait garante.

S'ajoutait à ces représentations générales une raison d'ordre plus technique. Le projet de codification des droits de l'homme comportait à l'époque deux branches. D'un côté, il s'agissait de proclamer une Déclaration solennelle et succincte à l'instar des grandes déclarations des droits nationaux. En tant que proclamation de l'Assemblée générale des Nations Unies, ce texte serait dépourvu de valeur juridique contraignante. D'un autre côté, il aurait fallu adopter un texte proprement juridique et contraignant, bien plus détaillé, tirant toutes les conséquences des droits antérieurement proclamés, susceptible de les concrétiser et de leur donner le vêtement d'une organisation positive. C'était là un projet de Pacte international sur les droits de l'homme.<sup>26</sup> Il a souvent été souligné, dans le courant des travaux préparatoires de la Déclaration, que celle-ci n'était pas un texte législatif, qu'elle n'était pas le Pacte; qu'en conséquence elle devait, pour garder sa force et son rôle propre, être courte et concise; qu'elle devait à ce propos s'abstraire de toute élaboration encombrante et inutile.<sup>27</sup> Le champ d'application d'une codification des droits de l'homme ne devait dès lors se poser que dans le cadre du Pacte qui se préparait à une réglementation proprement juridique (au sens étroit)

<sup>24</sup> Cet article était libellé comme suit: "Toute personne a droit à ce que règne le bon ordre sur le plan social et sur le plan international, de façon que puissent trouver plein effet les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration" (cf. *Procès-verbaux officiels du Conseil économique et social*, 3<sup>e</sup> année, 7<sup>e</sup> session, Suppl. n<sup>o</sup> 2, p. 11).

<sup>25</sup> Troisième Commission, *Débats sur le projet de la Déclaration internationale des droits de l'homme*, Doc A/CN.3/SR. 152, p. 639.

<sup>26</sup> Cfr. Cassin, *supra* note 20, pp. 297s. Le projet de Pacte des droits de l'homme ne put finalement aboutir qu'avec les textes adoptés en 1966, cf. G. Cohen-Jonathan, "Human Rights Covenants" (1985) 8 E.P.I.L. 297s.; M. Nowak, *United Nations Covenant on Civil and Political Rights — Commentary* (Kehl am Rhein/Strasbourg/Arlington, 1993), pp. XVIIIs.

<sup>27</sup> Cfr. par exemple les observations des gouvernements de l'Australie (Doc E/CN.4/85, p. 5) ou des États-Unis d'Amérique (Doc E/CN.4/85, p. 6).

de la matière. En effet, dans le projet de Pacte élaboré parallèlement à la Déclaration, l'article 4, paragraphe 1, portait sur le problème qui nous intéresse: "En cas de guerre ou d'autre péril national, un État peut prendre des mesures incompatibles avec les obligations qu'il a souscrites à l'article 2 ci-dessus;" le paragraphe 2 stipulait un devoir de l'État d'en informer le Secrétaire général des Nations Unies.<sup>28</sup> L'élaboration de cette disposition ne fut pas poussée plus loin et il n'y eut pas de distinction selon l'importance des droits que l'État se proposait de limiter ou de déroger. Sous peu, les travaux sur le Pacte furent discontinués.<sup>29</sup>

## 2 *Les Conventions de Genève*

Dans les travaux préparatoires des Conventions de Genève de 1949, la mention des droits de l'homme n'est pas fréquente non plus. C'est surtout en dehors des dispositions opérationnelles qu'ils furent mentionnés, le plus souvent de manière passagère et vague, ou comme rappel d'une profession de foi jamais inutile. Si le personnel des deux Conférences, celle de la Déclaration et celle des Conventions, fut nettement différent,<sup>30</sup> certains délégués participèrent tant à l'une qu'à l'autre. Tel est le cas de l'envoyé australien, M. Hodgson, et du plénipotentiaire mexicain, M. de Alba. Il n'est guère étonnant de trouver dans leurs prises de position des mentions plus fréquentes des travaux poursuivis sous l'égide des Nations Unies. C'est la question très débattue du Préambule qui a suscité de nombreux rappels des droits de l'homme. Le représentant du Saint-Siège, M<sup>gr</sup> Compte, voulait y voir s'inscrire un appel à la "divinité, garantie des droits et devoirs de l'homme"<sup>31</sup> ou le "respect de la personne et de la dignité humaines."<sup>32</sup> L'on n'est pas loin ici de formules plus générales utilisées dans le même contexte comme celle du "respect de l'homme qui souffre."<sup>33</sup> Il fut finalement proposé d'inclure dans le Préambule la référence à un "droit

<sup>28</sup> Cf. le Rapport du Comité de rédaction de la Déclaration internationale des droits de l'homme, Doc E/CN.4/21, p. 15; cfr. aussi les Doc E/CN.4/95, p. 18 (Comité de rédaction, deuxième session); E/CN.4/85, pp. 62-63; E/600, annexe B, pp. 32-33; E/800, p. 17.

<sup>29</sup> Cf. J. Mourgeon, "Les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme" (1967) 13 A.F.D.I. 332-34.

<sup>30</sup> Quentin Baxter, *supra* note 3, p. 101.

<sup>31</sup> *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, t. II, sect. A, p. 160.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 313.

<sup>33</sup> *Ibid.*, Pictet (CICR), p. 161.

humain universel.<sup>34</sup> L'emprunt à la Déclaration de 1948 est ici particulièrement visible. Plusieurs délégués mirent l'accent sur le fait que la Convention IV de Genève, celle sur la protection des civils, devait aller de pair avec la Déclaration universelle et qu'un tel rapprochement dans le Préambule serait le bienvenu.<sup>35</sup> Le délégué australien, M. Hodgson, qui avait participé aux travaux préparatoires de la Déclaration, estima qu'il suffirait de renvoyer au Préambule de la Déclaration sans en rédiger un nouveau pour la Convention sur les prisonniers de guerre.<sup>36</sup> Il fit des remarques similaires à propos d'un Préambule propre à la Convention sur les civils, en ajoutant sèchement que la Conférence n'avait pas à refaire le texte de la Déclaration de 1948.<sup>37</sup>

L'article 3 commun aux quatre Conventions a aussi suscité, comme il était naturel, des références aux droits de l'homme. Le Comité spécial de la Deuxième Commission de la Conférence avait proposé, dans le cadre de la Convention sur les prisonniers de guerre, un troisième alinéa comportant une espèce de clause Martens.<sup>38</sup> Il y était dit que si le bénéfice de la Convention ne

<sup>34</sup> *Ibid.* pp. 676s, 797.

<sup>35</sup> *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, t. II, sect. A: De Alba (Mexique), p. 676; De Geouffre de la Pradelle (Monaco), p. 677; Cohen-Salvador (France), p. 681; Nassif (Liban), pp. 679-80. Cfr. aussi les observations du Rapporteur, pp. 762-63.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 384.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 764.

<sup>38</sup> La clause Martens est une stipulation insérée dans plusieurs Conventions touchant au droit de la guerre et qui réserve au bénéfice des populations civiles et des belligérants, pour tous les cas non couverts par des dispositions expresses de ces textes, l'empire des principes du droit des gens. L'énoncé de cette clause suggérée par le délégué russe à la Conférence de Paix de 1899 (F. de Martens) était originalement le suivant: "En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois d'humanité et des exigences de la conscience publique." Cfr. le Préambule des Conventions II de 1899 et IV de 1907 de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, D. Schindler et J. Toman, *Droit des conflits armés* (Genève, 1996), p. 72. Voir aussi, parmi d'autres, l'art. 63 de la Convention I de Genève de 1949, l'art. 1(2) du protocole additionnel I de 1977 et le Préambule, par. 5, de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs frappant sans discrimination (1980): cf. Schindler/Toman, *op. cit.*, pp. 485, 760-61, 197. Voir aussi H. Strebler, "Marten's Clause" (1982) 3 E.P.I.L. 252-53;

pouvait être reconnu à une personne, celle-ci resterait néanmoins "sous la sauvegarde des principes des droits de l'homme tels qu'ils résultent des règles établies entre nations civilisées."<sup>39</sup> Selon le délégué danois, M. Cohn, l'article 3 doit être compris comme ne comportant aucune atteinte aux droits que des individus peuvent tenir d'autres sources dont notamment les droits de l'homme.<sup>40</sup>

Un autre contexte dans lequel les droits de l'homme ont été mentionnés est celui de la protection de la population civile en territoire occupé par l'ennemi. Suivant M. de Alba, il conviendrait d'adopter une formule aux termes de laquelle la Puissance occupante ne pourrait modifier la législation du territoire occupé que dans la mesure où cette législation viole les principes de la Déclaration universelle.<sup>41</sup> Il y aurait là une étroite exception à la garantie du *statu quo* législatif dans de tels territoires.<sup>42</sup> Ailleurs encore le

---

F. Münch, "Die Martens' sche Klausel und die Grundlagen des Völkerrechts" (1976) 36 ZaöRV 347s.; S. Miyazaki, "The Martens Clause and International Humanitarian Law," *Mélanges J. Pictet* (Genève, La Haye, 1984), pp. 433s.

<sup>39</sup> *Actes...*, *supra* note 31 à la p. 455. Le caractère spécial de cette clause Martens dérive du fait qu'elle fait mention des droits de l'homme plutôt que des principes du droit des gens. Ailleurs cette mention des droits de l'homme a été remplacée par le terme de "principes humanitaires" (cf. Devijver (Belgique), *ibid.* p. 468; cf. aussi le Rapport final, *ibid.* p. 548).

<sup>40</sup> *Ibid.* p. 468: "Rien dans le présent article ne peut être interprété de manière à priver les personnes qui tombent en dehors des clauses de cet article, de leurs droits de l'homme et notamment de leur droit de légitime défense, vis-à-vis des actes illégaux, sanctionnés par leur législation nationale en vigueur avant le commencement des hostilités ou de l'occupation" (amendement danois). Voir à ce propos les remarques critiques de M. Gardner (Royaume-Uni), *ibid.* p. 398 et la réponse de M. Cohn, *Actes...*, *supra* note 31, t. II, sect. B, pp. 260-61. Cette position, sur le point qui nous intéresse, semble avoir été admise en substance par le Royaume-Uni: "Le délégué au Danemark a ensuite commenté cette déclaration. Je me permets toutefois d'observer que son argumentation n'est pas tout à fait pertinente. En effet, le but de l'article 3 n'est pas de priver qui que ce soit de quoi que ce soit, mais de déterminer les personnes qui, en vertu de l'article 3, peuvent bénéficier de la protection de la Convention" (Sir Robert Craigie, *Actes...*, *supra* note 31, t. II, sect. B, p. 261).

<sup>41</sup> *Actes...*, *supra* note 31, t. II, sect. A, p. 655.

<sup>42</sup> Sur l'occupation de guerre, cfr. M. Bothe, "Occupation, Belligerent" (1982) 4 E.P.I.L. 64-67; F. Capotorti, *L'occupazione nel diritto di guerra* (Naples, 1949); D.A. Graber, *The Development of the Law of Belligerent Occupation, 1863-1914: A Historical Survey* (New York, 1949); A. Migliazza, *L'occupazione bellica* (Milan, 1949); G. Tenekides, *Occupatio bellica: la nature juridique de l'occupation militaire* (Athènes, 1945); G. von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory, A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation* (Minneapolis, 1957); E.M. Lubrano-Lavadera, *Les lois de la guerre et de l'occupation militaire* (Paris, 1956); E. Benvenisti,

délégué mexicain mentionne au passage les "droits fondamentaux de l'être humain."<sup>43</sup>

Le renvoi incontestablement le plus solennel aux droits de l'homme a été celui du Président de la Conférence, lors de la cérémonie de signature. Monsieur Petitpierre évoque ici le parallélisme et l'idéal commun des Conventions de Genève et de la Déclaration universelle. Il précise que certains droits proclamés par la Déclaration ont été repris et concrétisés dans le texte des Conventions.<sup>44</sup>

Il convient de ne pas se méprendre sur la portée de ces déclarations au demeurant très ponctuelles et très rarement inscrites dans un cadre opérationnel. La perspective des Conventions reste tributaire du concept objectif de personne protégée définie selon son statut par rapport aux événements de guerre (malade, blessé, prisonnier de guerre, civil) et ne s'ouvre guère à l'idée d'attribution de droits subjectifs suprêmes sans distinction aucune, s'attachant uniquement à la qualité d'être humain.<sup>45</sup> D'un autre côté, même dans des contextes très propices, comme par exemple la protection à offrir à ceux qui ont violé le droit de la guerre et de leur présomption d'innocence, les droits de l'homme ne sont mentionnés d'aucune manière.<sup>46</sup>

De ce qui précède, l'on peut conclure que s'il est faux de dire que lors de l'élaboration de ces textes l'ignorance mutuelle

---

*The International Law of Occupation* (Princeton, 1993); C. Rousseau, *Le droit des conflits armés* (Paris, 1983), pp. 133s. (avec de nombreux renvois); L. Oppenheim (dir. H. Lauterpacht), *supra* note 8, pp. 430s.; G. Schwarzenberger, "The Law of Belligerent Occupation: Basic Issues" (1960) 30 *Nordisk Tidsskrift for International Ret* 10s.; F. Morgenstern, "Validity of the Acts of the Belligerent Occupant" (1951) 28 *B.Y.I.L.* 291s.; A. Roberts, "What Is Military Occupation?" (1984) 55 *B.Y.I.L.* 249s.

<sup>43</sup> *Actes...*, *supra* note 31, t. II, sect. B, p. 328.

<sup>44</sup> *Ibid.* p. 541: "Après-demain, nous célébrerons l'anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui fut adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948. Il nous paraît intéressant de rapprocher cette déclaration des Conventions de Genève. Certains des droits fondamentaux proclamés par elle sont à la base de nos textes: ainsi le respect de la personne humaine, garantie contre la torture, les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ces droits trouvent donc une sanction juridique, au moins partielle, dans les engagements contractuels que vos Gouvernements ont accepté de prendre aujourd'hui. La Déclaration universelle des droits de l'homme et les Conventions de Genève procèdent du même idéal."

<sup>45</sup> Cet aspect frappe souvent lors d'une lecture prolongée des Actes de la Conférence; cfr. par exemple, *Actes...*, *supra* note 31, t. II, sect. A, pp. 797-98.

<sup>46</sup> Cfr. par exemple *Actes...*, *supra* note 31, t. II, sect. A, p. 311-12.

complète ait prévalu, il ne serait pas exact d'affirmer qu'une influence réciproque réelle ait imprégné les choix ou infléchi les formules des négociateurs. Ce que l'on observe, c'est qu'après un salut au drapeau sur le plan des principes, chaque enceinte affronte sa matière en fonction des règles et méthodes qui lui sont propres. Une distance tant technique que culturelle sépare des branches du droit que les accidents d'une trajectoire fort différente ont hasardeusement placée à une certaine proximité au sein du corps croissant du droit international.

### 3 *La doctrine*

À l'époque de l'adoption des Conventions et de la Déclaration, la doctrine relative au droit de la guerre évoque parfois les droits de l'homme. Elle ne manque cependant pas d'insister également sur l'écart qui persiste même dans ces domaines des deux branches qu'une similitude des buts et de l'agencement positif — sinon de la structure — voue à l'impression de voisinage et prépare ainsi au rapprochement du moins intellectuel. Tel est le cas, par exemple, des règles contenues dans la Convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (1949).<sup>47</sup> La doctrine, y compris la plus récente, les rapproche des droits de l'homme, parce qu'elle concerne la protection d'individus n'ayant pas de statut militaire.<sup>48</sup> Tel est le cas encore de l'article 3, commun aux quatre Conventions, qui contient certaines règles de traitement minimal pour les conflits armés non internationaux, ce qui le rapproche de la garantie des droits de l'homme qui relève aussi d'abord du droit interne; cela a de la même manière été mis en évidence par la doctrine récente.<sup>49</sup> Toutefois, dès 1949, un auteur britannique estimait que l'article 3 commun doit être compris comme "expression of concern that even in internal conflicts the observance of certain fundamental

<sup>47</sup> (1950) 75 R.T.N.U. 294s., ou Schindler/Toman, *supra* note 38, pp. 587s.

<sup>48</sup> Cf. par exemple G.I.A.D. Draper, "The Relationship between the Human Rights Régime and the Law of Armed Conflicts" (1971) 1 Israel Y.H.R. 205.

<sup>49</sup> Cf. par exemple Quentin Baxter, *supra* note 3, p. 101; Junod, *supra* note 3, p. 256; Schindler, "Le Comité international...", *supra* note 3, p. 8; Schindler, *Kriegsrecht...*, *supra* note 3, p. 331; Doswald Beck/Vité, *supra* note 3, pp. 119s.; Solf, *supra* note 3, p. 43. Même des auteurs hostiles à tout rapprochement entre le droit de la guerre humanitaire et les droits de l'homme admettent que l'article 3 commun des Conventions de Genève constitue "le point de rencontre unique" entre ces deux branches du droit (cf. Meyrowitz, *supra* note 3, p. 1104).

human rights be guaranteed."<sup>50</sup> Et il conclut en disant que toute la Convention IV sur les civils s'accorde avec les droits de l'homme fondamentaux proclamés par la Déclaration universelle de 1948.<sup>51</sup>

Dans les commentaires aux autres Conventions de Genève édités par J. Pictet dans les années cinquante, diverses mentions discrètes des droits de l'homme ont été insérées. Elles figurent le plus souvent dans des domaines où la protection s'apparente aux garanties que le droit international classe sous la rubrique des droits de l'homme ou des libertés publiques: articles 7/7/8, Conv. I, III et IV (inaliénabilité des droits);<sup>52</sup> article 27 de la Convention IV (traitement des personnes protégées en général);<sup>53</sup> article 32 de la Convention IV (interdiction de la torture et de sévices corporels);<sup>54</sup> article 71 de la Convention IV (procédure pénale, généralités);<sup>55</sup> article 80 de la Convention IV (capacité civile);<sup>56</sup> article 99 de la Convention III (procédure pénale, règles essentielles);<sup>57</sup> article 101 de la Convention IV (plaintes et requêtes des personnes soumises à l'internement).<sup>58</sup>

Comme il peut être vu, et pour cause, les références les plus fréquentes se trouvent dans la Convention relative aux civils. Mais dans le commentaire relatif à l'article 79 de celle-ci,<sup>59</sup> l'accent est mis très crûment sur la différence essentielle entre les deux branches qui nous occupent: la Convention, fidèle à la notion classique du droit international, ne s'applique pas dans les rapports entre l'État et ses propres ressortissants.<sup>60</sup> Elle n'a d'autre objectif

<sup>50</sup> J.A.C. Gutteridge, "The Geneva Convention of 1949" (1949) 26 B.Y.I.L. 300.

<sup>51</sup> *Ibid.* p. 325. Il attire l'attention en particulier sur les articles 10 et 11(2) de la Déclaration réalisés par la Convention de 1949 (droits quant à la procédure judiciaire; *nulla poena sine lege praevia*), cf. *ibid.* pp. 325-26, note 4.

<sup>52</sup> J. Pictet (dir.), *La Convention I de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Commentaire* (Genève, 1952), p. 90; J. Pictet (dir.), *La Convention III de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Commentaire* (Genève, 1958), p. 97; J. Pictet (dir.), *La Convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire* (Genève, 1956), p. 85.

<sup>53</sup> J. Pictet, *La Convention IV...*, *supra* note 52, p. 215 (respect de la personne, honneur, droits familiaux, etc.).

<sup>54</sup> *Ibid.* p. 240.

<sup>55</sup> *Ibid.* p. 378, note 1, référence à la Déclaration universelle.

<sup>56</sup> *Ibid.* p. 399.

<sup>57</sup> J. Pictet, *La Convention III...*, *supra* note 52, p. 496.

<sup>58</sup> J. Pictet, *La Convention IV...*, *supra* note 52, p. 466.

<sup>59</sup> L'article 79 cité a trait à l'internement des civils.

<sup>60</sup> J. Pictet, *La Convention IV...*, *supra* note 52, pp. 397-98.

que de régler les rapports entre un belligérant et les civils ennemis qui, par l'occupation du territoire de l'État dont ils ressortissent, se trouvent sous contrôle de la puissance adverse. L'aspect international, inhérent au fond au concept classique de la guerre, contribue donc à prédominer; c'est en fonction des exigences de la situation de belligérance uniquement que des protections sont accordées. Et notre commentateur de conclure qu'une doctrine qui "ne fait aujourd'hui que s'esquisser" (les droits de l'homme) pourrait un jour venir élargir la perspective du droit international de la guerre pour accorder protection à tout homme quelle que soit sa nationalité.<sup>61</sup>

Les germes des droits de l'homme étant ainsi semés et promis à un bel avenir, le temps est venu de voir par quels chemins ils ont influencé ce droit de la guerre qui avait jusque là si bien su résister à leurs charmes.

## II LA PÉRIODE DU RAPPROCHEMENT (ANNÉES CINQUANTE — 1968)

### A RAISONS DU RAPPROCHEMENT

Plusieurs facteurs ont concouru à rapprocher les sphères d'application des deux régimes juridiques attirés l'un vers l'autre par l'interpénétration progressive des faits internationaux qu'ils sont destinés à régir. Ces glissements analogues à des mouvements tectoniques ont fini par aboutir à une superposition partielle de leur champ d'application.<sup>62</sup>

D'un côté, le concept de guerre qui avait encore toute son importance dans les années trente<sup>63</sup> a décliné à partir de 1945 en

<sup>61</sup> *Ibid.* p. 398.

<sup>62</sup> Cfr. sur ces points, A. Eide, "The Laws of War and Human Rights — Differences and convergences," *Mélanges J. Pictet* (Genève, La Haye, 1984), pp. 676s.; A.H. Robertson, "Humanitarian Law and Human Rights," *Mélanges J. Pictet* (Genève, La Haye, 1984), pp. 794s.; Schindler, "Le Comité international...", *supra* note 4, pp. 5-7.

<sup>63</sup> Cf. par exemple les art. 11-13, 15-16 du Pacte de la Société des Nations (et à ce propos J.M. Yepes et P. da Silva, *Commentaire théorique et pratique du Pacte de la Société des Nations*, t. II (Paris, 1935), pp. 1s.; J. Ray, *Commentaire du Pacte de la Société des Nations* (Paris, 1930), pp. 343s., 372s.; W. Schücking et H. Wehberg, *Die Satzung des Völkerbundes*, 2<sup>e</sup> éd. (Berlin, 1924), pp. 449s., 466s.) et l'article 1 du Pacte de Paris (Briand/Kellogg) de 1928. Cfr. en général; H. Wehberg, "Le problème de la mise de la guerre hors la loi" (1928-IV) 24 R.C.A.D.I. 151s; Q. Wright, "When Does War Exist?" (1932) 26 A.J.I.L. 362s; Q. Wright, "The Outlawry of War" (1925) 19 A.J.I.L. 76s; C.C. Morrison, *The Outlawry of War* (Chicago, 1927); J.T. Shotwell, *War as an Instrument of National Policy* (New York,

faveur du concept plus large et plus factuel du *conflit armé*.<sup>64</sup> Il s'y manifeste une évolution de la société internationale où, en dessous

---

1928); C. van Vollenhoven, *Du droit de paix, de iure pacis*, (La Haye, 1932). Cfr. aussi L. Strisower, *Der Krieg und die Völkerrechtsordnung*, (Vienne, 1919). Sur le Pacte de Paris, cf. aussi R. Le Gall, *Le Pacte de Paris du 27 août 1928* (Paris, 1930).

<sup>64</sup> Cette nouvelle orientation du droit tient principalement à trois raisons: (1) l'incertitude quant à la place juridique de la guerre après l'interdiction de l'emploi de la force stipulée par la Charte dans son article 2(4); (2) l'effort de contourner par des critères objectifs en relation avec la situation effective les difficultés issues des constructions subjectives de la guerre qui permettent d'évader des obligations internationales selon la qualification des actes hostiles par les parties au conflit; (3) la volonté d'ouvrir à la réglementation juridique les guerres civiles exclues du terme traditionnel de guerre, mais aptes à être appréhendées par le concept de conflit armé non international.

Sur cette évolution du droit, voir entre autres S. Junod, dans: CICR (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (Genève, 1986), pp. 1343s.; G. Schwarzenberger, "From the Laws of War to the Law of Armed Conflict" (1968) 21 *Current Legal Problems* 239s.; J. Siotis, *Le droit de la guerre et les conflits armés d'un caractère non international* (Paris, 1958); G. Abi-Saab, "Conflits armés non internationaux," *Institut Henry-Dunant* (dir.), *Les dimensions internationales du droit humanitaire* (Paris, Genève, 1986), pp. 251s.; L.C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict* (Manchester, New York, 1993), pp. 52s.; E. David, *Principes de droit des conflits armés* (Bruxelles, 1994), pp. 93s. Cfr. aussi M. Bothe, "Conflits armés internes et droit international humanitaire" (1978) 82 *R.G.D.I.P.* 82s; U. Braun, *Die Anwendung der Genfer Zivilkonvention in Kriegen nicht-internationalen Charakters* (Winterthur, 1962); R. Abi-Saab, *Droit humanitaire et conflits internes* (Paris, 1986); D. Ciobanu, "The Concept and the Determination of the Existence of Armed Conflicts not of an International Character" (1975) 58 *Rivista di diritto internazionale* 43s.; R.J. Dupuy/A. Leonetti, "La notion de conflit armé à caractère non international," dans: A. Cassese (dir.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict* (Naples, 1979), pp. 258s; A. Eide, "The New Humanitarian Law in Non-International Armed Conflict" dans: A. Cassese (dir.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict* (Naples, 1979), pp. 277s; R. Higgins, "Internal War and International Law," dans: R. Higgins, *The Future of the International Legal Order*, vol. 3 (Princeton, 1971), pp. 81s.; R. C. Hingorani, "Need for Humanitarianism in Internal Strifes," *Mélanges J. Pictet* (Genève/La Haye, 1984), pp. 343s; A.V. Lombardi, *Bürgerkrieg und Völkerrecht: die Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen in nicht-zwischenstaatlichen bewaffneten Konflikten* (Berlin, 1976), pp. 75s; D. Schindler, "Le droit international humanitaire et les conflits armés internes internationalisés" (1982) 64(737) *R.I.C.R.* 263s.; B. De Schutter et C. van De Wyngaert, "Coping with Non-International Armed Conflicts: The Borderline between National and International Law" (1983) 13 *Suppl. Georgia Journal of International and Comparative Law* 279s.; M. Veuthey, "Les conflits armés de caractère non international et le droit humanitaire," dans: A. Cassese (dir.), *Current Problems of International Law: Essays on United Nations Law and the Law of Armed Conflict* (Milan, 1975), pp. 179s.; C. Zorgbibe, "Pour une réaffirmation du droit humanitaire des conflits armés internes" (1970) 97 *J.D.I.* 658s.

du blocage issu de la guerre froide, se multiplient les conflits limités sous forme de guerres civiles et de guerres de libération, chacune des parties au conflit étant soutenue au moins passivement par l'un des grands blocs antagonistes.<sup>65</sup> L'avènement du concept de conflit armé international ou non international marque ce tournant. L'aspect proprement international, consubstantiel à la guerre moderne,<sup>66</sup> s'estompe ainsi au profit de la couverture de

---

Dans le contexte des droits de l'homme, cf. Y. Dinstein, "The International Law of Civil Wars and Human Rights" (1976) 6 *Israel Yearbook on Human Rights* 62s.; T.J. Farer, "Human Rights during Internal Armed Conflict: The Law Applicable to Western Hemisphere States," *Mélanges C.A. Dunshee de Abranches* (Washington, 1984), pp. 146s.; D.P. Forsythe, "Human Rights and Internal Conflicts: Trends and Recent Developments," (1982) 12 *California Western International Law Journal* 287s.; J. Freymond, "Droits de l'homme et conflits internes," (1977) 8 *Annales d'études internationales* (Genève) 11s.; S. Junod, "Les droits de l'homme et le Protocole II" (1983) 65 (743) *R.I.C.R.* 254s.; C. Lysaght, "The Scope of Protocol II and its Relations to Common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949 and other Human Rights Instruments," (1983) 33 *American University Law Review* 9s.

Sur le déclin de l'importance du concept de guerre, voir D. Schindler, "State of War, Belligerency, Armed Conflict," dans: A. Cassese (dir.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict* (Naples, 1979), p. 3s. Pour une vue plus réservée sur ce point, C. Greenwood, "The Concept of War in Modern International Law" (1987) 36 *I.C.L.Q.* 283s, 290s.

<sup>65</sup> Cfr. Akehurst, "Civil War" (1982) 3 *E.P.I.L.* 88; B. Duner, "Proxy Intervention in Civil Wars" (1981) 18 *Journal of Peace Research* (Oslo) 353s. Sur les "guerres civiles" et le droit international, voir notamment M. Akehurst, "Civil War" (1982) 3 *E.P.I.L.* 88s. (et vol. I de l'édition consolidée (1992), pp. 597s.); E. Castrén, *Civil War* (Helsinki, 1966); R.P. Dhokalia, "Civil Wars and International Law" (1971) 11 *Indian Journal of International Law* 219s.; R.A. Falk, (dir.), *The International Law of Civil War* (Baltimore, Londres, 1971); R.D.S. Higham (dir.), *Civil Wars in the Twentieth Century* (Lexington, 1972); E. Luard, *The International Regulation of Civil Wars* (Londres, 1972); J.N. Moore (dir.), *Law and Civil War in the Modern World* (Baltimore, 1974); R. Pinto, "Les règles du droit international concernant la guerre civile" (1965-I) 114 *R.C.A.D.I.* 455s.; H. Wehberg, "La guerre civile et le droit international" (1938-I) 63 *R.C.A.D.I.* 1s.; C. Zorgbibe, *La guerre civile* (Paris, 1975). Sur l'intervention étrangère dans les guerres civiles, cf. la synthèse des opinions et de la pratique chez D. Schindler, "Le principe de non-intervention dans les guerres civiles," Rapport présenté à l'IDI, *Session de Rome* (1973) 55 *A.I.D.I.* 416s.

<sup>66</sup> Le rapport de belligérance internationale est défini dans le droit moderne comme un rapport interétatique (cf. Oppenheim, *supra* note 8, pp. 201s.). La guerre comme confrontation entre États (guerre publique) exclut d'un côté la "guerre civile" et l'ancienne "guerre privée" (*inimicitia, faida*) qui permettait à un individu, initialement sous certaines conditions souples dont la sommation, plus tard au seul cas de délivrance d'une lettre de représailles, de réagir lui-même par des mesures de contrainte à l'illicite lui ayant été infligé. Sur la

situations conflictuelles régies traditionnellement par le droit interne.<sup>67</sup> l'insurrection et la guerre civile.<sup>68</sup>

Ce nouveau droit des conflits armés, culminant dans l'adoption des Protocoles de 1977, se développe et se renforce dans le domaine intra-étatique où sont appelés à s'appliquer aussi les droits de l'homme. Le droit de la guerre s'étend à un domaine qui constituait auparavant la chasse gardée des droits de l'homme. C'est la sphère de l'article 3 commun des Conventions de Genève — identifiée très tôt comme véritable *sedes materiae* des droits de l'homme en période de conflit armé — qui est soumise à la plus forte croissance par la sollicitation des faits. Avec elle, c'est l'idée de traitement humain minimal sans égard à la nationalité, critère peu pertinent dans le contexte des conflits internes, qui s'impose. Sur ce terrain, la rencontre avec les droits de l'homme était inévitable.

À cette relativisation *verticale* du droit de la guerre s'ajoute selon une partie de la doctrine une relativisation *horizontale* entre l'état de guerre et l'état de paix (*status mixtus*). Celle-ci ne manquerait pas d'avoir, elle aussi, des incidences sur le rapprochement du droit humanitaire et des droits de l'homme.<sup>69</sup>

---

guerre privée, cf. E. Kaufmann, "Fehde," dans: A. Erler/E. Kaufmann (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, t. I (Berlin, 1971), pp. 1083ss. S. Augustin (*De civitate Dei*, XIX, 15) et St. Thomas D'Aquin (*Summa theologica*, II, q.40, a.1), entre autres, restreignent la guerre juste à celle entreprise sous l'ordre de l'autorité publique (*cum auctoritas principis*). Cette doctrine s'imposa progressivement, mais ne fut unanimement admise qu'au siècle dernier. Pour Grotius encore, la guerre internationale ou transnationale peut être publique ou privée (*De iure belli ac pacis* (1625), liv I, ch. I, II). Aussi tard qu'en 1863, les instructions de F. Lieber pour le comportement des armées des États-Unis d'Amérique en campagne insisteront sur la définition de la guerre publique à l'article 20: "La guerre publique est un état d'hostilité entre nations au gouvernement souverain" (cf. Schindler et Toman, *supra* note 38, p. 7).

<sup>67</sup> Cf. S. Junod, dans: CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels...*, *supra* note 64, pp. 1343s., 1349. Cfr. aussi en général, J. Siouis et les autres auteurs cités à la note 64.

<sup>68</sup> Cfr. l'art. 1(2) du Protocole II de 1977; Schindler/Toman, *supra* note 38, p. 831. À ce propos, voir S. Junod, dans: CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels...*, *supra* note 64, pp. 1378-80.

<sup>69</sup> La complexité des relations internationales dans l'ère des rivalités idéologiques exacerbées aurait eu pour conséquence de générer un état intermédiaire (*status mixtus*) entre guerre et paix, ayant une influence sur certains droits et devoirs des États ainsi en cause. Dans un sens large, généralement rejeté, ce *status mixtus* cherche à refléter la condition réelle des rapports en cause pouvant aller d'hostilités non reconnues en tant que guerre à la paix hostile (*pax bellicosa*). Cf.

D'un autre côté, avec sa densification normative et les progrès de son élaboration technique, le droit des droits de l'homme s'émancipe de la définition étroite qui le cantonne à régenter la société politique et civile en temps de paix. Il s'ouvre désormais aux cas de guerre, situation en principe internationale, et aux autres cas de danger public menaçant la vie de la nation, afin de préciser la mesure dans laquelle l'autorité publique peut déroger temporairement aux dispositions assumées. La Convention européenne des droits de l'homme de 1950 est la première à s'engager dans cette voie par le truchement de son article 15.<sup>70</sup>

---

G. Schwarzenberger, "Jus Pacis ac Belli?" (1943) 37 A.J.I.L. 460s.; P. Jessup, "Should International Law Recognize an Intermediate Status between Peace and War?" (1954) 48 A.J.I.L. 98s.; M. McDougal et F.P. Feliciano, "International Coercition and World Public Order: The General Principles of the Law of War" (1957/58) 67 Yale L. J. 771s. Dans un sens plus étroit, plus favorablement reçu, ce *status mixtus* désigne l'application simultanée du droit de la guerre pour certains rapports et du droit de la paix pour d'autres: cf. Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence* (Cambridge, 1988), p. 19. Les deux formules sont basées sur le rejet de l'ancienne maxime selon laquelle *'inter bellum et pacem nihil est medium'* (Cicéron, *Philippica*, VIII, I, 4; Grotius, *De iure belli ac pacis* (1625), lib. III, c. XXI, 1). Ce *status mixtus*, dans la mesure où il peut être reconnu, contribue à rapprocher lui aussi le régime des droits de l'homme, applicable en principe en temps de paix, et le régime du droit de la guerre, applicable en principe en période d'hostilités armées. C'est que les deux situations de paix et de guerre se pénètrent mutuellement.

<sup>70</sup> Cfr. P. Tavernier, "Article 15," dans: L.E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire* (Paris, 1995), pp. 489s.; J.A. Frowein et W. Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2<sup>e</sup> éd. (Kehl am Rhein, Strasbourg, Arlington, 1996), pp. 479s. (avec des renvois); R. Ergéc, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Études sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme* (Bruxelles, 1987); H.E. Kitz, *Die Notstandsklausel des Artikels 15 der europäischen Menschenrechtskonvention* (Berlin, 1982); J. Pinheiro Farinha, "L'article 15 de la Convention," dans: *Mélanges G. Wiarda* (Cologne, 1988), pp. 521s.; G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme* (Paris, 1989), pp. 557s. Sur les situations de danger public en général et leur relation avec le droit de la guerre, cf. J. Oraa, *Human Rights in States of Emergency in International Law* (Oxford, 1992); A.L. Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, thèse n<sup>o</sup>. 560 (Genève, 1996); F. van Hoof, "The Protection of Human Rights and the Impact of Emergency Situations under International Law with Special Reference to the Present Situation in Chili" (1977) 15 *Revue des droits de l'homme* 213s.; S.P. Marks, "Les principes et normes des droits de l'homme applicables en période d'exception," dans: K. Vasak (dir.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme* (Paris, 1978), pp. 197s.; H. Montealegre, "The Compatibility of a State Party's Derogation Under Human Rights Conventions with its Obligations under Protocol II and Common Article 3" (1983) 33 *American University Law Review*, pp. 41s.

Des clauses analogues se trouvent dans l'article 4 du Pacte relatif aux droits civils et politiques (1966) ou dans l'article 27 de la Convention américaine des droits de l'homme (1969).<sup>71</sup> L'application des droits de l'homme est ainsi étendue aux situations d'exception et de conflit interne, voire externe. Les droits de l'homme pénètrent dans l'antichambre du droit de la guerre.

Ces évolutions simultanées, qui ont ouvert la voie aux points de rencontre, témoignent que les deux notions sont entrées dans une sphère de gravitation réciproque.

## B LA PERCÉE PROGRESSIVE DES DROITS DE L'HOMME

Tant que l'évolution du droit de la guerre était rendue difficile par la politique des Nations Unies de l'ignorer afin de ne pas affaiblir le *ius contra bellum* de la Charte,<sup>72</sup> c'est par le versant des droits de l'homme que des adaptations successives ont pu être opérées. Dans un cours fort intéressant, A. Migliazza<sup>73</sup> a tenté de montrer comment le centre de gravité s'est déplacé vers les droits de l'homme voués à s'étendre de plus en plus vers des situations de violences internes. Selon cet auteur, les droits de l'homme ont constitué pendant les années soixante l'ossature et le moteur d'évolution pour le droit de la guerre.<sup>74</sup> Et l'internationaliste italien de conclure: "Cette théorie [le refoulement du droit de la guerre par les Nations Unies] fut bientôt dépassée parce que le mouvement pour la sauvegarde des droits de l'homme mit en lumière la nécessité d'assurer en toute circonstance les droits

<sup>71</sup> Sur l'article 4 du Pacte de 1966, cf. M. Nowak, *United Nations Covenant on Civil and Political Rights — Commentary* (Kehl am Rhein/Arlington, 1993), pp. 72s. Sur l'article 27 de la Convention américaine, cf. Oraa, *supra* note 70, pp. 14-16. Pour les Conventions ne contenant pas une telle clause, cf. F. Ouguergouz, "L'absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme" (1994) 98 R.G.D.I.P. 289s.

<sup>72</sup> Pour un aperçu synoptique des activités à cet égard, cfr. A. Randelzhofer, "Article 2(4)," dans: B. Simma (dir.), *The Charter of the United Nations — A Commentary* (Oxford, 1995), pp. 106s. (avec de nombreux renvois). Ce n'est qu'en 1955 qu'un exposé préliminaire en vue de la "Reconsidération des principes du droit de la guerre" a été présenté à l'Institut de droit international (Rapporteur J.P.A. François). L'attitude d'abstention face aux règles du droit de la guerre y a été soumise à une appréciation critique (cf. (1957) 47-1 A.I.D.I. 323s., 367s.).

<sup>73</sup> A. Migliazza, "L'évolution de la réglementation de la guerre à la lumière de la sauvegarde des droits de l'homme" (1972-III) 137 R.C.A.D.I. 143s.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 195.

fondamentaux des individus et cela même devant un conflit armé.”<sup>75</sup> Dès 1956, presque comme précurseur, paraît une première thèse de doctorat qui se propose d’analyser la Convention IV de Genève à l’aune des droits de l’homme.<sup>76</sup>

Plus significativement, c’est dans la série des guerres civiles et de libération qui émaillent la fin des années cinquante et les années soixante qu’il faut voir un puissant levier de cette évolution. Les terribles souffrances des civils dans les conflits du Congo,<sup>77</sup> du Nigeria,<sup>78</sup> du Vietnam<sup>79</sup> et aussi, tout spécialement, le contexte de la guerre israélo-arabe des six jours qui aboutit à l’occupation de nombreux territoires par Israël,<sup>80</sup> fournissent l’occasion et la

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>76</sup> P. Urner, *Die Menschenrechte der Zivilpersonen im Krieg gemäss der Genfer Zivilkonvention von 1949*, thèse (Zürich, 1956).

<sup>77</sup> Sur la guerre civile du Congo et l’intervention des Nations Unies, cf. G. Abi-Saab, *The United Nations Operations in the Congo: 1960-1964* (Oxford, 1978); M. Vismara, *L’azione politica delle Nazioni Unite, 1946-1976*, t. II (Padoue, 1983), pp. 1137s.; A.H. House, *The United Nations in the Congo: The Political and Civilian Efforts* (Washington, 1978). Cfr. aussi R. Simmonds, *Legal Problems Arising from the United Nations Military Operations in the Congo* (La Haye, 1968).

<sup>78</sup> Sur la guerre civile au Nigeria, voir entre autres J.J. Stremlau, *The International Politics of the Nigerian Civil War 1967-1970* (Princeton, 1977); M. Bothe, “Article 3 and Protocol II: Case Studies of Nigeria and El Salvador” (1982) 31 *American University L. Rev.* 899s.; K.D. Bredthauer, “Zur Geschichte des Bürgerkriegs in Nigeria” (1968) 10 *Blätter für deutsche und internationale Politik* 1079s.; H.P. Neuhold, “Völkerrechtliche Aspekte des Bürgerkriegs in Nigeria” (1969) 9 *Oesterreichische Zeitschrift für Aussenpolitik* 63; “The Nigerian Civil War” (1969) 40 *Current Notes on International Affairs* 189s.; E.J. Nwogugu, “The Nigerian Civil War: A Case Study in the Law of War” (1974) 14 *Indian J.I.L.* 13s.; M. Perham, “Reflections on the Nigerian Civil War” (1970) 46 *International Affairs* 231s.; C. Rousseau, “Chronique des faits internationaux: Nigéria (guerre civile au Biafra)” (1968) 72 *R.G.D.I.P.* 228s., et (1969) 73, pp. 193s.; J.W. Samuels, “Humanitarian Relief in Man-Made Disaster: International Law, Government Policy and the Nigerian Experience” (1972) 10 *A.C.D.I.* 3s. Cfr. aussi M.I. Carlier, *The Role of the International Committee of the Red Cross in the Nigerian-Biafran War*, thèse (Leyden, 1974); P. Mertens, “Les modalités de l’intervention du Comité international de la Croix-Rouge dans le conflit du Nigeria” (1969) 15 *A.F.D.I.* 183s.

<sup>79</sup> Sur la guerre du Vietnam, cfr. R.A. Falk (dir.), *The Vietnam War and International Law*, 4 vol. (Princeton, 1968-1976). Sur les aspects historiques, cf. R.B. Smith, *An International History of the Vietnam War*, 3 vol., (Londres, 1983-1991).

<sup>80</sup> Sur la guerre des Six Jours et l’action des Nations Unies, cfr. Vismara, *supra* note 77, t. I, pp. 762s. Cfr. aussi P.M. Martin, *Le conflit israélo-arabe — Recherches sur l’emploi de la force en droit international public positif* (Paris, 1973); H. Wagner,

justification d'une analyse au regard des droits de l'homme.<sup>81</sup> Le terrain pour une jonction des deux cours d'eau jusque là séparés était ainsi efficacement préparé. Il ne restait qu'à attendre l'instant propice pour qu'une déclaration d'ordre plus général pût intervenir. Il ne devait pas tarder. Ce n'est guère une surprise si la réunion devait s'opérer sous l'égide et la prédominance des droits de l'homme qui s'étaient assurés en la matière depuis quelque temps un rôle directeur.

---

*Der arabisch-israelische Konflikt im Völkerrecht, Schriften zum Völkerrecht*, vol. 15 (Berlin, 1971); N. Feinberg, *The Arab-Israel Conflict in International Law* (Jerusalem, 1970); J.W. Halderman (dir.), *The Middle East Crisis. Test of International Law* (New York, 1969); A. Lall, *The United Nations and the Middle East Crisis, 1967* (New York, 1968). Sur le retrait de la FUNU, cf. M. Flory, "Le retrait de la force d'urgence des Nations Unies" (1968) 14 A.F.D.I. 377s. En perspective historique, cf. W. Laqueur, *The Road to War 1967: The Origin of the Arab-Israel Conflict* (Londres, 1969). Sur l'occupation militaire israélienne, cf. A. Gerson, *Israel, The West Bank and International Law* (Londres, 1979); T. S. Kuttner, "Israel and the West Bank: Aspects of the Law of Belligerent Occupation" (1977) 7 Israel Yearbook on Human Rights 166s.; M. Nisan, *Israeli Control of the Administered Territories Acquired in June 1967*, thèse, Université McGill, 1975.

<sup>81</sup> C'est précisément à propos de la guerre des Six jours, dans sa Résolution 237 (1967), que le Conseil de Sécurité établit pour la première fois un lien positif entre les droits de l'homme et la guerre: "Considérant que les droits de l'homme essentiels et inaliénables doivent être respectés même dans les vicissitudes de la guerre." Cfr. J. Rideau, "Le problème du respect des droits de l'homme dans les territoires occupés par Israël: Application de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève" (1970) 16 A.F.D.I. 205s.; J.G.C. van Aggelen, "Protection of Human Rights in the Israeli Held Territories since 1967 in the Light of the Fourth Geneva Convention" (1976) 32 Rev. égyptienne de D.I. 83s.; E.R. Cohen, *Human Rights in the Israeli-Occupied Territories, 1967-1982* (Manchester, 1985); Y. Dinstein, "The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights" (1978) 8 Israel Y.H.R. 104s.; A.E.A. Meguid, "Israel Practices and Human Rights in Occupied Arab Territories" (1973) 7 International Lawyer 279s. Cfr. aussi les divers rapports du Comité spécial des Nations Unies pour l'investigation des pratiques israéliennes affectant les droits de l'homme du peuple palestinien et d'autres arabes des territoires occupés, *Doc. off.*, A/8829 (1972); A/9148 (1973); A/9817 (1974); A/10272 (1975); A/31/218 (1976); A/31/235 (1976); A/31/399 (1976); A/32/284 (1977); E/CN.4/1263 (1977); A/33/356 (1978); A/33/439 (1978); A/40/649 (1985), etc. (cf. Centre for Human Rights, *Human Rights Bibliography, United Nations Documents and Publications, 1980-1990*, vol. IV, United Nations (New York, 1993), pp. 1242-43, avec une liste complète). Pour un aperçu de ces activités du Comité spécial, cf. L. Kuhl, *Die Untersuchungs-und Berichtstätigkeit des "Special Committee to Investigate Israeli Practices" der Generalversammlung der Vereinten Nationen, Schriften zum Völkerrecht*, vol. 117 (Berlin, 1995). Dans un sens moins favorable à cette évolution, voir Meyrowitz, *supra* note 4, pp. 1060s.

III LA PÉRIODE DE L'UNIFICATION PROGRESSIVE  
(1968 — AUJOURD'HUI)

La Conférence internationale sur les droits de l'homme organisée par les Nations Unies à Téhéran du 22 avril au 13 mai 1968<sup>82</sup> fournit l'occasion de cristalliser nettement, par un acte international solennel, les tendances au rapprochement que la pression des faits avait imprimée aux deux branches du droit en question.<sup>83</sup> Le 12 mai 1968, la Conférence adoptait une Résolution XXIII intitulée "Le respect des droits de l'homme en période de conflit armé"<sup>84</sup> inaugurant une expression qui allait faire fortune et qui fut inspirée par la situation au Proche Orient.<sup>85</sup> Le texte de la Résolution révèle un flottement<sup>86</sup> dans la mesure où tantôt ses promoteurs invoquent la notion des droits de l'homme qu'il s'agit de garantir en période de conflit armé,<sup>87</sup> tantôt ils reviennent aux

<sup>82</sup> Sur la Conférence de Téhéran, cf. F. Capotorti, "La Conferenza di Teheran sui diritti dell'uomo" (1968) 23 *Comunità internazionale* 609s.; A. Cassese, "La Conferenza internazionale di Teheran sui diritti dell'uomo" (1968) 51 *Rivista di diritto internazionale* 669s.; R. Cassin, "The Teheran Proclamation" (1968) 1 *Revue des droits de l'homme* 325s.; V. Chkhikvadze et Y. Ostrovsky, "International Human Rights Conference" (1968) 14 *International Affairs (Moscou)* 16-21; G. Rulli, "La Conferenza di Teheran — La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo" (1968) 119 *Civiltà cattolica* 598-604. Pour un bref aperçu, cf. E. Lawson, *Encyclopedia of Human Rights*, 2<sup>e</sup> éd. (Washington, 1996), pp. 1433-34; Oppenheim, *supra* note 2, pp. 1004-5.

<sup>83</sup> Voir sur ce point Robertson, *supra* note 4, p. 795; Schindler, "Le Comité international . . .", *supra* note 4, pp. 8-9; Schindler, "Human Rights . . .", *supra* note 4, pp. 936-37; Migliazza, *supra* note 73, pp. 180s.; Portscht, *La protection . . .*, *supra* note 3, p. 74; Doswald-Beck, *supra* note 3, pp. 615-16; Doswald-Beck/Vité, *supra* note 3, pp. 99, 120; McBride, *supra* note 3, p. 379; Mushkat, *supra* note 3, pp. 157-58; Calogeropoulos-Stratis, *Droit humanitaire et droits de l'homme*, *supra* note 3, pp. 36-37; Meyrowitz, *supra* note 4, pp. 1061s.; Jakovljević, *supra* note 3, pp. 28-29. Voir aussi CICR, *Conseil des Délégués, 13-14 octobre 1983, La Croix-Rouge et les droits de l'homme*, Doc. CD/7/1, p. 21.

<sup>84</sup> Texte de la Résolution dans *l'Acte final de la Conférence internationale sur les droits de l'homme de Téhéran, Document des Nations Unies, A/CONF. 32/41*, ou dans Schindler/Toman, *supra* note 38, pp. 321-23. Pour une critique sévère de cette formule, cf. K. Suter, "An Inquiry into the Meaning of the Phrase 'Human Rights in Armed Conflicts'" (1976) 15 *Revue de droit pénal militaire et du droit de la guerre* 393s. Cfr. aussi Mushkat, *supra* note 3, p. 158; Meyrowitz, *supra* note 4, pp. 1060s., 1095s.

<sup>85</sup> Voir *supra* note 80.

<sup>86</sup> Cf. Meyrowitz, *supra* note 4, pp. 1064s.

<sup>87</sup> Voir les Considérants 1 et 4 de la Résolution. Le considérant 4 est libellé ainsi: "Considérant également que la violence et la brutalité si largement répandues à notre époque, en particulier les massacres, les exécutions sommaires, les

termes classiques de principes humanitaires,<sup>88</sup> de règles humanitaires<sup>89</sup> ou de Conventions humanitaires.<sup>90</sup> Du point de vue opérationnel, l'Assemblée générale des Nations Unies est priée d'inviter le Secrétaire général de l'Organisation à envisager les mesures pour une meilleure application des règles humanitaires<sup>91</sup> et de réfléchir à la nécessité de réviser cette branche du droit.<sup>92</sup> Les droits de l'homme ont bien été le levier par lequel le droit international humanitaire a repénétré l'enceinte de l'Organisation mondiale. En effet, dès la date de la Conférence de Téhéran, les textes en relation avec les droits de l'homme en période de conflit armé ne se comptent plus. L'engouement pour cette nouvelle intimité entre deux branches jadis séparées se laisse pas surprendre. Il concerne tant l'Organisation des Nations Unies que d'autres institutions internationales sans oublier la doctrine des publicistes.<sup>93</sup> Dès le 19 décembre 1968, l'Assemblée générale des Nations Unies adopte une Résolution 2444 (XXIII) qui entérine les résultats obtenus à Téhéran. Elle s'intitule "Respect des droits de l'homme en période de conflit armé."<sup>94</sup> Une série impressionnante d'autres Résolutions de l'Assemblée lui feront suite.<sup>95</sup> Il suffit à cette place de les énumérer: Résolutions 2597 (XXIV)

---

tortures, les traitements inhumains infligés aux prisonniers, le meurtre de civils en période de conflit armé et l'emploi d'armes chimiques et biologiques, y compris les bombes au napalm, sapent les droits de l'homme et engendrent en retour de nouvelles brutalités."

<sup>88</sup> Considérant 5 de la Résolution.

<sup>89</sup> Considérant 9 de la Résolution.

<sup>90</sup> Paragraphe 1a et b de la Résolution.

<sup>91</sup> Paragraphe 1a de la Résolution.

<sup>92</sup> Paragraphe 1b de la Résolution.

<sup>93</sup> Pour un aperçu synoptique des activités des divers acteurs internationaux dans les années soixante-dix, cf. A. Calogeropoulos-Stratis, *Droit humanitaire et droits de l'homme* (Genève/Leyden, 1980), pp. 35s.

<sup>94</sup> Cf. *Résolutions adoptées par l'Assemblée générale au cours de sa vingt-troisième session*, Doc. off., Suppl. n° 18 (A/7218), New York, 1969, pp. 55-56 ou Schindler/Toman, *supra* note 38, pp. 325-26. Malgré son titre, cette Résolution parle de "principes humanitaires" (considérant 1) et de "conventions et règles de caractère humanitaire" (par. 2a et b). L'assimilation des deux branches du droit n'en est peut-être que plus complète.

<sup>95</sup> Sur l'activité des Nations Unies dans ce contexte, cf. Calogeropoulos-Stratis, *supra* note 93, pp. 36-40; Meyrowitz, *supra* note 4, pp. 1064s.; Migliazza, *supra* note 73, pp. 180s.; Doswald-Beck, *supra* note 3, pp. 615-17; McBride, *supra* note 3, pp. 379-80.

(1969),<sup>96</sup> 2674 (XXV) (1970),<sup>97</sup> 2675 (XXV) (1970),<sup>98</sup> 2676 (XXV) (1970),<sup>99</sup> 2677 (XXV) (1970),<sup>100</sup> 2852 (XXVI) (1971),<sup>101</sup> 3032 (XXVII) (1972),<sup>102</sup> 3102 (XXVIII) (1973),<sup>103</sup> 3103 (XXVIII) (1973),<sup>104</sup> 3318 (XXIX) (1974),<sup>105</sup> etc.,<sup>106</sup> intitulées "le respect des droits de l'homme dans les conflits armés." Le Secrétaire général des Nations Unies (et à sa suite diverses commissions et comités de l'organisation), s'acquitte de la tâche dont l'Assemblée l'avait chargé, en rédigeant à partir de 1969 une série de rapports portant le même titre.<sup>107</sup> La fusion entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme est ici poussée plus loin. Les règles du droit international relatives à la personne humaine en période de conflit armé reposent dans ces Rapports autant sur le droit de La Haye et le droit de Genève que sur les droits de l'homme.

<sup>96</sup> *Résolutions adoptées par l'Assemblée générale au cours de sa 24<sup>e</sup> session*, Doc. off., Suppl. n° 30 (A/7630), 16 septembre — 17 décembre 1969, pp. 65-66.

<sup>97</sup> *Résolutions adoptées par l'Assemblée générale au cours de sa 25<sup>e</sup> session*, Doc. off., Suppl. n° 30 (A/8028), 15 septembre — 17 décembre 1970, pp. 82-83.

<sup>98</sup> *Ibid.* p. 83

<sup>99</sup> *Ibid.* pp. 83-84

<sup>100</sup> *Ibid.* pp. 84-85

<sup>101</sup> *Résolutions adoptées par l'Assemblée générale au cours de sa 26<sup>e</sup> session*, Doc. off., Suppl. n° 29 (A/8429), 21 septembre — 22 décembre 1971, pp. 95-96.

<sup>102</sup> *Résolutions adoptées par l'Assemblée générale au cours de sa 27<sup>e</sup> session*, Doc. off., Suppl. n° 30 (A/8730), 19 septembre — 19 décembre 1972, pp. 125-26.

<sup>103</sup> *Résolutions adoptées par l'Assemblée générale au cours de sa 28<sup>e</sup> session*, Doc. off., Suppl. n° 30 (A/9030), vol. I, 8 septembre — 18 décembre 1973, pp. 151-52.

<sup>104</sup> *Ibid.* pp. 152-53.

<sup>105</sup> *Résolutions adoptées par l'Assemblée générale au cours de sa 29<sup>e</sup> session*, Doc. off., Suppl. n° 31 (A/9631), vol. I, 17 septembre — 17 décembre 1974, pp. 152-53.

<sup>106</sup> Cf. par exemple la Résolution 3319 (XXIX) (1974), *ibid.* pp. 153-54 ou la Résolution 3500 (XXX) (1975), (*Résolutions adoptées par l'Assemblée générale au cours de sa 30<sup>e</sup> session*, Doc. off., Suppl. n° 34 (A/10034), 16 septembre — 16 décembre 1975, pp. 163-64); cf. aussi les Résolutions A/RES/31/19 (24 novembre 1976) (*Résolutions et décisions adoptées par l'Assemblée générale au cours de sa 31<sup>e</sup> session*, Doc. off., Suppl. n° 39 (A/31/39), vol. I, 21 septembre — 22 décembre 1976, pp. 198-99); A/RES/32/44 (8 décembre 1977), (*Résolutions et décisions adoptées par l'Assemblée générale au cours de sa 32<sup>e</sup> session*, Doc. off., Suppl. n° 45 (A/32/45), 20 septembre — 21 décembre 1977, pp. 223-24).

<sup>107</sup> Rapports du 20 novembre 1969 (A/7720) et du 18 septembre 1970 (A/8052), du Secrétaire général et intitulés "Respect des droits de l'homme en période de conflit armé." Les rapports suivants leur ont fait suite: Doc. A/8589 (3<sup>e</sup> comité) (1971); Doc. A/8966 (6<sup>e</sup> Comité) (1972); Doc. A/9412 (6<sup>e</sup> Comité) (1973); Doc. A/9948 (6<sup>e</sup> Comité) (1974); Doc. A/10463 (6<sup>e</sup> Comité) (1975). Cf. aussi les Doc. A/31/295 (1976) et A/32/396 (1977). Cfr. encore Calogeropoulos-Stratis, *supra* note 93, pp. 38-40; Meyrowitz, *supra* note 4, pp. 1065-70.

Le succès des “droits de l’homme en période de conflit armé,” véritable sirène unissant dans son corps les douceurs du droit de la paix et les aspérités du droit de la guerre, s’étendit rapidement aux sociétés scientifiques et aux organisations non-gouvernementales. Ainsi, l’Institut international de droit humanitaire de San Remo organisa des tables rondes sur ce sujet.<sup>108</sup> Deux rapports sur cette question furent aussi rédigés par S. McBride à l’intention de la Commission internationale de Juristes en 1970.<sup>109</sup> La Croix-Rouge internationale, traditionnellement réservée au sujet d’une telle intrusion d’un droit administré par des organes politiques dans sa sphère d’action, assouplit elle aussi son attitude.<sup>110</sup> Dans un document de travail établi par le Comité international de la Croix-Rouge à l’intention du Conseil des Délégués (1983), les rapports entre les droits de l’homme et le droit international humanitaire font l’objet d’une section qui reconnaît de réelles sphères de convergence.<sup>111</sup> Une phase lapidaire donne la devise: “Les liens sont réels et croissants entre les droits de l’homme et le droit international humanitaire.”<sup>112</sup> Ces liens sont ensuite analysés avec un certain luxe de détail.<sup>113</sup> Sur une dernière page, à peine en contrepoids, certaines différences entre les deux branches sont énumérées.<sup>114</sup> Plusieurs Résolutions de Conférences internationales de la Croix-Rouge vont dans le même sens. C’est le cas de la résolution XII adoptée par la XXI<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge (Istanbul, 1969) qui porte que “le respect des droits et de la dignité de l’homme ainsi que leur protection constituent les fondements des activités de la Croix-Rouge et le but du droit humanitaire.”<sup>115</sup> Même son de cloche dans la Résolution XIII adoptée à la même occasion: “[La Conférence] souligne la

<sup>108</sup> *Actes du Congrès international de droit humanitaire, Conférence internationale sur le droit humanitaire de San Remo, 1970, San Remo, 1971.* Cf. aussi Calogeropoulos-Stratis, *supra* note 93, p. 41.

<sup>109</sup> Calogeropoulos-Stratis, *supra* note 93, pp. 46-47.

<sup>110</sup> Calogeropoulos-Stratis, *supra* note 93, pp. 41-44; Meyrowitz, *supra* note 4, pp. 1071-76.

<sup>111</sup> CICR, *Conseil des Délégués, 13-14 octobre 1983, La Croix-Rouge et les droits de l’homme*, Doc. CD/7/1, pp. 205.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>113</sup> *Ibid.*, pp. 21-26.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>115</sup> CICR, *Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, 13<sup>e</sup> éd (Genève, 1994), p. 704, considérant 1. Cfr. aussi F. Siordet, “Croix-Rouge et droits de l’homme” (1968) 50(591) R.I.C.R. 1045.

nécessité et l'urgence de réaffirmer et développer les règles humanitaires du droit international applicables dans les conflits armés de toutes espèces, afin de renforcer la protection efficace des droits essentiels de la personne humaine, en harmonie avec les Conventions de Genève de 1949.<sup>116</sup> Enfin, dans la Résolution XX votée séance tenante, la Conférence se félicitait de la Résolution 2444 (XXIII) de l'Assemblée générale des Nations Unies et demandait aux membres de la Croix-Rouge internationale "de maintenir un contact constant et étroit avec l'Organisation des Nations Unies dans les activités en faveur de la paix et des droits de l'homme."<sup>117</sup> Signalons encore que les Protocoles additionnels aux quatre Conventions de Genève adoptées en 1977 portent la trace des nouvelles orientations. L'article 75 du Protocole I ayant trait aux garanties fondamentales dues aux personnes au pouvoir d'une partie au conflit appelle la notion des droits de l'homme.<sup>118</sup> L'imprégnation est encore plus forte dans le cadre du Protocole II relatif aux conflits armés non internationaux. Dès le préambule, les «instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme [qui] offrent à la personne humaine une protection fondamentale» sont rappelés.<sup>119</sup> Les articles 2, 4 ou 6 relatifs à la non-discrimination, aux garanties fondamentales et aux poursuites pénales concrétisent les droits de l'homme dans le cadre du Protocole.<sup>120</sup>

Ce n'est pas le lieu ici de passer en revue les multiples manifestations témoignant du rapprochement entre les droits de l'homme et le droit humanitaire qui ont suivi des débuts aussi prometteurs. Un épais volume ne pourrait guère toutes les contenir. Il suffira à cette place de mentionner deux exemples assez

<sup>116</sup> *Compte-rendu de la XXI<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge*, Istanbul, 6 au 13 septembre 1969, p. 103.

<sup>117</sup> CICR, *Manuel...*, *supra* note 115, p. 661.

<sup>118</sup> Cf. (1979) 1125 R.T.N.U. 307-09 ou Schindler/Toman, *supra* note 38, pp. 800-802. Voir à ce propos C. Pilloud et J. Pictet, dans CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels...*, *supra* note 64, pp. 885s.; M. El Kouhenné, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme* (Dordrecht, Boston, Lancaster, 1986), *partic.*, pp. 14s.

<sup>119</sup> Cf. (1979) 1125 R.T.N.U. 651 ou Schindler/Toman, *supra* note 38, p. 831. Voir S. Junod, dans CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels...*, *supra* note 64, pp. 1363-64.

<sup>120</sup> Cf. (1979) 1125 R.T.N.U. 651-54 ou Schindler/Toman, *supra* note 38, pp. 831-35. Voir S. Junod, dans CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels...*, *supra* note 64, pp. 1381-84 (art. 2), 1389-1405 (art. 4), 1419-26 (art. 6).

évoqueurs du cheminement accompli. Ils s'offrent à l'analyse critique comme parachèvement du processus de rapprochement entré désormais en phase de fusion.

Le "Rapport sur la situation des droits de l'homme dans le Koweït sous occupation irakienne" présenté à la Commission des droits de l'homme des Nations Unies par le Professeur Kälén, spécialiste des droits de l'homme, s'engage nettement dans cette voie.<sup>121</sup> En matière de droit applicable, le Rapporteur spécial précise dans un chapitre intitulé "Interaction entre les droits de l'homme et le droit humanitaire" que la "Communauté Internationales" accorde à penser que les droits de l'homme fondamentaux de tous les individus doivent être respectés et protégés en temps de paix et en période de conflit armé.<sup>122</sup> Font ainsi partie du droit coutumier applicable des normes tirées des Conventions de Genève de 1949, du Protocole additionnel I de 1977, de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et des deux Pactes relatifs aux droits de l'homme de 1966.<sup>123</sup>

Un effort de synthèse destiné à combler les lacunes laissées tant par le droit international humanitaire que par les droits de l'homme dans certaines situations a été entrepris dès 1990 par le truchement d'une "Déclaration sur les normes humanitaires minimales" (*Déclaration de Turku*).<sup>124</sup> L'attention de certains internationalistes avait été attirée par le fait d'une protection défailante des individus en situation de troubles et de tensions internes.<sup>125</sup>

<sup>121</sup> *Rapport sur la situation des droits de l'homme dans le Koweït sous occupation irakienne*, présenté à la 48<sup>e</sup> session de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, Doc. E/CN.4/1992/26. Cfr. Doswald-Beck/Vité, *supra* note 3, pp. 122-24.

<sup>122</sup> *Rapport...*, *supra* note 121, par. 33.

<sup>123</sup> *Rapport...*, *supra* note 121, par. 32s.

<sup>124</sup> Texte de la Déclaration dans *R.I.C.R.*, vol. 73, n° 789, 1991, pp. 350s. ou Schindler/Toman, *supra* note 38, pp. 1265s. Cfr. Doswald-Beck/Vité, *supra* note 3, pp. 124-25. Sur la Déclaration de Turku et ses suites, voir A. Eide, A. Rosas et T. Meron, "Combating Lawlessness in Grey Zone Conflicts through Minimum Humanitarian Standards" (1995) 89 *A.J.I.L.* 215s. Pour les suites données à ces efforts, cf. la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, *Rapport de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Règles humanitaires minimales, Rapport analytique soumis par le Secrétaire général en application de la résolution 1997/21 de la Commission des droits de l'homme*, E/CN.4/1998/87.

<sup>125</sup> Sur le concept de troubles et de tensions internes, cf. P. Verri, *Dictionnaire du droit international des conflits armés* (Genève, 1988), pp. 119, 123; S. Junod, dans

Dans ce cas ni le droit international humanitaire n'est applicable,<sup>126</sup> ni les droits de l'homme n'offrent de réelles et suffisantes garanties au regard de la possibilité de leur dérogation temporaire en relation avec un danger public.<sup>127</sup> Pour renforcer la protection de personnes affectées par de tels troubles, le Professeur T. Meron<sup>128</sup> et M. Hans-Peter Gasser<sup>129</sup> rédigèrent des projets de déclarations censées exprimer des règles humanitaires minima, applicables en toute situation. C'est sur la base de ces travaux que la Déclaration de Turku fut adoptée par une réunion d'experts organisée aux soins de l'Institut des droits de l'homme de l'Abo Akademi à Turku en décembre 1990. L'intimité des droits de l'homme et du droit humanitaire s'y fait totale.<sup>130</sup> C'est peu dire que le but même de ce texte vivant en amphibie entre le droit de la paix et le droit de la guerre suppose une telle fusion entre les deux branches du droit qui nous intéressent. Ce n'est qu'à ce prix que des règles minima sont concevables. L'article premier emprunte déjà au vocabulaire et aux préoccupations des droits de l'homme: "la présente Déclaration énonce des règles humanitaires minima applicables dans toute situation, y compris les situations de violence interne, de troubles, de tensions et de crise, auxquelles il ne

---

CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels...*, *supra* note 64, pp. 1378-80; A. Eide, "Troubles et tensions intérieurs," dans Institut Henry-Dunant/UNESCO (dir.), *Les dimensions internationales du droit humanitaire* (Paris, 1986), pp. 279s.

<sup>126</sup> Article 1(2) du Protocole additionnel II de 1977: "Le présent Protocole ne s'applique pas aux situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues, qui ne sont pas considérés comme des conflits armés." Cf. (1979) 1125 R.T.N.U. 651 ou Schindler/Toman, *supra* note 38, p. 831.

<sup>127</sup> Voir *supra* notes 70 et 71.

<sup>128</sup> Cet auteur s'était déjà auparavant exprimé sur ce problème: T. Meron, "On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument" (1983) 77 A.J.I.L. 589s.; T. Meron, "Towards a Humanitarian Declaration on Internal Strife" (1984) 78 A.J.I.L. 859s. Cfr. enfin T. Meron, "Projet de Déclaration type sur les troubles et tensions internes" (1988) 70(769) R.I.C.R. 62s.

<sup>129</sup> Cf. H.P. Gasser, "Code de conduite pour troubles et tensions internes" (1988) 70(769) R.I.C.R. 53-55.

<sup>130</sup> Dès le Considérant 1, la Déclaration rappelle la dignité et la valeur de la personne humaine ainsi que la Déclaration universelle des droits de l'homme. Dans le Considérant 3 il est dit que dans des situations de troubles et tensions internes, "les droits de l'homme et les principes humanitaires sont souvent violés." Les Considérants 4, 5, 6 et 8 continuent à mentionner ensemble les droits de l'homme et les règles humanitaires. Cf. Schindler/Toman, *supra* note 38, pp. 1265-66.

peut être dérogé en aucune circonstance.” Les articles qui suivent sont souvent formulés selon les modalités coutumières aux droits de l’homme;<sup>131</sup> l’on y mentionne jusqu’à *l’habeas corpus*.<sup>132</sup> De nombreuses règles commencent par les mots “tout individu,”<sup>133</sup> “tout être humain,”<sup>134</sup> “nul,”<sup>135</sup> “toutes les personnes.”<sup>136</sup> Derrière cette formulation se cache tout un paradigme: de la vision objective de personne protégée propre au droit international humanitaire, on a parcouru le chemin jusqu’à la proclamation de droits subjectifs fondamentaux et inaliénables, coeur même du droit des droits de l’homme. Ces efforts trouvent à l’heure actuelle un prolongement au sein de la Commission des droits de l’homme des Nations Unies.<sup>137</sup>

#### IV CONCLUSION: ÉVALUATION DE CES TENDANCES

Ainsi est-on allé d’un état d’ignorance mutuelle à la découverte et à la promotion, quelques fois tapageuse, d’une gémellité entre droits de l’homme et droit international humanitaire. À certains égards ce rapprochement était inévitable. Ce n’est pas seulement que les deux branches se rejoignent dans l’idée maîtresse d’accorder une protection à l’individu face aux dangers que les institutions lui font courir.<sup>138</sup> L’évolution des faits de la vie internationale est à ce propos révélatrice de l’enchaînement des idées.

<sup>131</sup> Voir en particulier les articles 3, 4, 8, 9 et 11 de la Déclaration (Cf. Schindler/Toman, *supra* note 38, pp. 1266-68).

<sup>132</sup> Article 4, par. 3 de la Déclaration (Cf. Schindler/Toman, *supra* note 38, p. 1267).

<sup>133</sup> Article 3, par. 1: “Tout individu a le droit d’être reconnu partout en tant que personne devant la loi” (*ibid.* p. 1266).

<sup>134</sup> Article 8, par. 1: “Tout être humain a naturellement droit à la vie” (*ibid.* p. 1268).

<sup>135</sup> Article 7, par. 2: “Nul ne sera obligé de quitter son propre territoire.” Article 14, par. 2: “Nul ne sera puni . . . pour s’être livré à des activités médicales” (*ibid.* pp. 1267, 1269).

<sup>136</sup> Article 4, par. 1, 2 et 4. Article 9 (“aucune personne”) (*ibid.* pp. 1267-68).

<sup>137</sup> Cf. le Rapport cité *supra* note 124.

<sup>138</sup> Nombre d’auteurs relèvent cette identité dans la finalité ultime des deux branches du droit en question (cf. CICR, *Conseil. . .*, *supra* note 111, p. 20: “Le droit humanitaire et les droits de l’homme visent le même objectif: la protection de la personne humaine.” Voir aussi, entre autres, K.J. Partsch, “Human Rights and Humanitarian Law” (1985) 8 E.P.I.L. 292; C. Greenwood, dans D. Fleck (dir.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (Oxford, 1995), p. 9. La portée de ce constat ne doit pas être surestimée. Il n’y a au

Croissance spectaculaire du corps des droits de l'homme et place éminente qu'ils ont pu conquérir dans l'esprit tant des internationalistes que de l'homme appelé de la rue, d'abord. Par cette extension extraordinaire de la sphère des droits de l'homme, les points de contact avec des branches reposant sur des approches et des préoccupations juridiques voisines ne pouvaient être évitées.

Evolution de la structure des conflits où les hommes recourent à la force, ensuite. À mesure que l'aspect international des conflits armés s'affaiblissait au profit d'un spectre mal défini, de luttes infra-étatiques aux ramifications transfrontalières indirectes (*wars by proxy*, interventions étrangères, etc.), l'attention du droit international de la guerre s'est déplacé vers des situations traditionnellement considérées comme relevant exclusivement du droit interne. Ici encore la rencontre avec les droits de l'homme était inexorable. Elle s'est d'ailleurs manifestée à travers un nombre croissant de conflits dans lesquels le droit international humanitaire et les droits de l'homme ont trouvé une application simultanée, sinon coordonnée. Tel a été le cas du conflit qui a ensanglanté Saint-Domingue en 1965, au cours duquel sont intervenus le Comité international de la Croix-Rouge et la Commission interaméricaine des droits de l'homme.<sup>139</sup> Tel a été le cas aussi à Chypre: les parties au conflit ont reconnu l'applicabilité des Conventions de Genève de 1949 et le Comité international de la Croix-Rouge a pu déployer son action. En même temps, Chypre a déposé une requête devant la Commission européenne des droits de l'homme qui a donné lieu à une décision du Comité des Ministres.<sup>140</sup> Comme on l'a vu, tel a aussi été le cas en matière

---

fond de commun que la *causa finalis* (ou éventuellement la *causa efficiens*) selon la classification aristotélicienne; cela n'implique en rien une identité ou un parallélisme nécessaire dans l'organisation positive des règles. Dans un sens suffisamment large, l'homme est la cause de tout le droit. Cette vérité était proclamée déjà par Hermogénien, fonctionnaire impérial (*magister libellorum*) vivant au tournant des 3<sup>e</sup>/4<sup>e</sup> siècles de notre ère (cf. R. Knüetel, dans M. Stolleis (dir.), *Juristen* (München, 1995), p. 282): "Hominum causa omne ius constitutum est" (*Dig.* 1, 5, 2).

<sup>139</sup> Cf. CICR, Conseil..., *supra* note 111, p. 22. Sur le conflit de Saint-Domingue et l'activité des organes internationaux, voir R.J. Dupuy, "Les États-Unis, l'OEA et l'ONU à Saint-Domingue" (1965) 11 A.F.D.I. 71s.; T. Flory et P. Tavernier, "L'année des Nations Unies, (15 septembre 1964 — 21 septembre 1965), Questions juridiques" (1965) 11 A.F.D.I. 566-68. Pour l'activité du CICR, cf. (1965) 47 (559) R.I.C.R. 325-26, et (1965) 47 (560) 383.

<sup>140</sup> Cf E. David, *Principes de droit des conflits armés* (Bruxelles, 1994), p. 80. Pour un résumé de l'activité devant les organes de la Convention européenne des droits

d'occupation de guerre, par exemple pour le Koweït sous occupation irakienne.<sup>141</sup>

La littérature juridique reflète largement cette convergence; elle le fait souvent sans esprit suffisamment critique.<sup>142</sup>

---

de l'homme, voir G. Cohen-Jonathan et J.P. Jacqué, "Activité de la Commission européenne des droits de l'homme" (1979) 25 A.F.D.I. 383s. Sur le conflit de Chypre et les activités des organes internationaux en général, voir V. Coussirat-Coustère, "La crise chypriote de l'été 1974 et les Nations Unies" (1974) 20 A.F.D.I. 437s.; C.G. Tornatiris, *The Turkish Invasion of Cyprus and Legal Problems Arising Therefrom* (Nicosia, 1975); C. Papalekas, *Die Zypernfrage: Problematik und Perspektiven eines Dauerkonflikts* (Frankfurt am Main, Berne, 1987); G. von Laffert, *Die völkerrechtliche Lage des geteilten Zypern und Fragen seiner staatlichen Reorganisation* (Frankfurt am Main, Berne, 1995) (avec des renvois bibliographiques). Cfr. aussi J. Dugard, *Recognition and the United Nations*, (Cambridge, 1987), pp. 108-11; El Kouhène, *supra* note 118, pp. 230s. Pour la position turque, cf. Z.M. Necatigil, *The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law* (Oxford, 1989).

<sup>141</sup> *Supra* note 121.

<sup>142</sup> Il est devenu courant de classer les principaux courants doctrinaux en la matière en un triptyque de la teneur suivante: les *confusionnistes* (ou les *intégrationnistes*), favorables à une fusion des deux branches; les *séparatistes*, opposés à tout rapprochement et à toute confusion entre elles; les *complémentaristes*, estimant qu'il s'agit de deux systèmes différents qui se complètent (cf. par exemple CICR, Conseil... , *supra* note 111, p. 26. Le terme de "confusionnisme" a été forgé par Meyrowitz, *supra* note 4, pp. 1060s., 1095s.). Il faut insister sur le fait qu'il ne s'agit là que d'une approximation fort sommaire.

I Ceux qui prônent l'assimilation des deux branches du droit ("les intégrationnistes") se décomposent en plusieurs écoles de pensée. Toute considération de la doctrine, même la plus rapide, révèle que c'est la direction aujourd'hui majoritaire. D'un côté se situent les intégrationnistes qui tentent d'établir l'assimilation en ayant recours à une idée de verticalité (*intégrationnistes verticaux*). Deux manières de voir doivent être distinguées. Pour les uns, le droit international humanitaire est une catégorie générale dont la vocation est de protéger l'homme dans toutes les situations où il peut se trouver confronté à une menace. Dès lors, le droit international humanitaire se compose notamment de deux branches subordonnées que sont les droits de l'homme et les règles humanitaires du droit de la guerre (cf. en ce sens J. Pictet, *Les principes du droit international humanitaire* (Genève, 1966), p. 8; J. Nguyen Duy-Tan, "Le droit des conflits armés non internationaux," dans M. Bedjaoui (dir.), *Droit international — Bilan et perspectives*, t. II (Paris, 1991), p. 850; Gros Espiell, *supra* note 3, pp. 703-4; Draper, *supra* note 3, p. 206). Pour d'autres, le point de départ se renverse. L'évolution suivie depuis les années cinquante a montré que ce sont les droits de l'homme qui ont assumé le rôle de protection globale de la personne humaine. Dès lors, c'est le droit international humanitaire qui devient une sous-catégorie des droits de l'homme (cf. en ce sens Robertson, *supra* note 4, p. 797; Patrignic, *supra* note 3, p. 1; Jakovljevic, *supra*

note 3, pp. 29-30, 35. Voir aussi Draper, *supra* note 3, p. 198; Contra, Schindler, "Human Rights...", *supra* note 4, p. 943; Mushkat, *supra* note 3, p. 155).

D'un autre côté, l'assimilation a été opérée à l'aide d'une idée d'horizontalité (*intégrationnistes horizontaux*). L'exemple le plus frappant est celui des trois régimes contigus avancé par S. McBride (cf. S. McBride, "Human Rights in Armed Conflicts: The Inter-Relationship between the Humanitarian Law and the Law of Human Rights," Rev. D. pénal militaire et D. de la guerre, vol. 9, 1970, p. 381). Pour cet auteur, le droit moderne se caractérise par la continuité entre ces trois régimes: l'applicabilité du droit de La Haye ou de Genève en période de conflit armé — le droit applicable en situation de dangers publics internes qui est une sorte de régime des droits de l'homme minimal — le droit des droits de l'homme intégral applicable en temps de paix. Cf. aussi Draper, *The Relationship...*, *supra* note 3, pp. 196-97; H. McCoubrey et N.D. White, *International Law and Armed Conflict*, Aldershot, 1992, p. 13; Vasak, *Le droit international...*, *supra* note 2, pp. 350-53, 352.

Un troisième courant assimilationniste part de l'idée d'une fusion totale entre les deux branches dans des situations spécifiques qui retiennent tout l'intérêt; c'est le cas du conflit armé interne (cf. Meron, "On the Inadequate Reach...", *supra* note 128, pp. 589s.).

Un dernier courant enfin confond largement les deux branches sans donner à cela l'armature d'une réflexion d'ensemble ou d'une théorie juridique (cf. par exemple Hampson, *supra* note 3, pp. 51s.; Sepulveda, *supra* note 3, p. 589).

- II Il y a ensuite le courant des auteurs qui cherchent à trouver une synthèse entre les deux branches tout en insistant sur la nécessité de maintenir leur distinction (ceux que le Rapport du CICR précité qualifie de "complémentaristes"). Ces auteurs mettent en évidence des "similitudes de contenu," "une certaine complémentarité," ou des "points de contact limités" (cf. David, *supra* note 139, pp. 79-81. Voir aussi, par exemple, Schindler, "Le Comité international...", *supra* note 4, pp. 9s.; Schindler, "Human Rights...", *supra* note 4, pp. 941-43, et surtout Schindler, "Kriegsrecht...", *supra* note 3, pp. 345s.). Si la thèse assimilationniste procède par systématisations *a priori* fondées sur une vision d'ensemble du droit, les courants présents n'admettent de rapprochements que ponctuels et occasionnels, constatés *ex post* comme donnée d'expérience. Et quant aux assimilations hâtives, un exponent majeur de cette doctrine précise: «[Toute vision d'un tronc commun entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire], nous semble, finalement, simplifier à l'excès la réalité et aboutir à une vision irénique du droit de la guerre fort peu compatible avec l'abomination qu'il régleme...» (David, *supra* note 139, p. 83). D'un autre côté, D. Schindler a rappelé fort à propos qu'une subordination du droit international humanitaire ou du droit de Genève aux droits de l'homme, aurait pour conséquence d'ouvrir une dichotomie au sein du droit de la guerre entre le droit humanitaire et le droit de la guerre au sens étroit, comprenant le droit de La Haye (méthodes de combat, certains aspects de la neutralité, etc.) mais aussi les règles de la guerre dite économique (cf. Schindler, "Kriegsrecht...", *supra* note 3, p. 348). Ce qui est rapprochement sur un plan est immanquablement divorce sur un autre

Au-delà de ce qui précède, il peut être utile et même urgent de rappeler à cette place les différences très importantes qui séparent le droit international humanitaire et les droits de l'homme.

Les droits de l'homme sont avant tout destinés à régir les périodes de paix, le droit humanitaire les périodes de guerre ou de conflit armé.<sup>143</sup> Des conséquences structurelles de premier plan en découlent. Les droits fondamentaux de l'homme sont du droit constitutionnel: ils énoncent un principe général à large portée sociale et politique, laissant la concrétisation du principe aux divers opérateurs juridiques étatiques. Cette oeuvre de concrétisation jurisprudentielle et politique (législation) suppose le fonctionnement régulier des institutions ce qui à son tour suppose l'état de paix. Le droit de la guerre au contraire ne peut vivre qu'à travers des règles fort détaillées et d'ordre technique,<sup>144</sup> seules susceptibles de fournir un code adéquat pour la conduite des activités se déroulant dans le cadre d'une désintégration poussée des institutions étatiques et des repères sociaux. C'est aussi la raison pour laquelle les droits de l'homme forment un droit politique au sens le plus noble du terme; ils n'ont pas de portée réelle qu'éclairés par une idéologie commune dont ils se destinent à imprégner le corps social. Rien de tel pour le droit humanitaire: droit d'exception, son efficacité même dépend d'une dépolitisation poussée et ressentie.<sup>145</sup> Les droits de l'homme reposent et ne peuvent déployer leurs effets qu'au sein d'institutions politiques; pour être efficace le droit humanitaire doit au contraire s'en abstraire.

---

plan. Or les auteurs n'ont cessé d'affirmer l'indivisibilité des droits de La Haye et de Genève.

III Le dernier courant est celui des "séparatistes" qui voient dans tout rapprochement entre les deux branches une évolution néfaste. C'est manifestement un point de vue de moins en moins défendu (cf. en ce sens surtout Meyrowitz, *supra* note 4, pp. 1060s., 1095s.; Suter, *supra* note 84, pp. 394, 405s.; Mushkat, *supra* note 3, pp. 157, 158, 161).

<sup>143</sup> Cf. par exemple Greenwood, *supra* note 138, p. 9; Eide, *supra* note 3, pp. 680-81, 695; Suter, *supra* note 84, pp. 399s.; Mushkat, *supra* note 3, p. 158; Schindler, "Kriegsrecht...", *supra* note 3, pp. 327-28; Schindler, Le Comité international, *supra* note 4, pp. 10s.

<sup>144</sup> Cfr. par exemple K.J. Partsch, "Human Rights and Humanitarian Law" (1985) 8 E.P.I.L. 293, 294; Doswald-Beck/Vité, *supra* note 3, p. 107; CICR, *Conseil...*, *supra* note 111, p. 27; Schindler, "Le Comité international...", *supra* note 4, pp. 10-11.

<sup>145</sup> Cfr. par exemple Meyrowitz, *supra* note 4, p. 1104; Suter, *supra* note 84, p. 409; Schindler, "Kriegsrecht...", *supra* note 3, p. 348; Schindler, "Le Comité international...", *supra* note 4, p. 15.

Les droits de l'homme s'adressent à l'État en tant que porteur de puissance publique. Ils concernent tous les rapports entre l'État et les individus sous sa compétence territoriale. Le droit humanitaire s'adresse au contraire à des belligérants. C'est à un organe particulier de l'État, son armée, ayant une fonction fort exceptionnelle et pour régir la situation spéciale du combat, que le droit international humanitaire déploie ses impératifs. Les rapports juridiques envisagés sont ici notamment ceux entre un belligérant (non l'État) et des ressortissants ennemis ou neutres le plus souvent hors du territoire national.<sup>146</sup> En un mot: les droits de l'homme touchent aux rapports État/citoyen ou État/individu. Leur portée est globale. Le droit humanitaire s'adresse notamment aux relations de belligérant à belligérant et de belligérant à ressortissant ennemi ou neutre. Sa portée est à la fois spéciale, donc plus restreinte, et fonctionnelle; elle est imprégnée des finalités et modalités du conflit armé.

De plus, les droits de l'homme cherchent à réaliser un épanouissement global de l'homme. Le droit humanitaire cherche au contraire à lui offrir un minimum de protection dans une situation particulière.<sup>147</sup> La technique juridique s'adapte à cet état des choses. Les droits de l'homme s'attachent à l'individu *uti singuli* en lui conférant des droits subjectifs suprêmes dont la sanction est censée informer après coup l'espace social et politique en le modelant aux valeurs constitutionnelles. Le point d'équilibre des droits de l'homme, c'est l'individu en tant que *homo politicus* (ou *zoon politicon*): ils procèdent d'un micro-phénomène avec la foi qu'il aura d'importants effets sur le plan général de l'ordre social. Rien de tel pour le droit international humanitaire. Celui-ci s'attache à protéger des individus par une série de devoirs des belligérants soigneusement mesurés aux exigences militaires et aux entéléchies de la guerre. C'est le macro-phénomène du conflit armé auquel est ici assigné un rôle directeur; c'est lui qui forme en quelque sorte la base d'induction. Il en découle un régime normatif de nature objective, c'est-à-dire détaché de l'optique de droits subjectifs ponctuels et ancré directement, pour les dispositions touchant aux individus, dans l'idée plus générale d'humanité.<sup>148</sup> Dès lors la position subjective de l'individu se déduit ici du devoir

<sup>146</sup> Cfr. par exemple Meyrowitz, *supra* note 4, pp. 1096s.; Suter, *supra* note 84, pp. 402s.

<sup>147</sup> Cfr. Junod, *supra* note 3, p. 256.

<sup>148</sup> Cfr. Meyrowitz, *supra* note 4, pp. 1099s.; Suter, *supra* note 84, pp. 405s.

de protection assumé. En droit interne, une telle branche s'apparenterait davantage au droit administratif lié à des intérêts individuels — tel que le droit des assurances sociales — qu'à du droit constitutionnel. En tout état de cause la dynamique est inversée: progression du particulier vers le général pour les droits de l'homme, rétroaction du général vers le particulier pour le droit humanitaire.

Toutes ces différences ne sont pas uniquement des constructions de la logique abstraite. Elles emportent des conséquences profondes tant dans les modalités que dans tout le soubassement relatif au fonctionnement respectif des deux branches du droit.<sup>149</sup>

De ce qui précède, il ne faut pas conclure qu'une rencontre entre ces deux branches du droit n'est jamais possible ou souhaitable. Nous avons vu comment la pression des faits internationaux l'a rendue partiellement inévitable. Des rapprochements ponctuels et réfléchis peuvent se recommander par leur utilité pratique. Des métastases incontrôlées tributaires d'automatismes courants ou de raccourcis commodes n'ont pas titre à l'indulgence de l'homme de droit.

### *Summary*

#### Historical Aspects of the Relationship between International Humanitarian Law and International Human Rights Law

*The author traces the historical evolution of the distinction between international humanitarian law and international human rights law. He demonstrates that the structures of the two regimes follow from the fact that while humanitarian law was designed to apply in periods of war, human rights law was to apply in periods of peace. The difference between the two*

<sup>149</sup> Cfr. l'exemple quant au droit de la vie donné par Schindler, "Le Comité international..." *supra* note 4, pp. 10-11. D'autres différences secondaires ou techniques, mais assez nombreuses, existent entre la branche des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Ce n'est pas le lieu de les énumérer ici. Elles touchent par exemple aux mécanismes de mise en oeuvre (cf. Schindler, "Le Comité international..." *supra* note 4, pp. 12-14; Eide, *supra* note 3, pp. 691s.), à l'applicabilité du droit international humanitaire conventionnel aux seuls ressortissants des États cocontractants (cf. Greenwood, *supra* note 138, p. 9) ou encore au régionalisme de nombreux instruments relatifs aux droits de l'homme, opposé à l'universalisme du droit international humanitaire (cf. Doswald-Beck/Vité, *supra* note 3, p. 107).

*are not matters of abstract logic. Rather, they have important consequences for the functioning of these important branches of international law.*

### *Sommaire*

#### **Aspects historiques de la relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme**

*L'auteur suit l'évolution historique de la distinction entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme. Il montre que les différences structurelles entre les deux régimes proviennent du fait que le droit humanitaire s'applique en période de guerre, tandis que les droits de l'homme s'appliquent en période de paix. Les conséquences de ces différences ne demeurent pas dans le domaine de la théorie. Elles touchent au fonctionnement même des deux branches du droit international.*