UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Thèse 2021

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Les caractéristiques spéciales du droit international humanitaire en matière de sources

Rondeau, Sophie

How to cite

RONDEAU, Sophie. Les caractéristiques spéciales du droit international humanitaire en matière de sources. Doctoral Thesis, 2021. doi: 10.13097/archive-ouverte/unige:153798

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:153798
Publication DOI: 10.13097/archive-ouverte/unige:153798

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Les caractéristiques spéciales du droit international humanitaire en matière de sources

Thèse en cotutelle
Doctorat en droit

Sophie Rondeau

Université Laval
Québec, Canada
Doctorat en droit (LL.D.)

et

Université de Genève
Genève, Suisse
Doctorat en droit (LL.D.)

© Sophie Rondeau, 2021

Les caractéristiques spéciales du droit international humanitaire en matière de sources

Thèse en cotutelle
Doctorat en droit

Sophie Rondeau

Sous la direction de :

Julia Grignon, directrice de recherche
Marco Sassòli, directeur de cotutelle

Résumé

Cette thèse de doctorat a pour but de communiquer les résultats des recherches juridiques menées sur les caractéristiques spéciales du droit international humanitaire (DIH) en matière de sources.

Les caractéristiques spéciales affectant la détermination et le développement des règles de DIH sont principalement dues à la spécialisation fonctionnelle de cette branche du droit international public (DIP). Cette spécialisation prend la forme d'un binôme dynamique : il y a, d'une part, la fonction du DIH visant la protection de la vie humaine dans les conflits armés à travers la minimisation des dommages aux populations civiles et aux personnes hors combat ; cette fonction est partagée avec d'autres branches du droit international qui touchent aux droits de la personne, le dénominateur commun étant la protection de la personne humaine. D'autre part, on retrouve la fonction, tout aussi primordiale, de la régulation des conflits armés. C'est cette fonction qui pose les exigences militaires au cœur du DIH. Ensemble, ces deux fonctions assoient le précepte que le DIH n'est pas qu'humanitaire, consacrant ainsi la spécialisation fonctionnelle du DIH qu'est la recherche constante de l'équilibre *in concreto* entre les considérations humanitaires et la nécessité militaire.

Or, si cette spécialisation affecte la détermination et le développement des règles de DIH ainsi que la façon dont est appliquée la théorie générale des sources, elle ne permet pas d'affirmer que cette branche du DIP s'érige en système ou en un régime complètement affranchi de l'approche traditionnelle des sources telle que consignée dans l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de justice*. Même considérant les aménagements importants qui peuvent être apportés, les sources primaires du DIH restent le droit conventionnel, le droit coutumier ainsi que les principes généraux du droit reconnus par les États. Corollairement, les développements du DIH dans le sens d'un accroissement de la protection de la personne humaine ont pour effet de modifier, sans nécessairement affaiblir, l'application générale de la théorie des sources. Ces développements se manifestent dans les sources non écrites que sont le droit international coutumier et les principes généraux de droit reconnus ; ils sont aussi nourris par des sources subsidiaires persuasives assimilables à des « moyens auxiliaires de détermination du droit ». En effet, les décisions judiciaires d'instances internationales telles que mentionnées à l'article 38 ainsi que certains documents juridiques non contraignants produits entre autres par le Comité international de la Croix-Rouge

(CICR) ont une valeur persuasive en DIH, de façon telle qu'ils apportent des ajustements nécessaires à l'approche traditionnelle des sources du droit international appliquée au DIH.

Mots-clés : droit international humanitaire, droit international public, sources, conflits armés, , droit international coutumier, principes généraux de droit reconnus, principes d'humanité, développement progressif, doctrine, Commentaires, CICR (Comité international de la Croix-Rouge), moyens auxiliaires, article 38 du *Statut de la Cour internationale de justice*

Table des matières

Résumé iii

Table des matières v

Abréviations x

Remerciements xix

Introduction 1

Les sources du droit international public comme sujet de recherche 1

L'hypothèse de départ des caractéristiques spéciales du droit international humanitaire sans affranchissement total du système général 2

Les objectifs de recherche 3

Les intérêts théoriques et pratiques et la pertinence d'une recherche sur les caractéristiques spéciales du DIH en matière de sources 4

Les diverses conceptions possibles des sources du DIH : la question générale de la difficulté d'identification des règles du DIH dans une logique de continuum normatif 6

La méthodologie et le cadre théorique d'analyse 9

La solution actuelle et la structure de la thèse 10

Quelques précisions terminologiques 13

Au sujet de la (con)fusion entre théorie des sources et théorie des sujets 13

Au sujet du droit international public comme un système juridique se rapportant à la communauté internationale 14

Au sujet du DIH comme une branche spéciale — et non un régime — du DIP formée d'un ensemble de règles 16

Au sujet des sources formelles du droit comme des processus formant un ensemble de règles secondaires de reconnaissance prescriptives 18

Chapitre 1 <Quelques considérations préliminaires> 25

SECTION I : LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE COMME UNE BRANCHE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC POSSEDANT DES CARACTERISTIQUES SPECIALES AFFECTANT SON DEVELOPPEMENT 25

1.1 La spécialisation fonctionnelle du DIH 26

1.2 Le respect du droit par l'omission : l'importance des règles prohibitives 28

1.3 Le DIH comme le test ultime du DIP 31

1.4 Le développement du DIH : vers un affranchissement graduel du modèle westphalien 32

1.4.1 De la réciprocité immédiate vers la réciprocité systémique 35

1.4.2 Les interférences extrajuridiques et le processus pluraliste dans le développement du DIH 40

SECTION II : QUELLE(S) THEORIE(S) DES SOURCES EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ?....46

1.5 Le passage sous les fourches caudines de l'approche traditionnelle consignée à l'article 38 du *Statut de la CIJ* 47
1.5.1 Une appréhension descriptive et exhaustive des sources formelles : *extra ecclesiam nulla salus* 48
1.5.2 Une absence de hiérarchisation des sources....49

1.6 La théorie traditionnelle remaniée et éclairée : les modalités d'une appréhension positiviste inclusive des sources....50
1.6.1 L'affranchissement du volontarisme étatique exclusif et la pluralité de l'ordre juridique international 51
1.6.2 Une appréhension exemplative et non exhaustive de l'article 38....53
1.6.3 Une prise en considération des rapports de force des sources les unes par rapport aux autres....56
1.6.4 L'assouplissement du régime des sources par la possibilité d'incorporation de la moralité dans les conditions de légalité....57

PREMIÈRE PARTIE — LES SOURCES PRIMAIRES DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE : L'ÉTAT AU CŒUR DES SOURCES OBLIGATOIRES ET CONTRAIGNANTES 60

Chapitre 2 <Le droit international humanitaire conventionnel> 61

2.1 L'importance du traité en DIH 62

2.2 Le DIH conventionnel et le droit des traités : les caractéristiques spéciales accommodées par le régime général....66
2.2.1 L'exception humanitaire à l'extinction ou la suspension d'un traité comme conséquence de sa violation substantielle 68
2.2.2 Un encadrement adéquat des réserves et des clauses de dénonciation des traités de DIH 73

2.3 La particularité de l'approche humanitaire lors de l'interprétation du DIH conventionnel....86

2.4 En résumé 92

Chapitre 3 <Le droit international humanitaire coutumier>....93

3.1 Quelques précisions terminologiques 95

3.2 L'approche traditionnelle du droit international coutumier selon la mise en preuve des deux éléments constitutifs : survol et éclairage à l'aide d'autres conceptions du DIC....96

3.3 Les contributions de certaines institutions non étatiques à l'approche permettant l'identification du droit international coutumier 104
3.3.1 La Commission du droit international des Nations Unies et le Projet de conclusions sur le droit international coutumier....105

3.3.2 Le Comité international de la Croix-Rouge et l'Étude sur le droit international humanitaire coutumier : une confirmation *in abstracto* de l'approche traditionnelle d'identification du droit coutumier appliquée au DIH 114
3.3.2.1 L'Étude sur le DIHC : un mandat qui provient des États 114
3.3.2.2 La méthodologie de l'Étude sur le DIHC 117
3.3.3 La Cour internationale de Justice : des ouvertures vers une modernisation de l'approche traditionnelle 122

3.4 Vers une application différenciée de l'approche des deux éléments constitutifs pour atténuer les difficultés d'application de la méthodologie du DIC au DIH 133
3.4.1 Un recours accru à la pratique verbale devant la difficulté à documenter la pratique matérielle 134
3.4.1.1 Parce qu'il est particulièrement difficile d'obtenir une pratique matérielle satisfaisante en contexte de conflit armé : l'opacité de la conduite opérationnelle 135
3.4.1.2 Parce que, pour une même règle, les pratiques au sein d'un même État peuvent varier : la relativisation de l'effet de distorsion en faveur des manuels militaires nationaux 138
3.4.2 Une modulation de la méthodologie traditionnelle en raison du rôle important que joue l'inaction en DIH 144
3.4.3 Une prise en considération relative de la pratique et de l'*opinio juris* des groupes armés non étatiques 149
3.4.4 L'influence particulière des CG I-IV (1949) et des PA I-II (1977) sur le développement du droit international humanitaire coutumier 158
3.4.4.1 Une opinio juris avérée lorsque les dispositions des GC codifient du DIHC préexistant 162
3.4.4.2 Une opinio juris présumée lorsque les dispositions des CG engendrent des règles de DIHC en formation 163
3.4.4.3 L'assouplissement proposé dans l'Étude sur le DIHC quant à l'utilisation des traités pour déterminer le droit coutumier 165

3.5 En résumé 166

Chapitre 4 <Les caractéristiques spéciales du DIH dans l'application des principes généraux de droit reconnus par les nations> 169

4.1 Le contexte : La clause de Martens, une source matérielle spécifique au DIH 174

4.2 Les modes d'identification et le contenu des PG de droit reconnus 179

4.3 Au sujet de la filiation des PG de droit reconnus aux principes et règles nationales de droit privé 186
4.3.1 Quelques généralités 186
4.3.2 L'apport accessoire des principes communs aux systèmes juridiques nationaux au DIH 190

4.4 Au sujet du rapport entre les PG de droit reconnus et les principes du droit international 192
4.4.1 Quelques généralités 192

4.4.2 Les principes du DIH : un apport primordial au DIH, mais pas aux PG de droit reconnus 194
4.4.3 L'humanité comme un PG de droit reconnu : principe, lois et considérations élémentaires 195
4.4.3.1 Le principe d'humanité comme étant inhérent à l'idée de DIH : exploration de l'approche de la logique intrinsèque 198
4.4.3.2 Le principe d'humanité comme étant inclus dans les considérations élémentaires d'humanité.... 203
4.4.3.3 Le cas particulier des « exigences de la conscience publique » : un filet de sécurité pour l'humanité plus qu'un loup dans la bergerie du droit international 214
4.5 Les « principes établis du droit international des conflits armés » et « le cadre établi de droit international » : décortiquer les principes du DIH en tant que sources sous le *Statut de Rome* 218
4.5.1 L'article 21 du *Statut de Rome* : « les principes établis du droit international des conflits armés » 218
4.5.2 L'article 8(2) du *Statut de Rome* : « le cadre établi du droit international » 222
4.6 En résumé 225

DEUXIÈME PARTIE — LES MOYENS AUXILIAIRES DE DÉTERMINATION DU DROIT INTERNATIONAL SONT-ILS ÉRIGÉS EN CRÉATEURS DE DIH ? 229

Chapitre 5 <Exploration des sources subsidiaires persuasives> 230
5.1 Quelques commentaires de contextualisation terminologique 230
5.1.1 Au sujet du terme « source » 230
5.1.2 Au sujet de la notion de persuasion 231
5.1.3 Au sujet de la non-exhaustivité et de la hiérarchisation des moyens auxiliaires de détermination mentionnés à l'article 38 233
5.1.4 Au sujet des concepts d'application, de détermination, d'identification, de création et de développement du droit 236
5.2 La valeur persuasive relative et constante des documents juridiques non contraignants impliquant les États 240
5.2.1 Les documents publiés officiellement par les États : les manuels militaires nationaux 240
5.2.2 Les processus informels entre États : *Montreux* et *Copenhague* 242
5.2.3 Les travaux de la Commission de droit international 244

Chapitre 6 <L'encadrement d'une fonction normative appropriée pour les instances judiciaires internationales> 247
6.1 La contribution progressive et globale au développement du droit via l'interprétation du droit conventionnel et la détermination du droit coutumier 250
6.1.1 Quelques généralités 250
6.1.2 La CIJ : un apport au cœur de l'accroissement normatif du DIH 255

6.2 La contribution au développement du droit via l'utilisation persuasive du précédent même en l'absence de *stare decisis* 265

6.3 Le développement du droit limité par la déférence de la communauté judiciaire aux sources du droit international et la réception subséquente des décisions par la communauté internationale 269
6.3.1 Quelques généralités 269
6.3.2 L'activisme judiciaire et l'interaction entre le droit international pénal et le DIH 273
6.3.3 La contribution exceptionnelle du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie au développement du DIH : inhabituelle et indéniable 278

6.4 En résumé 286

Chapitre 7 <La doctrine finalisée consignée dans des manuels de groupe d'experts comme une source subsidiaire persuasive de DIH> 291

7.1 L'évolution de la doctrine ordinaire du droit international public : l'affaiblissement de la valeur persuasive 294

7.2 Le potentiel persuasif des manuels internationaux de DIH émanant de groupes d'experts 306

7.3 Point de mire sur le Comité international de la Croix-Rouge 317
7.3.1 Le rattachement statutaire du CICR aux États 318
7.3.2 Un lobbyiste pour l'humanité ? 320
7.3.3 Une contribution opérationnelle au développement du DIH 323
7.3.4 Une contribution éducative au développement du DIH : le CICR, la diffusion du DIH et l'avantage numérique 327

7.4 L'Étude sur le DIHC comme un document hybride qui consigne ce que le CICR considère comme étant les règles de droit coutumier 328

7.5 Les Commentaires aux Conventions de Genève de 1949 et aux Protocoles additionnels : la contribution déterminante de Jean Pictet et du CICR au développement du DIH 333
7.5.1 Le commentaire comme un genre juridique : s'inscrire dans la tradition 336
7.5.2 La paternité des Commentaires du CICR : Pictet et les autres 338
7.5.3 La place des règles d'interprétation du droit international général : une confirmation *in abstracto* de l'application des règles d'interprétation 340
7.5.4 La valeur de l'acte d'interprétation : le Commentaire, c'est canon ? 346
7.5.5 Un comparable : Le *Guide interprétatif sur la participation directe aux hostilités* 349
7.5.6 Les Commentaires actualisés : quelles contributions au DIH ? 352

7.6 En résumé 360

Conclusion 364

Bibliographie 376

Abréviations

ACDI	Annuaire canadien de droit international
AEC	avant l'ère commune (en remplacement de « avant J.-C. »)
AFDI	Annuaire français de droit international
AFLR	*Air Force Law Review*
AI	*Amnesty International*
AG	Assemblée générale des Nations Unies
AJIL	*American Journal of International Law*
AJCL	*American Journal of Comparative Law*
AJIA	*Australian Journal of International Affairs*
AJPIL	*Austrian Journal of Public and International Law*
Ann ÉI	Annales d'études internationales
Annuaire CDI	Annuaire de la Commission du droit international
Annuaire IDI	Annuaire de l'Institut de droit international
APD	Archives de philosophie du droit
ARIEL	*Austrian Review of International and European Law*
ASIL P	*American Society of International Law Proceedings*
ASR	*American Sociological Review*
AUJILP	*American University Journal of International Law and Policy*
AUILR	*American University International Law Review*
AYIL	*Australian Yearbook of International Law*

BJIL	*Berkeley Journal of International Law*
BYIL	*British Yearbook of International Law*
C de D	Cahiers de droit
CAI	Conflit armé international
CANI	Conflit armé non international
CDI	Commission de droit international des Nations Unies
CEDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CG, CGI / II / III	Conventions de Genève, Convention de Genève I, II ou III
CGI–IV	Conventions de Genève I à IV
ChJIL	*Chinese Journal of International Law*
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de Justice
CJIL	*Chicago Journal of International Law*
CJTL	*Columbia Journal of Transnational Law*
CLB	*Common Law Bulletin*
CLP	*Current Legal Problems*
CLR	*Canterbury Law Review*
Colombia UP	*Colombia University Press*
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CPI	Cour pénale internationale
CUP	*Cambridge University Press*

CS	Conseil de sécurité des Nations Unies
CSLJ	*Conflict and Security Law Journal*
CYIL	*Canadian Yearbook of International Law*
DIC	Droit international coutumier
DIH	Droit international humanitaire
DIP	Droit international public
DJCIL	*Duke Journal of Comparative & International Law*
DP RRJ	Droit prospectif - Revue de la Recherche Juridique
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'Homme
EJIL	*European Journal of International Law*
É-U	États-Unis d'Amérique
FICHL	*Forum for International Criminal and Humanitarian Law*
FILJ	*Fordham International Law Journal*
FYIL	*Finnish Yearbook of International Law*
Geo LJ	*Georgetown Law Journal*
GJICL	*Georgia Journal of International & Comparative Law*
GJIL	*Georgetown Journal of International Law*
GLJ	*German Law Journal*
GYIL	*German Yearbook of International Law*
Hastings LJ	*Hastings Law Journal*
Harv ILJ	*Harvard International Law Journal*

HILJ	*Humanitarian International Law Journal*
HJIL	*Heidelberg Journal of International Law*
HJRL	*Hague Journal on the Rule of Law*
HLR	*Harvard Law Review*
HR&ILD	*Human Rights and International Legal Discourse*
HRW	*Human Right Watch*
HUP	*Harvard University Press*
ICLR	*International Community Law Review*
ICLQ	*International and Comparative Law Quarterly*
ICRC	*International Committee of the Red Cross*
IDI	Institut de droit international
IIUMLJ	*International Islamic University Malaysia Law Journal*
IJIL	*Indian Journal of International Law*
ILA	*International Law Association*
ILA RC	*International Law Association Reports of Conference*
IL FORUM DI	*International Law* FORUM du droit international
ILJ	*Indian Law Journal*
ILM	*International Law Material*
ILR	*Israel Law Review*
ILS	*International Law Studies*

ILSA JICL	*International Law Students Association Journal of International and Comparative Law*
IO	*International Organizations*
IRRC	*International Review of the Red Cross*
IS	*International Security*
IYHR	*Israel Yearbook on Human Rights*
JCSL	*Journal of Conflict & Security Law*
JIHLS	*Journal of International Humanitarian Legal Studies*
JLPG	*Journal of Law, Policy and Globalization*
JSJ	*Justice System Journal*
JYIL	*Japanese Yearbook of International Law*
LJIL	*Leiden Journal of International Law*
LT	*Legal Theory*
MICT	*Mechanism for International Criminal Tribunals*
MJIL	*Michigan Journal of International Law*
ML&LWR	*Military Law and Law of War Review*
MPEPIL	*Max Planck Encyclopedia of International Law*
MPYUNL	*Max Planck Yearbook of United Nations Law*
MUP	*Manchester University Press*
NILR	*Netherlands International Law Review*
NJIL	*Nordic Journal of International Law*

NRGT	Nouveau recueil général de traités (de Martens)
NWCR	*Naval War College Review*
NYIL	*Netherlands Yearbook of International Law*
NYUJILP	*New York University Journal of International Law & Politics*
OHHIL	*Oxford Handbook on History of International Law*
OHILAC	*Oxford Handbook of International Law of Armed Conflicts*
OHJPL	*Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*
OJLS	*Oxford Journal of Legal Studies*
ONG	Organisation non gouvernementale
OSAIL	*Oxford Scholarly Authorities on International Law*
OUP	*Oxford University Press*
PA / PAI /PAII	Protocoles additionnels / Protocole additionnel I / II
PAI–II	Protocoles additionnels I et II
Penn Press	*University of Pennsylvania Press*
PUF	Presses universitaires de France
PUP	*Princeton University Press*
RBDI	Revue belge de droit international
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDISDP	Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques
RDPSCFÉ	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Retfærd årgang	*Nordic Journal of Law and Justice*

RGDIP	Revue générale de droit international public
RICR	Revue internationale de la Croix-Rouge
RIS	Revue internationale stratégique
RLJ	*Rutgers Legal Journal*
RLRQ	Recueil des lois et règlements du Québec
RPA	*Rhetoric and Public Affairs*
RQDI	Revue québécoise de droit international
RSQ	*Refugee Survey Quarterly*
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RTNU	Recueil des traités des Nations Unies
RTSN	Recueil des traités de la Société des Nations
SAJHR	*South African Journal on Human Rights*
SSRN	*Social Science Research Network Electronic Library*
STLR	*Suffolk Transnational Law Review*
TAULR	*Tel Aviv University Law Review*
TILJ	*Texas International Law Journal*
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
UBCP	*University of British-Colombia Press*
UCLR	*University of Chicago Law Review*
UCP	*University of California Press*

UPJIL	*University of Pennsylvania Journal of International Law*
VCLT	*Vienna Convention on the Law of Treaties*
VJTL	*Vanderbilt Journal of Transnational Law*
YBIHL	*Yearbook of International Humanitarian Law*
YILC	*Yearbook of International Law Commission*
YJLH	*Yale Journal of Law and Humanities*
ZaöRV	*Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law)*

« Like good coffee,
international law has to be brewed. »

– Crawford et Viles, « International Law on a Given Day », 1994, à la p 93.

Remerciements

Cette thèse conclut un processus cumulant plusieurs années de travail, pendant lesquelles j'ai pu compter sur l'appui de personnes et d'institutions envers lesquelles je suis infiniment redevable. J'espère être pardonnée de ne pouvoir toutes et tous les mentionner dans les lignes qui suivent. Je commence par exprimer ma profonde gratitude à mes deux directeurs de recherche, le professeur Marco Sassòli à l'Université de Genève, et la professeure Julia Grignon à l'Université Laval, qui ont accepté de diriger mes travaux et de m'accompagner sans répit dans ma réflexion et ma recherche. Je les remercie sincèrement pour leurs critiques constructives, leurs suggestions et conseils judicieux, leur rigueur, leur disponibilité, ainsi que les conseils éclairés et prodigués durant toutes les étapes de mon travail, pour leurs belles qualités humaines et leur soutien moral indéfectible.

Ensuite, pour leur rigueur et leurs commentaires judicieux, pour m'avoir lu avec attention, je remercie le professeur Robert Kolb de l'Université de Genève qui a agi comme second lecteur de mémoire préliminaire et comme prélecteur à la soutenance, ainsi que les professeures Fannie Lafontaine et Christine Vézina de l'Université Laval qui ont été évaluatrices lors de mon examen prospectif.

Je remercie Catherine Gribbin et Linus Mührel pour les riches discussions au sujet des conférences internationales du Mouvement de la Croix-Rouge et de l'influence des travaux du CICR sur le DIH. Je remercie aussi Stéphanie Dumont de Siniemédia pour son travail exceptionnel et minutieux de révision linguistique et de mise en page. Je remercie le Cercle étudiant de la Société québécoise de droit international (SQDI) qui m'a permis de présenter mes résultats de recherche préliminaires lors de son troisième colloque, en 2016. Je remercie aussi l'honorable Michèle Rivet qui, dans sa grande générosité, lors de nos échanges informels, avait discuté avec moi de l'utilisation du droit international comme une source d'interprétation persuasive devant le Tribunal des droits de la personne du Québec qu'elle a présidé de 1990 à 2010; son allocution lors de l'édition 2019 de la conférence Maximilien-Bibaud où elle fut nommée membre honoraire de la SQDI m'a rappelé la pertinence et l'opportunité de cette pratique judiciaire en droit interne, enrichissant ainsi mes recherches doctorales.

Mes sincères remerciements vont aux membres de l'équipe de DIH de la Croix-Rouge canadienne (Andrew Carswell, Geneviève Déry, Catherine Gribbin, Cindy Levasseur, Jonathan Somer, Michael Stephens, Marie-Laure Tapp et Melinda Wells), au groupe formé par les chercheurs et chercheuses des cycles supérieurs supervisés par la professeure Grignon à l'Université Laval, ainsi qu'aux collègues de la communauté de l'UQAM, à l'Institut d'études internationales de Montréal (IEIM), à l'Observatoire canadien sur les crises et l'action humanitaires (OCCAH) et à la faculté de science politique et de droit (François Audet, Valériane Thool, Christina Popescu et Pierrick Pugeaud) qui m'ont accueillie entre leurs murs et généreusement offert un espace de rédaction calme et stimulant dans la période pré-COVID. Avec mes co-directeurs, toutes ces personnes forment la communauté des pairs qui a alimenté mon désir de continuer à écrire et à participer à des projets intellectuels. Je remercie en outre tous les membres de la communauté Thèsez-vous avec qui j'ai complété des centaines de tomates virtuelles en fin de parcours : votre présence bienveillante jour après jour a grandement bénéficié à ma rédaction.

Je suis en outre des plus reconnaissante à la Clinique de droit international pénal et humanitaire de l'Université Laval (Erik Sullivan), à la faculté de droit de l'Université d'Ottawa ainsi qu'à la direction du DIPIA à l'Université Sherbrooke, spécialement la professeure Geneviève Dufour, de m'avoir donné la chance d'enseigner et d'encadrer des étudiants et étudiantes pendant mon parcours doctoral. Je tiens en outre à remercier le Conseil de recherches en sciences humaines (CRSH), le Fonds de recherche du Québec (FRQ) ainsi que le Bureau des bourses et de l'aide financière de l'Université Laval (BBAF) pour leur soutien financier dans l'élaboration de cette thèse. Je remercie aussi Véronique Bédard, conseillère à la gestion des études à la direction des programmes de 2e et 3e cycle à la faculté de droit de l'Université Laval, pour son soutien administratif particulièrement bienvenu face aux méandres d'une cotutelle combinée à un contexte de pandémie. Finalement, j'aimerais remercier la disponibilité, le professionnalisme et la fiabilité du personnel des bibliothèques de l'Université Laval qui m'a appuyée à travers le service aux usagers de clavardage, me permettant de vérifier en temps réel la disponibilité de publications en version électronique. Ce service d'une grande qualité et d'une constance irréprochable m'a été d'une aide précieuse dans mes recherches.

Merci au système public d'éducation et de la petite enfance du Québec de m'avoir permis de bénéficier de structures telles que les Centres de la petite enfance, l'enseignement public gratuit et le

service de garde en milieu scolaire pour me permettre de me réaliser pleinement comme citoyenne chercheuse et comme parent, en espérant que ces structures seront maintenues pour les générations futures et qu'elles ne seront pas fatalement érodées au profit d'une maximisation de la productivité du marché du travail.

Toute mon affection et ma reconnaissance va à mes amies et amis qui sauront se reconnaitre, que ce soit avec le Club de lecture, lors des soirées *ad hoc* à la maison ou en échanges épistolaires entre Montréal, Los Angeles et La Haye : merci pour votre amitié, votre présence et votre écoute tout au long de mon cheminement au doctorat. Je serai toujours redevable à Anne-Marie pour sa compagnie, son soutien indéfectible, sa disponibilité et sa présence dans chacun des moments importants de ma vie. Je suis en outre reconnaissante à mes parents, Renée et Pierre, pour l'amour qu'ils m'ont donné, pour le plaisir d'apprendre qu'ils ont nourri chez moi et pour m'avoir transmis l'importance des mots écrits, des mots dits, des mots échangés et des mots entendus. Je leur suis également profondément reconnaissante pour leur disponibilité et leur implication comme grands-parents. Sans eux, et sans mes beaux-parents André et Lesley que je remercie aussi sincèrement, il m'aurait été impossible de réaliser cette thèse.

Enfin, ces dernières lignes sont dédiées à la personne avec qui je partage toute ma vie : les années vécues avec Alexandre sont maintenant plus nombreuses que celles passées sans lui. L'intensité du soutien moral et intellectuel qu'il a témoigné tout au long de mes recherches doctorales n'a jamais faibli. Son aide et ses conseils m'ont été, à chaque fois, particulièrement précieux, voire indispensables. Aucun mot ne peut exprimer ma profonde reconnaissance envers lui, ainsi qu'à nos deux garçons, Thomas et Félix, pour leur amour indéfectible manifesté strictement chaque jour à mon égard. Ma gratitude envers eux est illimitée.

S.R. Montréal, 2021

Introduction

Les sources du droit international public comme sujet de recherche

Le sens à donner au terme « source » en droit international fait l'objet de discussions si nombreuses qu'il y a lieu de se questionner sur la pertinence d'y ajouter son grain de sel, sous la forme d'une énième nuance analytique, d'un énième positionnement spécifique parmi les multiples courants de pensée qui nomment, situent, critiquent, déconstruisent, montent en épingle et jettent aux orties lesdites sources. Au cœur de ce somptueux tumulte, on peut cependant viser l'apport d'une contribution véritablement utile, en évitant tout d'abord de poser une définition des sources qui est trop rigide, trop précise. En effet, une des forces du concept de source en droit international réside dans cette relative imprécision, tant et si bien que le rapport dynamique et les recoupements entretenus avec les notions afférentes de « cause », de « fondement » et de « preuve » du droit international — comme le mentionne une récente édition d'Oppenheim[1] — doivent inévitablement être acceptés, voire embrassés.

La notion de source d'une règle n'en est pas moins essentielle, celle-ci permettant d'identifier les règles de droit et de les distinguer des autres règles qui n'ont pas un caractère juridique contraignant. Le sujet de recherche de la présente thèse étant constitué par les sources des règles de la branche spécifique du droit international qui réglemente les conflits armés, soit le droit international humanitaire (DIH), l'appréhension retenue ici est de nature juridique, de façon à examiner le DIH sous l'angle du droit international public (DIP). L'objectif principal est de déterminer et d'analyser les caractéristiques spéciales du DIH en ce qui a trait aux sources des règles de DIP telles que consacrées à l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice*[2].

[1] Robert Jennings et Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, vol I Peace 9e éd., Oxford, OUP, 2008 à la p 23 [Jennings / Watts' Oppenheim (2008)].

[2] *Statut de la Cour internationale de Justice* (1945) à l'art 38, en ligne, Cour internationale de Justice : <https://www.icj-cij.org/fr/statut#Chapitre_III> [Statut de la CIJ].

L'hypothèse de départ des caractéristiques spéciales du droit international humanitaire sans affranchissement total du système général

L'hypothèse de départ est que les sources du DIH sont les mêmes que pour les autres branches du droit international public. Le DIH possède toutefois des caractéristiques spéciales dans la façon d'appliquer le régime général des sources, caractéristiques qu'il partage d'ailleurs avec d'autres branches du DIP qui visent la protection de la personne humaine. Ces caractéristiques sont de nature fonctionnelle et non autonomisante, ce qui n'empêche pas qu'elles amplifient les problèmes inhérents et insuffisances conceptuelles de l'approche traditionnelle des sources.

Corollairement, les développements du DIH non écrit dans le sens d'un accroissement de la protection humaine ont pour effet de modifier, sans nécessairement affaiblir, l'application du régime général des sources. Ces développements prennent leur source dans le droit international coutumier et les principes généraux de droit reconnus ; ils sont aussi nourris par les moyens auxiliaires de détermination du droit que nous classons parmi les sources subsidiaires persuasives. En effet, les décisions judiciaires d'instances internationales ainsi que certains travaux de groupes d'experts sont sollicités de façon plus extensive en DIH, de façon à combler ponctuellement les lacunes de l'approche traditionnelle des sources qui font obstacle à la protection de la personne humaine.

Cette hypothèse ne constitue ni un désaveu ni un rejet en bloc la théorie traditionnelle des sources de DIP, contrairement à d'autres hypothèses posant la désuétude et l'obsolescence de cette théorie. Le DIH étant une branche du DIP, les démonstrations à l'aide des caractéristiques spéciales servent en partie à exemplifier une évolution de la théorie des sources de droit international ; le DIH est un vecteur qui permet d'étayer cette démonstration. Il n'est en effet pas question ici d'une autonomisation du DIH ni d'un affranchissement complet de cette branche par rapport au DIP. La fragmentation en DIP a déjà fait objet de nombreuses publications et travaux[3], comptant parmi eux

[3] Voir généralement : Ian Brownlie, « Problems Concerning the Unity of International Law » dans Roberto Ago, dir, *Le Droit international à l'heure de sa codification : Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, 153–162 à la p 156 ; Jost Delbruck, « A More Effective International Law or a New 'World Law?': Some Aspects of the Changing Development of International Law in a Changing International System » (1993) 68 ILJ 705 ; Gerhard Hafner, « Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law » (2004) 25 MJIL 849. Pour une réflexion sur le sujet du DIH comme un régime spécial et la proposition d'une théorie des sources fondée sur la pratique sociale autonomisante combinée à l'approche dynamique, voir Jean D'Aspremont, « An Autonomous Regime of Identification

les travaux de la Commission de droit international sur la fragmentation du DIP, d'abord sous la direction de Simma puis de Koskenniemi[4]. En outre, la question de la fragmentation du DIP par rapport au droit international pénal a elle aussi fait couler beaucoup d'encre[5]. Si une certaine déformation, voire une déviation des sources primaires par le DIH est constatée, cela ne fonde pas pour autant un constat d'affranchissement absolu du DIH par rapport au régime traditionnel des sources en DIP.

Les objectifs de recherche

Les objectifs de recherche de cette thèse visent à :

1) Démontrer que le DIH, en tant que branche du DIP, possède des caractéristiques spéciales affectant le développement et l'application de ses règles, sans que cela consacre le DIH en tant que système ou régime complètement affranchi de l'approche traditionnelle des sources consignée dans l'article 38 ;

2) Décrire, à l'aide de caractéristiques spéciales du DIH, comment la communauté internationale applique et utilise les sources non écrites du DIP :

---

of Customary International Humanitarian Law: Do Not Say What You Do or Do Not Do What You Say? » (2013), en ligne, SSRN : <https://ssrn.com/abstract=2230345> aux pp 10 et suiv. [D'Aspremont (SSRN 2013)] version préliminaire de la contribution de l'auteur à : Jean D'Aspremont « La théorie des sources » dans Raphaël van Steenberghe, dir, *Droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp 73–101 [D'Aspremont (2013)].

[4] ONU, AG (CDI, Bruno Simma), *Rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international*, Doc off CDI NU, 55e sess, Doc NU A/CN.4/L.628 (2002) ; ONU, AG (CDI, Martii Koskenniemi), *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : Rapport du groupe d'étude*, Doc. Off. CDI NU, 58e sess, Doc NU A/CN.4/L.682 (2006) [CDI (Koskenniemi), Fragmentation (2006)]. Voir aussi l'étude de faisabilité : ONU, AG (CDI, Gerhard Hafner), *Les risques que pose la fragmentation du droit international*, Doc off AG NU, 55e sess, Doc NU A/55/10 (2000).

[5] Voir p. ex. Jan Klabbers, « International Criminal Law » dans Andreas Zimmermann, dir, *International Law*, Cambridge, CUP, 2013, 219–233 ; Georges Abi-Saab, « Fragmentation or Unification : Some Concluding Remarks » (1999) 31 NYULILP 919-933 aux pp 923–924 ; Hélène Ruiz Fabri, « Commentaire sur le rapport de Lorenzo Gradoni » dans Mireille Delmas-Marty, dir, *Les sources du droit pénal international : l'expérience des tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale*, Paris, Société de la législation comparée, 2005, pp 385 et suiv ; Birgit Schlütter, *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Leiden, Brill / Nijhoff, 2010 aux pp 116–117 [Schlütter (2010)].

en illustrant comment une application différenciée de l'approche des deux éléments constitutifs atténue les difficultés d'application de la méthodologie du droit international coutumier (DIC) au DIH ;

en démontrant comment le principe d'humanité (qui se retrouve, entre autres, dans la clause de Martens) joue un rôle important en DIH en tant que principe général de droit reconnu tel que défini à l'article 38.

3) Démontrer la valeur persuasive:

des décisions des tribunaux internationaux, plus précisément celles de la Cour de justice internationale (CIJ) et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), ainsi que ;

des publications du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) que sont l'Étude sur le droit international humanitaire coutumier et les Commentaires aux Conventions de Genève de 1949 et aux Protocoles additionnels de 1977 ;

en expliquant l'importance de ces contributions au développement du DIH.

Les intérêts théoriques et pratiques et la pertinence d'une recherche sur les caractéristiques spéciales du DIH en matière de sources

La position à adopter ici pourrait être celle qui apparait *prima facie* de l'examen du droit positif (c.-à-d. l'article 38) : que les sources principales des règles formant le DIP (incluant le DIH, mais aussi le droit des droits de la personne, le droit de la mer, le droit de l'espace, le droit de l'environnement, etc.) sont les traités et la coutume internationale, tandis que les décisions judiciaires et la doctrine sont des « moyens auxiliaires de détermination du droit » qui ne peuvent à eux seuls créer du droit. Cette position fondée sur un schéma clair du droit international public aurait l'avantage d'être rassurante et sans équivoque. Les contours du système sont ainsi définis de façon nette et précise, en indiquant clairement où le droit international existe et où il n'existe pas. Cette position est analogue à celle adoptée en sciences pures : l'astronomie nous indique que le système planétaire dans lequel nous évoluons est le système solaire et pas, par exemple, le système Alpha Centauri.

Sans être inexacte, cette position serait toutefois incomplète et aurait le défaut fatal de ne présenter qu'un intérêt théorique et pratique minimal, n'étant pas ancrée dans la réalité. L'application de l'article 38 tel un calque, est en effet un exercice pratiquement inutile. Comme l'a affirmé Jessup, le travail substantiel du juriste internationaliste n'est pas tant de prouver que le DIP a une tradition, mais plutôt qu'il a un avenir[6]. Or, cet avenir semble se trouver en partie ailleurs que dans une application orthodoxe des sources primaires telles que contenues à l'article 38, sans toutefois consacrer l'affranchissement complet du régime inhérent à ces sources.

C'est en outre un sujet important et difficile. De façon générale, cette thèse contribue au corpus d'ouvrages juridiques sur les sources du droit international, la doctrine sur la théorie des sources appliquée au DIH étant relativement peu abondante. De plus, cette thèse offre, tant aux chercheurs qu'aux décideurs politiques et aux intervenants humanitaires, une analyse détaillée des sources de DIH, de façon à permettre une identification réaliste des règles contemporaines régissant les conflits armés. L'évolution de la pratique des États, des décisions des tribunaux internationaux, des travaux d'organisations internationales et des manuels de groupes d'experts ainsi que des idées doctrinales dans le domaine des sources du droit international public appliquée aux DIH rend partiellement dépassée l'analyse faite jusqu'à maintenant et justifie un nouvel examen du sujet. En effet, en allant au-delà d'une application orthodoxe du cadre juridique des sources, sans toutefois la renier, la porte reste ouverte à une analyse contextualisée des différentes actions qui influencent la création, la détermination, l'interprétation et le développement du DIH. Par exemple, l'Étude sur le droit international humanitaire coutumier réalisée par le Comité international de la Croix-Rouge (l'Étude sur le DIHC)[7], les Commentaires du CICR aux *Conventions de Genève* de 1949 et à leurs *Protocoles additionnels* de 1977[8], ainsi que plusieurs travaux de la CDI et certains manuels militaires constituent

---

[6] Philip C. Jessup, « The Use of International Law », Thomas M. Cooley Lectures, 8e sér, présentées à Ann Harbour, University of Michigan Law School, le 27 février 1958, New York, Da Capo, 1971 à la p 3.

[7] Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol 1 : Règles, Bruxelles / Genève, Bruylant / CICR, 2006, en ligne : CICR <https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_pcustom.pdf> ; vol 2 : Practice, Oxford / Genève, CUP / CICR, 2005 [disponible en anglais seulement] ; voir aussi le « Customary IHL Database » en ligne: <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home> [Étude sur le DIHC (2005)].

[8] Tous les Commentaires aux *Conventions de Genève* et aux *Protocoles additionnels* sont disponibles en ligne : CICR <https://ihl-databases.icrc.org/dih>. Plus précisément, Jean Pictet, dir, *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* : *commentaire*, Genève, CICR, 1952 ; Jean Pictet, dir, *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre* : *commentaire* Genève, CICR, 1956 ; Jean Pictet, dir, *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre* : *commentaire*, Genève, CICR, 1958 ; Jean Pictet, dir, *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés dans les forces armées sur mer* : *commentaire*, Genève, CICR, 1959

des éléments centraux aux démonstrations faites dans cette thèse : il est utile aujourd'hui d'analyser quelle place occupent ces documents par rapport aux sources du DIH, puisque force est de constater qu'ils exercent une influence importante sur l'évolution de ce droit.

Les diverses conceptions possibles des sources du DIH : la question générale de la difficulté d'identification des règles du DIH dans une logique de continuum normatif

Il y a une forte tendance parmi les États à considérer l'article 38 comme étant la définition des sources formelles du droit international[9]. En même temps, nous sommes témoins d'un changement dans le processus d'identification des règles du DIP : plutôt que d'utiliser les sources formelles pour distinguer rigoureusement le droit du non-droit[10], le droit international est de plus en plus conçu comme un continuum normatif fluctuant de ce qui est plus ou moins du droit[11]. Une des conséquences de ce déplacement est de rendre plus difficile une identification claire des règles.

Cette difficulté se manifeste particulièrement en DIH. En effet, on peut identifier deux grandes phases de développement de cette branche du droit international public. La première phase est celle

---

[Commentaires Pictet] ; Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann, *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, 1986 [Commentaires PAI–II (1986)]; *Commentary on the First Geneva Convention on the Protection of the Wounded and Sick of Armed Forces in the Field* (2016) et (2018), en ligne : <https://ihl-databases.icrc.org/dih/full/CGI-commentaire> [Commentaires CGI (2016 en anglais / 2018 en français)] ; *Commentary on the Second Geneva Convention: Convention (II) for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea* (2017), en ligne : <https://ihl-databases.icrc.org/dih/full/CGII-commentaire> [Commentaire GCII (2017)] ; C*ommentary on the Third Geneva Convention: Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War* (2020), en ligne : <https://ihl-databases.icrc.org/dih/full/CGIII-commentaire> [Commentaire GCIII (2020)]. Pour le Commentaire du Protocole additionnel III, voir Jean-François Quéguiner, « Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III) » (2006) 88:865 RICR 313. (Pour les références officielles aux textes des *Conventions de Genève* et des *Protocoles additionnels*, voir respectivement *infra* notes 12 et 13).

[9] Voir *infra* Introduction pour des précisions terminologiques entre sources formelles et sources matérielles.

[10] Jean d'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, OUP, 2011 à la p 1 [D'Aspremont (2011)] : « *International legal scholars are becoming much less sensitive to the necessity of rigorously distinguishing law from non-law.* » Voir aussi Jörg Kammerhofer, « Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems » (2004) 15:3 EJIL 523 aux pp 552–553 [Kammerhofer (2004)].

[11] Martii Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, CUP, 2006 à la p 393 [notre traduction] [Koskenniemi (2006)]. Voir D'Aspremont (2011), *ibid*, pour une liste d'auteurs supportant cette idée du droit comme un continuum normatif . Voir aussi l'approche du « *legal normativity on a sliding scale* » adoptée par Catherine Brölmann et Yannick Radi, dir, *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Cheltenham, Elgar, 2016 à la p 2 [Research Handbook (2016)] (en application de l'approche de Christine M. Chinkin, « The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law » (1989) 38 ICLQ 850.)

marquée par une large codification principalement à travers les *Conventions de Genève de 1949*[12] et leurs *Protocoles additionnels de 1977*[13]. La seconde phase, contemporaine, est celle du développement au-delà de la stricte lettre des traités[14]. En effet, la médiatisation accrue des conflits armés et la création de tribunaux internationaux ayant débuté dans la deuxième moitié du XXe siècle ont donné lieu, d'une part, à une réappropriation du DIH via la prolifération des écrits scientifiques en DIH (ce que Chetail appelle « la littérature pléthorique sur le droit des conflits armés »[15]) et, d'autre part, à une influence grandissante des décisions judiciaires sur les règles de DIH. De plus, l'accélération sans précédent qu'a connu le droit international coutumier dans le domaine des conflits armés non internationaux au cours des trente dernières années, principalement via l'Étude sur le DIHC ainsi qu'à travers les décisions de tribunaux internationaux, et l'amplification des obligations conventionnelles des États parties aux *Conventions de Genève* lorsqu'existe une pratique virtuellement unanime parmi les organismes internationaux pertinents[16], sont autant de propositions qui constituent des contributions fondamentales au développement du DIH dans le sens de la poussée et la volonté continue de perfectionner le contenu et d'élargir la portée de la protection

---

[12] Nommément, la *Convention pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les années en campagne* (1949), 75 RTNU (1950) no 970, aux pp 32–81 [CGI] ; la *Convention pour l'amélioration du sort des blessés, malades et naufragés des forces armées sur mer* (1949) 75 RTNU (1950) no 971 aux pp 86–133 [CGII] ; la *Convention relative au traitement des prisonniers de guerre* (1949) 75 RTNU (1950) no 972 aux pp 136–285 [CGIII] ; la *Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre* (1949) 75 RTNU (1950) no 973 aux pp 288–418 [CGIV]. Les textes de ces conventions sont disponibles en ligne : CICR <www.cicr.org/dih>.

[13] Nommément, le *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux* (1977), 1125 RTNU (1979) no 17512 aux pp 272–329 [PAI], et le *Protocole additionnel visant la protection des victimes des conflits armés non internationaux* (1977), 1125 RTNU (1979) no 17513 aux pp 650–657 [PAII] ; *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel* (2005), 2404 RTNU (2007) no 43425 aux pp 284–291 [PAIII].

[14] Voir de façon générale Theodor Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, sér. The Hague Academy of International Law Monographs, vol 3, Leiden / Boston, Nijhoff, 2006 aux pp 3 et suiv [Meron (2006)] ; Vincent Chetail, « Droit international général et droit international humanitaire : retour aux sources » dans Vincent Chetail, dir, *Permanence et mutation du droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2013 aux pp 13–51 [Chetail (2013)] ; Michael M. Schmitt et Sean Watts, « State Opinio Juris and Pluralism » (2015) 91 ILS 171 [Schmitt / Watts (2015)].

[15] Voir Chetail (2013) *ibid* aux pp 14–15 : « Cette réappropriation de la doctrine est telle qu'il est devenu aujourd'hui extrêmement difficile de recenser de manière exhaustive la multitude d'ouvrages spécialisés parue en langue anglaise et française. Ce développement quantitatif s'est doublé d'une tendance accrue à la spécialisation et au repli disciplinaire. » Comparer avec : Marco Sassòli, *International Humanitarian Law Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, coll. Principles of international Law, Cheltenham, Elgar, 2019 à la p 65 à la section 4.80 [Sassòli (2019)]: « *The increasing number of publications on every imaginable IHL problem, the race in the academic world towards a quantitative evaluation of research output useful for a career and the need to raise funds for research by imagining innovative projects that claim a 'paradigm shift' is needed all reinforce this tendency [to 'deconstruct' everything written previously, leading to the impression that a reference may be found in favour of any position].* ».

[16] Yaël Ronen, « International Humanitarian Law » dans Jean D'Aspremont et Jörg Kammerhofer, dir, *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge, CUP, 2013, 475–497 à la p 480 [notre traduction] [Ronen (2013)]. Voir aussi Bruno Simma et Philip Alston, « The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles » (1988) 12 AYIL 82 aux pp 100–102 [Simma / Alston (1988)].

humanitaire[17] et d'augmenter de façon non régressive le niveau de protection[18]. S'ajoute à cela le constat qu'il est rendu très difficile d'adopter de nouveaux traités. À l'exception du PAIII (2005) et de quelques conventions relatives au contrôle de certains types d'armes[19], il n'y a en effet pas eu, au XXIe siècle, d'efforts concertés significatifs qui se sont traduits par l'adoption de nouveaux traités en DIH, de façon telle qu'un quasi-consensus a émergé dans les dernières années indiquant qu'il est maintenant de plus en plus difficile de conclure de nouvelles conventions générales à l'instar des CGI-IV (1949) et des PAI-II (1977)[20].

Lorsque sont placés ces constats relatifs au DIH face à la question des sources du DIP, deux grandes tendances actuelles se dégagent[21] : la première, qui s'inscrit dans l'approche fragmentée du

---

[17] Georges Abi-Saab, « The Specificities of Humanitarian Law » dans Christophe Swinarski, dir, *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean-Pictet,* Genève, CICR, 1984, 265–280 à la p 273 [notre traduction] [Abi-Saab (1984)].

[18] Nommément l'effet de cliquet ou « *ratchet effect* » / « *non-rolling back effect* » en anglais : *ibid* à la p 276. Voir aussi section 5.1.4 *in fine.*

[19] P. ex. le *Protocole relatif aux restes explosifs de guerre à 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 ou comme frappant sans discrimination* (2003), 2399 RTNU (2006) no 22495 aux pp 136–146 [CAC PV (2003)] ; la *Convention sur les armes à sous-munitions* (2008), 2688 RTNU (2010) no 47713 aux pp 115–141 (93 États parties et 25 signataires) [Convention sous-munitions (2008)] ; le *Traité sur le commerce des armes* (2013), 3013 RTNU no 52373 aux pp 61–76 (72 États parties et 59 signataires) [Traité sur le commerce d'armes (2013)] ; le *Traité pour l'interdiction de l'arme nucléaire* (2017) (no d'enregistrement et RTNU pas encore établis pour ce traité) (52 États parties et 86 signataires). On note aussi l'adoption d'instruments réglementant certains aspects des conflits armés, mais pas uniquement, p. ex. le *Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés* (2000), 2173 RTNU (2004) no 27531 aux p 242–247 [Protocole enfants CA (2000)], et la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* (2006), 2716 RTNU (2010) no 48088 aux pp 75–89.

[20] Voir Yahli Shereshevsky, « Back in the Game: International Humanitarian Lawmaking by States » (2019) 37 BJIL 1–63 aux pp 9–10 à la n 29 [Shereshevsky (2019)], citant entre autres : W. H. Boothby, *Conflict Law,* Heidelberg, Springer, 2014 à la p 72 et Emily Crawford, « From Inter-state and Symmetric to Intrastate and Asymmetric: Changing methods of Warfare and the Law of Armed Conflict in the 100 Years Since World War One » (2014) 17 YBIHL 95, 112. Voir aussi Sassòli (2019), *supra* note 15 aux paras 4.29 et suiv ; Knut Dörmann « The Role of Nonstate Entities in Developing and Promoting International Humanitarian Law » (2018) 51:3 VJTL 713–726 à la p 714 [Dörmann (2018)]; Kenneth Watkin « 21st Century Conflict and IHL Status Quo or Change? » dans Michael Schmitt et Jelena Pejic, dir, *International Law and Armed Conflict: Exploring the Fault Lines*, Leiden, Brill / Nijhoff, 2007, 265–296 et Martin A. Rogoff, « The Obligation to Negotiate in International Law: Rules and Realities » 16 MJIL (1994-1995) 147. Au sujet d'un désengagement général des États à convoquer des conférences diplomatiques : Christian Tomuschat, « The International Law Commission: An Outdated Institution? » (2007) 49 GYIL 77–105 à la p 91. Au sujet de l'impasse et de la stagnation généralisées dans l'élaboration des traités de droit international, s'appuyant sur un projet de recherche de deux ans auquel ont participé plus de 40 chercheurs et impliquant 30 études de cas, voir Joost Pauwelyn, Ramses A. Wessel et Jan Wouters, « When structures become shackles: Stagnation and dynamics in international lawmaking » 25:3 EJIL (2014) 733–763 aux pp 734–738.

[21] Chetail (2013), *supra* note 14 à la p 15.

droit international, explore le potentiel du DIH en tant que régime spécial ou autonome[22] ; la seconde, dans laquelle nous inscrivons nos recherches, actualise les caractéristiques spéciales du DIH par rapport au DIP[23].

La méthodologie et le cadre théorique d'analyse

Le cadre théorique de la thèse est celui du positivisme juridique. Au-delà du fait qu'aucune autre théorie ne décrit aussi bien la distinction entre droit et moralité, connaissance juridique et sagesse morale[24], le fait de situer nos recherches à l'intérieur de ce cadre permet d'examiner — et de relativiser — le volontarisme étatique en tant que fondement de la validité du droit. Nous partons en effet de la prémisse que toute règle édictée selon les formes prévues à l'article 38 est du droit valide. Cependant, nous élargissons le spectre de ce cadre théorique positiviste en remettant en question le fait qu'uniquement les règles ainsi édictées sont du droit valide. Autrement dit, nous relativisons le volontarisme étatique, sans le jeter complètement aux orties ; si nous reconnaissons la puissance de l'État qui agit comme législateur en droit international public, nous ne prétendons pas à son omnipotence.

Le positivisme juridique tel que conçu ici s'inscrit dans une théorie démocratique des sources défendue, par exemple, par Besson[25] : cette théorie qui n'est pas enchaînée au consensualisme permet de concevoir le DIH comme étant constitué des règles auxquelles les États consentent, mais pas uniquement ; ces règles peuvent aussi émaner, sous certaines conditions et dans un contexte donné, d'un processus inclusif au sein duquel se retrouvent les groupes armés, les individus et les organisations internationales et humanitaires affectés par les règles. En outre, le cadre théorique

---

[22] Voir de façon générale Van Steenberghe (2013), *supra* note 3.

[23] Dans le même sens : H.H.G. Post, « Some Curiosities in the Sources of the Law or Armed Conflict Conceived in a General International Legal Perspective » dans L.A.N.M. Barnhoorn et K.C. Wellens, dir, *Diversity in Secondary Rules and the Unity of international Law*, La Haye, Nijhoff, 1994, 84–117 [Post (1994)] et Abi-Saab (1984), *supra* note 17. Nous considérons que c'est par exemple au sein de cette tendance que s'inscrit l'ajout d'une nouvelle catégorie de sources qualifiée de « droit souple hybride » tel que proposé par Sassòli (2019), *supra* note 15 aux sections 4.02 et 4.5 : « *The sources of IHL are the same as those of other branches of international law, although some phenomena are more important in IHL. Those phenomena can be forced into the traditional categories or into a new category of hybrid soft law.* ».

[24] Brian Leiter, « Legal Positivism About the Artifact Law: A Retrospective Assessment » dans Luka Burazin, Kenneth Einar Himma et Corrado Roversi, dir, *Law as Artifact*, Oxford, OUP, 2018, 3–28 à la p 17, en ligne, SSRN : <https://ssrn.com/abstract=2870877> [notre traduction] [Leiter (2018)].

[25] Samantha Besson, « Theorizing the Sources of International Law », dans Samantha Besson et John Tasioulas, dir, *The Philosophy of International Law*, Oxford, OUP, 2010, 163–185 aux pp 166 et suiv [Besson (2010)].

relève du positivisme inclusif mis de l'avant par Arajärvi[26] et en partie de l' incorporationnisme de Coleman[27]. L'aspect inclusif permet l'intégration des considérations morales dans la méthode de formation et d'identification des règles de droit ; ces considérations ne peuvent créer à elles seules des règles de droit, mais elles peuvent confirmer ou appuyer l'existence d'une règle. Cette appréhension positiviste inclusive des sources primaires et subsidiaires fait l'objet d'un développement dans le chapitre préliminaire[28]. Soulignons simplement, pour les besoins du présent chapitre introductif, que le positivisme inclusif accorde une attention particulière à la qualité pluraliste de l'ordre juridique international, à la fois dans son itération verticale en l'absence de hiérarchisation de ses sources primaires (*vertical pluralism*), que dans son itération horizontale en raison d'une fragmentation relative entre les différents régimes et branches juridiques qui interagissent (ou non) au sein de cet ordre (*horizontal pluralism*)[29]. Au surplus, le fait que la théorie démocratique des sources permette, d'une part, la prise en compte des considérations morales pouvant nourrir l'approche positiviste et, d'autre part, l'interaction et l'interinfluence entre l'approche naturaliste et la conception volontariste[30], s'inscrit logiquement dans notre appréhension positiviste inclusive des sources des règles du DIH.

La solution actuelle et la structure de la thèse

La solution actuelle s'incarne dans l'idée générale qui commande la thèse, c'est-à-dire que les caractéristiques spéciales que possède le DIH, dont certaines visant la protection de la personne humaine sont partagées avec d'autres branches du DIP, n'affaiblissent pas fatalement le régime général des sources du droit international. Ces faiblesses constituent en effet plus une condition préexistante généralisée qu'une conséquence de la spécialisation de certaines branches du droit

---

[26] De façon générale, Noora Arajärvi, « Is There a Need for a New Sources Theory in International Law? A Proposal for an Inclusive Positivist Model » (2012) 106 ASILP 370 [Arajärvi (2012)] ; Noora Arajärvi, *The Changing Nature of Customary International Law : Methods of Interpreting the Concept of Custom in international Criminal Tribunals* (2014) New York, Routledge, 2014, chap 5 aux pp 143 et suiv, et plus spécifiquement à la p 165 [Arajärvi (2014)]. Voir aussi Frederick Schauer, « Law Boundaries » (2017) 130:9 HLR 2434–2464, en ligne, SSRN : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2871723> aux pp 30–31 [Schauer (SSRN 2017)].

[27] Voir de façon générale Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, OUP, 2003 [Coleman (2003)].

[28] *Infra* section 1.6.4.

[29] Besson (2010), *supra* note 25 à la p 164.

[30] *Ibid* à la p 166.

public. Il est à noter qu'à l'instar d'autres auteurs qui se sont attaqués au même sujet[31], les controverses relatives au contenu des règles de DIH ne sont pas résolues ici, même si un effort marqué est déployé pour que ces règles soient utilisées à titre d'illustrations ou d'exemples.

La thèse elle-même se divise en deux parties.La première est consacrée aux sources primaires et la seconde aux moyens auxiliaires de détermination du droit que nous qualifions de sources matérielles subsidiaires persuasives. Puisque notre recherche porte principalement sur la relation entre le droit international public et le DIH, le chapitre 1, intitulé « Quelques considérations préliminaires », propose d'une part un examen du DIH en tant qu'une branche du droit international public (section I) et d'autre part un survol des différentes approches théoriques des sources en droit international public pour mener à la présentation de la théorie retenue en l'espèce, soit la théorie traditionnelle des sources remaniée et éclairée (section II).

Cette première partie débute avec le chapitre sur le droit international humanitaire conventionnel (chapitre 2). Ce chapitre aborde l'importance du traité en DIH (2.1), les caractéristiques spéciales du DIH qui sont déjà accommodées par le régime général du droit des traités (2.2), et la particularité de l'approche humanitaire lors de l'interprétation du DIH conventionnel (2.3).

Le troisième chapitre est consacré au droit international humanitaire coutumier. Les premières sous-sections consistent en une analyse des fondements de la théorie traditionnelle du droit international coutumier (3.1 et 3.2). La troisième sous-section s'attarde aux contributions de certaines institutions non étatiques *in abstracto* à la méthode de détermination du droit international coutumier (3.3) : il s'agit du Projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier de la Commission de droit international des Nations Unies (CDI) où l'on trouve une confirmation générale de l'approche traditionnelle (3.3.1), de l'Étude sur le DIHC du CICR qui constitue une confirmation *in abstracto* de l'approche traditionnelle appliquée au DIH (3.3.2), et d'un corpus de décisions rendues par la Cour Internationale de Justice dessinant des ouvertures vers une modernisation de la théorie traditionnelle

[31] Voir p. ex. Post (1994), *supra* note 23 à la p 85 : « [*T*]*here are no pretensions to solve controversies regarding the content or validity of certain rules, nor regarding the question whether a particular rule is binding or not. The following pages focus rather on the state of the law, on the relationship between what is probably the most traditional jus specialis and the general law. As a result, the arguments tend to draw relatively frequently on views and analyses exposed in academic studies, as compared to depending on research into State practice and opinio juris*. ».

(3.3.3). La quatrième sous-section (3.4) explore les possibilités d'une application différenciée de l'approche traditionnelle pour atténuer (plutôt qu'exacerber) les difficultés d'application de la méthodologie du DIC au DIH.

Le quatrième chapitre clôture la première partie en abordant les caractéristiques spéciales du DIH dans l'application des principes généraux (PG) de droit reconnus par les nations. Après une mise en contexte de la clause de Martens comme une source matérielle spécifique au DIH (4.1), deux sections sont consacrées respectivement aux modes généraux d'identification et au contenu des PG de droit reconnus (4.2) et à la filiation générale des PG aux règles de droit privé (4.3). Suit l'analyse du rapport entre PG de droit reconnus et principes du droit international (4.4), qui inclut un examen comparatif des principes de DIH (4.4.2) et de l'humanité comme PG de droit reconnu (4.4.3). Ce chapitre se termine avec une exploration des « principes établis du droit international des conflits armés » en tant que source sous le *Statut de Rome* (4.5).

La seconde partie de la thèse est consacrée aux moyens auxiliaires de détermination du droit comme sources matérielles subsidiaires persuasives (partie II). Alors que le cinquième chapitre met la table pour l'exploration des sources subsidiaires persuasives au-delà des moyens auxiliaires énumérés à l'article 38, incluant les documents juridiques non contraignants impliquant les États (5.2), le sixième chapitre examine quant à lui l'encadrement d'une fonction normative appropriée pour les instances judiciaires internationales. Il y est question de contribution progressive au développement du droit par l'interprétation du droit conventionnel et la détermination du DIC (6.1) avec un accent sur les décisions de la Cour internationale de Justice (6.1.2), de contribution au développement du droit via l'utilisation persuasive du précédent même en l'absence de *stare decisis* (6.2), et du développement du droit et l'activisme judiciaire encadrés par la relative déférence de la communauté internationale aux sources du droit international (6.3), incluant un examen des décisions du TPIY marquées par un activisme judiciaire prononcé qui s'inscrit en marge des tendances générales (6.3.3).

Le dernier chapitre de la thèse est consacré à l'actualisation du concept de doctrine à la lumière des particularités du droit international humanitaire en matière de sources (chapitre 7). Ce chapitre démontre tout d'abord l'affaiblissement de la valeur persuasive de la doctrine ordinaire (7.1), pour

ensuite aborder le potentiel persuasif des manuels internationaux de DIH émanant de groupes d'experts (7.2). L'accent est ensuite porté sur le CICR (7.3) : une section est consacrée à l'examen de l'Étude sur le DIHC en tant qu'ouvrage de doctrine finalisée néanmoins incontournable qui consigne ce que le CICR considère comme étant les règles de DIC et auquel une valeur juridique accrue peut tout de même être accordée (7.4), tandis que la dernière section est consacrée à la contribution des Commentaires du CICR au développement du DIH en tant qu'acte interprétatif au service du développement du droit (7.5). Pour mener à bien cette recherche, une définition préalable de plusieurs concepts est nécessaire. La prochaine section exposera donc quelques précisions terminologiques.

Quelques précisions terminologiques

Le chapitre 1 permet d'apporter des éléments contextuels sur le DIH et sur la théorie des sources en DIP. Par exemple, la deuxième section de ce chapitre permet d'étoffer notre position selon laquelle l'article 38 a un statut particulier qui va au-delà de la CIJ, en ce qu'il énonce les sources formelles du droit international. Nous considérons toutefois qu'il est utile d'apporter dès maintenant des précisions terminologiques. Dans ce contexte, il est important de clarifier ce que nous entendons quand nous affirmons que le DIP est un système formé par un ensemble de règles se rapportant à la communauté internationale ; quand nous qualifions le DIH de branche du droit international public formée d'un ensemble de règles ; et quand nous qualifions les sources du droit international mentionnées à l'article 38 comme étant des règles secondaires de reconnaissance prescriptives. Globalement, il est en outre nécessaire de camper notre objet de recherche comme s'inscrivant primordialement dans le domaine des sources et non des sujets du droit international.

Au sujet de la (con)fusion entre théorie des sources et théorie des sujets

La section sur l'appréhension positiviste inclusive des sources du droit international contenue dans le chapitre 1 démontre comment il est concevable que les acteurs non étatiques contribuent, via leurs travaux et leurs prononcés, au développement du droit international. Les contributions de certaines institutions non étatiques telles que la CDI, le CICR et la CIJ font aussi l'objet de développements substantifs dans le chapitre consacré au droit coutumier[32], tout comme l'analyse de la prise en

[32] *Infra* section 3.3.

considération de la pratique des groupes armés non étatiques dans la détermination du DIHC[33]. Aussi, les moyens auxiliaires de détermination du droit amènent sur le terrain des contributions non étatiques, les instances judiciaires internationales[34] et les publicistes étant expressément nommés à l'article 38. Dans le cadre de l'analyse de l'hypothèse de l'affranchissement partiel du volontarisme étatique exclusif, la question du rôle des acteurs non étatiques dans le processus de création du DIP en général et du DIH en particulier est en effet importante, surtout selon une conception positiviste inclusive. Cela étant dit, notre analyse se limite à identifier de quelles façons les actions de ces acteurs influencent et interfèrent dans le processus de création, de détermination et de développement du DIH, sans approfondir l'angle de la théorie des sujets[35].

Au sujet du droit international public comme un système juridique se rapportant à la communauté internationale

« le DIP comme un **système** juridique »

De façon générale, une des caractéristiques d'un système est de posséder une logique qui lui est inhérente et qui s'applique à tous les éléments qu'il contient. Or, le droit international n'est pas une accumulation aléatoire de règles ; ces dernières entretiennent entre elles des relations significatives[36]. De plus, l'existence de contours délimitant où commence le système que forme le DIP et où il cesse d'exister est aussi essentielle. C'est là qu'entre en ligne de compte le régime des

---

[33] *Ibid* section 3.4.3.

[34] Dans cette perspective, il est entendu que sont mises de côté les décisions judiciaires émanant des tribunaux nationaux qui restent tout de même visées par l'alinéa 2 d) de l'art 38 : James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8e éd, Oxford, OUP, 2012 à la p 41 [Crawford's Brownlie (2012)].

[35] Voir le traitement des effets des spécificités du DIH selon trois types de rapports, soit DIH / théorie générale des sujets, DIH / théorie générale des sources, et DIH / responsabilité internationale, dans Van Steenberghe (2013), *supra* note 3 (aux pp 11–13 pour une synthèse). Pour une analyse se concentrant sur les acteurs, les systèmes et les processus contribuant au développement du droit international, voir Alan Boyle et Christine Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford, OUP, 2017 [Boyle / Chinkin (2017)]. Pour une analyse des acteurs non étatiques comme des « catalyseurs interprétatifs externes » du droit international qui interviennent une fois que l'influence de ces dernières est reconnue par les États, voir aussi Rebecca Ingber, « Interpretation Catalysts and Executive Branch Legal Decision-making » (2013) 38 YJIL 359 ; et spécifiquement en DIH, Shereshevsky (2019), *supra* note 20 à la p 42.

[36] Voir ONU, AG, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Doc off AG NU, 58e sess, Doc NU A/61/10 (2006) 233–438 au para 251, reproduit dans Annuaire CDI 2006, vol 2, partie 2 [AG (CDI), Fragmentation (2006)] : « En tant que système juridique, le droit international n'est pas une accumulation aléatoire de normes. » *Contra* Hart, qui ne conçoit pas le DIP comme un système en raison d'absence d'une règle de reconnaissance homogène : Hebert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, 2e éd, Oxford, Clarendon, 1994 à la p 214. Voir aussi Massimo La Torre, « Le modèle hiérarchique et le Concept de droit de Hart » (2013) 21 Revus aux pp 134 et suiv.

sources, car la connaissance des origines des règles mène à l'identification du commencement du système, et donc de la frontière qui sépare le droit du non-droit.

« se rapportant à la communauté internationale »

Le DIP en tant que système juridique s'applique aux relations entre les sujets du droit international qui sont principalement, mais pas uniquement, les États. La communauté internationale est en effet ici définie dans un sens large, donc incluant les entités outre-étatiques telles que les organisations internationales par exemple[37], sans toutefois rejeter complètement les attributs volontaristes de cette institution interétatique aux origines westphaliennes[38]. C'est dans ce sens que nous adoptons la définition proposée dans l'Encyclopédie Max Planck en droit international, celle-ci consacrant la nature particulièrement complexe et dynamique de l'ordre mondial contemporain :

> *The international community is a shortcut for the direct and indirect dealings of State authorities, non-State organizations, and businesses, as well as individual citizens, beyond State boundaries, and for the endeavour to tackle common problems, from the protection of the environment to the prevention of genocide and famine, for which States alone are unwilling, incapable, or illegitimate to act unilaterally*.[39]

---

[37] Voir la définition proposée par Besson (2010), *supra* note 25 à la p 167 : « *In a nutshell, one may say that International Public Law is a set of legal norms pertaining to the international community and to the cooperation between international legal subjects, whether States, international organizations, or, less frequently, individuals*. » Voir aussi Bruno Simma, « From Bilateralism to Community of Interest in International Law » (1994) 250 RCADI 127; Thomas Kleinlein, « Summary: Constitutionalization in International Law » (2012) 231 HJIL 703–715 à la p 704, en ligne, MaxPlanck Institute : <www.mpil.de/fi les/pdf2/beitr231.pdf>.

[38] *Infra* section 1.4. Comparer avec une autre perspective définissant le droit international pénal comme un « modèle d'activités » servant la communauté internationale qui est formée d'États uniquement : Hedley Bull et Andrew Hurrell, *The Anarchical Society : A Study of Order in World Politics*, 4e éd, New York, Colombia UP, 2012.

[39] MPEPIL (Andreas Paulus) *sub verbo* « International Community » (2013) au para 35, en ligne <https://opil.ouplaw.com/>. Voir aussi Koskenniemi (2006), *supra* note 11 à la p 409 : *« International law constantly vacillates between the extremes found at both ends of the spectrum, highlighting the inherent complexity within our contemporary international legal order* ». Au sujet des obstacles à la définition de la communauté internationale, voir Dino Kritsiotis, « Imagining the International Community » 13:4 (2002) EJIL 961–992 à la p 964 : « [I]*t is rare for the 'international community' to have been subjected to the conscious endeavours of definition: it is almost as if there exists a subliminal and pervasive appreciation of the meaning of this term – of what forms and frames this community – that eliminates the need for further detail or consideration* ». Au sujet de la problématique des différentes définitions (proposées par le *Dictionnaire terminologique* et les versions antérieures de l'Encyclopédie Max Planck) parfois interchangeables (proposées par le *Dictionnaire de droit international public*), voir Gleider Hernandez, « Reluctant Guardian: the International Court of justice and the Concept of 'International community' » (2013) 83:1 BYIL 13–60 à la p 18.

Au sujet du DIH comme une branche spéciale — et non un régime — du DIP formée d'un ensemble de règles

« Le DIH comme une **branche spéciale** du DIP »

L'utilisation du terme « branche » marque clairement la filiation du DIH comme étant une partie intégrante du droit international public[40]. Ceci n'empêche pas qu'il possède des caractéristiques qui le différencient à certains égards des autres branches. Nous définissons le DIH comme possédant une spécialisation fonctionnelle[41] qui lui attribue certaines particularités, mais qui ne va pas jusqu'à consacrer son autonomisation complète par rapport au DIP. L'expression « déviation du droit international général »[42] a déjà été utilisée pour marquer une différence entre le DIH et le DIP, tout en soulignant que cette différence ne signifie pas nécessairement qu'il y a contravention de ce dernier. Le terme « spécial » est utilisé ici dans le même sens.

Notons que le terme « spécialité » réfère à ce qui est particulier à une certaine catégorie, ce qui est destiné à une certaine fin[43]. Le DIH possède des caractéristiques particulières, entre autres dans l'utilisation du régime général des sources ; certaines de ces caractéristiques sont toutefois aussi partagées avec d'autres branches du DIP, plus précisément celles qui visent aussi la protection de la personne humaine. « Spécial » est moins restrictif que « spécifique », qui réfère à ce qui appartient en propre à une espèce, qui est particulier à quelque chose[44] ou, en d'autres mots, « qui a son caractère en ses lois propres, [qui] ne peut se rattacher à autre chose ou en dépendre »[45]. Considérant que nous partons de la prémisse que le DIH est attaché au DIP, le terme « spécial » semble donc plus approprié à notre postulat général.

---

[40] On retrouve cette identification du DIH comme une branche du DIP dans, entre autres, Marco Sassòli, Antoine Bouvier et Anne Quintin, *Un droit dans la guerre ?* t 1, 2e éd, Genève, CICR, 2012, au chap 1 section I à la p 1, en ligne, CICR : <https://www.icrc.org/fre/assets/files/publications/cicr-0739-fre-part-i.pdf> [Casebook, 2e éd française].

[41] Ce terme a été utilisé par la CDI dans ses travaux sur la fragmentation du DIP pour justifier la qualification du DIH comme régime autonome. Malgré la demande faite par l'AG à cet effet, la CDI n'a toutefois pas offert de précisions supplémentaires afin de déterminer l'étendue et les implications de la notion d'autonomie pour le DIH : ONU, AG (CDI), *Travaux de la Commission de droit international sur la fragmentation*, Doc off CDI NU, 57e sess, Doc NU A/CN.4/549 (2005), au para 123 [AG (CDI), Fragmentation (2005)]. Des précisions sur ce qu'est plus exactement cette spécialisation fonctionnelle du DIH sont apportées *infra* section 1.1.

[42] Post (1994), *supra* note 23 à la p 85 [notre traduction].

[43] *Dictionnaire Larousse* (en ligne), *sub verbo* « spécialité » : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/sp%c3%a9cial/74073?q=sp%c3%a9cial#73243>

[44] *Dictionnaire Larousse* (en ligne), *sub verbo* « spécifique » : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/sp%C3%A9cifique/74088#definition>

[45] *Dictionnaire Petit Robert* (2006), *sub verbo* « spécifique » à la p 2476.

« le DIH comme une branche et **non un régime** du DIP »

En utilisant le terme « branche » pour référer au DIH, nous ne retenons pas l'utilisation, par ailleurs fréquente[46], du terme « régime ». S'il est vrai que la notion de régime est plus politique que juridique en ce qu'elle constitue un outil permettant de faciliter la coopération dans l'ordre international[47], lorsque ce terme est utilisé en droit international, il va généralement de pair avec des éléments d'autonomie, d'autosuffisance et d'affranchissement. Par exemple, dans l'ouvrage *Droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?*[48], l'utilisation du terme « régime » ne semble pas soulever de grands débats : c'est la question de l'autonomisation qui est au centre des préoccupations, peu importe que ce droit soit considéré comme une branche, un système, un sous-système, un ensemble de règles ou un domaine du droit international. Autrement dit, même s'il est possible de démontrer que l'interprétation de ce qu'est un *self-contained regime* a pu être erronée dans le passé[49], et donc qu'il serait aussi possible de qualifier un ensemble de règles de « régime juridique » tout en maintenant une filiation au système général, nous choisissons de retenir le terme « branche » qui prête moins à confusion.

« formée d'un ensemble de **règles** »

Lorsque le terme « règle » est utilisé pour définir le contenu du DIH, cela sous-entend un caractère juridique contraignant et se veut un synonyme de *lex lata*, c.-à-d. le droit tel qu'il est en vigueur, le

[46] P. ex. AG (CDI), Fragmentation (2005), *supra* note 41 au para 123 ; CDI (Koskenniemi), Fragmentation (2006) *supra* note 4 (p. ex. aux paras 15, 129).

[47] MPEPIL (Anu Bradford) *sub verbo* « Regime Theory » (2007). Voir aussi Bothe qui a recours au *regime theory* des relations internationales pour justifier une certaine autonomisation du DIH qui est toutefois limitée par l'unité de l'ordre juridique international : Michael Bothe, « Conclusion générale : droit international humanitaire : un régime spécial en voie d' 'autonomisation' ? » dans Van Steenberghe (2013), *supra* note 3 à la p 321 [Bothe (2013)].

[48] Van Steenberghe (2013), *supra* note 3. Au sujet des précautions à prendre dans l'utilisation — qui peut se révéler périlleuse — du terme « régime » pour qualifier le DIH, voir Yasmin Naqvi, « Droits de l'Homme » dans van Steenberghe (2013) *ibid* pp 225–266 à la p 229.

[49] C'est la position de Simma, qui revient sur l'interprétation selon lui erronée des paragraphes de l'*Affaire de la prise d'otage à Téhéran* lorsque la CIJ décrit les *self-contained regimes* comme étant des sous-systèmes juridiques entièrement autonomes : Bruno Simma « préface » dans van Steenberghe (2013), *supra* note 3 à la p ix ; voir aussi Bruno Simma et Dirk Pulkowski, « *Leges Speciales* and Self-Contained Regimes » dans James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, Kate Parlett, dir, *The Law of International Responsibility*, Sér Oxford Commentaries on International Law, Oxford, OUP, 2010, 139–163 aux pp 142–143 ; Bruno Simma, « Self-Contained Regimes » (1985) 16 NYIL 111 ; Bruno Simma et Dick Pulkowski, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law » (2006) 17 EJIL 483. De façon générale, au sujet des régimes autosuffisants généralement reconnus, c.-à-d. le droit des relations diplomatiques, le régime juridique de l'OMC et les mécanismes de mise en œuvre de certains traités de droits de la personne : MPEPIL (Eckart Klein) *sub verbo* « Self-contained regimes » (2006).

droit positif tel qu'il existe actuellement et « qui oblige et confère des droits de façon actuelle »[50]. À certains endroits, nous utilisons les expressions « règle juridiquement contraignante » ou « règle de droit »[51] pour rappeler ce caractère. Aussi, lorsqu'il n'est pas en référence au DIH ou dans un contexte particulier, le terme « règle » peut être utilisé dans son sens plus large : une règle sociale, une règle comportementale, ou de *lex ferenda*, c.-à-d. le droit qui n'est pas en vigueur, même s'il était souhaitable qu'il le soit.

Au sujet des sources formelles du droit comme des processus formant un ensemble de règles secondaires de reconnaissance prescriptives

« les sources **formelles** du droit comme des **processus** »

Nombreux sont les États qui considèrent l'article 38 comme une énumération des sources formelles du droit international[52]. Selon la conception dominante, on distingue les sources formelles des sources matérielles[53].Les sources formelles sont les procédés de validation menant à la création du droit[54]. Les sources matérielles, quant à elles, consignent les raisons qui mènent à l'adoption des règles ; elles sont le plus souvent les documents écrits dans lesquels sont consignées les règles. Traditionnellement, c'est aussi là que se retrouvent le droit naturel, la raison et la justice. Chez

---

[50] Michel Virally, « À propos de la 'lex ferenda' » dans *Le droit international en devenir*, Genève, Sér. internationale de la Graduate Institute, 1990, pp 213–223 à la p 213, en ligne, Open Edition Books (2015) : <https://books.openedition.org/iheid/4377>. Voir aussi Gouvernement du Canada, Bureau de la traduction, *Terminum Plus*, *sub verbo* « de lege / de lege ferenda / de lege lata », en ligne : <http://www.btb.termiumplus.gc.ca> [Terminum].

[51] Il ne s'agit toutefois pas du même sens que celui de « *rule of law* » qu'on associe aux droits de la personne et qui réfère plus généralement aux principes de gouvernance et d'imputabilité des personnes, institutions et entités publiques et privées, incluant l'État : Martin Krygier, « The Rule of Law and 'The Three Integrations' » (2009) 1:1 HJRL 21–27 ; MPEPIL (Simon Chesterman) *sub verbo* « Rule of Law » (2007).

[52] Danilenko rapporte les nombreuses instances dans lesquelles l'article 38 a été cité par les États comme énumérant les sources reconnues du DIP ; il cite à l'appui des déclarations de la Grèce, Trinidad-Tobago, la Colombie, l'Irak, l'Équateur, l'Espagne, l'Argentine et la République fédérale d'Allemagne lors de la négociation de la CVDT (1969) ; du Mexique, du Brésil, d'Israël et du Japon devant l'Assemblée générale des NU ; ainsi que les plaidoiries du Portugal, de l'Éthiopie, du Libéria et de l'Afrique du Sud devant la CIJ : Gennadiĭ Mikhaĭlovich Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, à la p 36, nn 70 et 72 [Danilenko (1993)].

[53] De façon générale, sur la distinction entre sources formelles et sources matérielles, voir Hugh Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2014 aux pp 3 et suiv [Thirlway (2014)] ; voir aussi ILA, *The Formation of Rules of Customary (General) International Law* (1988) 63 ILA RC 935–972 à la p 956 ; Alain Pellet et Daniel Müller, « Part Three Statute of the International Court of Justice, Ch II Competence of the Court, Article 38 » dans Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm et Christian Tomuschat, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary,* 3e éd, Oxford, OUP, 2019, 819–962 aux paras 109–114 [Pellet / Müller (2019)] ; Boris Barraud, « Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit » (2016) 45:164 DP RRJ 503–527, en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01586457/document> [Barraud (en ligne 2016)].

[54] Voir p. ex. Pellet / Müller (2019), *ibid* au para 111: « *Clearly, the sources listed in Art. 38, para. 1, are 'formal sources' of international law, that is processes through which international law become legally relevant*. ».

François Gény[55], qui conçoit les sources formelles comme des construits, il y a une série de « donnés » associés aux sources matérielles : le donné rationnel ou naturel qui regroupe les éléments physiques ainsi que les conditions économiques et sociales ; le donné historique qui vise l'héritage politique et normatif, et le donné idéal qui va chercher l'aspiration à plus de justice, de solidarité et d'humanité. Comme ce fut déjà souligné, « l'étude des sources matérielles […] semble relever davantage de la sociologie – éventuellement sociologie juridique –, de la psychologie et de la philosophie »[56]. Autrement dit, la source formelle est la manifestation de la transformation d'un « *desideratum* subjectif » (une idée, un besoin) vers une « proposition normative objective et opératoire juridiquement »[57]. Sans ce processus, le passage d'idée à règle ne se fait pas. En passant à travers le collimateur qu'est la source dite formelle, les pensées rejoignent l'univers du droit et deviennent des règles juridiques. En même temps, la transformation ne peut avoir lieu sans la contribution de la source matérielle : elle est, pour utiliser l'analogie entre l'hydrologie et le droit[58], l'oxygène contenu dans l'eau qui forme la source de laquelle jaillit la règle de droit.

Cela étant dit, il est important de souligner que les sources, qu'elles soient formelles ou matérielles, ne forment pas des blocs monolithiques. Même selon une conception traditionnellement orthodoxe des sources, les valeurs morales, le contexte géopolitique et la situation économique (qui constituent des éléments propres aux sources matérielles) jouent un rôle dans la formation des règles de droit ; du fait de leur simple existence, ces éléments agissent sur la formation des règles de droit, sans

---

[55] François Gény, *Science et technique en droit privé positif*, 2e tirage, Paris, Sirey, 1927, nos 166–170. On retrouve une classification similaire chez Le Fur, avec le donné moral et le donné économique comme source matérielle du droit : Louis Le Fur, *Précis de droit international public*, 4e éd, Paris, Dalloz, 1939, nos 334, 335 ; et Antonio Truyol de Serra, « Théorie du droit international public : cours général » (1981-IV) 173 RCADI 9–443 aux pp 230 et suiv ; aussi, sur l'importance de se consacrer à l'ordre moral qui inspire la création de l'ordre juridique positif, voir Paul Roubier, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », dans *Mélanges Georges Ripert*, t I, Paris, LGDJ, 1950, 9–27 à la p 23.

[56] Barraud (en ligne 2016), *supra* note 53 à la p 7.

[57] Georges Abi-Saab, « Les sources du droit international : essai de déconstruction : Liber Amicorum Eduardo Jiménez de Aréchaga », dans Marcelo G. Kohen et Magnus Jesko Langer, dir, *Le développement du droit international : réflexions d'un demi-siècle*, vol 1, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, pp 61–80 à la p 63, en ligne : Graduate Institute de Genève <http://books.openedition.org/ iheid/1424> [Abi-Saab (1994)]. Voir aussi Besson (2010), *supra* note 25 aux pp 170 et suiv.

[58] Au sujet de l'utilisation de cette analogie, voir Paul Amselek, « Brèves réflexions sur la notion de 'sources du droit' » (1982) 25 APD à la p 255 ; ILA, « Final Report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law » (2000) 69 ILA RC 712 à la p 723 [ILA, London Conference (2000)]. Voir aussi Schlütter (2010), *supra* note 5 à la p 11.

toutefois qu'ils constituent les éléments décisifs marquant le passage de l'idée à la règle[59]. En d'autres mots, la source matérielle parle plutôt de la genèse de la règle, tandis que la source formelle est le catalyseur de la création du droit, et c'est de cette interaction fluide que naissent les règles de droit[60]. C'est dans ce sens que nous concevons les sources primaires mentionnées à l'article 38 comme formant d'abord et avant tout des processus dynamiques au sein desquels différentes forces (que sont les sources matérielles) exercent différentes pressions.

<u>« les sources formelles du droit comme un ensemble de **règles secondaires de reconnaissance prescriptives** »</u>

Nous abordons aussi les sources formelles comme étant des règles secondaires, en soulignant qu'il est ici question des règles secondaires au sens prescriptif tel qu'avancé par Hart, ce qui est différent des règles secondaires normatives qui s'appliquent lorsqu'il y a une violation du droit international public. Les règles normatives sont secondaires par rapport à la non-conformité à des obligations primaires ou au droit substantiel, et touchent aux questions d'illicéité et de responsabilité. C'est cette dernière itération que propose Ago, par exemple, dans les travaux pour la CDI relativement à la responsabilité étatique pour fait internationalement illicite[61]. Dans ce cas de figure, la différenciation entre règles primaires et règles secondaires est conçue comme un véhicule méthodologique, un *terminus technicus*[62]. Les règles secondaires prescriptives sont, quant à elles, les règles habilitantes

---

[59] Voir p. ex. Gaetano Morelli, « Cours général de droit international public » 89 (1956) RCADI 437–604 à la p 450 ; Alain Pellet, « Decisions of the ICJ as Sources of International Law? » dans Alain Pellet, Christian J. Tams et Paolo Palchetti, *Gaetano Morelli Lecture Series* 2 (2018) Rome, International and European Papers, pp 7–61 aux pp 11 et suiv [Pellet (2018)].

[60] On peut donc comprendre comment des recoupements peuvent exister entre une source formelle et une source matérielle. Par exemple, selon la conception anglo-saxonne, il est possible de concevoir qu'une règle dont la source formelle est le droit international coutumier ait parmi ses sources matérielles un traité bilatéral conclu avant la cristallisation de la règle coutumière : Robert Jennings, *Oppenheim's International Law*, 9e éd, Oxford, OUP, 1996, à la p 23 au para 8 [Jenning's Oppenheim (1996)].

[61] ONU, CDI (Roberto Ago), Se*cond Report on State Responsibility: The Origin of International Responsibility*, Doc off CDI NU, 22e sess, *YILC 1970*, vol 2, chap IV aux paras 68–83, Doc NU A/CN.4/233. Voir aussi Roberto Ago, « Le délit international » (1939) 68 RCADI 415.

[62] Anastasios Gourgourinis, « General / Particular International Law and Primary / Secondary Rules: Unitary Terminology of a Fragmented System » (2011) 22:4 EJIL pp 993–1026 aux pp 1016–1018 : « *The distinction between primary and secondary rules for the analytical purposes of state responsibility signalled the ILC's choice to deal solely with secondary norms as general law. No prominent role was reserved for an indispensable part of Hart's theory, that is, the 'rule of recognition', as it would possibly touch upon the already debated topic of sources of international law; rather, the primary/secondary differentiation remained at a certain level of abstraction, designed solely as a methodological vehicle so as to avoid taking a 'circuitous route*' […]. *Hence, following Ago's endorsement of the primary/secondary norm distinction, later studies by the ILC have also featured and utilized this international legal terminus technicus* ».

qui déterminent d'avance et en amont les façons selon lesquelles les règles primaires (soit celles qui créent des obligations s'adressant aux membres appartenant au système visé) peuvent être validement créées, modifiées ou annulées. C'est cette appréhension qui est retenue ici[63].

Parmi les trois types de règles secondaires contenus dans la théorie hartienne, ce sont les règles de reconnaissance qui intéressent la formation des règles de droit[64]. En droit interne, ces règles sont généralement de nature constitutionnelle. En droit international, on les retrouve dans l'article 38 : ce n'est toutefois pas dans l'énumération des sources, que sont les conventions, la coutume et les principes généraux, que se trouvent les règles de reconnaissance, mais dans la définition qui en est faite. En effet, une des caractéristiques importantes d'une règle de reconnaissance est l'existence d'une pratique comportementale convergente qui, d'un point de vue interne du « pratiquant », est contraignante, sans qu'il soit question de savoir si le comportement ou la conviction sont justes, ou même bons[65] ; il n'est question que de savoir si ces deux éléments de la convergence et de la contrainte existent. Or, des éléments de reconnaissance par les États, qui sont les « pratiquants » du droit international, sont omniprésents dans l'article 38 : les règles des conventions internationales

---

[63] C'est aussi celle qui a été retenue pour le 25e numéro du *Netherland Yearbook of International Law* pour l'analyse de la diversité dans les règles secondaires et de l'unité en droit international ; le sujet initial était les régimes autosuffisants (*self-contained system*), mais celui-ci étant trop lié au régime de responsabilité étatique et aux conséquences des actes internationalement illicites, l'élargissement vers les règles secondaires prescriptives « hartiennes » s'est imposé, puisqu'il est apparu que les règles secondaires prescriptives étaient déterminantes dans le maintien de l'unité du système juridique international et permettait d'explorer le thème des sources et des sanctions, en plus de celui de la responsabilité : K. C. Wellens, « Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflections on Current Trends » (1994) 25 NYIL pp 3–37 p. ex. aux pp 4–8 [Wellens (1994)]. Voir aussi Axel Marschik, « Too Much Order? The Impact of Special Secondary Norms on the Unity and Efficacy of the International Legal System » (1998) 9 EJIL 212–239. *Contra* la théorie sociale des sources du droit international de d'Aspremont, selon laquelle les sources sont conçues comme des contraintes communautaires irréductibles aux règles, qu'il oppose au narratif dominant du « *comforting parable of ruleness* » voulant que les sources du droit international soient un ensemble de règles servant à l'identification des autres règles de droit : voir Jean d'Aspremont, « The Idea of 'Rules' in the Sources of International Law » Amsterdam Center for international Law Research Paper 2014-28, copie électronique sur SSRN <http://ssrn.com/abstract=2501252> (aussi disponible sous : (2014) 84 BYIL 103-130), spécialement à la p 28 [D'Aspremont (SSRN 2014)].

[64] Les deux autres types de règles sont les *rules of change* et les *rules of adjudication* ; voir de façon générale Hebert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961 au chap V (Law as the Union of Primary and Secondary Rules) aux pp 77 et suiv [Hart (1961)]. En ce qui a trait à l'application de la règle de reconnaissance en droit international (en rappelant que Hart lui-même n'était pas convaincu de l'existence de cette règle en DIP), voir Leiter (2018), *supra* note 24 à la p 3.

[65] Au sujet de la pratique comportementale contraignante, Hart (1961), *ibid* au chap X (International Law) aux pp 208 et suiv ; Leiter (2018), *supra* note 24 aux pp 3–4 : « *The Rule of Recognition is a social rule, which means that for a Rule of Recognition to exist there must be both a convergent practice among officials of applying certain criteria of legal validity in deciding which norms are law, but also that the officials adopt an 'internal point of view' towards this practice, that is, they believe they have an* obligation *to do this*. » Voir aussi Ian Brownlie, « The Reality and Efficacy of International Law » (1981) 52 BYIL 1–8.

doivent être *expressément reconnues* par les États, la coutume internationale se traduit par la preuve d'une pratique *générale acceptée* comme étant le droit et les principes généraux de droit doivent être *reconnus* par les nations civilisées[66]. En d'autres mots, l'article 38 n'est pas la règle de reconnaissance en elle-même, mais bien son support matériel. En effet, si l'article 38 se lisait, ainsi :

La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

a. les conventions internationales ;
b. la coutume internationale ;
c. les principes généraux de droit ;

amputé des références à la volonté des États, il serait plus difficile d'y ancrer les règles de reconnaissance. C'est le fait que cet article constitue une incarnation des principes *pacta sunt servanda* et d'égale souveraineté des États[67] qui permet d'y inscrire la règle de reconnaissance.

De surcroît, le positivisme inclusif mis de l'avant dans la présente thèse est compatible avec l'approche hartienne en ce que les caractéristiques spéciales du DIH évoquées à travers la thèse, incluant la prise en compte des considérations d'humanité, peuvent y être incluses pour autant qu'elles soient reconnues comme du droit validement constitué par les règles de reconnaissance[68]. Au-delà de la validité de cette compatibilité, nous ne prétendons ni démontrer en détail une transposition fructueuse du modèle hartien aux sources du DIH ni offrir une solution définitive à la

---

[66] Wellens (1994), *supra* note 63 à la p 9 : « *First of all, the 'rules of recognition' in Hart's terminology are to be found, on a general level, in Article 38 of the ICJ's Statute. It may be observed that the element of 'recognition' clearly stands as an essential component and is reflected in an explicit way by the formulation chosen by the drafters of the Statute: 'recognised by the contesting States . . . accepted as law . . . recognized by civilised nations'*. ».

[67] Voir dans le même sens Besson (2010), *supra* note 25 à la p 182 ; Anthea Roberts et Sandesh Sivakumaran, « The Theory and Reality of the Sources of International Law » dans Malcolm Evans, dir, *International Law,* 5e éd, Oxford, OUP, 2018, chap 4, disponible en ligne, SSRN : <https://ssrn.com/abstract=3101042> aux pp 17 et 18 [Roberts / Sivakumaran (SSRN 2018)].

[68] Schauer (SSRN 2017), *supra* note 26 à la p 30 : « *To those who subscribed to what became known as 'inclusive positivism', the positivist picture as painted by Hart is entirely compatible with rules, principles, morality, and much else – in fact, anything else – being recognized as valid law by the rule of recognition, so long as we understand that such recognition is a contingent social decision and not inherent in the very nature of law*. ».

régression infinie[69] inhérente au fait que les sources du droit international sont un ensemble de règles, en adoptant un modèle comme celui de la théorie sociale des sources ou encore des approches politiques, du jusnaturalisme ou du déformalisme. D'autres l'ont fait avant nous et de façon bien plus éloquente que nous ne pourrions jamais y prétendre[70]. Si *a priori* nous considérons que les sources du droit international résultent d'un processus complexe de formalisation progressive, et que nous ne voyons pas de contradiction si des règles concernant les sources elles-mêmes émergent et trouvent des formes légitimes d'expression dans le cadre des processus législatifs disponibles[71], nous ne nous positionnons pas définitivement sur la question de la validité des règles secondaires prescriptives relatives aux sources, à savoir si elles sont ou non juridiquement contraignantes[72]. Il existe bel et bien un droit conventionnel des traités en droit international, mais il en est autrement pour les autres sources. Par exemple, on s'entend plutôt sur une méthodologie propre au DIC, mais celle-ci n'est pas *stricto sensu* juridiquement contraignante pour les sujets de droit international public. De la même façon, si le concept d'un (méta)droit des sources du droit international est évoqué et discuté[73], la terminologie de « théorie » ou de « régime »

---

[69] Cette notion empruntée à la philosophie est utilisée par d'Aspremont (SSRN 2014), *supra* note 63 spécialement aux pp 19–20 [notre traduction].

[70] Pour l'application de la théorie hartienne au droit international, voir Besson (2010), *supra* note 25 aux pp 178 et suiv. Pour des propositions alternatives au narratif dominant voulant que les sources soient des règles (secondaires), voir D'Aspremont (SSRN 2014), *ibid*. Voir aussi Ian Brownlie, « International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations: General Course on Public International Law » (1995) 255 RCADI 9 à la p 24 ; et Kammerhofer (2004), *supra* note 10.

[71] Dans le même sens, Danilenko (1993), *supra* note 52 à la p 28 : « *All theories seeking to place the reason of authority of such rules beyond the accepted sources in order to avoid the logical circle order as requiring and 'original' supreme validator to explain all its subsequent development. By contrast, if viewed for a development perspective, the sources of law results from a complex process of a gradual formalization of the law-making processes within the community of states. The more or less precise rule of law determining normative standards that define how rule are to be made are crystallized only at a stage when the international community of states on these questions of constitutional importance is expressed not in some exotic way but in those forms in which were already available within the gradually maturing legal system. As a result, in reality there is no contradiction if rules about sources themselves would emerge and find legitimate forms of expression in the framework of available law-making processes. It appears that it is only from this perspective that one could explain the existing situation in which provisions of Art. 38 of the Statute of the ICJ are generally regarded as authoritative enumeration of the legitimate sources of international law*. ».

[72] Au sujet de la conception de la source ultime du droit non pas en tant que règle, mais plutôt comme une pratique par laquelle il est déterminé que certaines choses doivent être considérées comme étant du droit, et certaines autres comme ne l'étant pas : Frederick Schauer, « Amending the Presuppositions of a Constitution » dans Sandford Levinson, dir, *Responding to Imperfection: the Theory and Practice of Constitutional Amendment,* 1995, Princeton, PUP, pp 145 et suiv aux pp 150–151 : « *In referring to the ultimate rule of recognition as a rule, Hart has probably misled us. There is no reason to suppose that the ultimate source of law needs to be anything that looks at all like a rule, whether simple or complex, or even a collection of rules* […] *The ultimate source of law, therefore, is better described as the practice by which it is determined that some things are to count as law and some things are not*. ».

[73] Kammerhofer (2004), *supra* note 10 à la p 523. Voir aussi Fitzmaurice et Quast qui parlent de « *general law on sources* » : Malgosia Fitzmaurice et Anneliese Quast, *Law of Treaties*, Londres, LUP, 2007 aux pp 1–34.

des sources du droit international semble généralement préférée. Nous laissons donc ouverte la question de la force juridique contraignante des règles secondaires prescriptives de façon générale, ce qui ne nous empêche pas de reconnaitre l'article 38 comme une règle de droit, du simple fait qu'il soit contenu dans un traité, ainsi qu'une consécration de l'approche traditionnelle des sources, comme ce sera expliqué dans la seconde section du prochain chapitre. Avant de procéder à cette analyse, nous nous attardons à expliquer le positionnement du DIH en tant que branche du DIP possédant des caractéristiques spéciales affectant son développement.

Chapitre 1 <Quelques considérations préliminaires>

Ce chapitre expose, d'une part, un examen du DIH en tant que branche du DIP (section I) et, d'autre part, une contextualisation de la théorie traditionnellement dominante des sources telle que proposée par l'article 38 du *Statut de la CIJ* pour mener à la présentation de la théorie retenue en l'espèce, soit l'appréhension positiviste inclusive des sources (section II).

SECTION I : LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE COMME UNE BRANCHE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC POSSEDANT DES CARACTERISTIQUES SPECIALES AFFECTANT SON DEVELOPPEMENT

Le postulat de départ étant que le DIH est une branche du DIP, il est important de définir ce droit en amont et de le situer par rapport au système dans lequel il évolue. Les prochaines sections ont donc pour objectif de mettre en lumière sa spécialisation fonctionnelle (1.1), la place qu'y occupent les règles prohibitives et l'inaction (1.2), et son positionnement en tant que test ultime du DIP (1.3). Est ensuite contextualisé le développement du DIH vers un affranchissement graduel du modèle westphalien (1.4), en exposant l'analyse de deux caractéristiques du DIH affectant chacune à leur façon le développement de ce droit, soit le passage de l'immédiateté à la systématisation en ce qui a trait à la réciprocité (section 1.4.1), et l'importance des interférences extrajuridiques dans le processus pluraliste de son développement (section 1.4.2).

1.1 La spécialisation fonctionnelle du DIH

> […T]*he law of armed conflicts all emerged out of a re-elaboration of the principles of military necessity, of mercy and compassion (no excessive sufferings, no useless destruction, humane treatment) and of proportionality. All the law of armed conflicts is but a sort of* mise en équilibre *of these three legal ideas.*[74]

Le DIH est généralement défini comme étant « un ensemble de règles qui, pour des raisons humanitaires, cherchent à limiter les effets des conflits armés » et qui « protège les personnes qui ne participent pas ou plus aux combats et restreint les moyens et méthodes de guerre »[75]. Ce positionnement de recherche d'équilibre entre des éléments *a priori* difficilement compatibles donne à cette branche du DIP des caractéristiques particulières à plusieurs égards. Une de ces caractéristiques est sa spécialisation fonctionnelle, comme l'a identifiée la CDI dans ses travaux sur la fragmentation du droit international :

> [L]e terme régimes autonomes (spéciaux) était parfois utilisé dans les commentaires et la pratique académique pour décrire des champs entiers de spécialisation fonctionnelle ou d'orientation téléologique, au sens où l'on pensait que des règles et des techniques d'interprétation et d'administration spéciales s'appliquaient (par exemple, une branche spéciale du droit international ayant ses propres principes, institutions et téléologie, comme le 'droit des droits de l'homme', le 'droit de l'OMC', le droit humanitaire, etc.).[76]

À la suite du dépôt de ce rapport, les États ont explicitement indiqué que cette spécialisation fonctionnelle « demandait à être analysée et élaborée plus avant afin de déterminer l'étendue et les implications de la notion d'autonomie »[77]. Des explications étoffées ont été fournies subséquemment

---

[74] Robert Kolb, « Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith) » (2006) 53:1 NILR 1–36 aux pp 7–8 [Kolb (2006)].

[75] CICR, Services consultatifs en droit international humanitaire, « Qu'est-ce que le droit international humanitaire ? » (2004), en ligne, CICR : <https://www.icrc.org/fr/document/quest-ce-que-le-droit-international-humanitaire>.

[76] ONU, CDI, *Rapport du groupe d'étude sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Doc off CDI NU, 56e sess, Doc NU A/CN.4/L.663/Rev.1 (2004) au para 21.

[77] AG (CDI), Fragmentation (2005), *supra* note 41 au para 123 : « On a dit d'autre part que des trois significations que l'on prête au terme 'régime autonome', celle de la spécialisation fonctionnelle qui caractérise notamment le régime des droits de l'homme, le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et le droit humanitaire, demandait à être analysée et élaborée plus avant afin de déterminer l'étendue et les implications de la notion d'autonomie'. On a soutenu à cet égard que dans certains domaines de spécialisation fonctionnelle, tels les droits de l'homme ou le droit de la mer, les régimes de droit n'étaient pas strictement autonomes. Bien que les principes, les institutions et la

par la CDI à ce sujet. Par exemple, sont mentionnés comme étant autonomes en raison de leur spécialisation fonctionnelle les droits suivants :

- Le droit de l'Organisation mondiale du commerce, sa spécialisation fonctionnelle étant de réglementer les relations économiques internationales ;
- Le droit de la personne, sa spécialisation fonctionnelle étant de protéger les intérêts des personnes physiques ;
- Le droit international pénal, sa spécialisation fonctionnelle étant de lutter contre l'impunité pour les crimes les plus graves[78].

Mais quelle est la spécialisation fonctionnelle du DIH ? La CDI n'offre pas explicitement de réponse à cette question, se limitant à le mentionner à titre d'exemple de régime autonome, parmi les droits nommés ci-dessus, ainsi que le droit de l'Union européenne et le droit de l'espace, « en ce que les règles du droit international général sont censées être modifiées, voire exclues, dans leur administration »[79]. Nous proposons donc qu'il s'agisse de la spécialisation humanitaire… en partie, mais pas seulement. Le DIH partage en effet avec le droit de la personne la fonction de protection de la vie humaine dans les conflits armés à travers la minimisation des dommages aux populations civiles et aux personnes hors combat. Mais le DIH possède aussi une autre fonction primordiale, soit celle de la régulation (et non de prévention) des conflits armés. Celle-là n'est pas humanitaire, ou plus exactement, elle n'est pas qu'humanitaire : la véritable spécialisation fonctionnelle du DIH, c'est la recherche constante de l'équilibre *in concreto* entre l'humanitaire et le militaire.

Certains détracteurs dénoncent la binarité du DIH, soit celle qui caractérise le DIH substantif (conflit armé international (CAI)/ conflit armé non international (CANI)[80], combattant/civil, par exemple), en y

---

téléologie leur soient propres, ces principes et les règles en découlant étaient largement invoqués et appliqués dans des instances diverses. Il semblait, au contraire, qu'il existe des régimes autonomes 'fermés', tel celui de l'OMC, qui tendaient à conserver le monopole de l'interprétation et de l'application du droit dans leur domaine de spécialisation et à exclure le recours à d'autres instances que celles prévues par eux. Le droit pénal international, qui pourrait avec le temps gagner de plus en plus d'autonomie, en était un autre exemple. ».

[78] CDI (Koskenniemi) Fragmentation (2006) *supra* note 4 au para 247.

[79] AG (CDI), Fragmentation (2005), *supra* note 41 au para 129 ; voir aussi *ibid* au para 158, où le DIH est mentionné comme « un régime spécial à la portée plus large ».

[80] Voir de façon générale, au sujet de la confirmation de la classification classique des conflits armés entre CAI (conflit armé international) et CANI (conflit armé non international) : CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et*

associant une voie d'évitement de l'analyse introspective autrement cruciale lors de la prise de décisions de vie ou de mort et en la concevant comme un agent réducteur[81]. Nous ne sommes pas de cet avis : nous considérons que la binarité du DIH, qui se manifeste aussi dans la recherche de l'équilibre entre les considérations humanitaires et l'avantage militaire, est plus émancipatrice que réductrice, et que le rapport entre ces deux pôles est dynamique et non pas statique. En effet, le DIH n'est pas qu'humanitaire : il ne prohibe pas la guerre — les modalités de cette prohibition étant du ressort du *jus ad bellum* — mais cherche plutôt à trouver le juste milieu entre le besoin d'une partie à un conflit armé de combattre de façon efficace, et la volonté d'éviter des maux superflus et des souffrances inutiles aux combattants ainsi qu'à la population civile[82]. La nécessité militaire autorise le recours à la violence dans la mesure où les règles pertinentes du droit international sont par ailleurs respectées. La fonction potestative de la nécessité militaire est donc complétée par une fonction prohibitive, limitant l'usage de la force à ce qui est militairement nécessaire[83]. Il est vrai que les règles prohibitives occupent une place importante en DIH et qu'elles exercent une influence relative sur son développement, comme démontré dans la section suivante.

1.2 Le respect du droit par l'omission : l'importance des règles prohibitives

Une autre des caractéristiques importantes du DIH est reliée à l'importance des règles prohibitives. Le DIH conventionnel et coutumier comptent en effet un nombre important de règles de nature prohibitive, c'est-à-dire qui s'appliquent à des situations où le fait de se conformer à la règle juridiquement contraignante se manifeste par l'abstention d'agir[84]. Pour ce type de règles, l'élément

---

contre celui-ci (Nicaragua c États-Unis d'Amérique), [1986] CIJ Rec 99 au para 114 [CIJ, Nicaragua (1986)] ; Dietrich Schindler, « The Different Types of Armed Conflict According to the Geneva Conventions and Protocols » (1979) 163 RCADI 125. Pour un bref survol de la littérature critiquant de l'approche dichotomique CAI/CANI, voir *infra* section 6.3.3. à la note de bas de page 1011.

[81] Dale Stephens, « Behaviour in war: The place of law, moral inquiry and self-identity » (2014) 96:895 IRRC 751–773 à la p 758 [Stephens (2014)].

[82] De façon générale sur le sujet, voir Michael N. Schmitt, « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance » (2010) 50 VJIL 795–839 (aussi publié dans: *Essays on Law and War at the Fault Lines*, La Haye, Asser, 2011 aux pp 89–129) [Schmitt (2010)].

[83] Au sujet de cette double fonction (justificatrice et limitatrice) du principe de nécessité militaire telle que présentée par Gentili, Stube de Piermont, Moser et Vattel : Étienne Henry, *Le principe de nécessité militaire : histoire et actualité d'une norme fondamentale du droit international humanitaire,* Paris, Pedone, 2017.

[84] En soulignant que le DIH, initialement développé comme étant restrictif, contient néanmoins des éléments permissifs robustes à l'intention des États (en ce qui a trait au pouvoir d'internement et de ciblage, p. ex.) : Anne Quintin, *Permissions, prohibitions and prescriptions: the nature of international humanitarian law*, thèse de doctorat en droit, Université de Genève, 2019, en ligne, archives ouvertes UNIGE : <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:123851>.

psychologique joue un rôle particulièrement important. C'est en effet cet élément, qui passe le plus souvent par la prise en compte des considérations humanitaires, qui pousse les parties à un conflit armé à exercer de la retenue, de façon telle que la tension entre la nécessité militaire et les considérations humanitaires y est exacerbée.

La doctrine de la *Kriegsraison* (« raison de guerre » en français, « *necessity of war* » en anglais) voulant que les meilleures guerres soient les plus vigoureuses et que les considérations d'ordre militaire puissent prévaloir même sur les lois et coutumes de la guerre ne s'est jamais véritablement imposée au-delà de l'Allemagne du XIX[e] siècle, tant et si bien qu'aujourd'hui, une partie à un conflit armé se soumet la plupart du temps aux règles régissant le conflit auquel elle prend part en s'abstenant d'agir[85]. Reste qu'historiquement, le DIH a évolué dans le giron foncièrement volontariste et étatocentrique du droit international, là où l'État se donne les contraintes qu'il veut bien accepter, celui-ci n'ayant comme frein à sa liberté d'agir que l'exercice de cette même liberté par les autres États. La « permission » d'agir émane donc des prérogatives propres à l'État lui-même, et pas nécessairement du droit. Cette conception du DIP est celle qui prévalait jusqu'au milieu du XX[e] siècle et que l'on retrouve, par exemple, dans l'affaire du *Lotus*[86]. Si les considérations d'humanité n'occupent pas une place dominante dans cette définition classique, elles occupent toutefois une place importante dans plusieurs dispositions prohibitives de DIH[87] en s'adressant directement à la « deuxième couche du droit international public », soit la communauté internationale de sept milliards et demi d'êtres humains[88]. En effet, l'équilibre à atteindre entre la nécessité militaire et les

---

Voir aussi Jean d'Aspremont et Jérôme de Hemptinne, dir, *Droit international humanitaire : Manuel : Thèmes choisis,* Paris, Pedone, 2012 à la p 42, et Theodor Meron, *Criminal Justice: A View From the Bench: Selected Speeches*, Oxford, OUP, 2011 à la p 32.

[85] Pour une revue de la littérature traitant de cette doctrine sous l'angle du droit des conflits armés : Schmitt (2010), *supra* note 82 à la p 769 à la n 6, et aux pp 796–797.

[86] CPJI, *Affaire du Lotus* (1927), CPJI (sér A) n[o] 10 à la p 18 [CPJI, Lotus (1927)]. C'est aussi l'explication qu'offre le Département de la défense américaine dans les notes contextuelles du *Law of War Manual* pour expliquer cette caractéristique du droit de la guerre : États-Unis, US Department of Defense, *Law of War Manual*, 2015, rev 2016, en ligne : <https://dod.defense.gov> à la p 14 [É-U, DoD War Manual (2015)].

[87] L'interdiction d'attaques sans discrimination, par exemple : PAI, à l'art 51(4) ; Étude sur le DIHC *supra* note 7 à la R11.

[88] Casebook, 2[e] éd française, *supra* note 40, partie I chap 2 à la p 1 : « Le droit international public peut être décrit comme un droit composé de deux strates distinctes : une strate traditionnelle constituée du droit régissant la coordination et la coopération entre les membres de la société internationale – essentiellement les États et les organisations créées par eux – et une nouvelle strate comprenant le droit constitutionnel et administratif d'une communauté internationale de sept milliards d'êtres humains. Bien que cette seconde strate tente de vaincre la traditionnelle relativité du droit international, celui-ci conserve encore une structure fondamentalement différente de celle des ordres juridiques internes. Cette différence tient principalement dans le fait que la société à laquelle il

considérations humanitaires ne peut être obtenu que par l'exercice d'une certaine retenue de la part des belligérants en faveur des populations civiles. Du reste, cette « nature intrinsèque »[89] du DIH est déjà largement consacrée[90]. À titre d'exemple, en ce qui a trait à l'utilisation des armes, le DIH en interdit certaines plutôt que d'en autoriser d'autres ; il n'y a qu'à voir les titres des traités à ce sujet pour s'en convaincre[91].

En résumé, le DIH est construit sur le compromis entre la réalité militaire et l'impératif humanitaire ; c'est un droit pessimiste qui accepte la réalité de la guerre sans toutefois en faire l'apologie, d'une façon telle qu'on ne peut pas aujourd'hui qualifier le DIH d'être utopiquement humanitariste[92]. Il est toutefois difficile de le placer ailleurs qu'au point de fuite du DIP. En effet, l'affrontement entre, d'un côté, les intérêts des États et des autres acteurs impliqués dans un conflit armé régi par le DIH et, de l'autre côté, la protection et l'assistance aux individus et groupes pris dans ce conflit armé, donne inévitablement lieu à une remise en question du droit international public dans son itération plus traditionnelle.

---

s'applique et qui l'a créé est, malgré toutes les tendances actuelles, infiniment moins structurée et moins formellement organisée que n'importe quel État-nation. ».

[89] Voir cette expression utilisée dans TPIY, *Le Procureur c Dusko Tadić alias 'Dule'*, aff nº IT-94-1-AR72, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) au para 83 [TPIY, Tadić (1995)].

[90] Voir en ce sens É-U, *United States v List (Hostage Case)* aff nº 7 (1948), reproduit dans *11 Trials of War Criminals before the Nuremberg Military under control* (1950) Council Law nº 10 à la p 1230; Richard Reeves Baxter, « So-called 'Unprivileged Belligerency': Spies, Guerillas, and Saboteurs » (1951) 28 BYIL 323 à la p 324, qui cite ce passage de l'affaire *List* (1950). La plus récente édition du *War Manual* américain réfère aussi explicitement au caractère restrictif du droit de la guerre : É-U, DoD War Manual (2015), *supra* note 86 à la p 12.

[91] P. ex. *Déclaration de Saint-Pétersbourg à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre* (1868) reproduit dans (1877) 1 Annuaire IDI aux pp 306–307 [Déclaration de St-Pétersbourg (1868)] ; le *Protocole de Genève concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques* (1925), 94 RTSN (1929) nº 2138 aux pp 65–75 [Protocole (1925)] ; la *Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs* (1980), 1342 RTNU (1983) nº 22495 aux pp 178–182 ; la *Convention de Paris sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction* (1993), 1975 RTNU (1997) nº 33757 aux pp 4–141 [Convention sur les armes chimiques (1993)] ; la *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction* (1997), 2056 RTNU (1999) nº 35597 aux pp 253–265 [Convention d'Ottawa (1997)].

[92] Voir comparativement en droit de la personne Alain Pellet, « 'Droits de l'Hommisme' et Droit International » lors de la *Conférence commémorative Gilberto Amado* devant la CDI (18 juillet 2000), en ligne : <http://pellet.actu.com/wp-content/uploads/2016/02/PELLET-2000-Droit-de-lhommisme-et-DI.pdf>. Voir aussi Gerard Cohen-Jonathan, « La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international » dans *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, colloque de Strasbourg de la Société française de droit international, 1998 à la p 321.

1.3 Le DIH comme le test ultime du DIP

Le DIH est souvent identifié comme le point de fuite du DIP, qui lui-même serait le point de fuite du droit selon la maxime consacrée de Lauterpacht[93], de la même façon qu'il a été affirmé que la jurisprudence est le point de fuite du droit international[94] ou que les méthodes et moyens de combat dans les CANI constituent le point de fuite du DIH[95]. L'extension de la portée du DIH au-delà des États, jusqu'aux groupes armés non étatiques et aux individus, en s'adressant à toutes les parties aux conflits et en protégeant toutes les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, le situe en effet au point de fuite du système auquel il appartient. Mais il y a plus encore : nous ne considérons ce positionnement ni comme un effacement de l'ordre général au profit d'un régime particulier ni comme une légitimation de la violence[96] ; nous le considérons comme un « test ultime du droit international public »[97], là où le droit est le plus directement confronté à l'usage de la force. Le déclenchement de l'application du DIH implique en soi une menace à l'un des principes clés du DIP, soit la souveraineté étatique. En effet, les conflits armés, qu'ils soient internationaux ou non-internationaux, impliquent en amont un recours à la force par un État belligérant ou par un groupe armé non étatique. Au moment où le DIH s'applique, le droit international public est déjà dans un état d'affaiblissement. Si le droit ne se trouve pas en travers du chemin de l'exercice de la force, la destruction, voire l'annihilation, pourrait bien être la seule issue[98]. Autrement dit, le DIH incarne un pari transposé en contenu normatif, le pari de l'appel impératif de l'humanité[99], cet engagement

---

93 Hersch Lauterpacht, « The Problem of Revision of the Law of War » (1952-53) 29 BYIL 360 à la p 382 : « [*I*]*nternational law is, in some ways, at the vanishing point of law, the law of war is, perhaps even more conspicuously, at the vanishing point of international law*. » Voir aussi Marco Sassòli, Antoine Bouvier, Anne Quintin et Julia Grignon, *How Does Law Protect in War?,* en ligne, CICR : <https://casebook.icrc.org/> à la section I (International Humanitarian Law: at the vanishing point of international law), Introductory text [Online Casebook] ; Abi-Saab (1984), *supra* note 17 aux pp 265–280.

94 Thomas Erskine Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 13e éd, Oxford, Clarendon Press, 1924, 392.

95 David Turns, « At the 'Vanishing Point' of International Humanitarian Law: Methods and Means of Warfare in Non-International Armed Conflicts » (2002) 45 GYIL 115–148 ; William J. Fendrick, « New Developments in the Law Concerning the Use of Conventional Weapons in Armed Conflicts » (1981) 19 CYIL 229–256.

96 Notre approche ne s'inscrit pas dans la mouvance déconstructiviste du *Critical Legal Studies* : le but poursuivi n'est pas de démontrer que les règles du droit de la guerre ont été formulées de façon à légitimer la violence, ou que ces limites ont été fixées à travers le temps en raison de considérations économiques, politiques et pratiques, réduisant ainsi l'impact juridique du DIH. Pour une contribution dans ce sens, voir p. ex. Chris Jochnick et Roger Normand, « The Legitimization of Violence: A Critical History of the Law of War » (1994) 35:1 HILJ 49–95.

97 On retrouve cette expression dans Casebook, 2e éd française, *supra* note 40, vol III partie III chap 1 à la p 3.

98 Antonio Cassese, *Violence et droit dans un monde divisé*, Paris, PUF, 1990 aux pp 11–16.

99 C'est cette idée d'engagement unilatéral dont il est question à l'art 1 commun CGI–IV (1949) : Commentaires Pictet CGI (1952), *supra* note 8 aux pp 21–22 : « [E]n prenant d'emblée l'engagement de respecter les clauses du traité […c]haque État s'oblige aussi bien vis-à-vis de lui-même que vis-à-vis des autres. Le motif de la Convention est

unilatéral qui veut que chaque être humain protège les autres êtres humains en temps de conflit armé (blessés, malades, naufragés, prisonniers de guerre, détenus et personnes civiles), d'abord et avant tout par respect pour lui-même. C'est uniquement en posant ce pari que le droit international peut passer le test qui le consacre en tant que régime juridique qui répond non seulement aux besoins de la communauté internationale, mais qui lui impose des réponses, qui asservit la réalité des conflits armés plutôt que de simplement l'observer[100].

Ce positionnement du DIH par rapport au DIP constitue l'une des spécificités du DIH affectant son développement : en trouvant le déclencheur de son application dans la violation d'une règle fondamentale de *jus ad bellum* contenue dans le système auquel il appartient, et en s'appliquant à des entités non étatiques, le DIH est une manifestation de la relativité des règles du DIP dans son itération traditionnelle. Cette relativité se répercute aussi sur les caractéristiques spéciales que cette branche du droit international possède en matière de sources, plus exactement en ce qui a trait à son développement progressif par rapport à l'approche traditionnelle, que ce soit en sollicitant le droit coutumier et le principe d'humanité, ou via la contribution des décisions de la CIJ et du TPIY et des processus et travaux du CICR. Le DIH se développe donc au point de fuite, pour ne pas dire dans l'angle mort, de son système général, s'affranchissant graduellement du modèle interétatique et volontariste classique sans toutefois sortir complètement des frontières du système. C'est de cet affranchissement qu'il est question dans la prochaine section.

1.4 Le développement du DIH : vers un affranchissement graduel du modèle westphalien

Comme mentionné dans l'introduction, nous concevons l'ordre international selon un modèle westphalien remanié, affranchi en partie du volontarisme étatique exclusif et proposant la pluralité de l'ordre juridique international. Si aujourd'hui l'affranchissement de la conception westphalienne peut être discuté, on doit reconnaître que ce n'était pas le cas il y a 200 ans : au XIX^{e} siècle, le droit

tellement supérieur, il est si universellement reconnu comme un impératif de la civilisation, qu'on éprouve le besoin de le proclamer, autant et même plus pour le respect qu'on lui porte que pour celui que l'on attend de l'adversaire. ».

[100] Voir Online Casebook, *supra* note 93, Fundamentals of IHL, B. International Humanitarian Law as a Branch of Public International Law, I. International Humanitarian Law: at the vanishing point of international law, Introductory text.

international était, d'une part, principalement centré sur les États et, d'autre part, fortement marqué par le volontarisme et la réciprocité.

Le modèle westphalien de l'ordre international a vu le jour au XVII[e] siècle avant de subir une rationalisation subséquente au cours de la deuxième moitié de XIX[e] siècle[101]. Ce modèle a proposé un changement de paradigme organisationnel profond, en plaçant l'État au centre de toutes les préoccupations et toutes les décisions ; il a établi une relation de coordination, plutôt que de subordination, entre les États, sujets égaux entre eux, mais tout de même différents les uns des autres[102]. Or, c'est dans cette relation d'égal à égal que s'ancre la possibilité d'une justice globale, qui, à son tour, est nécessaire à une cohabitation paisible. En effet, les conceptions de ce qui est juste sont vouées à être aussi variées et nombreuses qu'il y a d'États. Puisqu'une définition unique de justice n'est pas envisageable entre des États également souverains, un système juridique fondé sur la coordination, comme l'est le modèle westphalien, est celui qui offre le moyen le plus adéquat de signifier la volonté de cohabitation paisible[103]. Il est acquis que les personnes qui se trouvent à l'intérieur des frontières d'un territoire donné sont soumises au contrôle de l'État dans lequel elles se trouvent[104]. De cette acception relative au contrôle découle le principe de la souveraineté étatique[105].

---

[101] Pour une analyse de l'hypothèse voulant que l'arrivée du modèle moderne des relations internationales basé sur un développement géographique inégal ait transformé la nature de la vie politique en Europe et à l'échelle mondiale au cours du XIX[e] siècle, voir Benno Gerhard Teschke, « The Making of the Westphalian State-System: Social Property Relations, Geopolitics and the Myth of 1648 », thèse de doctorat, London School of Economics, 1999, accessible en ligne, LSE Theses Online : <http://etheses.lse.ac.uk/1555/1/U126793.pdf>. Voir aussi Mark Zacher, « The Decaying Pillars of the Westphalian Temple » dans James Rosenau et Ernst-Otto Czempiel, dir, *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, CUP, 1992 aux pp 58–101 ; Stephen D. Krasner, « Compromising Westphalia » (1995) 20:3 IS 115–151 ; Leo Gross, « The Peace of Westphalia: 1648-1948 » (1948) 42 AJIL 20–41.

[102] Voir MPEPIL (Rainer Grote) *sub verbo* « Westphalian System » (2006) [MPEPIL, Westphalian System]. Voir aussi Casebook, 2[e] éd française, *supra* note 40 au chap 1 à la section I à la p 1.

[103] Besson (2010), *supra* note 25 à la p 176 [notre traduction]. Ce concept de cohabitation paisible n'est pas sans rappeler la définition donnée par le Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge du principe d'humanité : « Né du souci de porter secours sans discrimination aux blessés des champs de bataille, le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, sous ses aspects international et national, s'efforce de prévenir et d'alléger en toutes circonstances les souffrances des hommes. Il tend à protéger la vie et la santé ainsi qu'à faire respecter la personne humaine. Il favorise la compréhension mutuelle, l'amitié, la coopération et une paix durable entre tous les peuples. » : *Les Principes fondamentaux de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, réf 0513, Genève, CICR, 1996, en ligne : <https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0513_principes_fondamentaux_cr_cr.pdf> [la Proclamation des principes fondamentaux de la Croix-Rouge].

[104] MPEPIL, Westphalian System, *supra* note 102 au para 5.

[105] La Cour permanente de justice a proposé une définition de la souveraineté étatique dans l'*Affaire S.S. 'Wimbledon'* (1923), CPJI (sér A) n[o] 1 au para 25: « [It] *is subject to no other state and has full and exclusive powers within its jurisdiction without prejudice to the limits set by applicable law* ».

Cet attribut constitue l'un des acquis les plus importants du système westphalien[106] et est désormais enchâssé au premier paragraphe de l'article 2 de la *Charte des Nations Unies*[107].

Même dans son itération la plus classique, la perspective westphalienne reste *a priori* compatible avec l'existence même du DIH, la guerre étant une forme traditionnelle de relations interétatiques[108]. L'État possède le monopole de la violence sur le territoire qu'il contrôle et est le seul qui peut enfreindre la règle du non-usage de la force enchâssée dans la *Charte des Nations Unies*. En même temps, la guerre n'existe pas sans l'action — qu'elle soit sophistiquée ou non — de la personne humaine. Le DIH navigue donc entre l'État et l'individu, en gardant le cap sur un élément qui transcende et affecte ces deux catégories : la réglementation des comportements humains, principalement les comportements violents.

L'affranchissement du modèle westphalien affecte le DIP en entier[109], pas uniquement le DIH. Cela étant dit, le DIH incarnant « toute la faiblesse et, en même temps, toute la singularité du droit international »[110], nous identifions deux caractéristiques spéciales du DIH qui marquent une certaine émancipation de la forme traditionnelle, soit le déplacement d'une réciprocité immédiate vers une réciprocité systémique (1.4.1), ainsi que l'apport particulier d'éléments non juridiques au développement de ce droit (1.4.2).

---

[106] MPEPIL, Westphalian System, *supra* note 102.

[107] *Charte des Nations Unies* (1945), en ligne, Nations Unies : <https://www.un.org/fr/charter-united-nations/>; RT Can 1945 nº 7 [Charte des Nations Unies ou CNU], à lire avec le para 7 du même article qui concerne la non-intervention de l'ONU dans les affaires intérieures des États. Au sujet de la notion d'égalité entre États souverains (qui peut s'ajouter par interprétation à la règle énoncée à l'art 2(7)), de la place fondamentale qu'occupe ce concept en droit international et de sa valeur évidente qui le situe même au-delà d'une création conventionnelle ou émanant d'une pratique étatique (« *sovereign equality is an axiomatic assumption of international law* »), voir Louis Henkin, « General Course of Public International Law. International Law: Politics, Values and Functions » (1989-IV) 215 RCADI aux pp 45 et suiv ; voir aussi Robert Kolb, « Selected Problems in the Theory of Customary Humanitarian Law » (2003) 50:2 NILR 119–150 [Kolb (2003)].

[108] Casebook, 2e éd française, *supra* note 40, à la partie I au chap 2 à la p 2.

[109] *Infra* section 1.6.1.

[110] Casebook, 2e éd française, *supra* note 40 à la partie I au chap 2 à la p 2.

1.4.1 De la réciprocité immédiate vers la réciprocité systémique

La réciprocité, lorsqu'elle est immédiate, peut devenir un facteur toxique permettant d'invoquer la conditionnalité et servant d'excuses pour répondre des violations commises par l'autre partie[111]. Cette réciprocité *quid pro quo,* ou « donnant-donnant », s'ancre fermement dans le bilatéralisme et dans l'idée que toutes les relations interétatiques sont basées sur l'intérêt propre, que les États ne s'impliquent dans des relations juridiques que pour promouvoir au mieux leurs intérêts en réconciliant ceux-ci avec ceux des autres États avec lesquels ils désirent transiger[112]. Les mécanismes de la réserve et de la suspension d'un traité comme conséquence de sa violation, qui sont tous deux consacrés dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*[113], constituent deux exemples de ce type de réciprocité examinés dans le chapitre 2.

À l'instar de Provost, nous croyons que la réciprocité immédiate constitue un passage transitoire vers une autre forme de réciprocité, celle-ci liée à l'existence continue du système et pas uniquement celle de l'État : la réciprocité systémique[114]. Cette forme de réciprocité concerne moins l'échange d'avantages (immédiats) entre les deux parties que l'assurance que le système dans lequel évoluent les parties impose les mêmes obligations et accorde les mêmes droits[115]. Cette égalité des parties mène à la création d'intérêts mutuels à préserver le système, c'est-à-dire, dans le cas qui nous

---

[111] René Provost, « Asymmetrical Reciprocity and Compliance with the Laws of War » dans Benjamin Perrin, dir, *Modern Warfare: Armed Groups, Private Militaries, Humanitarian Organizations, and the Law*, 2010, Vancouver, UBC Press, pp 17–42 [notre traduction] [Provost (2010)].

[112] Antonio Cassese, « A Big Step Forward for International Justice » (2003) *Crimes of War Magazine* (ce texte qui a été initialement rédigé en tant que contribution au *Crimes of War Project* : <www.crimesofwar.org> n'est plus disponible sur ce site) [Cassese (2003)].

[113] *Convention de Vienne sur le droit des traités* (1969), 1155 RTNU (1980) n° 18232 aux pp 354–377, respectivement aux arts 21(b) et 60 [CVDT (1969)].

[114] René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, 2002 à la p 122 [Provost (2002)] ; Provost (2010), *supra* note 111. Voir aussi Sophie Rondeau, « The Pragmatic Value of Reciprocity: Promoting Respect for International Humanitarian Law among Non-State Armed Groups » dans Perrin (2010), *supra* note 111 aux pp 43–72 [Rondeau (2010)]. Pour une application juridique de la théorie du « *social exchange* » de Peter M. Blau (*Exchange and Power in Social Life*, 2e éd, 2017, Londres, Taylor & Francis), selon laquelle il y a une distinction entre réciprocité spécifique (« *situations in which specified partners exchange items of equivalent value in a strictly delimited sequence* ») et réciprocité diffuse (« *a definition* [...] *less precise* [*where*] *one's partner may be viewed as a group rather than as particular actors, and the sequence of events is less narrowly bounded* »), voir Robert Keohane, « Reciprocity in International Relations » (1986) 40:1 IO 1–27 à la p 4. Au sujet de la « *real reciprocity* » assimilable en partie à la réciprocité systémique et qui consiste à contribuer à l'émergence d'un contrat global qui englobe le DIH et dont tous les peuples peuvent bénéficier mutuellement, voir aussi Mark Osiel, *The End of Reciprocity: Terror, Torture, and the Law of War*, Cambridge, CUP, 2009.

[115] Jonathan Somer, « Jungle Justice: Passing Sentence on the Equality of Belligerents in Non-International Armed Conflict » (2007) 89:867 IRRC 655–690 aux pp 659 et suiv [Somer (2003)].

intéresse, le DIP duquel fait partie le DIH. Il a certes le problème, déjà identifié par Provost[116], de l'égalité des belligérants : cette égalité, qui constitue aux dires de Somer « *the most disagreeable aspect for states* »,[117] est grandement affaiblie dans les CANI. L'objectif de cette thèse n'est pas de résoudre cet épineux problème ; nous nous limitons à affirmer que le principe d'égalité des belligérants se définit d'une façon qui dépasse l'établissement de concessions mutuelles et qui est assimilable à la notion de parité[118], et donc qu'un glissement de la réciprocité immédiate vers une réciprocité systémique qui respecte le principe d'égalité des belligérants est possible, quoique présentant des difficultés, surtout en ce qui concerne sa mise en œuvre.

Du reste, un « reliquat » de réciprocité immédiate est envisageable, rendant l'affranchissement graduel et partiel. Le DIH ne bénéficie pas d'une autorité centralisée forte, comme c'est par exemple le cas dans les systèmes de droit pénal nationaux[119]. Historiquement, il est vrai que le DIH s'inscrit dans une logique d'engagements qui engendrent une réciprocité immédiate entre les parties. Par exemple, comme nous le verrons plus loin[120], sous les CGI–IV (1949) et les PAI–II (1977), les réserves qui sont compatibles avec le but et l'objet de ces instruments ne sont pas prohibées et plusieurs États se sont prévalus de cette possibilité. Cette possibilité est atténuée par le fait que les obligations *erga omnes*, qui sont nombreuses[121], ne sont pas bilatéralisables et donc que les réserves formulées à leur égard n'ont simplement pas d'effet réciproque. En effet, ces dispositions conventionnelles formulent des obligations qui sont dues à tous les États et à la communauté internationale dans son ensemble. Même si un État partie formule des réserves sur ces obligations humanitaires essentielles, cela ne pourrait pas en modifier substantiellement le contenu pour les

---

[116] Provost (2002), *supra* note 114 aux pp 161–162.

[117] Somer (2003), *supra* note 115 à la p 656 [notre traduction] : « *The principle of equality of belligerents, central to the traditional law of armed conflict, is arguably the most disagreeable aspect for states when it comes to adopting a law of non-international armed conflict. By its very nature, the principle strikes at the central tenet of the state, that being its authority over its constituents. Nevertheless, a humanitarian consensus was reached at the 1949 Diplomatic Conference in Geneva (Geneva Conference) imposing obligations on both state and non-state parties to a conflict, albeit in a trade-off that provided a minimum level of protection for a maximum scope of coverage*. ».

[118] *Ibid* aux pp 659 et suiv.

[119] Provost (2002), *supra* note 114 aux pp 123 et 237.

[120] *Infra* section 2.2.2.

[121] P. ex. l'art 3 commun CGI–IV (1949) ; la deuxième partie de la CGIV (1949) qui prévoit la protection générale des populations contre certaines conséquences de la guerre ; les arts 73 et 75 PAI (1977) concernant respectivement le traitement des réfugiés et des apatrides dans le pouvoir d'une partie au conflit et les garanties fondamentales de toutes les personnes au pouvoir d'une partie au conflit ; tout le PAII.

autres. Malgré l'existence du mécanisme de réserves, les obligations *erga omnes* offrent donc la possibilité d'une émergence de la réciprocité systémique[122].

Dans le même ordre d'idées, notons que la *clausula si omnes* (la clause participatoire) ne figure plus aujourd'hui dans le DIH conventionnel[123]. Cette clause, que l'on trouvait à l'origine dans la *Convention relative aux lois et coutumes de guerre* (1899)[124], permettait aux États parties d'ignorer les conventions visées si l'une ou plusieurs des parties au conflit armé n'avaient pas ratifié celles-ci. Cette clause a été renversée dans la *Convention sur le traitement des prisonniers de guerre* (1929)[125], puis dans l'article 2(3) commun CGI–IV (1949)[126] prévoyant l'application des conventions entre les Puissances qui sont parties au conflit, même si l'un des belligérants n'est pas partie à la convention, offrant même la possibilité à la Puissance non-partie de reconnaitre la Convention spécifiquement pour le conflit en l'espèce. C'est probablement dans cet esprit qu'en 1949, lors de l'adoption des CGI–IV, le CICR a proposé aux Puissances réunies, toutefois sans succès, un préambule dont la teneur, identique pour les quatre Conventions, était (en partie) la suivante : « Le

---

[122] Rondeau (2010), *supra* note 114.

[123] Comme l'explique Meron, cette clause a menacé l'intégrité des poursuites engagées à Nuremberg, mais le tribunal s'est opposé à cet argument en déclarant que les règles énoncées dans la *IVe Convention de La Haye* de 1907 étaient considérées comme coutumières en 1939, rendant désuète la clause participatoire : Theodor Meron, « The Humanization of Humanitarian Law » (2000) 94 AJIL 239–278 aux pp 247 *in fine* et 248 [Meron (Humanization 2000)]. Voir aussi MPEPIL, (Philippe Gautier) *sub verbo* « General Participation Clause (*Clausula si omnes*) » (2006) et Christopher Greenwood, « Historical Development and Legal Basis » dans Dieter Fleck, dir, *Handbook of International Humanitarian Law,* 2e éd, Oxford, OUP, 2010, pp 1–38 au para 102(2) [Greenwood (2010)].

[124] *Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre* (1899), La Haye, Nijhoff, 1907 aux pp 19–28, en ligne : CICR <www.icrc.org/ihl> [CII (1899)]. On la retrouve aussi à la *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre* (1907) NRGT 3e sér, t 3, p 360 à l'art 2 [CIV (1907) ou Règlement de La Haye (1907)] : « Les dispositions contenues dans le Règlement visé à l'article 1er ainsi que dans la présente Convention, ne sont applicables qu'entre les Puissances contractantes et seulement si les belligérants sont tous parties à la Convention. ».

[125] 118 RTSN (1931-1932) no 2734 aux pp 343–411 à l'art 82(2) [Convention PG (1929)] : « Au cas où, en temps de guerre, un des belligérants ne serait pas partie à la Convention, ses dispositions demeureront néanmoins obligatoires entre les belligérants qui y participent. ».

[126] « Si l'une des Puissances en conflit n'est pas partie à la présente Convention, les Puissances parties à celle-ci resteront néanmoins liées par elle dans leurs rapports réciproques. Elles seront liées en outre par la Convention envers ladite Puissance, si celle-ci en accepte et en applique les dispositions. ».

respect de l'être humain et de sa dignité est un principe universel qui s'impose même en l'absence de tout engagement contractuel »[127].

Si l'on ne peut pas affirmer que l'article 2(3) commun constitue un fondement robuste pour asseoir l'établissement d'un système de réciprocité systémique en DIH conventionnel, puisqu'il ne s'adresse qu'aux États déjà parties, son inclusion dans les CGI–IV illustre tout de même un éloignement de la réciprocité immédiate. Cet éloignement semble en outre consacré en DIH coutumier, tel que consigné dans l'Étude sur le DIHC. Le sujet du droit international coutumier fera l'objet d'un développement substantiel ci-dessous, mais pour les besoins du présent chapitre, mentionnons ici la Règle 140 qui indique qu'en cas de CAI comme de CANI, « [l]'obligation de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire subsiste même en l'absence de réciprocité »[128]. Les fondements conventionnels cités au soutien de l'existence de cette règle sont les articles 1 et 2 communs CGI–IV (1949) qui mentionnent l'obligation de respecter le DIH « en toutes circonstances », ce qui sous-entend la survie de l'obligation même lorsqu'une ou plusieurs parties au conflit ne respectent pas le DIH. L'article 51(8) PAI peut aussi être invoqué pour illustrer un délaissement de la réciprocité immédiate :

> Aucune violation de ces interdictions [d'attaques dirigées à titre de représailles contre la population civile ou des personnes civiles] ne dispense les Parties au conflit de leurs obligations juridiques à l'égard de la population civile et des personnes civiles, y compris l'obligation de prendre les mesures de précaution […].

Comme nous l'apprend le Commentaire de 1987[129], cette disposition, qui envisage l'hypothèse où d'autres dispositions du Protocole ne seraient pas respectées, est reliée à l'article 60 CVDT (1969)[130]

---

[127] Tel que rapporté dans Commentaires Pictet CGI (1958), *supra* note 8 à la p 22 (préambule). Pour une critique de cette proposition d'inclusion d'un élément moral dans le DIH, voir Ronen (2013), *supra* note 16 aux pp 475–497.

[128] Étude sur le DIHC (2005), *supra* note 7 à la R140. La pratique colligée par le CICR pour cette règle mentionne l'existence de cette obligation dans les manuels militaires de l'Australie, la Belgique, le Canada, la Colombie, l'Équateur, l'Allemagne, la France, Israël, les Pays-Bas, la Nouvelle-Zélande, l'Espagne, le Royaume-Uni et les États-Unis ; de plus, les affaires *Rauter* de la Cour spéciale de cassation des Pays-Bas, *Von Leeb* du Tribunal de Nuremberg, *Namibie* de la CIJ ainsi que la révision de l'acte d'accusation dans *Martić* et le jugement dans *Kupreškić* au TPIY sont aussi mentionnées comme confirmant cette règle : en ligne, CICR : <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter40_rule140>.

[129] Commentaire PAI (1987), *supra* note 8 aux paras 1991–1993 à l'art 51.

[130] CVDT (1969), *supra* note 113.

et pose clairement l'application obligatoire du PAI, même s'il y avait violation de la part d'une autre Partie.

La situation la plus proche d'une réciprocité systémique est celle où une partie au conflit applique des règles de DIH en l'absence d'un cadre juridique contraignant : c'est dans cette perspective que la pratique américaine pendant la Guerre du Golfe de 1991, opposant l'Irak aux États-Unis, deux États n'ayant pas ratifié le PAI (1977), retient ici notre attention. Dans son rapport au Congrès au sujet de ce conflit armé, le département de la défense américaine a abordé des questions qui sont presque toutes réglementées dans le PAI, sans toutefois mentionner systématiquement la valeur coutumière de ce Protocole[131]. La plupart des arguments juridiques reposent plutôt sur des dispositions générales des CGI–IV (1949) et d'autres traités — et ce, rappelons-le, même si les sujets abordés sont explicitement visés par le PAI. L'État américain semble donc appliquer des règles de DIH sans que la source d'obligations conventionnelles évidente leur soit opposable et sans qu'ils reconnaissent explicitement la valeur coutumière de ces règles. Pourquoi alors les États-Unis ont-ils affirmé avoir respecté ces règles ? Sans nous lancer trop loin dans une spéculation plus anecdotique que juridique, on peut relever que certains invoquent des motifs d'ordre public, ce qui s'approche d'une application de la réciprocité systémique[132]. Il est en effet possible qu'en réclamant des forces

---

[131] États-Unis, Département de la défense, « Final Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War » (1992), Appendix O, (The Role of the Law of War), en ligne : <https://apps.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a249390.pdf> [É-U, Rapport de 1992] : les règles régissant les sujets suivants sont mentionnées comme étant contraignantes sans que leur valeur coutumière soit reconnue par les États-Unis : la protection civile dans les territoires occupés (PAI, art 63 / pp O-6 à O-9); le rôle des conseillers juridiques dans les forces armées (PAI, art 82 / p O-3) ; la prise d'otages (PAI, art 75(2) c) / pp O-4 et O-5) ; l'interdiction de la perfidie et utilisation de la ruse (PAI, art 37 / pp O-20 à O-22) ; les crimes de guerre (PAI, art 75(7) / pp O-22 à O-26) ; la protection de l'environnement naturel (PAI, art 55 / pp O-26 et O-27) ; la conduite des États neutres (PAI, art 31 / pp O-28 à O-31) ; le traitement des prisonniers de guerre (PAI, art 44 PAI / pp O-19 et O-20) ; le rapatriement des prisonniers de guerre (PAI, arts 75(6) et 85(4) b) / p O-20) ; le concept de « se rendre » dans la conduite des hostilités dans les opérations (PAI, art 41(2) b) / pp O-32 à O-35). En ce qui a trait à l'obligation de minimiser les dommages collatéraux ainsi que le concept d'attaque (pp O-9 à O-16) qui sont généralement traités dans les règles visant la protection générale contre les effets des hostilités (PAI, arts 48–51), les États-Unis reconnaissent leur valeur coutumière (p O-13) : « *As previously indicated, the United States in 1987 declined to become a party to Protocol I ; nor was Protocol I in effect during the Persian Gulf War, since Iraq is not a party to that treaty. However, the language of Articles 48 and 49(1) (except for the erroneous use of the word 'attacks') is generally regarded as a codification of the customary practice of nations, and therefore binding on all.* ».

[132] Dieter Fleck, « International Humanitarian Law after September 11: Challenges and the Need to Respond » (2003) 6 YIHL 41–71 à la p 61 : « [*H*]*umanitarian protection standards were applied for policy reasons even in a situation in which treaty obligations did not exist.* » Dans le même ordre d'idées, il a été suggéré que les États-Unis appliquaient des dispositions du PAI *comme si (« as if »)* elles étaient du droit coutumier: Leslie C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester, MUP,1993 à la p xv: « *Although Protocol I of 1977 has not been acceded to by the majority of the leading military powers, since General Colin Powell, Chairman of the US Joint Chiefs of Staff, in his Report to Congress on Coalition operations in the Gulf in 1991, made it clear that the provisions of the Protocol were, for the main part, applied as if they constituted customary law* », puis reprise par Fleck *ibid* à la p 60.

irakiennes qu'elles agissent selon les mêmes standards auxquels elles se sont elles-mêmes soumises au-delà des conventions ratifiées et des règles coutumières, les forces américaines aient agi dans l'intérêt de la sauvegarde de l'intégrité du droit international humanitaire. Cette explication va dans le sens d'un extrait du Rapport de 1992, où il est question du respect des « *fundamental laws of war* » sans mention d'une filiation au droit conventionnel ou coutumier[133]. Il est toutefois aussi possible qu'il s'agisse là d'un froid calcul politique qui ait peu à voir avec la sauvegarde de l'humanité telle qu'on la retrouve dans les Protocoles. Ce peut aussi être une combinaison des deux, ce qui, selon nous, est l'option la plus probable, dans quel cas on reconnait qu'une partie de réciprocité systémique se taille une place dans l'application du DIH, peut-être pas encore une place proéminente, mais à tout le moins qui marque un recul de la réciprocité immédiate et un avancement graduel vers l'affranchissement du modèle westphalien.

1.4.2 Les interférences extrajuridiques et le processus pluraliste dans le développement du DIH

> *Armed conflict presents one of the most difficult problems for international law.* […T]*his is an area in which international law rules tend to have high normative content, invoking weighty inherent authorities such as respect for life and preservation of world order. At the same time, however, this is also an area in which one can least expect inherent authority alone to be effective since the states involved typically consider their fundamental national interests to be at stake. Thus, this is an area which critically requires a balance of the ideal and the practical, if international law is to have real-world effect.*[134]

Le DIH s'est développé par le biais d'un processus pluraliste en plusieurs points semblable à celui permettant une appréhension positiviste inclusive des sources[135]. Dans ce processus, qui donne aux

---

[133] É-U, Rapport de 1992, *supra* note 131 à la p O-9 (Targeting, collateral damage and civilian casualties) : « *As a general principle, the law of war prohibits the intentional destruction of civilian objects not imperatively required by military necessity and the direct, intentional attack of civilians not taking part in hostilities. The United States takes these proscriptions into account in developing and acquiring weapons systems, and in using them in combat. Central Command (CENTCOM) forces adhered to these fundamental law of war proscriptions in conducting military operations during Operation Desert Storm through discriminating target selection and careful matching of available forces and weapons systems to selected targets and Iraqi defenses, without regard to Iraqi violations of its law of war obligations toward the civilian population and civilian objects*. ».

[134] ILA (États-Unis), « Report of the Committee on the Formation of Customary Law » (1987-1988) 1987 *Proceedings of the American Branch of the ILA* 101 à la p 115.

[135] *Infra*, section 3.3.

États voix au chapitre, se côtoient aussi dans une relation de particulière proximité une cacophonie de contributions[136] provenant d'instances et de forums autant domestiques et qu'internationaux, du milieu civil et du milieu militaire, des cercles académiques comme des organisations de la société civile et des acteurs humanitaires. Ce phénomène pluraliste n'est pas unique au DIH : en fait, il décrit une partie du paysage de la théorie contemporaine du droit international public[137]. Le DIH se démarque pourtant, non seulement du fait que des acteurs non étatiques prennent part aux débats contemporains, mais en raison du nombre très élevé de ces acteurs par rapport aux États[138]. Les États eux-mêmes reconnaissent (ce qui ne veut pas dire qu'ils endossent), dans une certaine mesure, cette pluralité. À preuve, la qualification du rôle premier (*primary*, en anglais) des États dans le développement du DIH dans le préambule d'une résolution de la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. La mention du rôle « important » du CICR de « travailler à la compréhension et à la diffusion du DIH »[139] peut s'interpréter comme une reconnaissance implicite d'un rôle subsidiaire que pourraient jouer des entités outre-étatiques dans le développement du DIH, quoique nous reconnaissons qu'il est plus probable que le terme « premier » ait été utilisé comme un

---

[136] Schmitt / Watts (2015), *supra* note 14 aux pp 172 et 173 [notre traduction de *cacophony of inputs*]. Au sujet de la communauté spécialisée des juristes humanitaires qui élabore le DIH par le biais d'un processus de dialogue interactif: Sandesh Sivakumaran, « Making and Shaping the Law of Armed Conflict » 71 CLP 1 (2017) 119–160, en ligne : SSRN, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3084238> aux pp 8 et suiv [Sivakumaran (SSRN 2017)].

[137] Emmanuel Roucounas, *A Landscape of Contemporary Theories of International Law*, Leiden, Brill/ Nijhoff, 2019 à la p xvi (Preface: The Choir Group) : « *The landscape of the contemporary theory of public international law may be envisioned as comprising a rambling choir group of teachers, judges, lawyers, governmental and international agents, as well as philosophers and other thinkers of social sciences. This imaginary group has no settled choirmasters. It combines voices of widely recognized virtuosi, tenors, sopranos, prima-donnas, basses and sotto voce chanters, imitators, and those who only hum or sing in languages not understood by the others. The choir features soloists and ensembles singing separately or in counterpoint; it sometimes performs madrigals (where different people use different melodies), but also splits into three or four main groups, and as the case might be, decomposes in more than thirty subgroups. When it chants a cappella, it risks losing the exact tonalities. Notwithstanding their differences, most choristers succeed in chanting harmoniously, singing and playing joyfully; but some contribute to dissonance, obscure the music, and hence the choir cannot avoid giving a semblance of disarray. It also sometimes happens that choristers, although performing on the same stage, have never heard of each other and thus may ignore the performance of one another*. ».

[138] Schmitt / Watts (2015), *supra* note 14 aux pp 191–192 ; Shereshevsky (2019), *supra* note 20 à la p 57.

[139] XXXIe Conférence Internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Résolution « Le renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés », 31IC/11/R1, 2011, en ligne : <https://rcrcconference.org/app//uploads/2019/03/31-international-conference-resolution-1-strengthening-ihl-FR.pdf> [XXXIe Conférence Internationale (2011)] : « *soulignant* le rôle premier des États dans le développement du droit international humanitaire; *rappelant* que l'un des rôles importants du CICR, conformément aux Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, est notamment 'de travailler à la compréhension et à la diffusion du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et d'en préparer les développements éventuels' ». La conférence réunit à tous les quatre ans tous les États parties aux CG I-IV (1949), ce qui constitue à ce jour tous les États membres des Nations Unies, la ratification de ces conventions étant universelle ; pour plus de détails voir *infra* section 3.3.2.

synonyme d'« exclusif » pour confirmer la chasse gardée de l'État en la matière du développement du droit international[140].

De nos jours, la participation étatique est de plus en plus ténue, et les expressions d'*opinio juris* des États, en ce qui a trait aux règles de DIH, se font de plus en plus rares. On ne trouve presque plus de réponses étoffées de la part des États lorsque des acteurs non étatiques avancent des propositions susceptibles de contribuer à la clarification et à l'interprétation, voire au développement du DIH, ce qui arrive de plus en plus fréquemment. Comme l'ont affirmé Schmitt et Watts, « *the guns of State IHL opinio juris have fallen silent* »[141]. En outre, comme ce fut déjà souligné par la doctrine, les interférences extrajuridiques propres au DIH exacerbent le besoin d'avoir des règles « clés en mains », prêtes à être employées : la spécialisation fonctionnelle du DIH mentionnée plus haut[142] en fait une branche du droit international qui s'adresse aux non-juristes. Aussi, la complexité technique de plusieurs des sujets à transposer dans l'ordre juridique international ainsi que la lourdeur de la charge sociale et psychologique liée aux situations à réglementer augmentent le besoin de précision et de clarté des règles. Ce besoin est traditionnellement comblé par le traité qui offre en effet les avantages de la clarté et de la précision, en plus de la prévisibilité, la permanence et l'accessibilité accrue[143]. Il arrive toutefois que des énoncés formulés de façon précise et claire qui répondent aux besoins de la communauté internationale, mais qui ne sont pas des règles juridiquement contraignantes soient tout de même considérées comme telles, principalement parce qu'elles ont *prima facie* toutes les apparences d'une règle.

---

[140] Dans le sens d'une reconnaissance tacite d'une rôle subsidiaire des entités non étatiques : Sivakumaran (SSRN 2017), *supra* note 136 aux pp 8–9 à la n 42. Dans le sens du développement du droit international comme la chasse-gardée des États: Michael Bothe, « The International Committee of the Red Cross and the Additional Protocols » dans Robin Geiß, Andreas Zimmermann et Stefanie Haumer, dir, *Humanizing the Laws of War: The Red Cross and the Development of International Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, 2017, 57–80 à la p 80.

[141] Schmitt / Watts (2015), *supra* note 14 à la p 174.

[142] *Supra* section 1.1.

[143] Mark E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Study of their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, Nijhoff, 1985 à la p 128 [Villiger (1985)].

Une analogie féconde entre le concept de *ready-made* au sens juridique — évoqué initialement par Lord McNair[144] et utilisée par Kolb dans le contexte du DIH[145] — et la représentation artistique des *readymades* peut être établie. La paternité de cette représentation artistique revient à l'artiste-plasticien Marcel Duchamp. En présentant des objets « tout faits » qu'il choisissait pour leur neutralité esthétique, Duchamp affirme que « nier la possibilité de définir l'art » constitue le point central des *readymades*[146]. Appliqué au contexte juridique, ce concept permet de poser la question suivante : lorsqu'un texte ou un énoncé ressemble à l'idée qu'on se fait du droit et qu'il est facile de l'utiliser comme tel, conclut-on plus facilement qu'il s'agit bel et bien d'une règle de droit, parfois même au mépris des règles autrement fixées pour en arriver à cette conclusion ? Corollairement, l'invocation du concept de *ready-mades* permet de s'interroger sur la juridicité d'une règle qui a tout l'air d'en être une sans pourtant l'être. Ces questions se posent de façon plus aigüe en ce qui a trait au droit international coutumier, plus particulièrement dans le cas de l'Étude sur le DIHC, ce document possédant plusieurs des caractéristiques qu'on attend des règles de droit ; nous aborderons ce sujet en détail dans le chapitre consacré à cette source[147]. Dans le contexte de ce chapitre préliminaire, nous posons le postulat plus général voulant que le concept de *ready-made* soit plus susceptible d'être invoqué dans le contexte du DIH, considérant, d'une part, le processus pluraliste et, d'autre part, le fait que ce droit ne s'adresse pas en priorité aux professeurs, chercheurs et avocats, mais bien aux militaires ainsi qu'aux personnes qui participent directement aux hostilités, puisque c'est à travers leurs gestes, leurs abstentions et leurs décisions que passe le respect ou la violation des règles. C'est pour ces raisons que l'incitatif à avoir un ensemble de règles « clés en main » facilement transmissibles aux non-juristes n'est jamais aussi fort qu'en DIH. C'est aussi exactement pour les mêmes raisons qu'il est nécessaire de redoubler d'ardeur lorsqu'on cherche à identifier les règles qui forment ce droit. Il serait en effet encore plus attirant que dans d'autres branches du DIP

---

[144] Dans une opinion séparée d'une décision de la Cour permanente de justice, Lord McNair a utilisé ce concept pour mettre en garde contre une importation intégrale des institutions de droit privé en droit international public : CPJI, *Status of South-West Africa* (1937), PCIJ (sér. A/B) n° 70, opinion séparée du juge McNair, 148.

[145] Kolb utilise l'expression « *ready-made* » dans le cadre d'une analyse du droit de la guerre au début du XIXe siècle où la codification n'en était qu'à ses débuts et donc que des « *ready-made, lock, stock, and barrel set of precise rules* » étaient particulièrement difficiles à identifier : Robert Kolb, « The Protection of the Individual in Times of War and Peace » dans Bardo Fassbender et Anne Peters, dir, *The Oxford Handbook of the History of International Law* (2012), Oxford, OUP, 2012, 317–337 à la p 322 [Kolb (2012)].

[146] Calvin Tomkins, *Marcel Duchamp: The Afternoon Interviews*, New York, Badlands, 2013 à la p 17 [notre traduction]; et Katherine Kuh, « Marcel Duchamp » dans *The Artist's Voice: Talks with Seventeen Modern Artists*, New York, Da Capo, 1961, 81–93 à la p 90, tels que cités dans Thomas Girst, *The Duchamp Dictionary*, New York, Thames & Hudson, 2014, à la p 154.

[147] *Infra* Chapitre 3.

de reconnaître une règle là où il n'y a qu'un énoncé persuasif, mais non juridiquement contraignant. Par contre, ces énoncés persuasifs doivent être pris en compte dans la contribution du DIH, à défaut de quoi ce droit finira par être déconnecté de la réalité.

Pour revenir à l'analogie avec la démarche artistique de Duchamp via les *readymades* : au-delà de l'/a (im)possibilité de définir l'art, force est de reconnaitre que les *readymades* de Duchamp sont des œuvres d'art : *Roue de bicyclette* (1913/1964), *Porte-bouteilles* (1914/1915), *Neuf Moules Mâlic* (1914/1915) et *Fontaine-Urinoir* (1917/1964) constituent non seulement des œuvres artistiques, mais des références incontournables de l'art contemporain du XXe siècle. Alors, à quel(s) moment(s) ces objets usuels se sont-ils transformés en œuvres d'art ? Certains, ils ne seraient toutefois pas nombreux, pourront dire que c'est dès le moment où l'artiste a eu l'idée de cette transformation. D'autres, ceux-là se feraient moins rares, verront une concrétisation de ce processus dans l'acquisition de ces œuvres par des musées nationaux d'importance. Duchamp lui-même semble proposer que la transition se fasse lorsqu'il appose une phrase sur l'objet[148]. La réponse à cette question n'est pas offerte ici, laissant cette tâche aux théoriciens et praticiens de l'art[149]. Nous la transposons toutefois au contexte du DIH : il est assez difficile de nier l'existence des règles de DIH. Peu affirmeront qu'une conférence diplomatique crée à elle seule du droit, de la même façon qu'il y aura quasi unanimité à reconnaître le caractère juridiquement contraignant (relatif aux parties) des règles conventionnelles. Mais, entre les deux, à quel(s) moment(s) l'idée se transforme-t-elle en droit ? Et comment des énoncés persuasifs provenant d'acteurs non étatiques influencent-ils ce processus ? Nous gardons en tête cette analogie des *readymades* dans notre travail de recherche des caractéristiques spéciales du DIH dans la façon d'appliquer les sources du DIP.

---

[148] Marcel Duchamp, discours au Musée d'art moderne de New York (1961) dans le cadre de l'exposition *Art of assemblage*, reproduit dans Marcel Duchamp, *Duchamp du signe* (1994) Paris, Flammarion aux p 191–192, disponible en ligne, Centre Pompidou: <http://mediation.centrepompidou.fr/education/ressources/ENS-Duchamp/ENS-duchamp.htm#texte1> : « Une caractéristique importante: la courte phrase qu'à l'occasion j'inscrivais sur le readymade. Cette phrase, au lieu de décrire l'objet comme l'aurait fait un titre, était destinée à emporter l'esprit du spectateur vers d'autres régions plus verbales. Quelques fois j'ajoutais un détail graphique de présentation: j'appelais cela pour satisfaire mon penchant pour les allitérations, 'un *readymade* aidé' (*readymade aided*). Une autre fois, voulant souligner l'antinomie fondamentale qui existe entre l'art et les *readymades*, j'imaginais un '*readymade* réciproque' (*reciprocal readymade*) : se servir d'un Rembrandt comme table à repasser ! »

[149] Voir p. ex. Fabien Danesi, *L'ambivalence du ready-made à l'époque postmoderne*, Thèse de doctorat en Art et archéologie sous la direction de Philippe Dagen soutenue en 2002 à Paris 1 ; Emmanuel Latreille, *Le monde comme art*, Thèse de doctorat en Arts plastiques, sous la direction de Leszek Brogowski, soutenue en 2018 à Rennes 2 ; Jiho Shin Lee, *L'objet banal en tant qu'œuvre d'art: chez Marcel Duchamp et Name June Paik*, Thèse de doctorat en Art et archéologie sous la direction de Gilbert Lascault soutenue en 1997, à Paris 1.

SECTION II : QUELLE(S) THEORIE(S) DES SOURCES EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ?

Une des caractéristiques traditionnelles du DIP est qu'il est le produit de la volonté et non seulement de la pensée[150]. D'autre part, en tant que système inclusif, le DIP contemporain possède une nature hautement dynamique[151]. Avec son « approche alternative, moins schématique, réductionniste et dichotomique, que la théorie traditionnelle des sources du droit international »[152], l'appréhension positiviste inclusive des sources du DIP adoptée ici permet la réconciliation des deux facettes de façon à correspondre plus adéquatement à la réalité.

Un passage bref, mais obligé, par l'article 38 est nécessaire (section 1.5). Nous reconnaissons la vaste diversité des approches théoriques des sources du droit international[153], incluant les positions non traditionnelles rejetant l'article 38 comme fondement de la doctrine des sources du droit international[154]. Nous considérons tout de même que c'est en procédant d'abord à l'examen de l'article 38 que nous pourrons ensuite asseoir la proposition d'une théorie traditionnelle remaniée et éclairée des sources selon une appréhension positiviste inclusive (section 1.6), sachant que cette théorie s'applique au DIP de façon générale ; la question des caractéristiques spéciales du DIH n'y est pas encore abordée. Les modifications constatées entre la théorie traditionnelle et la théorie remaniée sont donc applicables à toutes les branches du DIP, incluant le DIH. Les prochaines sections sont consacrées à la présentation schématique de cette théorie des sources correspondant à la réalité de l'utilisation des sources aujourd'hui. Pour nous y rendre, nous commençons donc par une exploration de la théorie traditionnelle dominante.

---

[150] Kammerhofer (2004), *supra* note 10 à la p 550 : « *The law's, the norms', ontology, its ideal existence, is one of boundless possibility, limited and shaped only by the arbitrary act of will of those humans empowered by norms to create norms*. ».

[151] Besson (2010), *supra* note 25 à la p 166.

[152] Abi-Saab (1994), *supra* note 57 à la p 80.

[153] P. ex. dans l'*Oxford Handbook of the Sources of International Law* qui est consacré aux théories des sources du droit international, sont retenues les théories juridico-positiviste (*Legal-Positivist*) et juridico-formaliste (*Legal-Formalist*), la théorie de l'interprétation et la métathéorie du droit international : Samantha Besson et Jean d'Aspremont, *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, 2017, Oxford, OUP, 1–40 à la p 4 [OHSIL (2017)] : « *at the theoretical level, the greatest challenge probably lies in the fact that there are potentially as many theories of the sources of international law, and the functions they perform, as there are theories of international law. This diversity in theoretical approaches to sources explains in turn some of the jurisprudential disagreements pertaining to the sources of international law*. ».

[154] Voir p. ex. Alf Ross, *A Textbook of International Law* (1947) à la p 83, cité dans Gerald Gray Fitzmaurice, « Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law » dans *Symbolae Verzijl : présentées au professeur J. H. W. Verzijl à l'occasion de son LXX^e^ anniversaire*, La Haye, Nijhoff, 1958, 153–176 à la p 173 [Fitzmaurice (1958)].

1.5 Le passage sous les fourches caudines de l'approche traditionnelle consignée à l'article 38 du *Statut de la CIJ*

> Article 38(1) : La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :
> a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ;
> b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;
> c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;
> d. sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.[155]

Si, formellement, l'article 38 ne lie que la CIJ elle-même, il a été reconnu que cet article s'applique aux autres instances judiciaires internationales[156] et d'aucuns ont affirmé qu'il constitue lui-même une règle de DIC[157]. L'article 38 est en effet le fondement des discussions des quelque cent dernières années touchant de près ou de loin au régime des sources en droit international public. Comme le mentionne Kammerhofer, en citant Verdoss et Simma, Jennings et Watts, et Patak, « *almost all works on the sources of international law and the relevant chapters in general works on international law start with Article 38 of the Statute of the International Court of Justice as the fountainhead of their discussion of the sources* »[158].

Nous considérons qu'il n'est ni utile ni pertinent de compter parmi ceux que Simma appelle les « *dwindling number of traditionalists who tenaciously cling to the biblia pauperum of Article 38* »[159]. Nous ne sommes toutefois pas *a priori* complètement détachée de la conception traditionnelle de la

---

[155] L'art 38 du *Statut de la CIJ* a été initialement adopté en 1926 lors de la création de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans le *Statut de la Cour*, Ser D n° 1 (1926) , Actes et documents relatifs à l'organisation de la cour, repris intégralement lors de la création de la CIJ, et ensuite enchâssé dans la Charte des Nations Unies, *supra* note 107.

[156] Dans ses travaux, la CDI affirme que l'art 38 vise la CIJ, mais qu'il est reconnu qu'il s'applique aussi aux autres instances internationales : ONU, CDI (Michael Wood), *Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier*, Doc off CDI NU, 65e sess., Doc NU A/CN.4/663 (2013) aux paras 32, 66 et suiv [CDI, DIC Premier rapport (2013)].

[157] P. ex. Jennings / Watt's Oppenheim (2008), *supra* note 1 à la p 21 à la n 1.

[158] Kammerhofer (2004), *supra* note 10 à la p 541 à la n 91. Voir aussi l'approche de l'art 38 par Abi-Saab (1994), *supra* note 57 aux pp 65 et suiv ; et Besson (2010), *supra* note 25 à la p 164, qui débute son chapitre en mentionnant l'art 38, qualifiant la liste proposée par celui-ci comme étant « *obsolete but still venerated* ».

[159] Bruno Simma, « preface » dans Nico Schrijver et Friedl Weiss, dir, *International Law and Sustainable Development. Principles and Practice*, Leiden, Brill / Nijhoff, 2004 à la p vi [Simma (2004)].

théorie des sources[160], puisque nous y ancrons le point de départ de notre travail. À l'instar de Roucounas, nous nous servons de l'article 38 comme premier point de repère, faute de mieux[161], pour ensuite prendre nos distances de la théorie traditionnelle en proposant une appréhension positiviste des sources qui s'inscrit dans la pluralité de l'ordre juridique international, en considérant l'article 38 comme étant une appréhension exemplative et non exhaustive des sources, en accordant de l'importance aux rapports entre les sources et en reconnaissant la possibilité d'incorporation de la moralité dans les conditions de légalité. Pour s'y rendre, nous passons tout d'abord par la théorie traditionnelle dominante en examinant deux de ses caractéristiques, soit l'aspect descriptif et exhaustif des sources formelles mentionnées à l'article 38 (1.5.1) et l'absence de hiérarchisation de ces sources (1.5.2).

1.5.1 Une appréhension descriptive et exhaustive des sources formelles : *extra ecclesiam nulla salus*

Selon l'approche traditionnelle, l'article 38 reflète les sources du droit international de façon telle qu'à l'intérieur des trois sources nommées est contenue l'entièreté du DIP. Si l'on met de côté les questions des *lacunæ* et du *non liquet* qui relèvent plus de l'exercice de la compétence judiciaire que des sources[162], il n'est ni nécessaire ni possible de trouver, selon l'approche traditionnelle, des règles de droit qui ne prennent pas leurs sources dans l'une ou l'autre des catégories[163]. Cette position permet d'assurer au système du droit international un niveau acceptable de stabilité, de

---

[160] Notre position contraste avec celle, par exemple, de Steven R. Ratner, « Sources of International Humanitarian Law and International Criminal Law: War Crimes and The Limits of the Doctrine of Sources » dans OHSIL (2017), *supra* note 153 à la p 914 (aussi disponible dans sa version préliminaire sur SSRN : (2016) *Public Law and Legal Theory Research Paper Series* 505 <http://ssrn.com/abstract=2765531> à la p 2) : « *I view the notion of 'formal' sources in decidedly non-formalist terms, i.e., as not yielding a fixed, closed list of modes that invariably and predictably does and should produce international law*. […] *I have no normative attachment to any such list* [*corresponding to Art. 38 of the Statute of the International Court of Justice*] *on the grounds that those categories are mentioned in the ICJ Statute*. ».

[161] Emmanuel Roucounas, « Engagements parallèles et contradictoires » (1987) 206:4 RCADI 9–288 à la p 59 [notre traduction] [Roucounas (1987)].

[162] Pour une discussion de ces éléments dans le contexte des principes généraux de droit reconnus, voir *infra* section 4.3.2. Voir aussi, plus généralement, Carlos Iván Fuentes, *Normative Plurality in International Law: The Impact of International Human Rights Law in the Doctrine of Sources of International Law*, thèse de doctorat en droit, Université McGill, 2014, accessible en ligne, McGill University's institutional digital repository: <http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1512504754641~813> ; Pellet (2018), *supra* note 59 aux paras 84–108 ; Ole Spiermann, « The History of Article 38 of the Statute of the ICJ: A purely platonic discussion? » dans OHSIL (2017), *supra* note 153 aux pp 171–73 [Spiermann (2017)].

[163] Thirlway (2014), *supra* note 53 à la p 6 à la n 13 ; Rüdiger Wolfrum et Ina Gätzschmann, dir, *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* Heidelberg, Springer, 2012 à la p 313, où l'on cite la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* qui considère ainsi l'art 38.

certitude et de clarté. La présomption d'exhaustivité de la liste contenue à l'article 38 est entérinée par les États, via leurs déclarations officielles[164]. On remarque en outre que l'article 38 ne s'aventure pas à détailler le contenu des sources. Il s'agit donc d'un cadre de référence que l'on veut fermé (avec sa prétention à l'exhaustivité)[165], à l'intérieur duquel les règles émanant des sources peuvent évoluer à travers la création, la modification ou l'abrogation.

1.5.2 Une absence de hiérarchisation des sources

En deuxième lieu, dans la théorie traditionnelle dominante, il n'y a pas de hiérarchie entre les sources énumérées à l'article 38, particulièrement en ce qui a trait à la relation entre le droit coutumier et le droit conventionnel ; cette position, qui est soutenue par la CIJ dans l'affaire *Nicaragua*[166]*,* est aussi celle généralement mise en l'avant dans la doctrine[167].

Lors de l'élaboration de l'article 38, l'inclusion des sources selon un ordre prépondérant accordant la préséance aux traités sur la coutume avait fait l'objet d'une proposition. Celle-ci fut toutefois rejetée au profit d'une liste énumérative non qualifiée[168]. Les sources sont donc constitutives de règles de DIP sur un même pied d'égalité, pour peu que les méthodologies qui leur sont respectives — mais

---

[164] Voir p. ex. les déclarations officielles des représentants aux Nations Unies du Brésil : ONU, AG (6e comm.), *Summary record of the 1492nd meeting* (1974), Doc off AG NU, 29e sess, Doc NU A/C.6/SR.1492 (1974) à la p 166 : « *Mr. Sette Camara (Brazil) said that the sources of international law were those listed in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, and those alone* » et du Japon : *ibid* à la p 168 : *« in its view, the sources of law enumerated in Article 38 of the Statute of the Court were exhaustive* ». *Contra* la déclaration du représentant de l'Union de la République Socialiste Soviétique *ibid* à la p 167 au para 12.

[165] À noter que Danilenko (1993), *supra* note 52 aux pp 39–41, qui reconnait l'exhaustivité de la liste de l'art 38, n'y voit toutefois pas une fermeture totale du système des sources résistant à l'émergence d'une nouvelle source : *« Indeed, there is much to be said for the view that a constitutional rule on sources can ensure certainty and stability in the functioning of international law only if it contains an exhaustive list of procedures by which law can be made or changed at a given moment. The need for clarity in this regard in no way suggest that sources of law would be petrified into an absolutely closed system resisting all changes*. […] *It would be wrong to assume, however, that the very possibility of the emergence of a new source may be used as an argument against the proposition that, at least at this stage in the development of international law, Art. 38 contains an exhaustive list of sources* […]. *It should be kept in mind* […] *that there is a strong presumption that Art. 38 should contain a complete list of sources* ».

[166] CIJ, Nicaragua (1986), *supra* note 80 au para 176.

[167] Pour une explication de la « *the Non-Hierarchy Thesis* », voir Mario Prost, « Sources and the Hierarchy of International Law: Source Preferences and Scales of Values » dans OHSIL (2017), *supra* note 153 aux pp 643–646. Pour une liste des ouvrages et décisions appuyant ce constat, voir Villiger (1985), *supra* note 143 à la p 35 à la n 348. Voir aussi p. ex. Abi-Saab (1994), *supra* note 57 à la p 65 : « Et malgré l'impression qu'on pourrait avoir d'un ordre d'importance décroissante dans l'énumération, il n'y a pas de hiérarchie formelle entre ces deux sources [que sont les traités et la coutume (38/1/a et b)]. » Voir aussi Pellet (2018), *supra* note 59 aux paras 266–276 ; et Roucounas (1987), *supra* note 161 aux paras 75–76.

[168] Au sujet des discussions autour de l'adoption de l'art 38, voir Michael Akehurst, « The Hierarchy of the Sources of International Law » (1975) 47 BYIL 273-285 à la p 274 [Akehurst (1975)].

qui ne sont pas définies à même le cadre juridique contraignant — soient respectées. Il existe cependant une *summa divisio* entre les sources primaires et les « moyens auxiliaires de détermination du droit » que sont les décisions judiciaires et la doctrine, et que nous traitons ici sous le vocable « sources subsidiaires ». Toujours selon l'appréhension traditionnelle, celles-ci ne peuvent à elles seules créer du droit ; elles n'ont d'influence que lorsqu'elles interagissent avec une ou des sources primaires.

1.6 La théorie traditionnelle remaniée et éclairée : les modalités d'une appréhension positiviste inclusive des sources

Revenons ici brièvement sur l'image de l'article 38 comme la *biblia pauperum*, ce recueil d'images bibliques ayant donné naissance à cette expression remontant au Moyen-Âge, évoqué par Simma et mentionné plus haut. Avec sa taille modeste, sa structure simple et uniforme, et son accent sur les images plus que sur le texte, on peut dire qu'elle est la version « bandes dessinées » abrégée et simplifiée de la bible[169]. Au XXIe siècle, l'équivalent en DIH serait le *Code de conduite pour les combattants* publié par le CICR[170].

Qualifier l'article 38 de *biblia pauperum* revient à dire que cet article n'est qu'un condensé de la théorie des sources, que l'esprit riche ne s'y limitera pas et ira chercher au-delà de ce qu'énonce cette liste. Or, nous ne renonçons pas à notre idée de *biblia pauperum* qu'est l'article 38, mais nous résistons au cramponnement normatif[171] ; ce qu'on y trouve n'est pas faux, quoiqu'on puisse arriver à la conclusion qu'il est incomplet. Cet article, c'est une porte d'entrée, un tremplin. Puisque c'est principalement l'exhaustivité de la liste proposée que nous remettons en question, et non sa validité (déclaratoire), nous en explorons toutes les aspérités sans pour autant s'y accrocher à tout prix, de façon telle que, le moment venu, nous puissions nous en éloigner[172]. Malgré la place dominante

---

[169] Voir de façon générale Guy Lobrichon, « La Bible des pauvres du Vatican, Palat. lat. 871. Essai sur l'émergence d'une spiritualité laïque dans l'Allemagne de la fin du Moyen Âge », (1986) 98:1 *Mélanges de l'École française de Rome. Moyen-Âge, Temps modernes* 295–327.

[170] CICR, *Code de conduite pour les combattants*, sér « En bref », 2015, en ligne, CICR : <https://www.icrc.org/en/publication/0526-behaviour-combat-code-conduct-combatants-and-first-aid-manual>.

[171] Simma parle des « *traditionalists who tenaciously cling to the biblia pauperum of Article 38 »* (Simma (2014), *supra* note 159), d'où nous tirons l'expression traduite de « cramponnement normatif *».*

[172] Cela fait écho au modèle « *yes, but* » de Simma, comme le décrit Eric Stein, « Bruno Simma, the Positivist? » dans Ulrich Fastenrath, dir, *From Bilateralism to Community Interests: Essays in Honours of Judge Bruno Simma*, Oxford, OUP, 2011 aux pp 19–31 [Fastenrath (2011)]. Voir aussi les propos de Simma et Paulus au sujet de la suffisance

qu'occupaient le bilatéralisme et la réciprocité au moment de la rédaction de l'article 38[173], la position que nous adoptons ici inclut aussi la mise en œuvre collective des intérêts publics et d'un ordre juridique plus socialement responsable, nous amenant ainsi sur le terrain du positivisme éclairé[174], avec l'article 38 comme phare qui procure l'éclairage nécessaire pour connaitre les sources. La théorie positiviste inclusive des sources, dont les modalités font l'objet des prochaines sous-sections, apporte un élément de dynamisme qui amenuise les dichotomies autrement présentes dans la théorie traditionnelle[175].

Cette section présente quatre caractéristiques de la théorie traditionnelle remaniée et éclairée, soit l'affranchissement du volontarisme étatique exclusif vers une forme pluraliste de l'ordre juridique international (1.6.1), la conception de l'article 38 comme une appréhension exemplative des sources formelles (1.6.2), la prise en considération des rapports de force des sources les unes par rapport aux autres (1.6.3), pour terminer avec l'assouplissement du régime des sources par l'incorporation de la moralité dans les conditions de légalité (1.6.4).

1.6.1 L'affranchissement du volontarisme étatique exclusif et la pluralité de l'ordre juridique international

Comme mentionné plus haut, dans l'article 38, la référence aux concepts tels que la reconnaissance (pour les traités et les principes généraux) et l'acceptation (pour la coutume) des États consacre l'approche volontariste et étatocentrique associée à la conception westphalienne. En effet, de façon générale, la théorie positiviste des sources (même remaniée et éclairée) manifeste encore

relative des sources traditionnelles : Bruno Simma et Andreas L. Paulus, « The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View » (1999) 93:2 AJIL 302–316 à la p 316 [Simma / Paulus (1999)] : « *So far, it seems, the traditional sources of international law have displayed enough flexibility to cope with new developments. Even if they may not satisfy the intellectual quest for unity in the international legal system, these sources have stood the test of time and have been widely accepted. As long as no alternative legal processes that would be universally accepted are in sight, the old ones will simply have to do. And yet, the vision of an international law more amenable to the realization of global values remains compatible with the regime of traditional sources* […] *to the extent these values find 'sufficient expression in legal form'* ».

[173] Abi-Saab (1994), *supra* note 57 à la p 71 : « [L]a distinction entre droit objectif et droit subjectif n'apparait nulle part dans cet article, du moins explicitement. Ce qui reflète la vision doctrinale dominante au moment de la rédaction initiale du Statut en 1920 ; on considérait alors que tout est subjectif en droit international et se ramène ultimement à la volonté de l'État. Ce droit se réduirait ainsi à une série d'arrangements particuliers ou à un système dont la fonction se limite à encadrer de tels arrangements ».

[174] Cette expression, ici traduite par nous, est utilisée par Ratner lorsqu'il évalue la méthodologie de Simma : Steven R. Ratner, « From Enlightened Positivism to Cosmopolitan Justice: Obstacles and Opportunities » dans Fastenrath (2011), *supra* note 172 aux pp 155–171.

[175] Abi-Saab (1994), *supra* note 57 à la p 80.

aujourd'hui un attachement au modèle westphalien de l'ordre international. Les commentaires faits plus haut[176] trouvent donc aussi application ici : en effet, le DIH étant une branche du DIP, les constats faits à l'égard de l'affranchissement graduel du modèle westphalien pour le DIH valent aussi pour la théorie des sources du DIP.

Le positivisme juridique défendu dans cette thèse s'inscrit dans une théorie démocratique des sources qui n'est pas enchaînée au consensualisme[177] : le droit international est ce à quoi les États consentent, mais pas uniquement ; le droit international peut aussi être ce qui émane d'un processus inclusif des groupes, individus et organisations affectés par les règles. Cette position s'inscrit dans la remise en cause graduelle du modèle westphalien que l'on retrouve, par exemple, chez Kant avec la doctrine de l'idéalisme transcendantal[178], qui fut lui-même influencé par Bartholomé de las Casas et Francisco de Vitoria[179]. Sans rejeter le modèle westphalien en bloc, il est proposé d'aller au-delà des États pour rejoindre l'ensemble de l'humanité, à travers autant d'entités distinctes qui la composent, et de harnacher les valeurs qui dépassent les intérêts individuels des États. Cassese, par exemple, décrit les composantes de ce modèle:

> [*A*] *feature of the Kantian model is the belief in a core of universal values (peace, respect for human rights, and self-determination of peoples) that all members of the international community must respect. In other words, alongside national interests and reciprocal relations among States, there also exist common interests and concerns that transcend each single State and unite the whole of mankind.*[180]

Rappelons ici que cette conception de l'ordre juridique international, comme étant partiellement affranchi du volontarisme étatique, vise le DIP en entier et pas uniquement le DIH. En effet, l'émergence des intérêts de l'humanité affecte toutes les branches du droit international. Cependant, puisque notre objectif est d'identifier les caractéristiques spéciales du DIH en matière de sources,

---

[176] *Supra* section 1.3. Voir aussi *supra* Introduction « Quelques précisions terminologiques ».

[177] Besson (2010), *supra* note 25.

[178] Voir de façon générale Immanuel Kant, *Perpetual Peace: A Philosophical Sketch*, 1795, basée sur la traduction de W. Hastie (1891), et des notes de Campbell Smith (1803), Philadelphie, Slought Foundation, 2010, en ligne : Slought (University of Pennsylvania) <https://slought.org/media/files/perpetual_peace.pdf>.

[179] Au sujet de l'influence de Vitoria et de las Casas sur la pensée de Kant, et plus généralement sur l'École de Salamanque et son incarnation plus moderne dans le « Cosmopolitan Legal Theory », voir Garrett Wallace Brown, « Between Naturalism and Cosmopolitan Law: Hospitality as Transitional Global Justice » dans Gideon Baker, dir, *Hospitality and World Politics*, Londres, Palgrave Macmillan, 2013, aux pp 105 et suiv.

[180] Cassese (2003), *supra* note 112.

nous ne développerons pas davantage les aspects communs à tout le DIP par rapport à cet affranchissement du modèle westphalien.

1.6.2 Une appréhension exemplative et non exhaustive de l'article 38

> *If one accepts the simplest – and the most operational, at least for the purpose of the Court's function – definition of a source of law, there can be no doubt that the list of Art. 38 is incomplete.*[181]

> *At the beginning of our century, the catalogue [of Article 38] could still claim to be an exhaustive description of the sources of international law. Today, such a restrictive view of the sources of law can hardly cope with new realities of organized international cooperation and communications.*[182]

Comme d'autres avant nous[183], nous nous questionnons sur l'exhaustivité de l'article 38. Tout d'abord, nous considérons la décision d'inclure dans l'article 38 les principes généraux de droit reconnus et les sources subsidiaires que sont les moyens auxiliaires de détermination du droit comme étant basée sur un raisonnement inductif visant à identifier la source de règles qui ne proviennent ni du droit international conventionnel ni du droit international coutumier[184]. C'est en effet en se détachant de l'approche déductive que l'on peut concevoir la non-exhaustivité des sources mentionnées à l'article 38.

---

[181] Pellet / Müller (2019), *supra* note 53 au para 90.

[182] Christoph Schreuer, « Recommendations and the Traditional Sources of International Law » (1977) 20 GYIL 103 à la p 112.

[183] En plus des deux citations ci-dessus, voir Theodor Meron, « An Enquiry Into the Sources of Modern International Law » (1986) 64 RDISDP 181–182 : « *Nowhere it is laid down that the list in Article 38 is exhaustive, hence it is possible to have other sources of law* » ; Kammerhofer (2004), *supra* note 10 ; Abi-Saab (1994), *supra* note 57 à la p 68 : « cet article [38] ne peut être considéré comme une énumération exhaustive qui empêcherait l'existence ou l'avènement d'autres sources du droit international général » ; Robert Y. Jennings, « What Is International Law and How Do We Tell It When We See It? » dans Martii Koskenniemi, dir, *Sources of International Law*, Dartmouth, Ashgate, 1981, pp 59–88 à la p 61 : « *we must remember that* [Art. 38] *is a 1920 draft and not always well-suited to international law in the 1980s.* » Voir aussi Mohammed Shahabuddeen, *Precedent on the World Court*, Cambridge, CUP, 2007 à la p 81.

[184] Dans le même sens, Spiermann (2017), *supra* note 162 à la p 167 : « *It was because [the members of the advisory committee of Jurists convened at the Peace Palace in 1920 to draft the PCIJ Statute] knew there was more to international law than what was covered by 'positive rules' that they looked for additional sources, not the other way around*. ».

Aussi, au-delà du libellé de l'article 38, une recension des sources formelles potentiellement additionnelles apparaît dans la littérature existante[185]. Même s'ils dépassent la portée de la présente thèse et qu'ils sont exclus de nos recherches, mentionnons les actes unilatéraux étatiques. En effet, ils constituent la source complémentaire le plus souvent évoquée[186]. L'ambiguïté de statut de cet acte qui prend la forme d'une « déclaration unilatérale formulée par un État dans l'intention de produire des effets juridiques précis en vertu du droit international »[187] persiste, et ce, même si la doctrine, les instances judiciaires et les groupes d'experts se sont tous penchés sur la question. En effet, si la capacité des actes unilatéraux à créer des obligations internationales est établie, par exemple, par la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires*[188], et dans une certaine mesure dans l'affaire *Nicaragua*[189], il n'en est pas de même pour la reconnaissance d'un statut de source formelle du droit international. Cela est peut-être dû au fait qu'ils sont plus sources d'obligations que de droit objectif, ou à l'état paradoxal qui persiste entre le fait que les actes unilatéraux s'inscrivent en grande partie dans une logique volontariste, qui les rend « intimement liés à l'essence de la puissance

---

[185] De façon générale, voir l'identification des sources additionnelles effectuées par Suzanne Kratzsch, « Rechtsquellen des Völkerrechts außerhalb von Artikel 38 Absatz 1 IGH-Statut », inaugural dissertation, Tübingen, Kohler-Druck, 2000, rapporté dans Thirlway (2014), *supra* note 53 à la p 23.

[186] Pellet/Müller (2019) *supra* note 53 aux paras 90–98 ; et Pellet (2018), *supra* note 59 à la p 15 ; Thirlway (2014), *supra* note 53 à la p 20 ; Abi-Saab (1994), *supra* note 57 aux pp 68 et suiv. Voir aussi Akehurst (1975), *supra* note 168 aux pp 273–285 ; Vladimir-Djuro Degan, « Unilateral act as a source of particular international law » (1994) 5 FYIL 149–266 ; Gian Carlo Venturini, « The scope and legal effects of the behaviour and unilateral acts of States » (1964) 2:12 RCADI 363–467 aux pp 367–406 ; Jean-Didier Sicault, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public » (1979) 83 RGDIP 633–688 à la p 640 ; Karl Zemanek, « Unilateral Legal Acts Revisited » dans Karel Wellens, dir, *International Law: Theory and Practice : Essays in Honour of Eric Suy*, Boston, Nijhoff, 1998, 209 à la p 217.

[187] ONU, CDI (Víctor Rodríguez Cedeño), *Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États*, Doc NU A/CN.4/569, Add.1 (2006), Principe 1, à la p 183, en ligne : <https://legal.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_569.pdf> [CDI, Actes unilatéraux 9e rapport (2006)]. Pour une analyse de la tentative infructueuse de la CDI de développer le régime juridique des actes unilatéraux, voir Olivier Barsalou, « Les actes unilatéraux étatiques en droit international public : observations sur quelques incertitudes théoriques et pratiques » (2007) 44 ACDI 395–420 ; voir aussi Jean d'Aspremont, « Les travaux de la Commission du droit international relatifs aux actes unilatéraux des États » (2005) 109:1 RGDIP 163–189.

[188] CIJ, *Essais nucléaires* (*Australie c France*), [1974] CIJ Rec 253 à la p 267 aux paras 43–46, et à la p 270 au para 51, au sujet du caractère obligatoire des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux. Voir aussi CIJ, *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c France)*, [1974] CIJ Rec 457 au para 43.

[189] CIJ, Nicaragua (1986), *supra* note 80 à la p 418 au para 59 ; selon la CDI, l'idée formulée par la CIJ dans cette affaire par rapport à la création d'obligations par des actes unilatéraux quant à la reconnaissance de la compétence de la Cour peut être extrapolée et généralisée à l'ensemble des déclarations unilatérales que les États peuvent formuler : CDI, Actes unilatéraux 9e rapport (2006), *supra* note 187 à la n 139.

souveraine », tout en ayant le potentiel de « miner la cohérence d'un ordre juridique fondé sur la protection de la volonté de chacun de ses principaux sujets »[190].

En outre, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, sont fréquemment mentionnées comme mode de création du droit, rejetant ainsi l'exhaustivité de la liste de l'article 38[191]. Il faut toutefois noter que, dans le courant de pensée qui accorde une grande importance à ces résolutions, on trouve l'approche qui les catégorise non pas comme une source additionnelle à part entière, mais comme un élément contributoire à l'établissement d'une coutume que l'on peut qualifier, à l'instar de R.-J. Dupuy, de sauvage ou révolutionnaire[192]. Si l'on peut les rattacher aux traités en les considérant comme des sources dérivées, dans le cadre de la présente thèse, les résolutions de l'AG sont abordées de façon incidente comme une expression de l'*opinio juris* étatique et non comme ayant *de facto* une valeur normative; en tant que documents juridiques non contraignants impliquant les États et émanant des Nations Unies, elles ont tout de même une place dans la détermination du droit coutumier et dans l'identification des principes généraux de droit reconnus. Nous n'en traitons toutefois pas davantage pour le DIH, parce que leur impact en termes de sources est, somme toute, limité, la contribution de ces résolutions étant de façon générale répercutée dans les dispositions du droit conventionnel ou coutumier.

Nous ne tranchons donc pas la question de savoir si les actes unilatéraux ainsi que les résolutions des Nations Unies constituent des « procédés originaux de production normative »[193] au même titre que les traités et la coutume. Nous reconnaissons cependant leur impact sur le développement et l'application des règles de droit international, ce qui abonde dans le sens de la non-exhaustivité des sources formelles telles que mentionnées à l'article 38.

---

[190] Denis Alland, *Droit international public*, Paris, PUF, 2002 à la p 322.

[191] Voir Danilenko (1993), *supra* note 52 à la p 39 n 87, pour une revue de littérature (Falk, Joyner, Schreuer, Sepulveda) qui reconnaissent dans les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies « *a new authoritative way of norm-creation* ». Pour une liste détaillée d'ouvrages traitant de la question, à savoir si les Résolutions constituent une source autonome du droit international contemporain, voir Abi-Saab (1994), *supra* note 57 à la p 68 à la n 15. Voir aussi Pellet / Müller (2019), *supra* note 53 aux paras 96–103 ; Thirlway (2014), *supra* note 53 à la p 21 ; au sujet des résolutions de l'AG, voir aussi *infra*, sections 3.1, 4.4.3.3 et 5.2.3.

[192] René-Jean Dupuy, « Coutume sage et coutume sauvage » dans *La communauté internationale : Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, 75–87 à la p 75 [R.-J. Dupuy (1974)] ; voir à ce sujet *infra* section 3.2.

[193] Abi-Saab (1994), *supra* note 57 à la p 69.

1.6.3 Une prise en considération des rapports de force des sources les unes par rapport aux autres

N'importe quel tribunal ou juriste qui s'efforce de régler un problème normatif se tournera d'abord vers les traités, puis vers la coutume et ensuite vers les principes généraux de droit.[194]

L'affirmation d'une non-hiérarchisation stricte des sources ne correspond pas à la réalité pratique du droit international et contribue aux perceptions de désuétude ou de formalisme outrancier associées à l'article 38. L'expression de la supériorité d'une source sur une autre est monnaie courante : on sublime le terme « hiérarchie » en parlant plutôt de position dominante[195], d'importance[196], de supplantation[197], ou de source principale[198], voire meilleure[199].

En nous appuyant sur l'état général de la littérature sur le sujet, nous affirmons l'autonomie des sources formelles les unes par rapport aux autres, tout en reconnaissant l'importance des interactions qui peuvent les animer[200], que cette interaction soit définie comme un empiétement[201] ou

---

[194] CDI, (Koskenniemi), Fragmentation (2006), *supra* note 4 au para 85.

[195] Jan Klabbers, *International Law*, Cambridge, CUP, 2013 à la p 25 (position dominante du traité).

[196] Charles Rousseau, *Droit international Public,* t 1, Paris, Sirey, 1970 à la p 59 (importance du traité) ; Crawford's Brownlie (2012), *supra* note 34 à la p 30 (importance du traité) ; Christopher Weeramantry, « The Revival of Customary International Humanitarian Law » dans Larry Maybee et Benarji Chakka, dir, *Custom as a Source of international Humanitarian Law: proceedings of the Conference to Mark the Publication of the ICRC Study 'Customary International Humanitarian Law'*, Genève, CICR, 2005, en ligne : <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/custom_as_a_source_of_ihl.pdf> à la p 26 (importance de la coutume) : « [C]*ustomary international law is in a sense much more important than treaty law because many of the principles that eventually get codified in treaties stem initially from the huge reservoir of customary international law, which is the repository of the traditions and the wisdom of the entire world community*. ».

[197] Olivier Dörr et Kirsten Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012 à la p 11: « *In the past decades, treaties have superseded customary law as the most important source of international law (Art 38 ICJ Statute) due to the increasing ambition of international organizations, international organs and States to codify unwritten rules* ».

[198] Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law,* New York, Columbia UP, 1974 aux pp 123–124 (caractère principal de la coutume).

[199] Richard Reeves Baxter, « Treaties and Customs » (1970) 129:1 RCADI 27–105 aux pp 36, 96, 101 et suiv (le traité est meilleur que la coutume).

[200] Voir de façon générale sur le sujet Akehurst (1975), *supra* note 168 aux pp 273–286 ; Thirlway (2014), *supra* note 53 aux pp 129–141 (section VI « Interaction or Hierarchy between Sources ») ; Riccardo Monaco, « Observations sur la hiérarchie des sources en droit international » dans Rudolf Bernhardt, dir, *Völkerrecht als Rechtsordnung: Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte: Mélanges Hermann Mosler*, Berlin/Heidelberg, Springer, 1983 aux pp 599 et suiv ; Krystyna Marek, « Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord » (1970) 6:44 RBDI à la p 75. Au sujet de l'autonomie des sources que sont le DIC et le droit conventionnel, voir Villiger (1985), *supra* note 143 à la p 35 au para 86.

comme une interdépendance[202]. La prise en considération de ces interactions n'est pas en franche contradiction avec la théorie traditionnelle ; cela démontre tout de même qu'en réalité, les sources du DIP sont utilisées d'une façon qui va au-delà du régime général énoncé à l'article 38.

Déjà au tournant du XXe siècle, l'inclusion d'une disposition établissant la priorité des traités sur les autres sources dans la *Convention relative à l'établissement d'une Cour internationale des prises*[203] pointe dans la direction de la validation de notre hypothèse. Bien qu'il ne faille pas solliciter à outrance cet exemple plus anecdotique que réformateur, cela permet tout de même de valider la nature fluide et transitoire des rapports entre les sources, permettant ainsi de se libérer du carcan rigide et manichéen de la théorie classique, sans pour autant la renier complètement.

1.6.4 L'assouplissement du régime des sources par la possibilité d'incorporation de la moralité dans les conditions de légalité

Dans la cadre de cette thèse, c'est le modèle du positivisme inclusif qui est appliqué au DIH, en reconnaissant que ce modèle est aussi applicable aux autres branches du DIP, avec les adaptations nécessaires aux caractéristiques propres à chacune d'elles.

---

[201] ONU, CDI (Sir Humphrey Waldock), *Sixth report on the law of treaties*, Doc NU A/CN.4/SER.A/1966/Add I, reproduit dans (1966) 2:74 YBILC 51–103 à la p 74 : « *The mere fact that custom and treaties may be independent and 'equivalent' sources of law does not prevent their spheres of operation from intersecting and impinging on each other. Not infrequently the very object of a treaty is to establish a regime derogating in some respects from the general law* ».

[202] Jennings / Watts' Oppenheim (2008), *supra* note 1 à la p 25 : « *the sources of international law are not self-contained but interrelated, and each source gives rise to rules which have to be understood against the background of rules deriving from other sources, so that any non-consensual element in one source of law may indirectly affect the rules deriving from other sources.* » Voir aussi Riccardo Pisillo-Mazzeschi, « Treaty and Custom: Reflections on the Codification of International Law » (1997) 23 CLB 549 à la p 551 : « *Nonetheless, contemporary doctrine clarifies that between treaties and custom, instead of well-defined boundaries or opposition, there exists an interdependent relationship* ».

[203] Cette Cour, qui n'est jamais entrée en fonctions par faute de ratifications suffisantes, aurait eu pour mandat de se prononcer sur la validité de la capture d'un navire de commerce ou de sa cargaison lors d'une guerre maritime en se conformant aux dispositions de la Convention existante entre le belligérant capteur et la Puissance partie au litige : *Convention (XII) relative à l'établissement d'une Cour internationale des prises* (1907), Deuxième Conférence internationale de la Paix, Actes et Documents, La Haye, vol I, 1907, aux pp 668–679, en ligne, base de données en DIH du CICR : <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/ART/235-290008?OpenDocument> [CXII (1907)]. Voir *ibid* à l'art 7 : « Si la question de droit à résoudre est prévue par une Convention […], la Cour se conforme aux stipulations de ladite Convention. À défaut de telles stipulations, la Cour applique les règles du droit international. » Voir *infra* section 2.1 pour une discussion de la place prédominante qu'accorde le Statut de cette cour aux traités, et section 6.3 pour une analyse de la grande latitude que ce Statut aurait accordée aux juges.

Comme mentionné dans l'introduction, la théorie remaniée et éclairée des sources mise de l'avant dans cette thèse s'appuie sur le positivisme inclusif tel que conçu par Arajärvi[204] et en partie sur l'incorporationnisme de Coleman[205]. Ces deux modèles proposent une définition plus large des sources, ce qui permet une évaluation des considérations morales comme étant une condition de la légalité. Le modèle d'Arajärvi a été développé à partir de recherches sur la nature changeante du DIC, mais peut s'étendre à la théorie des sources en droit international en général. Ce modèle propose une conception des sources (en tant que règles secondaires) comme pouvant être générale ou spécifique à un régime, ce qui permet une certaine spécialisation dans la formation du droit international :

> *Two levels of analysis are approached simultaneously: arguing in favour of a wider notion of sources in international law, which may be general (secondary rules lex generalis) or regime-specific (secondary rules lex specialis); and suggesting a systematic model in which the rules in all areas of international law are unified by a multidimensional rule of recognition, which may have normative foundations. The focus of the model* […] *is on the secondary rules that allow for some fragmentation in the formation of international law, and the rule of recognition which brings a normative unity in the international legal system.*[206]

Au-delà de simplement relever qu'il y a des obligations morales liées aux obligations juridiques en vertu du DIH, nous explorons le postulat de Coleman à l'effet que la moralité est en elle-même une condition de légalité, que la moralité fait partie des explications possibles justifiant cette légalité[207]. Ce modèle « incorporationniste » permet de ne rien abandonner, mais plutôt d'intégrer les propositions morales. Il ne s'agit donc pas de rejeter complètement le critère de la filiation par les sources formelles (appelé le *pedigree standard* chez Hart[208]), mais plutôt d'ajouter une explication de

---

[204] Arajärvi (2012), *supra* note 26 à la p 370.

[205] Coleman (2003), *supra* note 27 ; voir aussi Jules L. Coleman, « Negative and Positive Positivism » (1982) 11 JLS 139 [Coleman (1982)] ; dans le même esprit général, mais avec des nuances épistémologiques et théoriques, voir Will J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994 [Waluchow (1994)] ; Kenneth Einar Himma, « Inclusive Legal Positivism » dans Jules Coleman et Scott Shapiro, dir, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, OUP, 2002, aux pp 125 et suiv.

[206] Arajärvi (2014), *supra* note 26 à la p 165.

[207] Jules Coleman, « Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis » (1998) 4 LT 381–425 [Coleman (1998)].

[208] Voici comment Dworkin décrit le « *pedigree requirement* » de Hart qui s'inscrit dans la théorie de la filiation : « *The law of a community can be identified and distinguished by specific criteria, by tests having not to do with their content but with their pedigree or the manner in which they were adopted or developed* » ; Ronald Dworkin, « The Model of Rules I » réimp ds *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Boston, HUP, 1977 à la p 17.

fond s'appuyant sur la moralité pour justifier qu'une règle est une règle de droit. Les deux sont possibles, sans qu'une soit meilleure ou plus souhaitable que l'autre juridiquement parlant. Comme l'affirme Coleman:

> *The first mistake is to think that in rejecting the pedigree standard, Incorporationism embraces a substantive test of legality. Not so. Incorporationism is the claim that positivism allow or permits substantive or content tests; it is not the view that positivism advocates, endorses, or requires such tests. The second mistake is to think that when moral principles are binding law it must be in virtue of their merits. Not so. Incorporationism is the claim that positivism allows or permits such explanations of legal validity: not the view that positivism requires such explanations. In short, Incorporationism is a theory of 'possible explanations' of the character of legality or legal validity.* [209]

Dans le cadre de nos recherches, nous abordons la question de l'interaction de la morale avec les sources en nous attardant particulièrement aux principes généraux de droit reconnus. En effet, c'est dans le chapitre consacré à cette source que nous proposons une incursion dans la notion de moralité par le truchement des considérations élémentaires d'humanité et du principe d'humanité[210]. Nous référons le lecteur intéressé à cette question à consulter les sections visées pour connaitre les détails de notre proposition, en soulignant ici que nous n'affirmons pas que la moralité contenue dans les considérations d'humanité obtient *automatiquement* une place parmi les sources formelles. Nous acceptons toutefois, comme le propose Coleman, que le positivisme, comme notion de théorie du droit, se conçoive comme faisant une place aux principes moraux au-delà du rattachement au *pedigree standard* de Hart[211].

---

[209] Coleman (1998), *supra* note 207 à la p 408. Voir aussi Coleman (1982), *supra* note 205 aux pp 140–144.

[210] Voir *infra* sections 2.2 et 4.4.3.

[211] Coleman (1998), *supra* note 207 à la p 425 : «*The argument for Incorporationism rests on its motivation, and that is to render positivism compatible with what some take to be the most plausible characterization of the role of moral argument in legal practice. The only kind of rule of recognition that is capable of describing accurately and satisfactorily the criteria of legality in modern liberal democracies is one that allows for moral or substantive tests and not only pedigree or noncontentful ones.* »

PREMIÈRE PARTIE —
LES SOURCES PRIMAIRES DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE : L'ÉTAT AU CŒUR DES SOURCES OBLIGATOIRES ET CONTRAIGNANTES

À l'instar de Thirlway[212], nous utilisons comme point de départ la liste dressée à l'article 38 parce que nous considérons que les sources sont mieux compriselorsqu'elles sont confrontée à la structure de la pensée juridique qui sous-tend cet article.

La Première partie vise donc les trois sources primaires que sont le droit international conventionnel (chapitre 2), le droit international coutumier (chapitre 3) et les principes généraux de droit reconnus (chapitre 4).

[212] Thirlway (2014), *supra* note 53 à la p 3 : « [… the sources] are best understood when confronted with the structure of legal thinking that underlay Article 38, or has developed around its terms ».

Chapitre 2 <Le droit international humanitaire conventionnel>

Le traité est considéré le ciment qui assure la cohésion de la communauté internationale[213]. Il a joué très tôt un rôle crucial dans la conduite des relations entre entités territoriales distinctes[214]. Il est à la fois une source formelle du DIP et l'une de ses sources matérielles, en ce qu'il constitue le support, le document écrit, dans lequel est consignée la règle[215]. Aux fins de la présente thèse, il est important de distinguer ces deux itérations en utilisant une terminologie différente : le traité réfère à la source matérielle, et le droit conventionnel renvoie à la source formelle. En effet, le droit conventionnel se matérialise dans le traité[216]. Cet instrument juridique est conçu comme une institution traditionnellement westphalienne formée par « un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière »[217]. Trois éléments essentiels ressortent dans cette définition : l'État, la volonté et l'écrit[218].

Le traité est l'outil de prédilection des Nations Unies pour s'acquitter de sa tâche d'encourager la codification et le développement progressif du droit international comme prévu dans sa Charte[219] ainsi que pour « maintenir la paix et la sécurité internationales [et] développer entre les nations des

---

[213] Richard D. Kearney et Robert E. Dalton, « The Treaty on Treaties » (1970) 64:3 ASIL 495–561 à la p 495 [notre traduction] [Kearney / Dalton (1970)].

[214] Voir Truyol y Serra, qui mentionne une forme primitive de traité d'amitié et de commerce entre le Roi d'Elba et le Roi d'Assyrie conclu vers 3500 AEC, un traité entre les villes de Lagash et Oumma daté de 3010 AEC, le traité de Kadesh, un pacte de non-agression conclu vers 1279 AEC entre le pharaon Ramsès II et le souverain hittite Khattousil II : Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, Paris, Economica, 1996 à la p 17.

[215] Au sujet de la distinction entre sources formelles et sources matérielles, voir *supra*, Introduction « Quelques précisions terminologiques » *in fine*.

[216] Les termes « traités » et « conventions » sont utilisés de manière interchangeable.

[217] CVDT (1969), *supra* note 113 à l'art 2(1) a).

[218] *Contra* pour une définition qui n'inclut pas explicitement la composante de l'écrit, voir Barberis : le traité se caractérise « par le fait d'être créé par une expression de volonté commune à deux ou plusieurs sujets du droit des gens ayant la capacité suffisante, visant à créer une règle de droit dans un ordre juridique et directement régie par le droit international» : Julio A. Barberis, « Le concept de 'traité international' et ses limites » (1980) 30:1 AFDI 239–270 à la p 260.

[219] Charte des Nations Unies, *supra* note 107 à l'art 13(1) *a*).

relations amicales et […] réaliser la coopération internationale », comme énoncé dans le préambule de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (CVDT)[220].

En DIH, le traité occupe une place particulièrement importante, principalement en raison de la codification soutenue qui a débuté à la fin du XIX^e^ siècle et qui s'est poursuivie au milieu du XX^e^ siècle (section 2.1). Ce mouvement de codification étant généralisé à l'ensemble du droit international, le droit des traités s'est développé de façon telle que les caractéristiques spéciales du DIH conventionnel ont été accommodées à même ce régime (section 2.2), comme en témoigne, par exemple, l'exception humanitaire à l'extinction d'une obligation conventionnelle prévue à l'article 60 CVDT (1969) (section 2.2.1) et les modalités d'encadrement des réserves et des clauses de dénonciation (section 2.2.2). L'accommodement de certaines particularités du DIH par le régime général de droit des traités va même jusqu'à l'aménagement des règles d'interprétation conventionnelles permettant une interprétation plus dynamique et plus souple du DIH conventionnel lorsque sont en causes des dispositions dites humanitaires (section 2.3).

2.1 L'importance du traité en DIH

La réglementation des conflits armés, qui prédate la conclusion de quelque traité formel de DIH[221], a suivi à la fin du XIX^e^ siècle la mouvance généralisée de codification[222]. Ces premiers grands efforts

---

[220] *Supra* note 113.

[221] Voir p. ex. Kolb (2012), *supra* note 145 aux pp 321 et suiv, qui identifie quatre types de règles présentes dans les plus anciennes civilisations d'Europe, chez le peuple juif sous l'Ancien Testament, ainsi que parmi les Puissances du Moyen-Orient, de l'Inde, de la Chine, de l'Afrique noire et de l'Amérique précolombienne, soit 1) les règles de « chevalerie », 2) les règles prohibant certaines armes, 3) les règles protégeant certaines personnes, objets et endroits, et 4) les règles « transactionnelles » (*commercia belli*) applicables entre belligérants. Voir aussi, pour le développement des règles de la guerre avant le XVII^e^ siècle : Greenwood (2010), *supra* note 123 aux paras 105–111.

[222] Pour un examen détaillé du développement historique du DIH jusqu'à l'adoption des CG I-IV (1949) à travers le *Code Lieber* : *Instructions pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique* (1863) reproduit dans RICR (1953) 401–409, 476–482, 974–980 ; la Déclaration de Saint-Pétersbourg (1868), *supra* note 91 ; la *Déclaration de Bruxelles sur les lois et coutumes de la guerre* (1874) dans Actes de la Conférence (1874) aux pp 297–305, 307–308 ; la *Convention de la Haye (III) concernant la guerre maritime* (1899), Acte de la Conférence, La Haye, Nijhoff, 1907, aux pp 16–18 ; et la *Convention (X) de la Haye l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève* (1907), Actes et Documents, La Haye (1907) vol 1, aux pp 658–663 ; et le *Manuel d'Oxford des lois de la guerre maritime* (1913), reproduit dans (1913) 26 A*nnuaire IDI* aux pp 610–640 [Manuel d'Oxford de 1913] : voir Emily Crawford et Alison Pert, *International Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, 2015 aux pp 4–19 [Crawford / Pert (2015)]. On peut en outre compléter ce survol historique en y ajoutant la *Déclaration de Paris* (1856), NRGT, 1^re^ sér vol 15 aux pp 791–792 ; les *Conventions de Genève sur les blessés et malades* (1864), reproduit dans Manuel de la Croix-Rouge internationale (1971) aux pp 13–14 ; la *Convention de Genève sur les blessés et malades* (1906), Actes de la Conférence de Révision (1906) aux pp 277–293 ; la *Convention sur les blessés et malades* (1929) Actes de la Conférence diplomatique, Genève (1930), pp 655–680 [Convention sur les blessés et malades (1929)]; la

de codification du droit international étaient tributaires de l'étato-centrisme ambiant de l'époque[223]. À preuve, la première conférence de codification du droit international public de 1930, quoiqu'elle ait été vouée à l'échec, a permis de dégager une opinion générale en faveur de la souveraineté des États[224].

La seconde période importante d'intensification de la codification du droit international se situe dans la seconde moitié du XX[e] siècle, avec l'adoption des articles 18 à 25 du *Statut de la CDI*[225]. Durant cette période, les Nations Unies ont initialement pris leurs distances par rapport à la codification du « droit de la guerre », affirmant que cet investissement pouvait être interprété comme un désaveu de l'efficacité des moyens à sa disposition en ce qui a trait au maintien de la paix :

> *The Commission considered whether the laws of war should be selected as a topic for codification. It was suggested that, war having been outlawed, the regulation of its conduct had ceased to be relevant. On the other hand, the opinion was expressed that, although the term 'laws of war' ought to be discarded, a study of the rules governing the use of armed force - legitimate or illegitimate - might be useful*. […] *The majority of the Commission declared itself opposed to the study of the problem at the present stage. It was considered that if the Commission, at the very beginning of its work, were to*

Convention PG (1929), *supra* note 125 ; l'*Arrangement de Nyon* (1937), 181 RTNU (1937-38) nº 4184 pp 135 et suiv : tous disponibles en ligne, CICR: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesHistoricalByDate.xsp>.

[223] Voir Ernest Nys, « The Codification of International Law » (1911) 5:4 AJIL 871–900 [entre autres, sur la contribution Bentham au processus de codification du droit international].

[224] Sous l'initiative de la Suède et avec l'assentiment de l'Assemblée générale de la Société des Nations (voir Résolution du 22 septembre 1924), cette première Conférence formée de 47 États a eu lieu à La Haye et a résulté en l'adoption de la *Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité* (1930), 179 RTSN (1937-1938), nº 4137 aux pp 89–114. Elle n'a pas réussi à codifier des règles qui semblent *a priori* coutumières : la double nationalité n'y est ni réduite ni supprimée, et elle n'inclut pas la mise sur pied d'un régime uniforme encadrant la responsabilité des États ou d'un régime applicable à la mer territoriale. Pour plus de détails, voir Hunter Miller, « The Hague Codification Conference », (1930) 24:4 AJIL 674–693. Voir aussi les graves difficultés rencontrées par cette Conférence diplomatique que Séfériadès conçoit comme une consécration du caractère éminemment coutumier du droit international : Stelio Séfériadès « Aperçus de la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement » (1936) 43 RGDIP 129–196 à la p 130 [Séfériadès (1936)] (*comparer avec* Ago qui attribue plutôt ces difficultés à l'absence de travaux préparatoires adéquats : Roberto Ago, « Nouvelles réflexions sur la codification du droit international », dans Yoram Dinstein et Maia Tabory, dir, *International at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht / Boston /Londres, Nijhoff, 1989, 1–31 à la p 9).

[225] *Statut de la Commission du droit international*, Rés 174 (II) (1947) en ligne, Nations Unies : <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/statute/statut> à l'art 24 [Statut de la CDI]. Voir, en complément, les résultats du sondage mené par les Nations Unies dans le but de colliger les données disponibles pouvant faciliter l'accomplissement de la tâche dévolue par l'art 18 du Statut de la CDI : ONU, CDI, *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission*, Doc NU A/CN.4/1/Rev.1 (1949) à la p 52, en ligne, ONU : <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1_rev1.pdf> [ONU, ILC Survey (1949)]. Voir aussi Kearney / Dalton (1970), *supra* note 213, où cet extrait est cité et où sont discutées les différentes approches du droit des traités qu'avaient les Rapporteurs spéciaux qui se sont succédés sur cette question, principalement à travers les propositions quant à savoir qui peut conclure un traité.

> *undertake this study, 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.*[226]

Malgré ce que pourrait laisser croire cette réticence à appuyer les efforts de codification du droit de la guerre au moment de la création des Nations Unies, les traités de DIH se sont multipliés au cours du XXe siècle de façon telle que ce droit est aujourd'hui l'une des branches du droit international les plus codifiées. Pour plusieurs, c'est l'adoption de la première *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées de campagne* de 1864[227] qui marque la naissance du DIH moderne[228] ; pour d'autres, il s'agit des *Conventions de La Haye* de 1907[229]. Les *Conventions de Genève* de 1949 et leurs *Protocoles additionnels* de 1977 restent toutefois la source la plus sollicitée, ou, à tout le moins, la plus souvent citée, de cette branche du DIP. Encore aujourd'hui, un nombre minime de traités multilatéraux peuvent se targuer d'avoir une ratification universelle ; avec 196 États parties, les *Conventions de Genève* de 1949 forment ce qui s'en rapproche le plus[230]. Cette codification soutenue du DIH est à ce point importante qu'il est presque impossible de lire une

---

[226] ONU, CDI, *Report to the General Assembly, Summary records of the first session*, Doc NU A/CN.4/SR.1 (1949) reproduit dans YBILC (1949) à la p 281 au para 18, en ligne : <http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1949_v1.pdf>. Voir aussi *ibid* aux pp 51–53 aux paras 45–67 *re* premières interventions des membres de la Commission sur le sujet ; aux pp 225–227 aux paras 64–79 *re* discussions sur le *Draft Report to the General Assembly on the Work of the First Session* ; aux pp 263–264 aux paras 19–24 *re New Draft of para 18* ; Claude Emmanuelli, « The contribution of international bodies to the development and implementation of IHL » dans *OAS Conference Series*, 143–168, p 157, en ligne, Organisation des États américains : <http://www.oas.org/dil/esp/143-168%20CEMANUELLI.pdf>.

[227] *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne* (1864), reproduit dans Manuel de la Croix-Rouge internationale (1971) aux pp 13–14, en ligne : <https://ihl-databases.icrc.org/dih>.

[228] Voir p. ex. Chetail (2013), *supra* note 14 à la p 16.

[229] Les *Règlements de La Haye*, qui sont annexés à la CIV (1907), *supra* note 124, sont encore pertinents pour la conduite des hostilités et le droit de l'occupation; d'autres *Conventions de La Haye* le sont aussi pour le droit de la neutralité et le droit de la guerre navale. De plus, toutes les règles contenues dans ces conventions qui n'ont pas été abrogées ou modifiées par des règles conventionnelles ultérieures ou qui ne sont pas tombées en désuétude sont considérées comme étant coutumières : Sassòli (2019), *supra* note 15 aux paras 4.08–4.10.

[230] À noter que cete universalité reste cependant relative : p. ex., les CG n'étaient pas applicables au conflit entre l'Éthiopie et l'Érythrée pour la période entre 1998 et 2000, soit l'année ou l'Érythrée a ratifié les CGI-IV (1949). À noter qu'en plus des CG, trois autres traités ratifiés quaisi universellement ont été recensés : La *Convention relative aux droits de l'enfant* (1989), 1577 RTNU (1999) no 27531 aux pp 62–80 [Convention relative aux droits de l'enfant (1989)]; le *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone* (1987),1522 RTNU (1997) no 26369, aux pp 41–52; La C*onvention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique* (1994), 1954 RTNU (1999) no 33480 aux pp 161–213.

définition du DIH qui ne débute pas par la nomenclature des GCI–IV (1949) et de leurs PAI–II (1977), suivie d'une énumération des différents traités réglementant les conflits armés[231].

Le droit conventionnel occupe donc une véritable place de choix parmi les sources du DIH. Plus encore, certains indices nous portent à conclure qu'historiquement, préséance était donnée aux dispositions conventionnelles par rapport aux autres sources primaires, favorisant ainsi l'expression de la volonté des États. Par exemple, le *Statut de la Cour internationale des prises,* mentionné plus haut[232] (qui n'est jamais entré en vigueur en raison d'un nombre insuffisant de ratifications), prévoit que, devant un litige non régi par une convention existante entre les parties en l'espèce, la Cour se tournerait séquentiellement vers les « règles de droit international » que l'on peut assimiler au droit coutumier[233], puis vers les « principes de justice et d'équité », pour fonder son jugement[234]. Le rapport de la Conférence ayant mené à l'adoption de ce Statut, élaboré avant le *Statut de la CIJ*, nous apprend que, si les sources sont ainsi spécifiées et surtout hiérarchisées, c'est que le droit de la guerre maritime n'était pas encore codifié à cette époque[235]. Cet article aurait donc pour fonction de pallier l'imprécision et la difficulté de déterminer les règles applicables en l'absence d'un droit uniforme codifié. La façon dont l'article 7 est rédigé ainsi que sa non-ratification subséquente nous démontrent trois éléments historiquement importants : 1) cette Cour avait pour fonction d'appliquer les règles du droit international ; 2) une place prédominante était accordée aux conventions

---

[231] Voir p. ex. Crawford / Pert (2015), *supra* note 222; Frits Kalshoven et Liesbeth Zegveld, *Constraints of the Waging of War*, 3e éd, Genève, CICR, 2001 ; Sivakumaran (SSRN 2017), *supra* note 136 aux pp 3–4 ; Chetail (2013), *supra* note 14 à la p 16 ; Kolb et Del Mar qui dressent une liste des 11 traités principaux codifiant les règles générales du droit des conflits armés : Robert Kolb et Katherine Del Mar, « Treaties for Armed Conflict » dans Andrew Clapham et Paola Gaeta, dir, The *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, OUP, 2014, 50–87 aux pp 60–64 [Kolb / Del Mar (2014)]. Voir aussi Éric David, Vaios Koutroulis, Françoise Tulkens, Damien Vandermeersch et Raphael van Steenberghe, *Code de droit international humanitaire*, 8e éd, Bruxelles, Bruylant, 2018.

[232] Convention XII (1907)*, supra* note 203 à l'art 7.

[233] Quoique le libellé de l'article réfère plus généralement aux « règles du droit international », nous abondons dans le même sens que Pellet qui voit là une référence au droit coutumier, en citant à l'appui le Rapport de la Conférence dans lequel il fut affirmé que cette section de l'art 7 visant « l'expression tacite de la volonté des États »: Pellet / Müller (2019), *supra* note 53 au para 13.

[234] Convention XII (1907), *supra* note 203 à l'art 7 : « Si la question de droit à résoudre est prévue par une Convention en vigueur entre le belligérant capteur et la Puissance qui est elle-même partie au litige ou dont le ressortissant est partie au litige, la Cour se conforme aux stipulations de ladite Convention. / À défaut de telles stipulations, la Cour applique les règles du droit international. Si des règles généralement reconnues n'existent pas, la Cour statue d'après les principes généraux de la justice et de l'équité. » On retrouve ici une certaine similitude avec l'art 21 du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* (1998), 2 RTNU (2004) no 38544, aux pp 159–229 [Statut de Rome ou Statut de la CPI] : voir *infra* section 4.4.

[235] *Deuxième Conférence internationale de la paix*, Actes et Documents, La Haye, 1907, vol I à la p 190 : « Si le droit de la guerre maritime était codifié, il serait facile de dire que la Cour internationale des prises, comme les tribunaux nationaux, devrait appliquer le droit international ».

existantes entre les parties en l'espèce; et 3) les États ont été réticents à se lier à un tribunal permanent dont le cadre juridique, à défaut de traité applicable, n'était pas clairement défini. Les premier et troisième éléments seront abordés plus bas, lorsqu'il sera question des décisions judiciaires internationales comme une source subsidiaire persuasive[236]. Pour les besoins de la présente section, nous attirons l'attention sur l'importance qu'accordaient les États, à l'aube du XX^{e} siècle, au respect de l'expression de la volonté des parties contractantes telle qu'elle se manifestait dans les traités conclus, de façon à garder intacte la nature interétatique toute westphalienne du rapport juridique entre États (les acteurs non étatiques étant *de facto* exclus, les conflits visés par le traité étant internationaux). Il est vrai que le DIH s'est ensuite éloigné progressivement du modèle westphalien interétatique, cependant on constate encore aujourd'hui un certain attachement à l'expression de la volonté des États via les traités.

2.2 Le DIH conventionnel et le droit des traités : les caractéristiques spéciales accommodées par le régime général

La *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969 a été mentionnée plus haut dans le cadre de l'analyse du développement du DIH vers la réciprocité systémique. Cette convention, aussi connue comme le traité sur les traités[237], fixe le cadre et les limites du droit des traités. Sa pierre d'assise est le consentement de l'État qui vient renforcer, d'un côté, la force obligatoire des traités (qui se manifeste dans le principe *pacta sunt servanda* codifié à l'article 26) et de l'autre, l'effet relatif des traités codifé à l'article 34. Bien qu'elle n'occupe pas tout le terrain du droit des traités, elle couvre les domaines les plus importants, constituant ainsi le point de départ incontournable pour toute analyse du droit des traités[238].

Corollairement, la valeur supplétive est au cœur de la CVDT (1969) : ce traité accommode les spécificités conventionnelles des différentes branches du DIP, incluant le DIH, sans qu'il soit

---

[236] *Infra* section 6.3.1.

[237] L'expression en anglais a initialement été consacrée par Kearney et Dalton (1970), *supra* note 213 [notre traduction]. Voir aussi MPEPIL (Anthony Aust) *sub verbo* « Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) » (2006) à la section A [MPEPIL, VCLT].

[238] MPEPIL, VCLT *ibid*, au para. 1. Pour une analyse d'un potentiel aménagement subséquent du régime général avec l'émergence du concept de « régimes autonomes » dans les années 1980 suivant les travaux de la CDI, incluant le Rapport Riphagen, voir Bruno Simma, « Self-Contained Regime » (1985) 16 NYIL 111–136 [Simma (1985)].

nécessaire de consacrer un « régime à part dissocié du cadre normatif plus général dans lequel il a la vocation à évoluer »[239]. En d'autres mots, les spécificités des diverses branches du DIP sont développées directement dans le droit des traités conventionnel sans qu'un affranchissement soit nécessaire, car certaines dispositions de la CVDT (1969) ne s'appliquent qu'en l'absence de clause spéciale[240]. De la même façon que le *Statut de Rome* a le principe de complémentarité comme rempart pour protéger l'intégrité des systèmes pénaux nationaux, et ainsi préserver la légitimité du système pénal international qu'il met en place, la CVDT (1969) a ce principe de supplétion qui permet de maintenir l'intégrité et l'unité du droit international public.

L'objectif de cette section est de démontrer que le régime général du droit des traités reconnaît et accommode déjà certaines particularités du DIH, ce qui a pour effet de minimiser le besoin de cette branche de s'inscrire à l'extérieur du régime général. Le DIH possède des caractéristiques spéciales en matière de droit conventionnel, ce qui n'en fait pas pour autant un régime autonome du DIP. En effet, les caractéristiques relatives au droit conventionnel que l'on retrouve entre autres en DIH sont accommodées à même le régime du droit des traités, en respect des règles générales du DIP.

Les caractéristiques définies directement par le régime du droit des traités, et qui sont traitées ici, sont 1) l'exception humanitaire à l'extinction ou la suspension d'un traité comme conséquence de sa violation substantielle, et 2) l'encadrement dans la formulation des réserves et des dénonciations. La question de la succession automatique pour les traités de DIH et les traités à caractère humanitaire n'est pas traitée ici : cette question a déjà fait l'objet d'un examen sérieux sans qu'il soit pour autant possible de dégager une position suffisamment généralisée sur l'existence de la succession

---

[239] Chetail (2013), *supra* note 14 à la p 25.

[240] En notant que la CVDT (1969) contient aussi des dispositions qui ne sont pas supplétives (p. ex arts 26, 27 et 42 en partie), voir Pellet, « Article 19 : Convention de 1969 » dans Olivier Corten et Pierre Klein, dir, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaires article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp 641–788 à la p 678 au para 79, et à la p 712 au para 147 [Pellet (2006)]. Au sujet de la flexibilité de la CVDT (1969) et de la valeur résiduelle de ses dispositions, voir MPEPIL, VCLT, *supra* note 237 aux paras 5–6 ; Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3e éd, Cambridge, CUP, 2018 aux pp 124–126 ; Arnold Mc Nair, *The Law of Treaties*, Oxford, OUP, 1961 aux pp 169–173 ; John King Gamble, « Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscope View of State Practice » (1980) 74:2 AJIL 372–394 aux pp 383–391. Voir aussi Post (1994), *supra* note 23 à la p 85, qui mentionne les arts 16, 22, 28, 29 et 40 de la CVDT (1969) comme des dispositions qui accommodent les déviations du droit des traités : « *Under international law there is ample freedom by which to differ from the general rule as, for example, many provisions in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties demonstrate* ».

automatique[241]. Cela étant dit, les arguments mis de l'avant sur le sujet sont à-peu-près les mêmes que ceux invoqués pour encadrer les réserves et les dénonciations ainsi que pour justifier une approche interprétative téléologique dynamique des traités visant la protection de la personne humaine. Donc, si nous ne nous attardons pas sur la question de la succession, nous examinons toutefois les arguments qui sous-tendent les positions à ce sujet.

2.2.1 L'exception humanitaire à l'extinction ou la suspension d'un traité comme conséquence de sa violation substantielle

Aux termes de l'article 60 CVDT (1969), la violation d'une règle conventionnelle peut légalement faire éteindre ou suspendre le traité dans lequel se trouve cette règle comme conséquence de sa violation substantielle. Le paragraphe 5 de cet article soulève toutefois l'exception humanitaire à cette suspension ou extinction d'un traité :

> Les paragraphes 1 à 3 ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités.[242]

Cette clause de sauvegarde en faveur de la personne humaine est formulée en tant que limitation à la doctrine de la réciprocité dans la mise en œuvre des traités contenant ces règles. Elle aurait été inspirée du *Fitzmaurice's Draft (Expository) Code*[243] voulant que certaines conventions et certaines

---

[241] Voir de façon générale Giovanni Distefano, Gloria Gaggioli Gasteyger et Aymeric Hêche, dir, *La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités : commentaire article par article et études thématiques*, Bruxelles, Bruylant, 2016. Pour une analyse détaillée de la question de la succession en DIH, voir Fausto Pocar, « Some Remarks on the Continuity of Human Rights and International Humanitarian Law Treaties » dans Enzo Cannizzaro, dir, *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, OUP, 2011, pp 279–294 ; Bruno Zimmermann, « La succession d'États et les Conventions de Genève », dans Christian Swinarski, dir, *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, CICR, 1984 aux pp 113–123 ; Akbar Rasulov, « Revisiting State Succession to Humanitarian Treaties: Is There a Case for Automaticity? » (2003) 14 EJIL 141–170 ; Raphaël van Steenberghe « Sources of International Humanitarian Law and International Criminal Law: Specific Features » dans OHSIL (2017), *supra* note 153 à la p 903 à la n 62 [van Steenberghe (2017)], citant Rasulov, Pictet, ainsi que l'Affaire *Delalič* c *Procureur*, aff nº IT-96-21-T, jugement (16 nov. 1998) [TPIY, Delalič (1998)].

[242] CVDT (1969), *supra* note 113 à l'art 60(5).

[243] ONU, CDI (Gerald Fitzmaurice), *Second report by G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur*, Doc NU A/CN.4/107 (1957), reproduit dans *YILC 1957* vol 2 (A/CN.4/SER.A/1957/Add I), « Law of Treaties: Second report », pp 16–70 aux pp 30–31 (Article 18 Termination or suspension by operation of law. Case of fundamental breach of the treaty (general legal character and effects)) et à la p 35 (Article 29 Effects of valid termination; special consideration affecting multilateral

dispositions soient « absolues » et non dépendantes de la réciprocité. Pour illustrer ces obligations juridiques qualifiées d'irréductibles, Fitzmaurice utilise l'exemple d'un État qui enfreint certaines lois de la guerre concernant le traitement de la population civile, des prisonniers de guerre, des malades et des blessés sur le terrain, des internés civils ou de la population en territoire occupé; à ce sujet, ce dernier affirme qu'une telle violation ne libère pas l'autre belligérant de son obligation de respecter les règles concernées[244]. L'exception humanitaire prévue à l'alinéa 5 de l'article 60 CVDT (1969) est donc tributaire de cet héritage. De plus, les termes « humanitaires », « représailles » et « personnes protégées » utilisés dans le libellé de l'article appartiennent aux conflits armés plus qu'aux droits de la personne, ce qui abonde dans le sens que les traités de DIH sont visés en premier lieu par cet article. Mais, au-delà de cette constatation, quel est exactement le champ d'application de l'article 60(5) ? Et comment définit-on ce qu'est un traité de DIH ? C'est dans ce contexte qu'il est important d'aborder ici la distinction entre traités de DIH et traités de caractère humanitaire.

« Traités de DIH » et « traités de caractère humanitaire »

Les *Conventions de Genève* de 1949 et leurs *Protocoles additionnels* de 1977 sont des traités de DIH. Ils sont aussi des traités à caractère humanitaire au sens de l'article 60(5) CVDT (1969), leur but premier étant la protection des humains[245], même si les considérations militaires sont intégrées dans le contenu normatif, le but premier n'étant pas le but unique. En ce qui a trait aux autres traités visant la protection des victimes des conflits armés, les méthodes et moyens de combat (incluant les

---

treaties)) [Fitzmaurice's Draft Code (1957)]. Pour une analyse de l'héritage du Code de Fitzmaurice en ce qui a trait à la classification des obligations conventionnelles selon les violations en cause, voir Malgosia Fitzmaurice et Olufemi Elias, *Contemporary Issues in the Law of Treaties*, Utrecht, Eleven, 2005 aux pp 147–153.

[244] Fitzmaurice's Draft Code (1957) *ibid,* et Gerald Fitzmaurice, « The General Principles of International Law Considered From the Standpoint of the Rule of Law : Mainly Philosophical » (1957) 92 RCADI 5 à la p 125 [Fitzmaurice (1957)]. Voir aussi dans le même sens d'une inclusion des traités de DIH dans le champ d'application de l'article 60 CVDT (1969) (même s'il indique que Fitzmaurice ne mentionne pas les traités de DIH, ce qui est, selon notre lecture, erroné) Post (1994), *supra* note 23 à la p 108: « [Judge Fitzmaurice] *referred to conventions on human rights, a convention providing for the safety of life at sea and certain labour conventions, which have in common that they are intended for the benefit of the individuals concerned. Although not mentioned by Fitzmaurice, provisions of humanitarian treaties, of course, also fit in this group* »; Mark Eugen Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Brill / Nijhoff, 2009, à la p 247 au para 24 .

[245] Voir dans le même sens Thomas Giegerich, « Article 60: Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach » dans Olivier Dörr et Kirsten Schmalenbach, dir, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Heidelberg / Berlin , Springer / Verlag, 2012, 1021–1049 à la p 1047 aux paras 85–86 [Geigerich (2012)] ; et Rüdiger Wolfram, dir, *Völkerrecht*, 2e éd, vol 1, Berlin, de Gruyter, 2002, aux pp 739 et suiv.

traités réglementant les armes[246]), la guerre maritime et aérienne, et la protection des biens culturels[247], nous les classons aussi parmi les traités de DIH entendu au sens large, c'est-à-dire ceux qui réglementent un ou plusieurs aspects relatifs aux conflits armés, que ceux-ci soient de nature internationale, non internationale, ou les deux[248]. Certains sujets se situent toutefois à la marge de ce qui se qualifie d'aspects relatifs aux conflits armés : la répression pénale internationale est un de ces sujets. En effet, il est généralement accepté que le *Statut de Rome*, qui est maintenant l'instrument juridique de prédilection pour la répression pénale internationale, doit être pris en considération lorsque sont interprétés les traités de DIH. À savoir toutefois si ses dispositions visant les crimes de guerre constituent une source conventionnelle de DIH, les avis sont partagés : il y a ceux qui affirment que ce Statut a créé de nouvelles règles de DIH (les interdictions d'attaquer les forces de maintien de la paix ou de tuer ou blesser par perfidie dans un CANI, par exemple) et ceux qui n'y voient qu'une référence à des règles de DIH préexistantes à la ratification du Statut[249]. Dans l'état actuel des choses, on peut donc se questionner à savoir s'il s'agit véritablement d'un traité de DIH. Cependant, pour les besoins de la présente thèse, il n'est pas nécessaire de trancher si le Statut crée de nouvelles règles de DIH ; au-delà du fait qu'il ne puisse pas y avoir de réciprocité puisque les règles de fond du *Statut de la CPI* traitant du DIH ne peuvent être violées que par des individus, le fait que le Statut contienne des règles de DIH et que nous définissons « traités de DIH » dans un

---

[246] P. ex. 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 ou comme frappant sans discrimination* (avec Protocoles I, II et III) (1980), 1342 RTNU (1983) nº 22495 aux pp 173–183 [CAC (1980)] ; la Convention d'Ottawa (1997), *supra* note 91. Voir Sassòli (2019), *supra* note 15 au para 4.17.

[247] P. ex. la *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé* (1954), 249 RTNU (1956) nº 3511 aux pp 241–291 [Convention biens culturels (1954)] ; le *Protocole pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé* (1954), 249 RTNU (1956) nº 3511 aux pp 359–365 [1er Protocole biens culturels (1954)] ; le *Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé* (1999), 2253 RTNU (2005) nº A-3511 aux pp 229–245 [2e Protocole biens culturels (1999)].

[248] Cette classification thématique est celle proposée par le CICR, telle qu'elle figure dans son répertoire des règles conventionnelles relatives au DIH : <www.circ.org/dih>. Elle peut servir de point de départ, mais ne peut se substituer à l'analyse de l'objet et du but des traités. Ce répertoire n'a en effet aucune autre prétention que celle de faciliter l'accès et la diffusion des documents écrits (malgré le titre « Traités, États parties et commentaires », ce répertoire contient des traités, mais aussi des résolutions des Nations Unies, des actes de conférences diplomatiques) dont le contenu touche au DIH. À noter qu'une section « varia » réunit d'autres documents, ceux-ci relatifs à l'ouverture des hostilités, le génocide, l'environnement, le mercenariat, les dispositions forcées et le commerce des armes. À noter en outre que nous n'adoptons pas une définition de « traité de DIH » aussi large que celle proposée par Jean Pictet (*Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, Genève, Institut Henry-Dunant, 1973 à la p 11) qui tend plus vers la définition généralement acceptée des traités à caractère humanitaire : « [L]e droit international humanitaire, au sens large, est constitué par l'ensemble des dispositions juridiques internationales, écrites ou coutumières, assurant le respect de la personne humaine et son épanouissement », en ajoutant la possibilité, comme le propose le professeur Milan Bartos, d'inclure aussi le *jus contra bellum*.

[249] Pour une discussion détaillée à ce sujet, voir Sassòli (2019), *supra* note 15 aux sections 4.20, 9.059, 9.061 et 9.062.

sens large nous permet de conclure que ce Statut est une source (matérielle, au minimum) conventionnelle de DIH et qu'il peut donc être considéré comme un traité de DIH.

Bien sûr, lorsqu'est adoptée une définition large de ce qui constitue un traité de DIH dans le contexte de l'article 60(5) CVDT (1969), il est pertinent de distinguer les règles essentielles des règles non essentielles : nous sommes en effet sensibles à l'argument voulant que les traités de DIH contiennent des « dispositions relatives à la protection de la personne humaine », visées par l'article 60(5), mais qu'ils contiennent aussi d'autres dispositions. Toutefois, nous considérons que les traités de DIH tels que nous les définissons sont inclus dans le champ d'application de l'article 60(5) CVDT (1969), même si toutes leurs dispositions ne visent pas la protection de la personne humaine au sens strict. En effet, une interprétation restreinte du caractère humanitaire du traité au sens de la CVDT (1969) n'est pas souhaitable : le sens usuel du texte de l'article pourrait aller dans ce sens, mais même là, les traités de DIH semblent être visés, la question se posant plus pour les traités de protection des droits de la personne[250]. Qui plus est, une interprétation large s'infère de l'historique des négociations[251]. Cela nous permet de conclure que même les traités hybrides, dans lesquels se

[250] Bruno Simma et Christian J. Tams, « Volume II, Part V Invalidity, Termination and Suspension of the Operation of Treaties, s.3 Termination and Suspension of the Operation of Treaties, Art.60 1969 Vienna Convention » dans Olivier Corten et Pierre Klein, dir, *The Vienna Conventions on the Laws of Treaties: A Commentary*, vol I, Oxford, OUP (OSAIL), 2011, pp 1351–1378 à la p 1367 au para 44 [Simma / Tams (2011)]. Pour une position en faveur de l'inclusion des traités de droits de la personne dans l'exception humanitaire de l'alinéa 5 de l'art 60 CVDT (1969), voir Fitzmaurice (1957), *supra* note 244 à la p 125 (inclusion des conventions de sauvegarde de la vie humaine en mer et certains traités de droit du travail) ; ONU, *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités (1968),* « Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière », Doc NU A/Conf.39/11 (1969), intervention de M. Bindschedler (Suisse) à la p 385 au para 12, en ligne, ONU :<https://undocs.org/fr/A/CONF.39/11> [ONU, A/Conf.39/11(1968)] (inclusion des conventions concernant le statut des réfugiés, la répression de l'esclavage, l'interdiction du génocide, et la protection des droits de l'homme en général). Voir aussi Antonio Augusto Cançado Trindade, A *Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, 1991, Saraiva, São Paulo, aux pp 11–12, repris en anglais dans l'ouvrage du même auteur : *International Law for Humankind: Toward a New Jus Gentium*, Leiden, Brill, 2019 à la p 448 : « *The law of treaties itself of our days, as confirmed by Article 60(5) of the Vienna Conventions, discards the precept of reciprocity in the implementation of the treaties of international protection of human rights and of International Humanitarian Law, by virtue precisely of the humanitarian character of those instruments. Piercing the veil in the domain of International Law – such as the one concerning treaties – so strongly infiltrated by the voluntarism of States, the aforementioned provision of Article 60(5) of the Vienna Convention constitutes a clause of safeguard in defence of the human being.* » ; Francesco Capotorti, « L'extinction et la suspension des traités » (1971) 134 RCADI 417–587 à la p 554 à la n 102 ; Chetail (2013), *supra* note 14 aux pp 28–29, incluant les autorités citées à la n 48.

[251] ONU, A/Conf.39/11 (1968) *ibid* à la p 385 au para 12.

côtoient la protection des intérêts de l'humanité ainsi que les intérêts propres aux États (les traités visant le contrôle des armes, par exemple[252]), sont inclus dans l'exception prévue à l'article 60(5).

C'est à la lumière de ces constats que nous définissons les critères généraux traçant les limites des traités de « caractère humanitaire » soumis au régime de l'article 60 (5) comme suit : même si la violation invoquée au soutien de la suspension est substantielle et que la partie qui l'invoque est spécialement affectée par celle-ci (ou que toutes les parties souhaitent unanimement suspendre le traité à la suite à ladite violation), si le traité visé contient des dispositions relatives à la protection de la personne humaine, il ne pourra pas être suspendu au terme de la CVDT (1969), et ce, même si ledit traité a également des visées autres qu'humanitaires comme c'est le cas pour les traités de DIH. Si l'application de ces critères peut soulever des débats pour les traités en droits de la personne, l'impossibilité de suspendre les traités de DIH en application de l'article 60 CVDT (1969) est plus généralement acceptée, surtout lorsque ceux-ci sont définis de façon large comme proposé ici. En plus de l'exception posée au paragraphe 5 pour les dispositions relatives à la protection de la personne humaine, il faut aussi prendre en considération le caractère substantiel de la violation qui doit être présent, que le traité visé ait un caractère humanitaire ou non. Par exemple, même si la CIII (1949) n'était pas considérée comme étant un traité à caractère humanitaire (ce qui n'est pas notre position), l'invocation d'une violation non substantielle comme l'absence de test de dépistage de la tuberculose lors de l'inspection médicale mensuelle des prisonniers de guerre au terme de l'article 31, ne suffirait pas à démontrer une violation substantielle. Le même raisonnement s'applique à la *Convention d'Ottawa* : peu importe la nature humanitaire ou non de ce traité, le fait que, par exemple, un État partie soumette un rapport au Secrétaire général après le 30 avril et sans mention de l'état d'avancement des programmes de reconversion au terme de l'article 7 (2) ne suffirait pas à justifier la suspension de la convention. Lorsqu'il est question de violations substantielles (la soumission d'un prisonnier de guerre à une mutilation physique ou à une expérience médicale en

[252] Voir Simma / Tams (2011), *supra* note 250 à la p 1368 au para 47, qui mentionnent le Protocole (1925), *supra* note 91, la *Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction* (1972), 1015 RTNU (1976) nº 14860 aux pp 174–179 [la Convention sur les armes biologiques (1972)] et la Convention d'Ottawa (1997), *supra* note 91 : « *it is clear that what the drafters of the paragraph 5 had in mind was not a formal classification of treaties, but the comprehensive protection of individuals. In line with this intention, it seems convincing to interpret Article 60, paragraph 5 extensively, in order also to encompass humanitarian provisions of 'mixed agreements'.*» Voir aussi Giegerich (2012), *supra* note 245 à la p 1047 au para 86 : « *Treaties that prohibit the use of certain weapons for the sake of humanity, such as the CWC, are covered by para. 5* ».

violation de l'article 13 CIII (1949), ou l'emploi de mines antipersonnel par un État partie contrairement à l'article 1 (1) a) de la *Convention d'Ottawa,* par exemple), celles-ci activent *a priori* la possibilité pour un État partie d'invoquer la suspension ; cette possibilité se voit cependant endiguée du fait que les deux instruments conventionnels ont un caractère humanitaire.

En résumé, la spécialisation fonctionnelle du DIH conventionnel est en grande partie accommodée à même le droit des traités qui s'applique au DIP en entier. L'exception humanitaire à l'extinction ou à la suspension d'un traité comme conséquence de sa violation substantielle prévue dans la CVDT (1969) constitue une caractéristique spéciale du DIH en matière de droit conventionnel en tant que source. Loin de justifier une émancipation de ce droit par rapport au régime général, cette caractéristique est reconnue expressément par ce dernier.

2.2.2 Un encadrement adéquat des réserves et des clauses de dénonciation des traités de DIH

Au sujet des réserves

Pour que les dispositions d'un traité international produisent un effet utile, il est nécessaire d'encadrer le mécanisme des réserves de façon à ne pas entacher fatalement le traité visé. Un des remparts contre cette situation est l'inadmissibilité des réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité, comme le détermine la CVDT (1969)[253]. Les travaux de la CDI nous informent que cette incompatibilité est celle qui « porte atteinte à un élément essentiel du traité, nécessaire à son économie générale, de telle manière que sa raison d'être se trouve compromise »[254]. En validant certaines réserves, la CVDT (1969) permet la promotion d'un haut taux de ratification des traités de DIH, de façon telle qu'au moment où éclate un conflit armé, la souffrance est minimisée le plus possible et toutes les parties au conflit sont soumises aux mêmes obligations. En invalidant certaines

[253] CVDT (1969), *supra* note 113 à l'art 19 : « Un État, au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer, peut formuler une réserve, à moins : a) que la réserve ne soit interdite par le traité ; b) que le traité ne dispose que seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites ; ou c) que, dans les cas autres que ceux visés aux alinéas a et b, la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité ».

[254] ONU, CDI (Alain Pellet), *Rapport de la CDI, Les réserves aux traités*, Doc off CDI NU, 59e sess, Doc NU A/62/10 (2007), chap 4 directive 3.1.5 à la p 32 [CDI (Pellet), Réserves (2007)].

autres réserves, elle protège le but humanitaire des traités de DIH, but que le DIH partage avec les instruments de protection des droits de la personne[255].

Une réserve (contrairement à une déclaration unilatérale qui a une valeur interprétative et qui est soumise à l'article 31 plutôt qu'à l'article 19 CVDT (1969)[256]) vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à l'État qui formule la réserve[257]. Cette limitation constitue plus un développement progressif qu'une codification du droit coutumier existant au moment de l'adoption de la Convention[258]. En effet, elle fut proposée par la CIJ quelque 15 années avant l'adoption de la CVDT (1969) dans l'avis consultatif sur *les réserves à la Convention sur le génocide* (1951)[259]. L'inclusion dans la CVDT (1969) de la limitation des réserves selon l'objet et le but du traité n'a donc pas été exempte de controverse : la même année qu'a été rendu l'avis de la CIJ, le système de la collégialité était encore invoqué dans les discussions de la CDI afférentes au

---

[255] Voir de façon générale sur les réserves aux traités de DIH, Meron (2006), *supra* note 14 aux pp 218–246 ; Rondeau (2010), *supra* note 114 aux pp 48 et suiv. Pour une analyse détaillée des réserves sous les CG I-IV (1949) et les PAI–II (1977), voir Lise S. Boudreault, « Les réserves apportées au Protocole additionnel I aux Conventions de Genève sur le droit humanitaire » (1989) 6:2 RQDI 105–119 [Boudreault (1989)] ; Rupert Granville Glover « International Humanitarian Law ... With Reservations? » (1984) 2:2 CLR 220–229 ; Claude Pilloud, « Les réserves aux Conventions de Genève de 1949 » (1976) 58:687 RICR 121–149 [Pilloud (1976)] ; Julie Gaudreau, « The reservations to the Protocols additional to the Geneva Conventions for the protection of war victims » (2003) 849 IRRC 143–184 [Gaudreau (2003)].

[256] Nous n'examinons ici que les caractéristiques du DIH conventionnel par rapport aux réserves. Cela étant dit, un des problèmes fondamentaux que nous ne réglerons pas ici est celui de la difficulté à distinguer la déclaration interprétative de la réserve, le terme choisi par l'État pour qualifier son acte n'étant pas un indicateur adéquat et portant la plupart du temps à confusion ; voir à ce sujet Kolb / Del Mar (2014), *supra* note 231 aux pp 69–71 ; Pilloud (1976), *ibid* aux pp 132–133 ; Gaudreau (2003), *ibid* aux pp 143–144.

[257] CVDT (1969), *supra* note 113 à l'art 1 d).

[258] Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2e éd, Manchester, MUP, 1984 aux pp 13–14.

[259] CIJ, *Réserves à la Convention sur le génocide*, Avis consultatif, [1951] CIJ Rec 15 à la p 24 [CIJ, avis sur la Convention sur le génocide (1951)] : « L'objet et le but de la Convention sur le génocide impliquent chez l'Assemblée générale et chez les États qui l'ont adoptée l'intention d'y voir participer le plus grand nombre possible d'États. L'exclusion complète de la Convention d'un ou de plusieurs États, outre qu'elle restreindrait le cercle de son application, serait une atteinte à l'autorité des principes de morale et d'humanité qui sont à sa base. On ne conçoit pas que les contractants aient pu facilement admettre qu'une objection à une réserve mineure puisse produire un tel résultat. Mais on pourrait moins encore prêter aux contractants la pensée d'avoir sacrifié à la vaine recherche du nombre des participants les fins mêmes de la Convention. L'objet et le but de celle-ci assignent ainsi des limites tant à la liberté d'apporter des réserves qu'à celle d'y objecter. Il en résulte que c'est la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but de la Convention qui doit fournir le critère de l'attitude de l'État qui joint une réserve à son adhésion et de l'État qui estime devoir y faire une objection. Telle est la norme de conduite qui doit guider chaque État dans l'appréciation qu'il lui appartient de faire individuellement et pour son propre compte de la régularité d'une réserve. » Voir aussi Lauterpacht à la CDI, 2 ans après l'avis consultatif de 1951 : ONU, CDI (Hersch Lauterpacht), *Law of Treaties*, Doc off NU, 5e sess., Doc NU A/CN.4/63 (1953) reproduit dans *YILC 1953* vol 1 A/CN.4/Ser.A/1953/Add.1, pp 90–162 à la p 125 : « *It is not feasible or consistent with principle to recognize an unlimited right of any State to become a party to a treaty while appending reservations, however sweeping, arbitrary, or destructive of the reasonably conceived purpose of the treaty and of the legitimate interests and expectations of the other parties*.».

projet d'articles sur les effets juridiques des réserves aux conventions multilatérales[260], de façon telle qu'un an plus tard, l'Assemblée générale a dû adopter une résolution exigeant la communication des réserves aux États parties pour leur permettre d'y répondre de la façon que ces derniers jugeaient adéquate[261]. Malgré ces soubresauts, le test développé par la CIJ et repris dans la CVDT (1969) permet aujourd'hui aux États parties à un traité de déterminer objectivement si une réserve émise par un autre État partie est valide ou non[262].

Ces dispositions actuellement en vigueur encadrant les réserves visent à obtenir un compromis entre deux pôles qui ne sont ni l'un ni l'autre entièrement souhaitables : entre, d'un côté, un traité ratifié universellement, mais dont la mise en œuvre est complètement paralysée par l'utilisation abusive du mécanisme de réserves par les États dans le but d'échapper à leurs obligations conventionnelles minimales et, de l'autre, un traité dont la mise en œuvre sur papier est sans entrave, mais aussi sans impact réel puisqu'ayant reçu un taux extrêmement faible de ratification[263]. Dans le cas des traités contenant des dispositions ayant pour objet la protection de la personne humaine, ces deux scénarios sont particulièrement problématiques ; les conséquences étant potentiellement tragiques autant d'une paralysie que d'un impact inexistant dépassant le cadre juridique.

En ce qui a trait spécifiquement aux traités de DIH, nous considérons que leur but de protection de la vie humaine est tel qu'il justifie une limitation à la formulation des réserves qu'un État partie peut lui

---

[260] ONU, CDI (James L. Brierley), *Reservations to Multilateral Conventions*, Doc off CDI NU, 3e sess, Doc NU A/CN.4/41 (1951), reproduit dans *YICL 1951* vol 2 (A/CN.4/Ser. A/1951/Add.1), pp 1–26, plus précisément « Mémorandum présenté par Gilberto Amado » (A/CN.4/L.9/Corr.1) aux pp 17–23 au para 24.

[261] ONU, AG, *Réserves aux conventions multilatérales*, Résolution 598 (VI) (1952), Doc off AG NU, 6e sess, Doc NU A/RES/598(IV) (1952), en ligne, ONU : <https://undocs.org/fr/A/RES/598(VI)>.

[262] Voir ONU, Comité des droits de l'Homme, « Observation générale sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte (Observation générale no 24) », *Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités*, Doc off CCP NU, 1382e sess, Doc NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (1994) au para 6 à la n 3, en ligne, ONU : <https://undocs.org/fr/CCPR/C/21/Rev.1/Add.6> : « Bien que la Convention de Vienne sur le droit des traités ait été conclue en 1969 et soit entrée en vigueur en 1980, c'est-à-dire après le Pacte, ses dispositions reflètent dans ce domaine le droit international général qui avait déjà été affirmé par la Cour internationale de Justice dans l'avis rendu en 1951 sur les *Réserves à la Convention sur le génocide* ».

[263] Cela fait écho au concept des « deux couples dialectiques » de Pellet que sont universalité-intégrité du traité et liberté du consentement de l'État réservataire et liberté des autres États parties : Pellet (2006), *supra* note 240 au para 78. Voir aussi ONU, CDI (Alain Pellet), « Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités » dans *Deuxième rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités*, Doc off CDI NU, 48e sess, Doc NU A/CN.4/477 et Add.1(1996) reproduit dans *Annuaire CDI 1996*, vol 2, partie 1 (Doc NU A/CN.4/Ser.A/1996/Add.1) à la p 60 au para 97, en ligne : <https://legal.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_477.pdf> [CDI (Pellet), Réserves (1996)].

opposer, comme prévu à la CVDT (1969). Cette caractéristique spéciale du DIH conventionnel en ce qui a trait à son but n'est toutefois pas telle qu'une émancipation au-delà de ce que prévoit déjà la CVDT soit nécessaire. En effet, c'est d'abord et avant tout le haut niveau d'interdépendance des droits et obligations contenus dans ces traités qui accentue la nécessité de limiter, sans toutefois complètement interdire, la possibilité d'émettre des réserves[264]. La limitation des réserves a en effet pour but premier de prévenir le démantèlement des obligations conventionnelles ; ces obligations interdépendantes peuvent viser la protection de la vie humaine, mais elles peuvent aussi se retrouver dans des traités ayant un autre objet. Le droit des traités est conçu de façon telle qu'il n'y a pas d'illicéité *ab initio* de toutes les réserves formulées à l'encontre de traités de DIH (et de traités relatifs aux droits de la personne) en raison de leur caractère particulier[265]. Cette illicéité doit être appréciée dans le contexte de chaque traité spécifique, sachant que les États contractants peuvent décider d'exclure le droit de faire des réserves du champ d'application d'un traité spécifique. C'est ce qui s'est passé avec la plupart des traités de DIH. En effet, si plusieurs traités réglementant les conflits armés se sont prévalus de la valeur supplétive de la CVDT (1969) et contiennent des dispositions expresses n'admettant aucune réserve[266], ce n'est pas le cas pour les CG I-IV (1949) et PAI–II

---

[264] C'est aussi la position adoptée *in extremis* par la CDI dans ses travaux sur les réserves aux traités : comparer le projet de directive 3.1.12 de 2007 (CDI (Pellet), Réserves (2007), *supra* note 254 à la p 33) : « Pour apprécier la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but d'un traité général de protection des droits de l'homme, il convient de tenir compte du caractère indissociable, interdépendant et intimement lié des droits qui y sont énoncés ainsi que de l'importance que revêt le droit ou la disposition faisant l'objet de la réserve dans l'économie générale du traité et de la gravité de l'atteinte que lui porte la réserve. » ; et le projet de directive 3.1.5.6 de 2011 (ONU, CDI (Pellet), *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, Doc NU A/66/10, reproduit dans *Annuaire CDI 2011*, vol 2, partie 2, pp 24–36 à la p 30 [CDI, Réserves (2011)]) : « Pour apprécier la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but d'un traité contenant de nombreux droits et obligations interdépendants, il convient de tenir compte de cette interdépendance ainsi que de l'importance que revêt la disposition faisant l'objet de la réserve dans l'économie générale du traité et de l'ampleur de l'atteinte que lui porte la réserve. » Voir aussi Alain Pellet, « Notes sur la 'fragmentation' du droit international : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme » dans Denis Alland, Vincent Chetail, Olivier de Frouville et Jorge E. Viñuales, dir, *Unité et diversité du droit international / Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Brill / Nijhoff, 2014, pp 757–784 à la p 783 ; Alain Pellet, « Reservations to treaties and the integrity of human rights » dans Scott Sheeran et Nigel Rodley,dir, *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, New York, Routledge, 2014, pp 323–338 à la p 335 ; Ineta Ziemele et Lāsma Liede, « Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6 » (2013) 24:4 EJIL 1135–1152 à la p 1147 [Ziemele / Liede (2013)].

[265] Ziemele / Liede (2013), *ibid* à la p 1152.

[266] P. ex. Convention sous-munitions (2008), *supra* note 19 à l'art 19, la Convention d'Ottawa (1997), *supra* note 91 à l'art 19, et le Statut de Rome, *supra* note 234 à l'art 120. Pour une limitation expresse des réserves dans le sens de la CVDT (1969), voir Convention sur les armes chimiques (1993), *supra* note 91 à l'art XXII : « Les articles de la présente Convention ne peuvent pas donner lieu à des réserves. Ses annexes ne peuvent pas donner lieu à des réserves qui sont incompatibles avec son objet et son but. » ; la Convention relative aux droits de l'enfant (1989), *supra* note 230 art 51(2) : « Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention n'est autorisée. » ; Traité sur le commerce d'armes (2013), *supra* note 19 à l'art 25(1) : « Chaque État peut, au moment de

(1977), pour lesquels les réserves sont *a priori* admises[267], dans les limites fixées par l'article 19 c) CVDT (1969), en plus de l'absence d'effet réciproque pour toutes les réserves formulées à l'égard d'obligations *erga omnes*[268].

Près de 20 % des 196 États parties aux CGI–IV (1949) ont formulé des déclarations en y incluant des réserves, soit 35 États ; c'est près de 25 % pour le PAI (avec 43 des 174 États parties) et un peu plus de 10 % pour le PAII (avec 21 des 168 États parties)[269]. Il est à noter que la quantité de déclarations formulées sous le PAI, au nombre de plus de 150, est de beaucoup supérieure à la quinzaine qu'on retrouve sous le PAII[270]. Lorsqu'on sépare les réserves des déclarations unilatérales interprétatives — ce qui est plus facilement dit que fait[271] — on peut se retrouver avec un potentiel d'une trentaine de véritables réserves au sens de la CVDT (1969) pour le PAI. Comme mentionné en début de section, la possibilité de formuler des réserves a des effets positifs sur le DIH : cela encourage la promotion d'un haut taux de ratification, de façon qu'au moment où éclate un conflit armé, la souffrance est minimisée le plus possible. En effet, comme l'affirme Kolb[272], si les réserves aux traités de DIH n'étaient pas permises, certains États préféreraient éviter de se lier conventionnellement plutôt que de devoir répondre à des obligations additionnelles qui n'incombent pas aux belligérants non liés conventionnellement. En permettant à ces États potentiellement récalcitrants d'émettre des réserves sur certains aspects, on permet un rayonnement plus grand du traité pris dans son ensemble, en plus de renforcer « l'autorité des principes moraux et humanitaires » qui sous-tendent ces traités[273]. De plus, en limitant les réserves uniquement à celles qui ne frustrent pas l'objet ni le but humanitaire des traités de DIH, un équilibre des plus intéressants

---

sa signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion, formuler des réserves qui ne soient pas incompatibles avec l'objet et le but du présent Traité ».

[267] Une proposition d'article limitant la possibilité d'émettre des réserves avait été sur la table de négociation du PAI (1977) sans qu'elle ne soit toutefois retenue : *Projet de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaires*, CICR, Genève, 1973, pp 103–105. Voir à ce sujet Gaudreau (2003), *supra* note 255 aux pp 143–144 ; Pilloud (1976), *supra* note 255 aux pp 131–132.

[268] P. ex. l'art 3 commun aux CGI–IV (1949) ; toute la Partie II de GCIV (1949) qui vise la protection générale des populations civiles de certaines conséquences de la guerre ; les arts 73 (traitement des réfugiés et des apatrides aux mains d'une partie au conflit) et 75 (respect des garanties fondamentales de toutes les personnes au pouvoir de l'ennemi) ; le PAII au complet : Provost (2002), *supra* note 114 à la p 150.

[269] Voir le texte des réserves lors de la signature ou de la ratification, en ligne, CICR : <http://www.icrc.org/dih/>.

[270] Voir Gaudreau (2003), *supra* note 255 à la p 143.

[271] *Ibid,* spécialement aux pp 143, 144 et 183 ; voir aussi Pilloud (1976), *supra* note 255 aux pp 132–133.

[272] Kolb / Del Mar (2014), *supra* note 231 aux pp 68–69.

[273] CIJ, avis sur la Convention sur le génocide (1951), *supra* note 259 à la p 24. Voir aussi Kolb / Del Mar (2014), *ibid* à la p 69.

est atteint. En d'autres mots, même si le DIH s'affranchit graduellement du modèle consensuel, il reste un droit qui contient des obligations interétatiques, contrairement au droit de la personne qui se fonde sur le déséquilibre de pouvoir entre les individus et l'État. Il reste aussi un droit dans lequel la logique de la réciprocité a encore un certain rôle à jouer, surtout si l'on retient l'approche de l'opposabilité pour déterminer l'effet juridique d'une réserve. Cette approche remet entre les mains des autres États parties la tâche d'accepter ou de refuser la validité d'une réserve, tout en suivant les préceptes de la CVDT (1969). L'acceptation expresse ou implicite, ou l'objection simple ou radicale à la réserve a un effet sur la relation entre les États parties : avec certaines variables selon le scénario retenu, une réserve faite par un État A peut en effet être invoquée par un État B si ces deux sont parties au même conflit armé[274].

Pour revenir aux éléments d'appréciation de la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité, nous affirmons que l'économie générale[275] des traités de DIH n'est pas tout à fait la même que celle des traités des droits de la personne : l'idée générale qui sous-tend un traité de DIH est humanitaire, mais pas que cela, rappelons-le. L'idée générale qui est celle de réglementer les conflits armés comporte aussi une part de réciprocité (de plus en plus systémique, comme démontré plus haut) qu'on ne retrouve pas en droit de la personne. Cette caractéristique justifie une plus grande latitude dans l'évaluation de la compatibilité des réserves, pouvant même aller jusqu'à encourager la formulation de certaines réserves en DIH qu'on ne retrouverait pas en droit de la personne. Par exemple, la réserve formulée par le Canada à l'article 39(2) PAI (1977) à l'effet qu'il n'entend pas être lié par les interdictions concernant « l'utilisation de symboles, insignes ou uniformes militaires des parties adverses pour dissimuler, favoriser, protéger ou entraver des opérations militaires »[276],

---

[274] Kolb / Del Mar (2014), *ibid* aux pp 72–73.

[275] Sur le concept d'économie générale d'un traité, voir CDI (Pellet), Réserves (2007), *supra* note 254 à la p 37 au commentaire 14 b) sous la directive 3.1.5, ainsi que la n 132 à la p 38, où il est fait état des avis consultatifs de la CPJI et des arrêts rendus par la CJI dans lesquels l'économie générale du traité a été l'un des éléments considérés pour déduire l'objet et le but d'un traité. À noter toutefois que dans le cadre de ses travaux (CDI (Pellet), Réserves (1996), *supra* note 263 aux pp 57–58 au para 80), la CDI n'est pas allée jusqu'à opérer cette distinction entre traités de droit de la personne et traités de DIH, considérant que ces derniers étaient inclus dans les premiers, en ce qui concerne à tout le moins le mécanisme des réserves : « étant entendu que l'expression 'droits de l'homme' doit être prise ici au sens large et qu'il n'y a pas lieu de distinguer aux fins du présent chapitre entre droit humanitaire, d'une part, et droits de la personne *stricto sensu*, d'autre part : les considérations qui valent pour ceux-ci valent tout autant pour celui-là ».

[276] PAI (1977), *supra* note 13, réserves, déclarations interprétatives et déclarations formulées lors de la ratification : Canada, notification du dépositaire au CICR du 22 novembre 1990, en ligne : <https://ihl-

limitant cette interdiction aux situations d'attaques seulement, n'est pas incompatible avec le but du Protocole, même si l'effet juridique de l'article 39 en est drastiquement diminué : cette disposition est applicable uniquement entre ennemis combattants et n'affecte donc pas les personnes et les objets qui bénéficient d'une protection spéciale sous le PAI[277]. En revanche, une réserve à l'article 3 commun CGI–IV (1949) telle que celle formulée par le Portugal au moment de signer les CGI–IV (1949) — mais non maintenue lors de la ratification — est problématique puisqu'elle entame l'objet même du traité :

> Ce qui doit être appelé un conflit de caractère non international n'étant pas concrètement défini, en cas que, par cette désignation on entend se référer uniquement à la guerre civile, n'étant pas clairement établi le moment à partir duquel une rébellion armée de caractère interne doit être considérée comme telle, le Portugal se réserve le droit de ne pas appliquer, dans tous les territoires soumis à sa souveraineté dans n'importe quelle partie du monde, la matière de l'article 3 dans tout ce qu'elle puisse avoir de contraire aux dispositions de la loi portugaise.[278]

En mettant de côté le fait que l'article 3 commun constitue une convention en miniature pour les CANI à l'intérieur des traités applicables aux CAI ce qui pourrait potentiellement influencer la nature et l'objet des CGI-IV (1949), il est manifeste que cette réserve va à l'encontre de l'économie générale de ces traités. En effet, ce serait « totalement contraire à l'esprit des conventions de se baser uniquement sur la loi nationale pour décider s'il doit être fait ou non application de l'article 3. Une telle attitude viderait de sa substance cet article qui est une partie importante d'un engagement international »[279].

Dans ce sens, il est plus facile en DIH qu'en droit de la personne de formuler des réserves qui sont compatibles avec le but du traité, puisque cette branche comporte plusieurs dispositions

---

databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=B3252EAD6F87FA45C12563FF0047E1A7>.

[277] Gaudreau (2003), *supra* note 255 à la p 151.

[278] GC I-IV (1949), *supra* note 12, réserves, déclarations interprétatives et déclarations formulées lors de la ratification : Portugal, notification du dépositaire au CICR du 13 avril 1961, en ligne : <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=D726165DF57FFC10C12563FF0047C68B> ; voir aussi 75 RTNU (1950) nº 973 à la p 447 pour la formulation de la réserve et 394 RTNU (1961) nº 973 à la p 259 pour le retrait de la réserve.

[279] Pilloud (1976), *supra* note 255 à la p 141.

autonomes[280]. En effet, le « caractère indissociable, interdépendant et intimement lié »[281] des droits énoncés dans un traité général de protection des droits de la personne est moins fort en DIH. À titre d'exemples de dispositions de traités de DIH susceptibles d'être validement soumises à des réserves, en plus de celui tiré de la pratique canadienne avec l'article 39(2) PAI mentionné plus haut, Kolb propose l'article 28 CGIII (1949) : cet article, octroyant l'accès des prisonniers de guerre à du tabac dans les cantines des camps de détention, consiste en une disposition qui irait non seulement dans le sens d'une réserve écartant validement son application puisque non contraire à l'objet et au but de la Convention, mais qui serait aussi en phase avec les standards actuels en matière de santé[282]. Nous ajoutons l'exemple de l'interdiction pour les navires-hôpitaux de posséder ou d'utiliser un code secret pour les émissions par T.S.F. (transmission sans fil) ou par tout autre moyen de communication posée à l'article 34 CGII (1949) comme pouvant potentiellement justifier une réserve non seulement compatible, mais aussi plus adaptée aux développements des technologies depuis l'adoption des Conventions[283].

En matière d'admissibilité de réserves, la théorie générale des sources n'est pas tant modifiée qu'elle est magnifiée à même le droit général des traités. En effet, la théorie générale des sources accorde une importance capitale à la manifestation de la volonté étatique. Cette volonté se manifeste en premier lieu dans les traités conclus. Les règles applicables à la formulation de réserves visent à atteindre l'équilibre entre la volonté étatique et l'intégrité du traité : le fait d'admettre certaines réserves et d'en refuser d'autres en est le reflet. En ce qui a trait au DIH contemporain, il a déjà été

---

[280] « *stand-alone provisions* », telles que les qualifie Kolb : Kolb / Del Mar (2014), *supra* note 231 à la p 71.

[281] Cette formulation qui est empruntée au paragraphe 5 de la *Déclaration et du Programme de Vienne* adopté par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme de 1993 met l'accent sur la globalité de la protection assurée par les traités généraux de droits de l'homme et vise à éviter leur démantèlement : CDI (Pellet), Réserves (2007), *supra* note 254 au commentaire 6 à la directive 3.1.12 à la p 54. Cette directive n'a toutefois pas été conservée dans la version finale adoptée en 2011.

[282] Kolb / Del Mar (2014), *supra* note 231 aux pp 71–72.

[283] Voir le Commentaire de 2017 (CGII), *supra* note 8 au para 2399 (art 34), où l'on rapporte la position américaine consignée dans le *Manual on the Medical Company* (2002) à l'effet que : « *technological requirements of modern communications have clearly rendered this provision of [the Second Convention] outdated* […]. *Most modern communications and navigation systems, including satellite systems, use some form of encryption even at the most basic level. While avoiding all use of encrypted equipment may be problematic, the prohibition contained in the Geneva Convention requires extreme vigilance in ensuring that hospital ships do not lose their protected status* » ; voir aussi *ibid* au para 2403 : «*There is, therefore, a certain trend in international practice whereby the use of satellite communications does not constitute a violation of paragraph 2, even if messages and data are transmitted using encryption*. […] *At the same time, there has never been doubt about the continuing validity of the prohibition against using means of communication, irrespective of the technology involved, for military purposes and 'acts harmful to the enemy'*. ».

mentionné que le droit conventionnel est le point de départ de l'application de la théorie des sources. Or, les aspects de volontarisme étatique et de primauté des traités qu'on trouve dans cette théorie se voient particulièrement mis en valeur avec les mécanismes admettant les réserves. En DIH, encore plus facilement qu'en droit de la personne, le fait que les États puissent se prévaloir de cette possibilité s'aligne autant avec la spécialisation fonctionnelle de ce droit qu'avec la façon dont il applique la théorie générale des sources et le droit général des traités.

Autrement dit, nous avons fait l'évaluation de la compatibilité des réserves selon le but et l'objet des traités de DIH tout d'abord selon deux paramètres, le premier étant celui des traités de DIH possédant des dispositions encadrant les réserves, et le second étant celui des traités qui sont silencieux à ce sujet, activant ainsi l'application de l'article 19 (*c*) CVDT (1969). Si cette différenciation n'est pas propre au DIH, certains cas de figure qu'on peut retrouver dans la seconde catégorie, eux, le sont. Ont été identifiés dans le présent chapitre trois cas de figure particuliers au DIH conventionnel permettant la compatibilité d'une réserve qui sont 1) lorsque la réserve entame potentiellement la protection de la vie humaine de façon générale sans toutefois viser directement la catégorie de personnes visées par le traité (tel qu'illustré plus haut avec l'exemple de la réserve formulée par le Canada à l'article 39 (2) PAI (1977)), 2) lorsque la réserve est acceptée bilatéralement par d'autres États parties en application du principe d'opposabilité — pour autant que la réserve ne frustre pas fondamentalement l'objet et le but du traité et 3) lorsque la réserve est en phase avec les standards actuels de domaines périphériques aux conflits armés tels que la santé et la technologie (voir *supra* les exemples en lien avec les articles 28 CGIII et 34 CII).

Au sujet des clauses de dénonciation

La dénonciation désigne un acte unilatéral par lequel une partie à un traité cherche à mettre fin à sa participation. Dans un traité multilatéral, la dénonciation d'une partie n'entraînera normalement pas son extinction immédiate[284]. C'est le cas pour les CGI–IV (1949) : les articles communs 63/62/142/158[285] prévoient la possibilité de dénoncer le traité (écartant ainsi la nécessité de solliciter

[284] MPEPIL (Anthony Aust) *sub verbo* « Treaties, termination » (2006), à la section A (introduction).

[285] « (1) Chacune des Hautes Parties contractantes aura la faculté de dénoncer la présente Convention. La dénonciation sera notifiée par écrit au Conseil fédéral suisse. Celui-ci communiquera la notification aux Gouvernements de toutes les Hautes Parties contractantes. (2) La dénonciation produira ses effets un an après sa notification au Conseil fédéral suisse. Toutefois, la dénonciation notifiée alors que la Puissance dénonçante est impliquée dans un conflit, ne

l'article 56 CVDT (1969) à titre supplétif) ainsi que les modalités et les conséquences de cette dénonciation. La continuation des obligations indépendamment de la survie de la Convention y est consacrée, incluant par rapport au traitement des ressortissants de l'État dénonciateur, avec une mise en œuvre de la dénonciation uniquement au moment de la paix et après seulement que les opérations de rapatriement et de remise en liberté soient complétées. Ces clauses de dénonciation étant en quelque sorte un écho aux limites de la suspension posée à l'alinéa 5 de l'article 60 CVDT (1969)[286], la seule façon de mettre un terme à l'application des CGI–IV est donc via la procédure de dénonciation prévue dans lesdites conventions[287]. Or, les conditions posées par ces procédures sont des plus limitatives[288]. Qui plus est, à ce jour, aucune dénonciation ni des CG (1949) ni des PA (1977) n'a encore eu lieu.

Nous mentionnons les clauses de dénonciation aux GCI–IV (1949) (que l'on retrouve aussi, avec différentes modalités, dans un nombre important d'autres traités de DIH[289]) pour trois raisons : la première est qu'elles constituent une illustration prouvant que les traités de DIH peuvent avoir

---

produira aucun effet aussi longtemps que la paix n'aura pas été conclue et, en tout cas, aussi longtemps que les opérations de libération et de rapatriement des personnes protégées par la présente Convention ne seront pas terminées. (3) La dénonciation vaudra seulement à l'égard de la Puissance dénonçante. Elle n'aura aucun effet sur les obligations que les Parties au conflit demeureront tenues de remplir en vertu des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique. » On trouve aussi des dispositions sur la dénonciation dans les *Protocoles additionnels,* sans toutefois la référence aux « principes du droit des gens » : PAI à l'art 99, et PAII à l'art 25.

[286] Chetail (2013), *supra* note 14 à la p 28.

[287] Commentaires CGI (2016), *supra* note 8 au para 3268 (art 63).

[288] Kolb / Del Mar (2014), *supra* note 231 aux pp 84–85, soulignent quatre restrictions à la dénonciation des GCI–IV (1949) : 1) l'effectivité décalée d'une année après la notification de la dénonciation ; 2) l'absence d'effet dans un conflit en cours au moment de la dénonciation ; 3) le maintien du lien conventionnel pour les parties non dénonçantes dans leurs rapports entre elles et 4) le maintien de l'application des règles de droit coutumier et de la clause de Martens à l'État dénonciateur.

[289] P. ex. CII / III (1899), *supra* note 124 aux arts 5 et 14 ; la *Convention sur les bâtiments hospitaliers* (1904) NRGT, 3e sér, vol 2 aux pp 213–222 à l'art 6 ; CIV/V/VI/VII/VIII//IX/X/XI/XII/XIII (1907) aux arts 8/24/10/11/11/12/27/13/55/32 ; la Convention PG (1929), *supra* note 125 à l'art 96 ; la Convention sur les blessés et malades (1929) *supra* note 222 à l'art 38 ; le *Traité concernant la protection des institutions artistiques et scientifiques et des monuments historiques* (Pacte Roerich) (1935), Washington, à l'art VIII ; la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (1948), 78 RTNU (1951) no 1021 aux pp 277–287 à l'art 14 ; la Convention sur les biens culturels (1954), *supra* note 247 à l'art 37, le 1er Protocole biens culturels (1954), *supra* note 247 à l'art 13 a) ; et 2e Protocole biens culturels (1999), *supra* note 247 à l'art 45 ; la Convention sur les armes biologiques (1972), *supra* note 252 à l'art 13 ; CAC (1980), *supra* note 246 à l'art 9 ; la *Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires* (1989), 2163 RTNU (2001) no 37798, pp 75 et suiv à l'art 20 ; le Protocole enfants CA (2000), *supra* note 19 à l'art 11 ; la Convention sur les armes chimiques (1993), *supra* note 91 à l'art XVI ; la Convention d'Ottawa (1997), *supra* note 91 à l'art 20 ; PAIII (2005), *supra* note 13 à l'art 14 ; Traité sur le commerce d'armes (2013), *supra* note 19 à l'art 24 : tous disponibles en ligne, via la base de données du CICR : <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesHistoricalByDate.xsp>.

certaines caractéristiques spéciales tout en s'inscrivant dans le régime général du droit des traités tel que consigné dans la CVDT (1969). Comme dans le cas de nombreuses autres dispositions de la CVDT (1969), les règles relatives aux modalités et aux conséquences de l'extinction d'un traité sont supplétives ; comme l'affirme Ascensio, une application du principe de la *lex specialis* est ici évidente[290].

La seconde raison a été mentionnée plus haut et est en rapport avec la nature particulière des obligations contenues dans les traités de DIH qui donnent à la dénonciation un impact se limitant à la partie qui dénonce. C'est la spécialisation fonctionnelle du DIH qui se manifeste dans le mécanisme de dénonciation conventionnelle, celle-là même qui s'inscrit dans la recherche constante de l'équilibre *in concreto* entre les considérations humanitaires et la nécessité militaire. L'atteinte de cet équilibre nécessite que soit renversée la logique du « donnant-donnant » et que la notion de réciprocité immédiate soit remise en question :

> [*D*]*enunciation produces effect only towards the denouncing State and not towards the other States*. […] *parties to an armed conflict will continue to bear the same obligations as before, including vis-à-vis nationals of that State. Far from being explained by the presence of a specific clause, such an effect seems inherent in the structure of these obligations which do not establish a transactional balance of the* do ut des *type, but rather a legal regime common to the parties. The effect limited to the denouncing party alone should therefore be considered as generally applicable, despite the silence of Article 70 of the Vienna Convention on this aspect. This particularly affects treaties relating to humanitarian law and human rights*.[291]

La troisième raison de s'arrêter sur le mécanisme de dénonciation des CG I-IV (1949) est parce qu'il est limité par la clause de Martens (qui fera l'objet d'une analyse dans le cadre du chapitre sur les principes généraux du droit reconnus[292]). En effet, même dans l'éventualité où une dénonciation autrement licite serait faite, celle-ci « n'aura aucun effet sur les obligations que les Parties au conflit demeureront tenues de remplir en vertu des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des

---

[290] Hervé Ascensio, « Volume II, Part V Invalidity, Termination and Suspension of the Operation of Treaties, s.5 Consequence of the Invalidity, Termination or Suspension of the Operation of a Treaty, Art.70 1969 Vienna Convention » dans Olivier Corten et Pierre Klein, dir, *The Vienna Conventions on the Laws of Treaties: A Commentary*, vol I, Oxford, OUP (OSAIL), 2011, pp 1585–1609 à la p 1589 au para 6 [Ascensio (2011)].

[291] *Ibid* au para 32.

[292] *Infra* section 4.1.

usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique »[293]. Cette référence aux « principes du droit des gens » vise des obligations au-delà du strict cadre conventionnel : minimalement, il s'agit d'une référence au droit coutumier (via « les usages établis »). Nous considérons qu'il s'agit aussi d'une référence, via « les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique », à certains principes généraux du droit reconnus comme l'énonce l'article 38 du *Statut de la CIJ,* comme le principe d'humanité[294]. Pour les besoins de la présente section, les commentaires sur la clause de Martens se limitent strictement au cadre de la dénonciation des CGI–IV (1949) : il est possible d'affirmer qu'aujourd'hui, à la lumière de la reconnaissance de la valeur coutumière de la presque totalité des règles contenues dans les CG I–IV (1949) par le Conseil de sécurité[295] et la CIJ[296], la survie de toutes les obligations découlant des CG I–IV (1949) (puisqu'ayant aussi une valeur coutumière), dans le cas d'une dénonciation, est envisageable. Force est de reconnaître que ce n'était probablement pas le but recherché à l'origine : l'invocation de la clause de Martens devait viser historiquement à maintenir l'opposabilité des règles de DIC, mais uniquement celles qui y étaient codifiées et non pas celles qui auraient pu se former par la suite[297]. Cependant, comme l'a affirmé Kolb, « *to the extent that today most of the substantive*

---

[293] CGI–IV (1949) arts communs 63/62/142/158.

[294] *Infra* section 4.4.3.

[295] ONU, CS, *Résolution 808 (1993*), Doc off CS NU 3175e sess, Doc NU S/RES/808 (1993) au para 2, en ligne : <https://undocs.org/fr/S/RES/808(1993)> : « La partie du droit international humanitaire conventionnel qui est sans aucun doute devenue partie du droit international coutumier est le droit applicable aux conflits armés qui fait l'objet des instruments suivants : les conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre ».

[296] CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, [1996] CIJ Rec 226 au para 82 [CIJ, avis sur l'emploi d'armes nucléaires (1996)] : « La large codification du droit humanitaire et l'étendue de l'adhésion aux traités qui en ont résulté, ainsi que le fait que les clauses de dénonciation contenues dans les instruments de codification n'ont jamais été utilisées, ont permis à la communauté internationale de disposer d'un corps de règles conventionnelles qui étaient déjà devenues en grande majorité coutumières et qui correspondaient aux principes humanitaires les plus universellement reconnus. Ces règles indiquent ce que sont les conduites et comportements normalement attendus des États. ».

[297] Karine Bannelier, « Volume II, Part V Invalidity, Termination and Suspension of the Operation of Treaties, s.1 General Provisions, Art. 43 1969 Vienna Convention » dans Olivier Corten et Pierre Klein, dir, *The Vienna Conventions on the Laws of Treaties: A Commentary*, vol I, Oxford, OUP (OSAIL), 2011, pp 1031–1042 aux pp 1042– 1043 [Bannelier (2011)] : « *In fact, at the time of their adoption, these four Conventions had a mixed character: while numerous provisions constituted new developments in international humanitarian law, a number of other provisions possessed a customary character and were thus simply codified by these instruments*. […] *But it is important to note that with few exceptions the consequences of* [the denunciation] *provision have become generalized. The ICJ seems to have recognized in 1966 that the whole of these four Conventions henceforth form part of customary law. This assessment rendered the denunciation clauses of these Conventions without force or effect*. ».

obligations of IHL are considered to be of a customary nature, there is little to be gained legally, but much to be lost politically, by a denunciation »[298].

En outre, en ce qui a trait aux effets de la dénonciation, la survie d'obligations existant au-delà d'un traité dénoncé n'est pas unique au DIH. En effet, l'élément de la limitation des effets de la clause de dénonciation des CGI–IV (1949) est repris dans l'article 43 CVDT (1969), sans toutefois conserver la formulation propre à la clause de Martens :

> La nullité, l'extinction ou la dénonciation d'un traité, le retrait d'une des parties ou la suspension de l'application du traité, lorsqu'ils résultent de l'application de la présente Convention ou des dispositions du traité, n'affectent en aucune manière le devoir d'un État de remplir toute obligation énoncée dans le traité à laquelle il est soumis en vertu du droit international indépendamment dudit traité.

Cela veut dire que, pour les traités de droit international qui n'ont pas de clause expresse de dénonciation ou qui en ont une, mais qui n'aborde pas la question de la survie des obligations imposées par le droit international indépendamment d'un traité en cas de dénonciation (par exemple, les PAI–II (1977)[299], la *Convention pour la protection des biens culturels* et ses *Protocoles*, la *Convention des mercenaires* ou le *Traité sur le commerce des armes*[300]), l'article 43 sert à :

> […] rappeler aux États parties à un traité que si, pour une raison quelconque, il ne les lie plus, ils restent tenus de respecter les obligations énoncées dans le traité si ces obligations ont une existence parallèle, que ces obligations soient nées avant ledit traité ou qu'elles soient nouvelles et coexistent[301].

---

[298] Kolb / Del Mar (2014), *supra* note 231 aux pp 84–85 (voir aussi à la p 58).

[299] Quoique l'obligation résiduelle de respecter les « principes du droit des gens » se trouve ailleurs dans le Protocole; voir Commentaires (1987) PAI, *supra* note 8 au para 3856 (art 99) : « Outre les obligations que nous venons d'examiner, d'autres devoirs subsisteraient pour la Partie dénonçante, qu'elle ait dénoncé le Protocole seul ou le Protocole et les Conventions. L'article correspondant des Conventions le spécifie, dans une formule inspirée de la clause dite de Martens que l'article premier, paragraphe 2, du Protocole a reprise à son tour. Même en l'absence de toute clause conventionnelle, 'les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tel qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique' ».

[300] Pour les références incluant les articles visant la dénonciation, voir *supra* note 289.

[301] Bannelier (2011), *supra* note 297 à la p 1033 au para 8 [notre traduction].

2.3 La particularité de l'approche humanitaire lors de l'interprétation du DIH conventionnel

The interpretation of international humanitarian law should be directed at serving protective goals and avoid paralyzing the legal process.[302]

En DIH comme pour toutes les branches du DIP, l'interprétation est soumise au cadre général de la section 3 de la CVDT (1969) : elle doit être de bonne foi et suivant le sens ordinaire des termes à la lumière de son objet, son but, ainsi que son contexte[303]. En ce qui a trait à l'interprétation contemporaine, le DIH possède certaines caractéristiques particulières, outre des spécificités mineures ayant un impact minimal sur le régime des sources[304]. En effet, en DIH, il y a une utilisation accrue des principes généraux de droit reconnus via le principe d'humanité ainsi qu'une sollicitation soutenue des moyens complémentaires d'interprétation au-delà des travaux préparatoires avec l'utilisation des Commentaires aux CGI–IV (1949) et aux PAI–II (1977), deux caractéristiques qui sont abordées plus loin[305]. Il y a toutefois un autre aspect de l'acte interprétatif du DIH qui mérite d'être examiné dans le cadre du DIH conventionnel en tant que source de droit : il s'agit de l'interprétation dynamique qui résulte d'une approche dite humanitaire des règles de droit. Suivant une courbe similaire à celle de l'affranchissement graduel du DIH par rapport au modèle westphalien, on peut en effet constater un changement de cap dans l'approche interprétative dans le sens d'une plus grande souplesse. Cela vient, par le fait même, brouiller la frontière entre création et interprétation du droit.

Avant l'adoption des CGI–IV en 1949, l'interprétation étroite des obligations des États selon le modèle « ce qui n'est pas expressément interdit est permis » prévalait[306]. Puis, arrivent les *Conventions de Genève*, au lendemain d'un conflit planétaire qui a décimé une partie de la

---

[302] Theodor Meron, «The Humanization of the Law of War » dans *International Law in The Age of Human Rights: General Course on Public International Law* (2003) 301 RCADI 24–111 à la p 56 [Meron (2003)].

[303] CVDT (1969), *supra* note 113 art 31 (1).

[304] P. ex. les CGI–IV (1949) vont plus loin que ce qui est exigé à l'art 33 CVDT (1969) et demandent à la Suisse qu'elle fournisse des traductions officielles des Conventions en russe et en espagnol, en plus des versions anglaise et française authentifiées faisant foi : voir Alain Papaux et Rémi Samson, « Volume I, Part III Observance, Application and Interpretation of Treaties, s.3 Interpretation of Treaties, Art. 33 1969 Vienna Convention » dans Olivier Corten et Pierre Klein, dir, *The Vienna Conventions on the Laws of Treaties: A Commentary*, vol I, Oxford, OUP (OSAIL), 2011, pp 866–884 à la p 877 au para 61.

[305] Voir respectivement *infra* aux sections 4.4.3 et 7.5.

[306] Kolb / Del Mar (2014), *supra* note 231 à la p 79.

population civile européenne et qui a profondément ébranlé la communauté internationale dans sa capacité non seulement à maintenir la paix, mais aussi à protéger les personnes humaines contre les pires atrocités. Ces conventions ont bel et bien un caractère particulier, avec un motif supérieur reconnu comme « un impératif de la civilisation »[307] ; ce caractère imprégnera tout le DIH par la suite et jusqu'à nos jours, que ce soit dans l'élaboration de nouveaux traités ou dans l'interprétation du DIH déjà existant. Ce passage de la règle résiduelle de la liberté des États à la règle active de l'humanité, comme l'ont habilement nommé Kolb et Del Mar[308], a en effet donné lieu à une interprétation plus libérale, plus large et généralement plus favorable à la protection de la vie humaine.

Cette approche interprétative dynamique, que l'on peut aussi qualifier de téléologique ou raisonnée[309], permet d'appliquer d'abord et avant tout l'objet et le but d'un traité, et de mettre de côté une interprétation plus restrictive des obligations des États[310]. Cela entraîne des conséquences qui ne sont pas nécessairement spécifiques au DIH, mais plutôt attribuables au caractère humanitaire que l'on retrouve dans d'autres branches telles que le droit international pénal, mais surtout en droit de la personne[311]. En effet, lorsque sont en cause des traités protégeant la vie humaine, l'interprétation selon le sens ordinaire est souvent délaissée au profit d'une interprétation téléologique

---

[307] Commentaires Pictet CGI (1952), *supra* note 8.

[308] Nos traductions de « *residual rule of State freedom » et « active rule of humanity* » : Kolb / Del Mar (2014), *supra* note 231 à la p 80.

[309] Voir p. ex. l'approche adoptée par le TPIY dans : *Delalič* (1998), *supra* note 241, pour interpréter le DIH conventionnel comme définissant toute personne qui n'est pas un combattant comme étant un civil (au para 271) ou considérer l'âge, le genre et la nationalité comme ne constituant pas des raisons suffisantes pour justifier l'internement (au para 577). Au sujet du « *purposive interpretative approach* », voir van Steenberghe (2017), *supra* note 241 à la p 902.

[310] Voir : CDI (Koskenniemi), Fragmentation (2006), *supra* note 4 au para 130. Voir aussi CDI, « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international » dans *Compte rendus analytiques des séances de la seconde partie de la 57e session*, Doc NU A/CN.4/Ser.A/2005 reproduit dans *Annuaire CDI 2005*, vol 1, pp 221–230 à la p 229 au para 61 (Pellet) et à la p 203 au para 71 (Koskenniemi) [CDI, Fragmentation (comptes rendus) 2005] : Pellet a trouvé que le CDI avait une « opinion indûment restrictive et conservatrice » de l'interprétation évolutive des traités : « le droit doit évoluer en réponse aux besoins de la société internationale ; lorsque le contexte change, un traité ne peut plus être interprété comme s'il avait gelé le droit à un point nommé du temps, quelles qu'aient été les intentions de ses rédacteurs », ce à quoi a répondu Koskenniemi en tant que Rapporteur spécial qu'« il est nécessaire de réaliser un équilibre entre les considérations opposées de la stabilité et de l'évolution – une tâche qui incombe traditionnellement aux tribunaux. Le Groupe d'étude n'a pas de formule magique pour déterminer où s'établit cet équilibre, mais il peut fournir une assistance en donnant des exemples de la pratique. ».

[311] Voir la littérature citée dans le sens d'un ancrage profond de l'interprétation dynamique en droit de la personne dans CDI (Koskenniemi), Fragmentation (2006), *supra* note 4 au para 130 à la n 157.

qui met en lumière « l'objet et le but » et de la convention, même si les deux aspects se retrouvent dans le même article sous la CVDT (1969)[312].

C'est dans cet esprit que l'on s'attarde ici sur les traités-lois[313], que l'on appelle aussi traités normatifs, pour identifier des spécificités non pas propres au DIH, mais inhérentes au caractère humanitaire plus généralement. Les traités-lois sont de nature multilatérale et ont comme particularité d'avoir une portée, certains diront même une valeur juridique, au-delà des parties contractantes, affectant l'ensemble de la communauté internationale, donnant ainsi lieu à des obligations générales. On les oppose aux traités-contrats qui sont de nature bilatérale et qui reposent sur la réciprocité autant des droits que des obligations qu'ils contiennent. Les traités-lois touchent donc à des questions d'intérêt commun[314]. À ce sujet, Fitzmaurice s'exprime ainsi:

> *It is this peculiarity of 'normative' Conventions, namely that they operate in, so to speak, the absolute, and not relatively to the other parties – i.e., they operate for each party per se, and not between the parties inter se – coupled with the further peculiarity that they involve mainly the assumption of duties and obligations, and do not confer direct rights or benefits on the parties qua States, that gives these Conventions their special juridical character* […].[315]

Il est pertinent de comparer cet extrait aux Commentaires Pictet de 1958 en ce qui a trait à l'Article 1 commun CGI–IV (1949) :

> La place qui […] est assignée [à cette clause] en tête de chacune des Conventions de 1949 lui confère une importance plus grande. En effet, en prenant d'emblée l'engagement de respecter les clauses du traité, les Parties contractantes montrent bien le caractère particulier que revêt la Convention. Il ne s'agit pas d'un contrat de

---

[312] CVDT (1969), *supra* note 113 art 31(1) ; Meron (2003), *supra* note 302 à la p 191 : « *In interpreting human rights treaties, human rights courts have tended to attribute primary importance to a teleological interpretation focused on the object and purpose of the treaty, even if that meant that the ordinary meaning would sometimes be overridden and the legislative history or preparatory work addressed in Article 32 of the Convention ignored*. ».

[313] Ascensio (2011), *supra* note 290 au para 30.

[314] Dominique Carreau et Fabrizio Marrella, *Droit international*, 11e éd, Paris, Pedone, 2012 au chap 10 à la p 149 [Carreau / Marrella (2012)]. Voir aussi Besson (2010), *supra* note 25 à la p 171 ; Chetail (2013), *supra* note 14 aux pp 26–27 ; au sujet de cette distinction telle que considérée par la CIJ dans l'avis sur la Convention sur le génocide (1951), *supra* note 259 ; voir aussi Rosalyn Higgins, « Introduction » dans J. P. Gardner, dir, *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1997, pp xv et suiv à la p xix.

[315] Gerald G. Fitzmaurice, « Reservations to Multilateral Conventions » (1953) 2 ICLQ 1–26 à la p 15 [Fitzmaurice (1953)].

> réciprocité, qui lie un État avec son co-contractant dans la seule mesure où ce dernier respecte ses propres obligations, mais plutôt d'une série d'engagements unilatéraux, solennellement assumés à la face du monde représentés par les autres Parties contractantes. Chaque État s'oblige aussi bien vis-à-vis de lui-même que vis-à-vis des autres. Le motif de la Convention est tellement supérieur, il est si universellement reconnu comme un impératif de la civilisation, qu'on éprouve le besoin de le proclamer, autant et même plus pour le respect qu'on lui porte que pour celui que l'on attend de l'adversaire.[316]

On perçoit dans ce commentaire la même distanciation que l'on retrouve chez Fitzmaurice par rapport à la réciprocité et la prise en charge des obligations conventionnelles au-delà d'un engagement envers les autres parties. Là où Pictet mentionne le motif supérieur de la Convention, Fitzmaurice mentionne le caractère juridique spécial des conventions contenant l'interdiction de commettre un génocide, de recourir au travail forcé et d'infliger certains types de châtiments pour des infractions pénales[317]. Cet éloignement du bilatéralisme au profit d'un rapprochement vers l'universalité et le multilatéralisme est dans l'air du temps de l'époque : en 1950, l'Assemblée générale demande un avis consultatif à la CIJ par voie de résolution pour trancher la question à savoir s'il est possible de formuler des réserves à la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*[318]. L'avis, dans lequel il est fait mention du « but purement humain et civilisateur » de ladite Convention, des « principes de morale les plus élémentaires » qu'elle vise à sanctionner et de l'absence d'« intérêts propres des États contractants »[319], est rendu en 1951, trois ans après l'adoption des CGI–IV (1949), deux ans avant la parution de l'article de Fitzmaurice, et sept ans avant que les Commentaires Pictet ne voient le jour.

---

316 Commentaires Pictet (1958), *supra* note 8 à la p 26 (art 1).

317 Fitzmaurice (1953), *supra* note 315 à la p 14.

318 ONU, AG, *Rés. 478, Réserves aux conventions multilatérales*, Doc off AG NU, 5e sess., Doc NU A/Res/478 (V) (1950) aux pp 84–85.

319 CIJ, avis sur la Convention sur le génocide (1951), *supra* note 259 à la p 23 : « La Convention a été manifestement adoptée dans un but purement humain et civilisateur. On ne peut même pas concevoir une convention qui offrirait à un plus haut degré ce double caractère, puisqu'elle vise d'une part à sauvegarder l'existence même de certains groupes humains, d'autre part à confirmer et à sanctionner les principes de morale les plus élémentaires. Dans une telle convention, les États contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des États, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges. La considération des fins supérieures de la Convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes les dispositions qu'elle renferme. ».

Cette façon dynamique d'interpréter des traités-lois met de l'avant que plus une règle a des caractéristiques humanitaires, c'est-à-dire qu'elle vise la protection de la vie humaine, plus il est accepté que celle-ci puisse exister à l'extérieur du carcan du volontarisme des Parties au traité. Dans la foulée de ce raisonnement, nous considérons que le type d'analyse à laquelle s'est livrée la CIJ dans l'avis consultatif sur *le Génocide* se transpose en partie, mais pas intégralement ni automatiquement sur les traités de DIH. Il est en effet difficile d'affirmer que les *Conventions de Genève* ont été manifestement adoptées dans un but purement humain et civilisateur : c'était l'un des buts, certainement le but principal, mais ce n'est pas le seul, et il serait malvenu d'affirmer que les États contractants n'ont pas aussi des intérêts propres à s'y lier. La spécificité de l'approche dynamique — que nous qualifions ici d'humanitaire — dans l'acte interprétatif conventionnel ne se limite donc pas au DIH, puisqu'elle est sollicitée pour interpréter des dispositions protégeant la personne humaine au sens large. Cela explique en partie pourquoi l'approche humanitaire dans l'interprétation du DIH dépasse parfois l'état même du droit au moment de l'interprétation, l'interprétation libérale et expansive en faveur de la protection humanitaire des victimes de guerre prenant le pas sur les considérations militaires et la poursuite des intérêts vitaux des États souverains[320].

Par exemple, au tournant du XXIe siècle, le TPIY a produit un corpus de décisions dans lequel le DIH est interprété de façon à dépasser le cadre de la stricte réciprocité et à favoriser largement la protection de la personne humaine, comme nous le verrons dans la deuxième partie de la thèse[321]. Pour les besoins de la présente section, mentionnons l'affaire *Kupreškić* qui présente plusieurs similarités avec le raisonnement de la CIJ dans l'avis consultatif sur *le génocide*, comme le souligne Chetail[322]. Dans cette décision, où la détermination du DIC relatif aux représailles et aux attaques illégales sur des civils s'est faite en s'appuyant entre autres sur des traités et de la législation nationale[323] et où la valeur coutumière de la clause de Martens a été consacrée[324], on retrouve

[320] Voir Kolb / Del Mar (2014), *supra* note 231 aux pp 79–80.

[321] *Infra* section 6.3.3.

[322] Chetail (2013), *supra* note 14 à la p 27.

[323] TPIY, *Procureur c Zoran Kupreškić et al.*, aff.no IT-95-16-T, arrêt, chambre de première instance (14 janvier 2000) aux paras 515 et suiv [TPIY, Kupreškić (2000)].

[324] *Ibid* au para 525.

manifestement l'héritage de la CIJ qui permet aux instances judiciaires internationales de mettre de côté des intérêts propres des États contractants au profit d'un intérêt commun, d'une fin supérieure :

> À la différence d'autres normes internationales, comme celles portant sur les traités commerciaux qui peuvent légitimement se fonder sur la protection des intérêts réciproques des États, le respect des règles humanitaires ne peut dépendre d'un respect réciproque ou équivalent de ces obligations par d'autres États. Cette tendance inscrit dans les normes juridiques le concept 'd'impératif catégorique', formulé par Kant dans le domaine de la morale : il convient de s'acquitter de ses obligations, que les autres le fassent ou non.[325]

En matière d'interprétation plus humanitaire des traités, la modification de la théorie générale des sources se manifeste par une priorisation de l'interprétation favorisant la protection de la personne humaine : l'objet et le but du traité revêtent une importance capitale qu'elle n'a pas autrement. Il n'est jamais question d'outrepasser l'interprétation de bonne foi ; cependant, si la protection de la personne passe par une interprétation plus littérale et selon le sens ordinaire du texte du traité, ce sera celle qui sera favorisée ; si c'est plutôt en se détachant de la lettre du traité et en allant vers une interprétation plus actualisée et moins historique que la règle de droit visée protégera plus efficacement la vie humaine, ce sera cette interprétation qui sera retenue. La théorie générale des sources ainsi que les règles générales d'interprétation du droit international priorisent généralement l'interprétation suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but ; or, les éléments prioritaires de ce dispositif juridique connaissent une certaine inflexion lorsque la finalité est humanitaire, l'interprétation « ordinaire » pouvant plus facilement être mise de côté. Dans *Kupreškić* comme dans l'Avis *sur le Génocide*, l'interprétation conventionnelle exclut la réciprocité, mais elle possède aussi un caractère dynamique qui permet un éloignement de l'interprétation plus historique axée sur la volonté des États signataires au bénéfice d'une interprétation qui répond aux besoins contemporains de l'humanité. L'examen de ces deux décisions nous permet donc d'asseoir notre proposition que cette approche s'applique aux traités-lois à caractère humanitaire, incluant les traités de DIH.

---

[325] *Ibid* au para 518.

2.4 En résumé

Ce chapitre sur du DIH conventionnel démontre que la reconnaissance des caractéristiques spéciales du DIH à même le droit des traités a pour effet de diminuer le besoin de s'inscrire à l'extérieur de celui-ci. Si le besoin de s'affranchir, de s'émanciper, est atténué, l'inclusion des traités de DIH dans la catégorie plus large des traités à caractère humanitaire, comme ils sont nommés par la CVDT (1969), apporte un élément important à la théorie générale des sources appliquée au DIH : elle illustre comment le régime traditionnellement volontariste qu'est le droit des traités, aménage déjà un espace spécial où la relativisation du principe *pacta sunt servanda* est permis, ouvrant la porte à considérer dans quelle mesure les autres sources primaires du DIP, que sont le droit international coutumier et les principes généraux de droit reconnus, peuvent elles aussi bénéficier d'une inflexion. À l'aide de l'exception humanitaire à la règle de l'extinction d'un traité comme conséquence de sa violation substantielle et de l'encadrement des mécanismes de réserves et de dénonciation, tous prévus à la CVDT (1969), nous avons illustré comment le droit des traités est conçu de façon à accorder une place aux caractéristiques spéciales que peuvent avoir les différentes branches du DIP, incluant le DIH. Finalement, avec l'incursion dans la spécificité de l'approche interprétative humanitaire du DIH conventionnel, les bases ont été jetées pour examiner, dans les prochaines sections, l'utilisation des principes à caractère humanitaire dans le processus de développement du DIH à partir des conventions vers une protection toujours plus grande de la vie humaine, ainsi que le rôle des tribunaux internationaux dans ce développement du DIH.

Chapitre 3 <Le droit international humanitaire coutumier>

[C]*ustomary law is a law without authoritative texts.*[326]

De nos jours, parler de droit international coutumier, c'est tout d'abord devoir se positionner à savoir si cette source existe ou non. Bien sûr, les propos éloquents de Jennings[327], qui met en garde contre la l'écart entre la théorie et la pratique dans l'identification de ce est coutumier, marquent un temps d'arrêt nécessaire permettant de s'interroger sur le bien-fondé des recherches entamées, comme l'ont fait avant et certainement bien mieux que nous, des auteurs tels que Koskenniemi[328], Fidler[329] ainsi que Simma et Alston[330]. Dans le cadre de nos recherches, nous constatons qu'il existe un phénomène en droit international qui échappe à l'écrit, mais qui reste sous l'emprise des États et qui contribue de façon importante à son développement : à défaut de mieux, nous nommons ce phénomène « le droit international coutumier » (DIC). Optant pour un passage par l'approche traditionnelle de l'article 38 du *Statut de la CIJ*, nous partons de la prémisse que le DIC constitue une source primaire — insaisissable, mais inéluctable — de laquelle croît le droit international (contrairement aux traités qui le fabriquent)[331]. Comme l'affirme à juste titre Fortin, le DIC unit et unifie la communauté internationale formée par les États, en assurant une égalité entre eux qui n'est pas autrement sauvegardée par le droit des traités[332]. En effet, tous les États étant égaux entre eux, leurs obligations de nature coutumière sont identiques. Cette égalité relève toutefois d'une fiction juridique : Les Tuvalu ne sont pas la Fédération de Russie, pas plus qu'ils ne sont l'Australie, avec

---

[326] Kammerhofer (2004), *supra* note 10 à la p 552.

[327] Robert Y. Jennings, « The Identification of International Law » dans Bin Cheng, dir, *International Law : Teaching and Practice*, Londres, Stevens, 1982, pp 3–9 à la p 5 : « *Most of what we perversely persist in calling customary law is not only not customary law; it does not even faintly resemble a customary law*. » [Jennings (1982)].

[328] Martii Koskenniemi, « The Politics of International Law » (1990) 1 EJIL 4–32 à la p 27.

[329] David P. Fidler, « Challenging the Classic Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law » (1996) 39 GYIL 198–248.

[330] Simma / Alston (1988), *supra* note 16 à la p 107, où il est question de la crise identitaire du droit coutumier.

[331] Kolb (2003), *supra* note 107 à la p 120.

[332] Katharine Fortin, « How to Cope with Diversity While Preserving Unity in Customary International Law? Some Insights from International Humanitarian Law » (2018) 23:3 JCSL 337–358 aux pp 339–340 [notre traduction] [Fortin (2018)].

toutes les différences politiques, démographiques, culturelles, économiques, géographiques et militaires que cela implique[333].

Le DIC a reçu de nombreuses qualifications en doctrine, d'une « nécessité sociale permanente […] en harmonie avec les instincts profonds de l'humanité »[334] à « un long usage apparaissant par la répétition d'actes semblables, positifs ou négatifs, non réprouvés par la morale contemporaine […] accepté dans le groupe des États de civilisation européenne, et appliqué comme étant la loi »[335]. La coutume définie comme une construction juridique et intellectuelle développée à travers un processus complexe de raisonnements analogiques réduisant à une unité artificielle une série de faits et d'actes non connectés[336] est celle qui sied le mieux au contexte de nos recherches, avec l'élément de la fiction inhérente à la règle juridique coutumière, sans glissement jusnaturaliste vers les considérations de moralité. Cette définition se lit conjointement avec les quatre conditions cumulatives proposées par Hudson permettant de qualifier une règle de coutumière au sens du droit international, soit : 1) la pratique concordante entre un certain nombre d'États ; 2) la pratique prolongée ou répétée sur une période suffisamment longue ; 3) le fait que la pratique est requise par le droit international existant ; et 4) le consentement général des autres États[337]. Ces conditions constituent un point de départ autant solide que généralement accepté de ce qu'est le DIC, en insistant du même souffle sur le fait que le DIC ne bénéficie pas d'un outil juridiquement contraignant qui, par exemple, viendrait confirmer et attribuer une qualité coercitive à l'approche des deux éléments constitutifs que sont l'*usus* et l'*opinio juris*.

Ce chapitre aborde donc le droit international coutumier comme une source du DIH, celui-ci présentant un cas parfait pour l'étude de la question méthodologique, considérant le récent

---

333 Voir Anthea Roberts, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation » (2001) 95 AJIL 757–791 à la p 768 [Roberts (2001)].

334 François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd, Paris, LGDJ, 1919 à la p 345.

335 Séfériadès (1936), *supra* note 224 à la p 131.

336 Kolb (2003), *supra* note 107 à la p 131 [notre traduction].

337 ONU, CDI (Manley O. Hudson), *Article 24 of the Statute of the International Law Commission*, Doc off CDI NU, 2e sess, Doc NU A/CN.4/16, reproduit dans *YILC 1950* vol 2 (A/CN.4/Ser. A/1950/Add.1) 24–33 à la p 26 [notre traduction] [CDI (Hudson), Article 24 (1950)].

changement indéniable dans ce domaine[338]. Les années 2000 ont en effet vu le DIHC prospérer, dans le but à peu près explicite de corriger les lacunes perçues dans les traités qui occupent traditionnellement la place de source dominante. Après quelques clarifications terminologiques (3.1), l'approche traditionnelle du DIC selon les deux éléments constitutifs est abordée (3.2), pour ensuite s'attarder aux contributions d'institutions non étatiques à la méthodologie de détermination du DIC : sont examinées les contributions de la CDI (3.3.1), du CICR (3.3.2) et de la CIJ (3.3.3). Sont ensuite abordés les différents motifs justifiant une application différenciée de l'approche des deux éléments constitutifs au DIH de façon à atténuer, plutôt qu'à exacerber, les difficultés méthodologiques du DIC (3.4).

3.1 Quelques précisions terminologiques

En ce qui a trait à la terminologie utilisée, nous retenons les termes « droit international coutumier » pour référer à cette source de droit international. Si le terme « coutume internationale » que l'on retrouve pourtant à l'article 38 est évité, c'est parce que nous faisons nôtres les propos du Rapporteur spécial de la CDI sur la détermination du droit international coutumier en constatant que cette expression peut induire en erreur et être confondue avec l'élément objectif de la formation du droit international coutumier (c.-à-d. la pratique)[339]. Aussi, nous utilisons l'expression « règles de DIHC ». Il est vrai que cette expression fusionne en un élément les concepts de sources, régime, branche et règle, ce qui ne facilite pas nécessairement la compréhension du sujet sous l'angle spécifique des sources. Qu'il soit question de règles de droit international public applicables aux branches des droits de la personne, de l'environnement ou des conflits armés, il n'existe en effet *a priori* qu'un seul regroupement réunissant toutes les règles de DIC. L'utilisation de l'expression « règles de DIHC » doit donc s'entendre comme référant aux règles de DIC applicables en DIH, et non comme un ensemble de règles distinctes du système de droit international public.

---

[338] Monica Hakimi, « Custom's Method and Process: Lessons from Humanitarian Law » *Public Law and Legal Theory Research Paper Series* 445 (2015), version en ligne disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=2579049> à la p 5 [notre traduction] [Hakimi (SSRN 2015)].

[339] CDI, DIC Premier rapport (2013), *supra* note 156 aux paras 39– 45, particulièrement au para 41 ; voir aussi la conclusion 2 reprise par le comité de rédaction : ONU, CDI (Gilberto Saboia), *Identification of Customary International Law - Statement of the Chairman of the Drafting Committee*, Doc off CDI NU, 66e sess, (2014), en ligne, Nations Unies : <http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/66/pdfs/english/dc_chairman_statement_identification_of_custom.pdf&lang=E>.

3.2 L'approche traditionnelle du droit international coutumier selon la mise en preuve des deux éléments constitutifs : survol et éclairage à l'aide d'autres conceptions du DIC

L'approche traditionnelle du DIC est consignée au paragraphe 1 de l'alinéa b) de l'article 38, où la coutume internationale est décrite comme la « preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant du droit ». Cette définition binaire s'inscrit dans l'approche dominante, avec les deux éléments fondamentaux généralement admis comme constituant une règle de DIC, soit la constatation objective d'une pratique uniforme et constante (l'*usus*) et l'existence d'une conviction[340] subjective de se conformer à cette pratique commandée par une obligation juridique, et donc « acceptée comme étant le droit » (l'*opinio juris*). Cette union d'un élément objectif et d'un élément subjectif est cruciale à la cohérence de la théorie du DIC, ce qui ressort du codex de la CIJ[341] exposé dans l'affaire du *Plateau continental (Mer du Nord)*[342]. En effet, une règle de DIC ne se conçoit pas sans qu'un élément d'objectivité soit constaté : si l'on veut que tous voient la même chose (ici une règle de DIC), il faut être en mesure de tous la nommer de la même façon et selon une certaine uniformité généralisée ; c'est ce que la prise en considération de la pratique étatique nous permet d'atteindre, l'objectivité étant difficilement envisageable lorsqu'il est question de conviction juridique ou, plus exactement, de conviction de la juridicité d'une règle.

Cette conception classique du DIC selon la mise en preuve des deux éléments constitutifs n'est toutefois pas la seule, loin de là. Les propositions d'émancipation sont en effet nombreuses[343] et il est certes tentant de contribuer à l'appréhension de ce « phénomène sur lequel on peut disserter à

---

[340] Il existe aussi une autre conception de l'élément subjectif de la coutume qui cherche plutôt la conscience, le sentiment de l'État d'être juridiquement lié à la règle de DIC. Pour un survol de la littérature sur les différentes conceptions de l'*opinio juris,* selon p. ex. Kelsen (en tant que composante psychologique de la coutume), D'Amato (en tant qu'une articulation du caractère contraignant de la coutume) et Kirgis (en tant que « composite » principal de la coutume), intégrant aussi une partie de la jurisprudence internationale sur le sujet, voir Arajärvi (2014), *supra* note 26 aux pp 23–30.

[341] C'est notre traduction de l'expression utilisée par Post (1994), *supra* note 23 à la p 97, en référant aux commentaires de Greenwood au sujet de la contribution de cette affaire sur la formation des règles de DIC : Christopher Greenwood, « Customary Law Status of the 1977 Geneva Protocols » dans Astrid J.M. Delissen et Gerard J. Tanja, dir, *Humanitarian Law of Armed Conflicts: Challenges Ahead: Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Boston / Dordrecht, Nijhoff, 1991, pp 93–114 [Greenwood (1991)].

[342] CIJ, *Affaire du Plateau continental de la mer du Nord* (*Allemagne / Danemark / Pays-Bas*), [1969] CIJ Rec 3 au para 77 [CIJ, Plateau continental (Mer du Nord) (1969)] : « de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*. ».

[343] Voir à ce sujet le chapitre de Schlütter sur la théorie du DIC qui passe en revue les différentes théories de formation du DIC, du positivisme au naturalisme en passant par le réalisme : Schlütter (2010), *supra* note 5 aux pp 15–70.

l'infini »[344]. Nous nous limitons toutefois à mentionner succinctement les autres approches qui nourrissent notre conception du DIC lorsqu'appliqué au DIH : passant outre l'exploitation du filon du mythe du droit coutumier[345] et de l'élimination complète du DIC en tant que source de droit international public[346], nous intégrons à l'approche traditionnelle des propositions suggérant des inflexions à cette dernière.

Le fait que soit généralement acceptée, d'une part, l'appréciation séparée de l'*usus* et l'*opinio juris* et, d'autre part, la difficulté de distinction entre ces deux éléments reliés de façon consubstantielle[347] n'aide pas nécessairement à la compréhension de cette relation relevant de ce qui a déjà été qualifié d'alchimie complexe[348]. En effet, il n'y a pas d'exigence formelle de constater tout d'abord la pratique pour ensuite aller valider le bien-fondé de cette pratique avec une *opinio juris* claire provenant de l'État, même si ce processus, où le fait précède l'idée, semble le plus logique et est en réalité celui qui est suivi traditionnellement[349]. Pour emprunter les mots d'Abi-Saab, d'ordinaire, « la pratique était donc antérieure dans le temps et plus abondante en volume que *l'opinio juris*, qui n'était qu'une simple projection psychologique de cette pratique »[350]. Cette itération classique de la coutume est ce

---

[344] Séfériadès (1936), *supra* note 224 à la p 131. Voir aussi Karol Wolfke « Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law » (1993) 24 NYIL 1–16 ; Herman Meijers, « How Is International Law Made? : The Stages of Growth of International Law and the Use of its Customary Rules » (1978) 9 NYIL 3–26.

[345] Jennings (1982), *supra* note 327; voir aussi p. ex. N.C.H. Dunbar, «The Myth of Customary International Law » (1980) 1:8 AYIL 1–19 ; Anthony Costa, « The Myth of Customary Law » (1998) 14:4 SAJHR 525–538.

[346] P. ex. J. Patrick Kelly, « The Twilight of Customary International Law » (2000) 40 VJIL 449–544 à la p 452 : « *I argue that CIL should be eliminated as a source of international legal norms and replaced by consensual processes. My goal is not to undermine international law, but to encourage the use of more democratic, deliberative processes in formulating this law*. ».

[347] Thirlway (2014), *supra* note 53 à la p 62 : « *Practice and opinio juris together supply the necessary information for it to be ascertained whether there exists a customary rule, but the role of each – practice and opinio – is not uniquely focused; they complement one another* ». Généralement, au sujet du lien consubstantiel entre pratique et *opinio juris*, voir Brigitte Stern, « La coutume au cœur du droit international : Quelques réflexions » dans Mélanges offerts à Paul Reuter, *Le droit international : Unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981 aux pp 479–499 ; Richard J. Gruna et Peter Haggenmacher, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale » (1986) 90 RGDIP 114. Voir aussi Laurence Boisson de Chazournes, « Qu'est-ce que la pratique? » dans SFDI, dir, *La pratique et le droit international : Colloque de Genève*, Paris, Pedone, 2004, 13–47 aux pp 19–21 [Boisson de Chazournes (2004)].

[348] Pellet / Müller (2019), *supra* note 53 aux paras 236–243 [notre traduction du titre de la sous section bb) *A Complex Alchemy*].

[349] Sur l'égale soutenabilité de la théorie de l'accord tacite de Reuter qui prône la direction du fait sur la conscience et de la thèse objectiviste qui consacre plutôt l'antériorité du fait de la conscience : R.-J. Dupuy (1974), *supra* note 192 à la p 77.

[350] Georges Abi-Saab, « La Commission du droit international, la codification et le processus de formation de droit International » dans *Making Better International Law: Proceedings of the United Nations Colloquium on Progressive*

que R.-J. Dupuy qualifie de « coutume sage »[351]. Mais ce processus « d'une somptueuse lenteur de l'éternel hier »[352] n'est pas fixé dans l'absolu pour autant. Il y a d'autres types de coutumes qui se créent dès l'obtention d'une *opinio juris*, avant même que la pratique ne puisse être constatée : il s'agit de la coutume que Dupuy qualifie de « sauvage », que Cheng qualifie d'instantanée [353], qu'Abi-Saab considère comme étant de la nouvelle vague[354], et qui est plus récemment associée aux *Grotian moments* de Scharf[355], avec ses accélérateurs de formation de la coutume. Dans tous ces cas, l'inversement de l'ordre chronologique des deux éléments constitutifs est généré (minimalement) par des résolutions (qualifiées de normatives par Abi-Saab) de l'Assemblée générale des Nations Unies qui agissent « comme moyen de développement du droit international [et apparaissent] comme un espace hybride entre la codification par traité et la jurisprudence »[356]. Telle que décrite élégamment par Dupuy, cette forme de coutume est « l'excroissance soudaine [qui] puise sa racine plus dans les volontés alertées que dans des esprits assoupis par une longue habitude »[357].

On pourrait conclure à une validation de cette forme plutôt innovatrice de DIC avec l'affirmation de la CIJ dans l'avis consultatif relatif à *la licéité de la menace ou l'emploi d'armes nucléaires*[358] que les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies peuvent avoir une force normative (la

---

Development and Codification of International Law, New York, Nations Unies, 1998, 181–200 à la p 194 [Abi-Saab (1998)].

[351] R.-J. Dupuy (1974), *supra* note 192 à la p 75.

[352] René-Jean Dupuy, « Cours général de droit public » (1979-IV) 165 RCADI 9–232 à la p 171.

[353] Bin Cheng, « United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law? » (1965) 5 IJIL 23 [notre traduction].

[354] Abi-Saab (1998), *supra* note 350 aux pp 189–191 (les résolutions normatives) et pp 192 et suiv (la nouvelle coutume) [notre traduction].

[355] Michael P. Scharf, « Accelerated Formation of Customary International Law » (2014) 20:2 ILSA JICL 305–342 aux pp 324–328 pour le rôle des résolutions de l'AG ; voir aussi Michael P. Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change Recognizing Grotian Moments*, Cambridge, CUP, 2013 : le *Grotian moment* est défini comme « *an instance in which there is such a fundamental change to the international system that a new principle of customary international law can arise with exceptional velocity* », p. ex. la proclamation Truman de 1945, le procès de Nuremberg, la « guerre des étoiles » entre les États-Unis et l'URSS dans les années 1960, et le TPIY dans les années 1990 : *ibid* aux pp 329 et suiv.

[356] Abi-Saab (1998), *supra* note 350 à la p 191.

[357] R.-J. Dupuy (1974), *supra* note 192 à la p 76. Voir aussi *ibid* à la p 84 : « La résurgence du volontarisme va de pair avec la fonction révolutionnaire de la coutume accélérée, renaissance non du volontarisme fondement d'accord tacite, mais d'un volontarisme projectionnel, affirmant le droit des peuples pauvres à l'encontre du reste de la communauté internationale. Alors buissonne la coutume sauvage, à la croissance rapide comme une plante tropicale ». On retrouve une idée similaire chez Weil, avec l'*opinio juris* qui confirme la pratique, donc dans l'autre sens que celui traditionnellement conçu : Prosper Weil, « Le droit international en quête de son identité » (1992) 37:4 RCADI 313–315.

[358] CIJ, avis sur l'emploi d'armes nucléaires (1996), *supra* note 296.

résolution formalisant l'*opinio juris* de tous les États membres) ; toutefois, la Cour n'a pas conclu en l'espèce en l'existence d'une règle de DIC interdisant l'emploi des armes nucléaires, et ce, malgré le fait que l'AG ait adopté chaque année depuis 1961 une résolution en ce sens. La coutume sauvage, ayant du reste tout de même obtenu un soutien relativement fort des pays du Sud majoritaires à l'AG, suscite donc encore la controverse. Pour notre part, nous réaffirmons que la preuve d'une pratique est nécessaire à l'établissement d'une règle de DIC et nous abondons dans le sens que les résolutions de l'AG sont une expression péremptoire de la volonté de la communauté internationale, ce qui constitue une *opinio juris* étatique aussi nécessaire à l'établissement d'une règle de DIC, sans toutefois accorder *de facto* à ces résolutions une valeur normative[359].

En plus de la difficulté d'apprécier séparément et selon un ordre prédéterminé les deux éléments constitutifs reliés de façon consubstantielle, une deuxième faiblesse de l'approche orthodoxe traditionnelle du DIC réside dans la nature potentiellement idéologique de l'*opinio juris*, avec l'éloignement du droit et les risques de glissement vers la morale ou la politique que cela implique. Pour répondre à cette déficience, la mouvance positiviste néo-kelsenienne[360] du normativisme strict appliquée au DIC, avec des juristes tels que Haggenmacher[361] et Kammerhofer[362], propose de mettre au premier plan la pratique des États, allant même parfois jusqu'à considérer l'*opinio juris* comme étant superflue. Pour Kammerhofer, par exemple, les limitations de la théorie traditionnelle du DIC se manifestent à travers les problèmes d'autoréférencement et d'imperceptibilité inhérents aux incertitudes constitutionnelles et hiérarchiques (qu'il réunit sous le vocable de *meta customary law*)[363]. L'approche positiviste néo-kelsenienne rappelle donc le rôle fondamental de l'élément

---

[359] Pour compléter cette analyse, voir *infra* section 4.4.3.3 au sujet des considérations élémentaires d'humanité et des exigences de la conscience publique.

[360] Kelsen s'inscrit en effet contre les dogmes westphaliens du XIX^e^ siècle — principalement celui de la force créatrice de droit de la volonté souveraine des États — en exposant leur nature idéologique ; voir de façon générale, sur la Loi de la normativité (*Grundnorm*), Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Berkeley, UCP, 1967.

[361] Peter Haggenmacher, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale » (1986) 90 RGDIP 5–126 à la p 114. Voir aussi Maurice H. Mendelson, « The Formation of Customary International Law » (1998) 272 RCADI 155 à la p 188.

[362] Kammerhofer (2004), *supra* note 10 aux pp 523 et suiv.

[363] *Ibid* à la p 553 : « *In the end, a legal order must be based on an arbitrary determination by humans of what it is. The law, like all ideas, remains intangible and empirically incognizable - a fiction. Like any ideal, law only exists because we choose to think it. This figment of our collective imagination would only become certain, if all humans thought about the same thing when they thought about 'norms' or 'law'. But this will not happen, not as long as our consciousness is individual consciousness.* ».

objectif du DIC et met en garde contre les risques de dérapage si trop d'importance est accordée à l'*opinio juris*.

Il y a en outre une contrepartie à cette deuxième faiblesse (qui fait écho au premier élément identifié, soit la difficulté de distinction entre les deux éléments constitutifs) : la difficulté accrue de l'approche traditionnelle du DIC à reconnaître la place et l'influence des valeurs telles que la paix, la vie et la dignité humaine dans l'établissement de règles juridiques de DIC. À cela, la conception du droit coutumier déductif de Tomuschat[364] offre une solution. Cette approche évite le passage obligé par la vieille combine [365] de la mise en preuve des deux éléments constitutifs lorsque sont en cause des principes généraux exprimant les valeurs fondamentales de la communauté internationale qui sont subséquemment raffinées à travers la pratique des États. En d'autres mots, uniquement pour certaines règles telles que le non-recours à la force ou aux armes nucléaires, il ne serait ni nécessaire ni approprié de recueillir empiriquement la pratique pertinente et l'*opinio juris* ; dans ces cas, l'examen seul de l'impact sur la souveraineté des États tiers est suffisant pour établir la valeur coutumière de ces règles[366]. Ceci a une importance particulière en DIH, puisque, comme l'affirme Tomuschat, « *more than any other human conduct armed conflict is in dire need of rules ensuring a minimum of decency even in situations where death and suffering are omnipresent* »[367]. Dans le cadre de nos recherches, cette approche ne nourrit pas tant notre approche du DIC que notre conception du principe d'humanité inhérent au DIH en tant que principe général du droit reconnu. Nous ne concevons en effet pas qu'il y ait des situations où le droit international coutumier se forme complètement à l'extérieur de la combinaison de l'*usus* et de l'*opinio juris* ; nous croyons toutefois que des règles de droit international peuvent se former de la façon décrite par Tomuschat, mais que

[364] Christian Tomuschat, « International Law: Ensuring the Survival of Mankind in the Eve of a New Century » (1999) 281 RCADI 9, p 332 aux pp 355–357 [Tomuschat (1999)] ; Christian Tomuschat, « Obligations Arising for States Without or Against their Will » (1993-IV) 241 RCADI 195–374 aux pp 292 et suiv [Tomuschat (1993)]. Voir Kolb (2003), *supra* note 107 à la p 126, qui commente cette approche en la contextualisant dans l'approche traditionnelle des deux éléments constitutifs.

[365] Notre traduction de l'expression « *old scheme* » utilisée par Kolb (2003), *ibid* à la p 125.

[366] Kolb (2003), *ibid* à la p 126.

[367] Tomuschat (1999), *supra* note 364 à la p 356.

leur source est plutôt les principes généraux du droit reconnus ; cet élément sera donc abordé dans le chapitre suivant[368].

Une troisième faiblesse de la théorie traditionnelle du DIC est sa rigidité générale qui est en décalage avec la réalité du processus qui oscille entre la fluidité et le chaos. Car dans les faits, ce processus est décentralisé, déstructuré et politiquement chargé. Qui plus est, aucun acteur n'est officiellement désigné pour établir la validité des règles de DIC[369]. De façon générale, le dynamisme présent dans les approches dites pluralistes (qui regroupent par exemple les mouvances réaliste et pragmatiste) apporte des solutions à ce problème. C'est là qu'on trouve un certain écho général à l'incorporationnisme de Coleman[370] et le positivisme inclusif mis de l'avant par Arajärvi[371] qui proposent tous deux, rappelons-le, une définition plus large des sources, permettant ainsi une évaluation des considérations morales comme étant une condition de la légalité, distinguant ainsi les règles de formulation des règles de reconnaissance.

C'est aussi dans le courant pluraliste que s'inscrivent les conceptions ascendantes et descendantes défendues par Koskenniemi[372], où la coutume est conçue comme une doctrine, au même titre que celle des sources et de la souveraineté. Cette conception de la coutume propose une stratégie de réconciliation entre le traité et le droit naturel. De façon similaire, mais encore plus radicale, la proposition théorique du DIC se basant sur le *Game Theory* et selon laquelle les règles coutumières émergent de politiques intéressées mises de l'avant par les États dans la conduite de leurs relations internationales rejette toute discussion autour des concepts tels que la légalité, la moralité et l'*opinio juris*[373]. Nous ne nous attarderons pas davantage sur ces deux courants. Nous considérons toutefois

---

368 *Infra* section 4.4.

369 Hakimi (SSRN 2015), *supra* note 338 aux pp 2–5. Voir aussi sur la fluidité du DIC, Roberts (2001), *supra* note 333 aux pp 784–788.

370 Voir *supra* notes 27, 205–211.

371 Voir *supra* note 26.

372 Koskenniemi (2006), *supra* note 11 aux pp 342–358.

373 Voir les échanges entre Goldsmith, Posner et Chinen : Jack L. Goldsmith et Eric A. Posner, « A Theory of Customary International Law » (1999) 66:4 UCLR 1113–1177 ; Mark A. Chinen, « Game Theory and Customary International Law: A Response to Professors Goldsmith And Posner » (2001-2002) 23 MJIL 143 ; Jack L. Goldsmith et Eric A. Posner « Further Thoughts on Customary International Law » (2001-2002) 23 MJIL 191. Pour une proposition similaire, mais avec des nuances principalement attribuables à la théorie des relations internationales, voir Michael Byers, « Custom, Power, and The Power of Rules Customary International Law From an Interdisciplinary Perspective » (1995) 17:1 MJIL 109–180 à la p 180 [Byers (1995)] : « *Rules of customary international law are not*

que l'approche à échelle variable du DIC de Kirgis[374] est pertinente en l'espèce. Selon cette approche, les deux éléments constitutifs de la coutume sont conçus comme étant interchangeables, permettant ainsi de réconcilier l'approche déductive par rapport à l'*opinio juris* lorsqu'il y a une pratique uniforme et généralisée, et l'approche s'appuyant plus fortement sur la preuve de l'*opinio juris* même au détriment d'une pratique satisfaisante. Nous retenons la flexibilité, mais surtout la pertinence de cette approche dans son appréhension de la réalité du droit dans les conflits armés. En effet, lorsqu'est en cause une règle de DIC restrictive qui vise la protection de la vie humaine, comme c'est le cas pour de nombreuses règles de DIH, il peut être opportun d'invoquer l'*opinio juris*, ou plus exactement l'absence d'*opinio juris,* qui autrement sous-tendrait une pratique permissive contraire à la règle (prohibitive) de DIC[375], surtout dans les cas où la pratique semble *a priori* contraire à la règle (attaquer délibérément des populations et des biens civils avec des armes incendiaires, par exemple). Sans s'y référer systématiquement, l'approche développée par Kirgis est considérée ci-dessous, lorsque nous proposons une modulation de la méthodologie traditionnelle en raison de l'importance de l'inaction en DIH[376].

Dans cette même mouvance générale revendiquant une prise en considération de la nature fluide et dynamique du DIC dans l'application de la méthodologie qui lui est inhérente, on trouve aussi l'approche réflective interprétative de Roberts[377]. Cette approche réconcilie la conception moderne et la conception traditionnelle du DIC où le contenu moral du droit coutumier est intégré dans la *lex lata*. Cette approche réarticule les fondements théoriques de la coutume d'une manière plus flexible et fondée davantage sur des principes. Au lieu de débattre des mérites relatifs à la légitimité de la coutume traditionnelle et la coutume moderne, cette théorie interprétative cherche à justifier et à

---

strictly the result of short-term, self-interested applications of state power, but are instead the result of a complex interaction of shared understandings, different forms of state behavior, and rules and principles of international law. Power is an important, but not an exclusive, determining factor in the maintenance, development, and change of customary rules. »

[374] Frederic L. Kirgis, « Custom on a Sliding Scale » (1987) 81:1 AJIL 146–151 aux pp 148–149 [Kirgis (1987)] : « *The cases can be reconciled, however, if one views the elements of custom not as fixed and mutually exclusive, but as interchangeable along a sliding scale. On the sliding scale, very frequent, consistent state practice establishes a customary rule without much (or any) affirmative showing of an opinio juris, so long as it is not negated by evidence of non-normative intent. As the frequency and consistency of the practice decline in any series of cases, a stronger showing of an opinio juris is required. At the other end of the scale, a clearly demonstrated opinio juris establishes a customary rule without much (or any) affirmative showing that governments are consistently behaving in accordance with the asserted rule*. ».

[375] *Ibid* aux pp 147–148.

[376] *Infra* section 3.4.2.

[377] Roberts (2001), *supra* note 333.

concilier les deux et, ce faisant, offre une théorie cohérente du DIC qui aide à défendre son intégrité en tant que source de droit international[378]. La logique de cette approche part de la prémisse que les coutumes traditionnelles (que Roberts nomme « *facilitative* ») sont plus descriptives de la pratique telle qu'elle existe (donc, dans le domaine de la *lex lata*) et n'impliquent pas *a priori* de questions morales fortes, tandis que les coutumes modernes (dites « *normative* ») tendent plus vers ce que la pratique devrait être, donc la *lex ferenda*. Selon cette approche, lorsque se présente l'occasion d'interpréter la coutume, c'est l'interprétation qui expliquera de la façon la plus cohérente autant l'aspect descriptif (« *the fit* ») que normatif (« *the substance* ») qui devra être retenue, et ce, qu'il soit question de coutume traditionnelle ou moderne[379].

Finalement, mentionnons les recherches d'Hakimi qui propose une appréhension du DIC où est atténuée la distinction entre l'identification méthodologique du droit (*law-finding)* et la création du droit (l'activité législative ou le *lawmaking*). Selon son analyse, l'attention soutenue sur la méthode d'identification manifeste un profond inconfort avec la volatilité et l'excès politique de ce processus[380]. En utilisant le DIH comme cas d'étude, Hakimi l'affirme que :

> *The proper method for finding CIL is especially contested where, as in IHL, the relevant norms relate to human dignity or security. States commonly endorse these norms discursively but deviate from them in the operational practice. The methodological question asks how to assess those inconsistencies - more specifically, how to account for the abhorrent physical practice. That practice arguably prevents the norms from attaining the status of CIL. Many international lawyers thus defend the so-called modern method for finding CIL. This method generally downplays the unsavory physical practice and emphasizes instead the positive verbal pronouncements. Different variants of the modern method give the physical practice more or less weight.*[381]

Ces propos complètent ceux de Tomuschat, cités plus haut, concernant la nécessité d'assurer un minimum de décence[382] dans les conflits armés, en ajoutant que cette nécessité est encore plus

---

[378] *Ibid* à la p 791.

[379] *Ibid* à la p 761 : « *A law is primarily descriptive if it conforms to the premise: the law is what the practice has been. A law is primarily normative if it is formulated on the assumption: the law is what the practice ought to be*. » ; *ibid* à la p 779 : « *If there are multiple eligible interpretations, the best interpretation is the one that most coherently explains the dimensions of fit and substance*. ».

[380] Hakimi (SSRN 2015), *supra* note 338 à la p 27 [notre traduction].

[381] *Ibid* à la p 23.

[382] *Supra* note 367 [notre traduction].

grande lorsque les paroles des États contredisent leurs actes. L'analyse d'Hakimi nourrit notre conception du droit international humanitaire coutumier avec son approche qui embrasse — plutôt que de conjurer — la nature fluide, voire chaotique, du DIC. Elle met aussi en lumière l'influence importante des acteurs non étatiques, pas uniquement dans la détermination, mais aussi dans la formation du DIHC. Hakimi souligne le fait que le DIH nous apprend que la contrainte la plus forte qui pèse sur le DIC est qu'une revendication de valeur coutumière (acceptée par les États) n'est efficace que lorsqu'elle trouve un écho auprès des acteurs non étatiques[383]. Pour compléter le survol de l'approche du DIC telle qu'éclairée par différentes propositions incluant celle d'Hakimi, nous procédons maintenant à l'examen de la contribution de la Commission du droit international, du Comité international de la Croix-Rouge et de la Cour internationale de Justice à la méthodologie d'identification du DIC.

3.3 Les contributions de certaines institutions non étatiques à l'approche permettant l'identification du droit international coutumier

> *While customary law is still created in the traditional way, that process has increasingly given way in recent years to a more structured method, especially in the case of important normative developments. Rather than state practice and opinio juris, multilateral forums often play a central role in the creation and shaping of contemporary international law.*[384]

En complément au rôle toujours prépondérant des États, il y a une pluralité d'acteurs qui participent au développement du droit international humanitaire coutumier. Plus particulièrement, nous désirons reconnaître la place qu'occupent les processus, actions et prises de position des organisations et organes internationaux, que ces derniers soient mandatés officiellement ou non par la communauté internationale, dans le développement de la méthodologie d'identification du DIC[385]. C'est dans ce contexte que nous considérons qu'il est pertinent de mener une exploration de la contribution des

---

383 Hakimi *supra* note 338 à la p 28 [notre traduction].

384 Jonathan I. Charney, « Universal International Law », (1993) 87 AJIL 529 à la p 543.

385 Dans le même sens, voir Bothe (2013), *supra* note 47 à la p 325 ; Hakimi (SSRN 2015), *supra* note 338 aux pp 19–22.

institutions non étatiques que sont la CDI, la CIJ et le CICR[386]. Nous ne nous attardons pas aux contributions de ces entités en termes de règles substantielles de DIHC. Plutôt, nous examinons les positions qu'elles mettent de l'avant par rapport à la façon d'identifier le droit international coutumier. Nous considérons en effet que ces positions ont une influence qui mérite d'être analysée, entre autres en raison de la proximité de ces entités par rapport aux États, comme nous l'expliquerons ci-dessous. Si ces positions s'opposent ou s'inscrivent en faux par rapport à l'approche traditionnellement dominante du DIC des deux éléments constitutifs – qui, au demeurant, n'est consignée dans aucun instrument juridique contraignant –, cela envoie un son de cloche qui ne peut pas et ne doit pas être ignoré.

3.3.1 La Commission du droit international des Nations Unies et le Projet de conclusions sur le droit international coutumier

Le rapport de la CDI avec le droit international coutumier

Parmi les différents organes assumant une fonction juridique au sein des Nations Unies[387], la CDI permet à l'AG de s'acquitter de sa fonction de « provoquer des études et faire des recommandations en vue d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification »[388]. Un examen attentif des travaux préparatoires menant à l'adoption de son Statut[389] permet de comprendre que la définition du rôle de la CDI est plus une position de repli que d'expansion : devant la résistance des gouvernements à conférer à ce nouvel organe quelque fonction législative autonome que ce soit, l'option de donner un rôle plus encadrant, à défaut d'être contraignant, à l'Assemblée générale (via la CDI) a été jugée plus viable, considérant la chasse gardée de la souveraineté des États. En ce qui a trait au DIC plus spécifiquement, on ne se retourne pas vers la

[386] À noter que la contribution du TPIY à la méthodologie de détermination du DIC avec sa proposition de la validité substantielle est abordée *infra* à la section 6.3.3., dans le contexte de l'examen de l'encadrement de la fonction normative appropriée pour les instances judiciaires internationales ; outre le fait que nous accordons une force persuasive particulière à la CIJ et à la CDI en ce qui a trait au DIP, et au CICR en ce qui a trait au DIH, le fait que nous qualifions la contribution du TPIY comme étant d'une part inhabituelle et, d'autre part, indéniable, justifie notre choix d'en traiter dans le cadre de l'examen des moyens auxiliaires de détermination du droit international.

[387] C'est la Division de la codification relevant du Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques qui assure le service de ces organes, incluant la Commission du droit international, la Sixième commission de l'Assemblée générale et, jusqu'au 31 décembre 2003, la Cour pénale internationale : en ligne, Nations Unies, Bureau des affaires juridiques <http://legal.un.org/ola/FR/div_cod.aspx>.

[388] Charte des Nations Unies, *supra* note 107 à l'art 13(1) *a*).

[389] ONU, *Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco* (1945) vol III, doc 1 et 2; vol VIII, doc 1151 ; et vol IX, doc 203, 416, 507, 536, 571, 792, 795 et 848.

CDI pour trouver un recueil des règles coutumières, quel que soit le domaine visé, DIH ou autre. La CDI se retranche derrière son Statut qui soutient que :

> La Commission examine les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, par exemple la compilation et la publication de documents établissant la pratique des États et des décisions de juridiction nationales et internationales sur des questions de droit international, et elle fait rapport à l'Assemblée générale sur ce sujet.[390]

Dès son entrée en fonctions, la CDI s'est concentrée sur cette documentation des preuves de règles coutumières, sans toutefois jamais prétendre à l'exhaustivité qui semble être hors de portée[391]. On ne demande donc pas à la CDI de colliger systématiquement et de façon exhaustive toutes les preuves de DIC ni de dresser une liste des règles de DIC ; on exige plutôt d'elle qu'elle rende plus accessible la documentation relative au DIC et c'est à cette tâche qu'elle s'est attelée principalement jusqu'en 2012. Cette année-là, le Groupe de travail sur le droit international coutumier (« le Groupe de travail »[392]) a été formé, marquant ainsi un moment important dans la contribution de la CDI non pas à la documentation des éléments constitutifs de la coutume, mais à l'actualisation de la théorie et de la méthodologie d'identification du DIC. Cette étape définit le travail de la CDI au-delà de la documentation des pratiques, tout en confirmant sa déférence envers les États[393]. Dans un contexte

---

[390] Statut de la CDI*, supra* note 225 à l'art 24.

[391] En effet, la recommandation faite par le Secrétariat à la CDI de préparer une collection exhaustive de toutes les preuves du DIC a été écartée par son Président lors de leur 31e réunion du 2 juin 1949, celui-ci ayant simplement affirmé que cette tâche prendrait plusieurs années et ne pourrait jamais être complétée : ONU, CDI, *Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available*, Doc off 31e sess, Doc NU A/CN.4/W.9 (1949), reproduit dans *YILC 1949*, vol 1 au para 89 : « *The Chairman felt that the preparation of a comprehensive collection of all the existing evidence of customary international law suggested in the working paper prepared by the secretariat would take many years and could never be complete.* » Voir aussi *ibid* à la p 232 au para 16 : « *In his opinion, the document could not possibly be complete in view of the tremendousness of the task involved. It was essentially a problem of finding persons equipped with technical and linguistic knowledge to carry out the work* ».

[392] Le nom initial (« formation et identification du droit international coutumier / *formation and evidence of customary international law* ») a été modifié en 2013, lors de la 68e session, pour « identification du droit international coutumier / *identification of customary international law* ». Au sujet de l'inclusion du sujet de la formation et l'identification du DIC à l'agenda de la Commission, voir ONU, AG, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de ses soixante-troisième et soixante-quatrième sessions (Rés.67/92)*, Doc off AG NU, 64e sess, Doc off A/RES/67/92 (2012). Voir aussi, pour la recommandation de mise sur pied du groupe de travail, CDI, Réserves (2011), *supra* note 264, chap 2 au para 32 et annexe A; pour le résumé du Secrétaire général, voir ONU, AG, *Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission*, Doc off AG NU, 67e sess, Doc off A/CN.4/657 (2013) ; *Rapport de la Commission du droit international*, Doc off CDI NU, 64e sess, Doc off A/67/10 (2012) pour le Rapport de la Commission (chap VIII aux paras 156–202) ; et ONU, AG (CDI, Michael Wood), *Formation et identification du droit international coutumier*, Doc off AG NU, 64e sess, Doc NU A/CN.4/653 (2012).

[393] La CDI a demandé aux États à quelques reprises « de lui donner […] des informations sur leur pratique relative à la formation du droit international coutumier », cette pratique pouvant être reflétée dans des déclarations officielles faites

où l'identification même du processus menant à la constatation de l'existence de la règle de DIC relève d'une opération complexe et parfois même controversée, la contribution d'un organe des Nations Unies est certainement la bienvenue. En 2018, le Groupe de travail a adopté le Projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier (« le Projet de conclusions »)[394]. Avant d'analyser les contributions de ce projet à la théorie et à la méthodologie de détermination du droit coutumier, soulignons que s'il n'est pas un document juridiquement contraignant au sens strict, il possède néanmoins une grande valeur persuasive. En effet, les travaux de la CDI possèdent un statut particulier[395], si ce n'est du fait que l'entité entretient une relation particulière avec les États en

---

devant des corps législatifs, des juridictions ou des organisations internationales et des décisions de juridictions nationales, régionales ou sous régionales. Au total, 26 États ont répondu à la demande, nommément : l'Autriche (2016, 2018), l'Allemagne (2014, 2015), le Bélarus (2018), la Belgique (2014, 2015), le Botswana (2014, affirmant toutefois qu'il était incapable de fournir l'information), la Chine (2018), Cuba (2014), le Danemark (au nom des pays nordiques: Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède ; 2018), El Salvador (2014, 2018), les États-Unis d'Amérique (2014, 2018), la Fédération de Russie (2014), l'Irlande (2014), Israël (2018), la Nouvelle-Zélande (2018), l'Ouzbékistan (2018), les Pays-Bas (2016, 2018), la République tchèque (2014, 2015, 2018) et le Royaume-Uni (2014, 2015), la République de Corée (2015, 2018), la Finlande (2015), Singapour (2018) et la Suisse (2016) : ONU, CDI, *Analytical Guide to the Work of the International Law Commission, Identification of Customary International Law,* « Comments by Governments », en ligne, CDI (en anglais) : <http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml> ; pour une compilation des contributions, voir ONU, CDI, *Détermination du droit international coutumier : Commentaires et observations présentés par les États*, Doc off CDI NU, 70e sess (2018) Doc off A/CN.4/716.

394 ONU, CDI, *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier*, Doc off. CDI NU, 70e sess, Doc NU A/73/10 (2018) reproduit dans *Annuaire CDI* 2018, vol 2, partie 2, 2–5 [CDI, DIC Projet de conclusions (2018)]. Voir aussi « Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs » 70e sess (2018), Rés. A/73/10, 129-166, reproduit dans *Annuaire CDI 2018,* vol 2, partie 2, 129–166 [CDI, DIC Projet de conclusions commenté (2018)]. Pour les versions précédentes et les travaux afférents : ONU, CDI, *Détermination du droit international coutumier : Texte des projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction*, Doc off CDI NU, 67e sess, Doc NU AG NU A/CN.4/L.869 (2015), à lire avec l'Annexe, 68e sess, Doc off CDI NU, Doc NU A/CN.4A/695 (2016) [CDI, DIC Projet de conclusions (2016)]. Le Rapporteur spécial du Groupe de travail, Sir Michael Wood, a soumis cinq rapports à la Commission : CDI, DIC Premier rapport (2013), *supra* note 156 (voir aussi CDI, *Rapport de la Commission du droit international*, Doc off CDI NU, 65e sess, Doc. NU A/68/10 (2013), au chap VII aux paras 63–107) ; ONU, CDI, *Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier*, Doc off CDI NU, 66e sess, Doc NU A/CN.4/672 (2014) [CDI, DIC deuxième rapport (2014)] (voir aussi CDI, *Rapport de la Commission du droit international*, Doc off CDI NU, 66e sess, Doc NU A/69/10 (2014) aux paras 133–185, et le rapport intérimaire du Comité de rédaction de la CDI (7 août 2012) en ligne, Nations Unies : <http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/66/pdfs/english/dc_chairman_statement_identification_of_custom.pdf&lang=E>, dans lequel les conclusions 1 à 10 du Deuxième rapport (2014) sont étudiées) ; ONU, CDI, *Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier*, Doc off. CDI NU, 67e sess, Doc NU, A/CN.4/682 (2015) [CDI, DIC Troisième rapport (2015)] ; ONU, CDI, *Quatrième sur la détermination du droit international coutumier*, Doc off. CDI NU, 68e sess, Doc. NU A/CN.4A/695 (2016) [CDI, DIC Quatrième rapport (2016)] ; ONU, CDI, *Cinquième rapport sur la détermination du droit international coutumier*, Doc off CDI NU, 70e sess, Doc NU A/CN.4/717 (2018) [CDI, DIC Cinquième rapport (2018)]. À noter qu'un mémorandum du Secrétariat général a été soumis en 2013 faisant état des travaux antérieurs de la Commission sur le sujet : ONU, AG, *Formation et identification du droit international coutumier : Éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet : Mémorandum du Secrétariat*, Doc off AG NU, 65e sess, Doc NU A/CN.4/659 (2013) [AG, DIC Mémo SecGen (2013)].

395 MPEPIL (Sir Michael Wood) *sub verbo* « Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38(1) ICJ Statute) » (2017) au para 13 [notre traduction de *particular standing*] [MPEPIL, Teachings]. Voir aussi Shabtai Rosenne, *The Perplexities of Modern International Law,* Leiden / Boston, Nijhoff, 2004 à la p 53 [Rosenne (2004)] : « *In the context*

sa qualité d'organe des Nations Unies, ainsi qu'en raison des liens qu'elle entretient avec l'AG[396]. Analysant l'incursion de la CDI dans le domaine du « *lawmaking* », Hakimi affirme pour sa part que « *its prescriptive moves can be significant* »[397]. Plusieurs facteurs convergent pour projeter l'image que les travaux de la CDI constituent la (re)formulation faisant le plus autorité [398] du droit tel qu'il existe, qui plus est lorsque ces travaux prennent la forme de Projet d'articles. On trouve en effet une proposition doctrinale voulant que ce type de travaux ait un attrait particulier, en tant que codifications non législatives menées par la CDI : « *these non-legislative codifications appear to have been regarded as genuinely authoritative, and not as just another instrument providing evidence of the existence of the relevant rules* »[399]. L'attribution d'une valeur persuasive accrue à ces travaux pouvant aller jusqu'à la consécration d'un caractère péremptoire valide et justifie donc notre

of the teachings of the most highly qualified publicists, a special place is reserved for the works of scientific organizations devoted to international law, including the ILC » ; dans le sens d'une inclusion des travaux de la CDI (et du CICR) comme des moyens auxiliaires de détermination supplémentaires à ceux expressément mentionnés à l'article 38(1) *d)* : Aldo Zammit Borda, « A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals » (2013) 24:2 EJIL 649–661 à la p 656 [Borda (2013)] ; dans le sens d'une reconnaissance qui va au-delà d'une filiation à la doctrine, sans toutefois nier explicitement celle-ci (et où il est aussi fait mention de la crise identitaire de la CDI), voir Pellet / Müller (2019), *supra* note 53 au para 341 ; dans le sens d'une classification parmi la doctrine produite par une entité habilitée par les États, avec la mention que, selon une perspective non formaliste, il pourrait être mieux de ne pas considérer les entités habilitées par les États (p. ex. la CDI) comme étant des publicistes, voir Sandesh Sivakumaran, « The influence of teachings of publicists on the development of international law » (2017) 66 ICLQ 1–37 aux pp 5–6 [Sivakumaran (ICLQ 2017)] ; pour comparer avec une classification traditionnelle parmi les contributions à la doctrine, voir Crawford's Brownlie (2012), *supra* note 34 à la p 43.

[396] Dans ses tâches reliées à la codification, la CDI est appelée à préparer les ébauches des traités à être négociés en conférence diplomatique. Dans les cas (de plus en plus fréquents) où ce travail de préparation est complété sans qu'une conférence diplomatique soit convoquée, la CDI peut recommander à l'AG « de prendre acte du rapport, ou de l'adopter dans une résolution » : Statut de la CDI, *supra* note 225 à l'art 23(1) b). Voir aussi Fernando Lusa Bordin, « Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law » (2014) 63:3 ICLQ 535–568 à la p 541 [Bordin (2014)].

[397] Hakimi (SSRN 2014), *supra* note 338 à la p 21.

[398] Bordin (2014), *supra* note 396 aux pp 558–559 [notre traduction].

[399] *Ibid* à la p 546. Voir aussi David Caron, « The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship Between Form and Authority » (2002) 96:4 AJIL 857–873 ; Nils Jansen, *The Making of Legal Authority: Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, Oxford, OUP, 2010. Ces articles ont été publiés avant ou au tout début des travaux de la CDI sur le DIC et ne visent donc pas spécifiquement les Projets de conclusions sur le DIC, mais plutôt les autres projets d'articles qui contiennent des références à des règles de DIC substantielles (sur la responsabilité étatique pour fait illicite, p. ex.) : c'est au sujet de l'aura d'autorité qu'ont ces travaux de la CDI quant à l'existence de ces règles qu'ont écrit Bordin, Jensen et Caron. Nous considérons que les conclusions tirées par Bordin (p. ex., sur l'incertitude inhérente du DIC ainsi que sur les facteurs institutionnels et textuels de la CDI qui accentuent l'attrait des travaux de la CDI comme une source persuasive) s'appliquent aussi au Projet de conclusions sur le DIC. Dans le sens d'un rôle accru de la CDI (et de la CIJ) en ce qui a trait spécifiquement au DIC et au Projet de conclusions, voir Shereshevsky (2019), *supra* note 20 à la p 12. Pour une distinction des contributions de la CDI (sans toutefois isoler les Projets d'articles des autres travaux) entre celles qui reflètent la *lex lata* (sans exemple), celles qui relèvent de la *lex ferenda* (avec l'exemple du Projet d'articles sur la responsabilité étatique pour fait internationalement illicite), celles qu'on associe plus la doctrine académique (avec l'exemple des travaux sur la fragmentation) et celles qui sont tout simplement fausses (sans exemple) par le Rapporteur spécial sur le DIC lui-même : MPEPIL,Teachings, *supra* note 395 au para 13 *in fine.*

utilisation des orientations que propose le Groupe de travail sur le DIC comme point d'ancrage solide à notre mise en contexte de l'approche des deux éléments constitutifs propre au DIC.

Une confirmation générale de l'approche traditionnelle à travers le Projet de conclusions sur le DIC

Dans la même lignée que la théorie généralement acceptée, l'appréciation séparée de l'*usus* et l'*opinio juris* est explicitement prévue dans le Projet de conclusions[400]. On n'y propose pas de séquence précise dans la constatation des éléments constitutifs. La constatation préalable de la pratique pour ensuite aller valider le bien-fondé de celle-ci avec une *opinio juris* claire provenant de l'État tel que mentionné plus haut[401] n'est donc pas posée comme condition *sine qua none* de la théorie du DIC aux termes du Projet de conclusions. En ce qui a trait à la pratique comme un élément constitutif du DIC, la CDI s'inscrit dans le giron de la conception westphalienne de l'ordre international et insiste sur le fait que « c'est principalement la pratique des États qui contribue à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier »[402]. La porte reste ouverte pour une prise en considération de la pratique des organisations internationales, mais il est explicitement exclu de considérer la conduite d'autres acteurs[403]. Les formes de pratique reconnues sont variées et toutes sur un pied d'égalité, sans hiérarchie prédéterminée[404] ; elles incluent les actes matériels que sont la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale, la conduite relative aux traités, la conduite exécutive, y compris la conduite opérationnelle « sur le terrain », ainsi que les actes verbaux que sont les actes et la correspondance diplomatiques, les actes législatifs et administratifs, et les décisions des juridictions internes[405]. Bien que les deux formes de pratiques soient expressément reconnues, il est pertinent de noter que la distinction entre actes matériels et actes verbaux n'est pas incluse dans le Projet de conclusions. Le Rapporteur spécial Wood en a toutefois accepté l'existence, dans une publication subséquente à l'adoption du Projet :

---

[400] CDI, DIC Projet de conclusion 3 (2) (2018), *supra* note 394 : « Chacun des deux éléments constitutifs doit être établi séparément. Cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence ».

[401] *Supra* section 3.2.

[402] CDI, DIC Projet de conclusion 4(1) (2018), *supra* note 394.

[403] *Ibid* conclusions 4(2) et (3) : « 2. Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier. 3. La conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2. ».

[404] *Ibid* conclusion 6.

[405] *Ibid* Projet de conclusion 6(2) (2018).

> *While cautioning that words cannot always be taken at face value, the ILC readily accepted that practice may comprise both physical and verbal (written and oral conduct); taking a contrary view might be seen as encouraging confrontation and, in some cases, even the use of force.*[406]

Ceci reflète, somme toute, la plupart des formes de pratiques retenues par les tribunaux[407] et mentionnées dans la doctrine[408].

En outre, en ce qui a trait aux critères de longévité et de continuité de la pratique, la CDI se positionne plus vers la consécration de la nécessité d'une pratique généralisée pour « sécréter quelque règle de droit international coutumier méritant cette qualification »[409], sans pour autant fixer une durée spécifique, comme le mentionne le Projet de conclusion 8 :

> 1. La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante.
> 2. Il n'est prescrit aucune durée particulière de la pratique, pour autant que celle-ci soit générale.

Cette position manifeste un assouplissement par rapport à la doctrine apparue au début du XX^{e} siècle voulant l'établissement de longs délais se calculant en un nombre d'années

---

[406] Michael Wood, « The Evolution and Identification of the Customary International Law of Armed Conflict » (2018) 51:3 VJTL 727–736 à la p 730 [Wood (2018)].

[407] P. ex. CIJ, avis sur l'emploi des armes nucléaires (1996), *supra* note 296 aux paras 70–73.

[408] Van Steenberghe (2017), *supra* note 241 aux pp 896–897 ; et CDI, DIC Deuxième rapport (2014), *supra* note 394, qui cite à l'appui un corpus de littérature allant dans ce sens, incluant : Mark E. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 2^{e} éd, Dordrecht, Kluwer, 1997 aux pp 19–20 ; Clive Parry, «The Practice of States » (1958) 44 Transactions of the Grotius Society 145–186 à la p 168 ; Michael Akehurst, « Custom as a source of international law » (1977) 47 BYIL 1–53 ; Rein Müllerson, « On the Nature and Scope of Customary International Law », (1997) 2:1 ARIEL 341–360 aux pp 341–342 ; Rudolf Bernhardt, « Custom and treaty in the law of the sea », (1987-V) 205 RCADI 251 aux pp 247, 265 et 267 ; Krzysztof Skubiszewski, « Elements of Custom and The Hague Court » (1971) 31 ZaöRV 810–854 à la p 812 ; Richard Reeves Baxter, « Multilateral treaties as evidence of customary international law » (1965-1966) 41 BYIL 275 à la p 300. Voir aussi ILA, London Conference (2000), *supra* note 58 à la p 725, Principe 4 : « *Verbal acts, and not only physical acts, of States count as State practice*. ».

[409] CDI, DIC premier rapport (2013), *supra* note 156 au para 12. À noter que l'exigence d'uniformité que l'on retrouve dans ce Premier rapport n'a pas été reprise dans le Projet de conclusions. Voir aussi AG, DIC Memo SecGen (2013), *supra* note 394 au para 26.

prédéterminé[410], mais suit finalement ce qui a été mis de l'avant dans l'affaire du *Plateau continental (Mer du Nord)*[411] et qui est proposé et généralement accepté dans la doctrine[412].

En ce qui a trait à l'*opinio juris*, la CDI la distingue du simple usage[413]. De la même façon que pour les formes de pratiques, les formes de preuves de l'acceptation comme étant du droit sont assez variées et reprennent ce qu'on trouve déjà généralement dans les décisions judiciaires et la doctrine[414]. Il est à noter que le paragraphe 3 du Projet de conclusion 10 prévoit que :

> l'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction.

Nous reviendrons sur ce point lorsqu'il sera question des règles de DIH de nature prohibitive et de l'inaction comme une manifestation du respect des règles[415]. Finalement, la Commission développe une série de conclusions sur la portée de certains moyens de détermination du DIC, que ce soient les traités, les résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales, les décisions judiciaires ou la doctrine[416]. La raison d'être de cette section est d'encadrer ces moyens de détermination du DIC en limitant le poids qui leur est accordé.

<u>Une non-considération des particularités du DIH dans le Projet de conclusions</u>

---

410 Là où la formule romaine (reprise notamment par la France) fixait à 40 ans la durée minimale établissant le caractère obligatoire de la coutume, la formule canonique (adoptée notamment par l'Allemagne) soumettait ce délai aux mêmes exigences que pour la prescription : Séfériadès (1936), *supra* note 224 à la p 139 (et, de façon générale au sujet de l'apparition au XX^e^ siècle des critères de longévité et de continuité comme fondant l'existence du DIC : *ibid* aux pp 138 et suiv.)

411 CIJ, Plateau continental (Mer du Nord) (1969), *supra* note 342 à la p 43 au para 74 *in fine*.

412 Voir p. ex. Ian Brownlie, *Principles of Public international Law*, 4^e^ éd, Oxford, Clarendon Press, 1990, aux pp 5–6 qui propose les 3 éléments que sont la durée, l'uniformité et la généralité ; Kolb (2003), *supra* note 107 aux pp 133 et suiv, qui abonde dans le même sens en affirmant que ces trois éléments sont en interrelation dans l'établissement et la détermination du droit international coutumier et ne peuvent donc pas être dissociés les uns des autres.

413 CDI, DIC Projet de conclusion 9(2) (2018), *supra* note 394.

414 *Ibid*, conclusion 10(2) : « Les formes de preuves de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des États ; les publications officielles ; les avis juridiques gouvernementaux ; la correspondance diplomatique ; les décisions des juridictions nationales ; les dispositions de traités ; ainsi que la conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ».

415 *Infra* section 3.4.2.

416 CDI, DIC Projet de conclusions 11 à 14 (2018), *supra* note 394.

Dans le Projet de conclusions, la CDI s'abstient d'aborder les spécificités du DIH. Outre des raisons plutôt historiques[417], nous considérons que cette décision relève plutôt de l'engagement actif de la Commission dans le maintien de l'intégrité du système du droit international public général, évitant le plus possible les scénarios menant à la fragmentation dudit système[418]. Cette approche est confirmée dans l'article publié en 2018 par Sir Michael Wood, le Rapporteur spécial sur le DIC, où il parle directement de l'évolution et de l'identification du droit international coutumier des conflits armés[419]. Même si aucune référence explicite n'est faite à l'Étude sur le DIHC dans les Projets de conclusion commentés (2018)[420], Sir Michael confirme que « *the Commission had LOAC very much in mind and tried to take into account lessons learned in the field of CIHL* »[421].

La prochaine section est consacrée à l'approche du DIC telle qu'adoptée et appliquée dans l'Étude sur le DIHC[422], tandis qu'une section du chapitre 7 traite de la valeur juridique de cette étude[423]. Pour l'instant, nous soulignons qu'en sa capacité de publiciste — et non dans le cadre de ses fonctions officielles de Rapporteur spécial, mais s'exprimant tout de même sur les travaux entrepris par la Commission —, Sir Michael établit les bases d'un rapport de force entre les travaux de la CDI et les publications du CICR, plus précisément l'Étude sur le DIHC. Il conclut son article en soulignant

---

417 L'intérêt de la CDI pour la réglementation des conflits armés est apparu plus tardivement que pour d'autres branches du droit international : voir *supra* section 1.1. De plus, la CDI n'a jamais été impliquée directement dans la codification conventionnelle du DIH comme ce fut le cas, par exemple, en droit de la mer, en droit des traités, en droit des relations diplomatiques et même en droit international pénal : Pour le Projet de Statut d'une cour criminelle internationale et commentaires y relatifs : CDI, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session*, Doc CDI NU, 46e sess, Doc off A/CN.4/L (1994) reproduit dans *Annuaire CDI 1994*, vol 2, partie 2, 28–92, en ligne, Nations Unies : <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/7_4_1994.pdf> [CDI, Projet CCI (1994)].

418 Cela ne veut pas dire que la question de la fragmentation est évitée lorsqu'elle se manifeste, comme le prouvent les travaux importants déjà menés sur le sujet : CDI (Koskenniemi), Fragmentation (2006), *supra* note 4 ; voir à ce sujet Linus Mührel, « The Authority of Interpretations and Law-Ascertainments of the International Committee of the Red Cross in the Course of Times » (2019), chapitre préliminaire de thèse accessible auprès de l'auteur : <l.muehrel@fu-berlin.de> à la p 28 [Mührel (chap prélim 2019)].

419 Wood (2018), *supra* note 406.

420 On trouve toutefois une référence générale et implicite : Projet de conclusions commenté (2018), *supra* note 394 à la p 139 (Conclusion 4, exigence d'une pratique) : « Les déclarations officielles du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), telles que ses appels en faveur du respect du droit international humanitaire *et ses études sur le sujet*, peuvent également jouer un rôle important en orientant la pratique des États qui réagissent à ces déclarations ; en outre, *les publications du CICR* peuvent être utiles aux fins de la détermination de la pratique pertinente. Ces activités peuvent donc contribuer au développement et à la détermination du droit international coutumier, mais elles ne constituent pas une pratique en tant que telle [notre emphase]. »

421 Wood (2018), *supra* note 406 à la p 728.

422 *Infra* section 3.3.2.

423 *Infra* section 7.4.

l'importance de l'étude sur le DIHC non pas uniquement sur le DIH, mais sur le processus d'identification de la coutume en droit international public de façon générale, et surtout en insistant sur la valeur particulièrement persuasive de l'Étude sur le DIHC, l'approche qui y est adoptée étant largement soutenue par les États :

> *While the study of CIHL has proven not only important in itself, but also essential for appreciating the wider issues involved in the identification of all rules of customary international law, it is believed that the converse is also true. The general approach to customary international law, as expounded by the ILC, should assist those called upon to identify rules of CIHL. That basic approach is widely supported by states, in case law, and in scholarly writings. It serves to ensure that the exercise of identifying any rules of customary international law results in determining only such rules as actually exist, thus promoting the credibility both of the particular determination and of international law more broadly.*[424]

Nous considérons que cette volonté de la CDI de subordonner l'approche méthodologique adoptée dans l'Étude sur le DIHC aux Projets de conclusion de la CDI constitue un positionnement stratégique — tout à fait valable, du reste — visant à éviter le plus possible la fragmentation du DIP dans les documents officiels de la CDI et à apporter un éclairage uniforme et généralisé à l'ensemble du DIP, tout en permettant l'apport de nuances plus subtiles dans les contributions périphériques à la doctrine dite ordinaire ou académique, parmi laquelle Sir Michael Wood semble classer les travaux du CICR. Du reste, comme nous le verrons dans la prochaine section, les conclusions dégagées dans le Projet de la CDI correspondent en grande partie à l'approche méthodologique adoptée dans l'Étude sur le DIHC[425] ; les éléments de friction restent ainsi mineurs.

Ce bref survol du Projet de conclusions nous permet de confirmer l'assentiment de la CDI face à l'approche traditionnelle des deux éléments constitutifs, sans assouplissements majeurs à la méthodologie ou ouvertures permettant une prise en considération plus systémique des actions et des prises de position des acteurs et entités non étatiques. Voyons maintenant ce qu'il en est pour l'Étude sur le DIHC du CICR.

---

[424] Wood (2018), *supra* note 406 à la p 736.

[425] Voir aussi Mührel (chap prélim 2019), *supra* note 418 à la p 28 à la n 255, qui identifie comme éléments communs entre les deux documents les formes de pratiques et le rôle des traités dans l'établissement de la coutume, ainsi que l'absence de mention des États spécialement affectés.

3.3.2 Le Comité international de la Croix-Rouge et l'Étude sur le droit international humanitaire coutumier : une confirmation *in abstracto* de l'approche traditionnelle d'identification du droit coutumier appliquée au DIH

Lorsque l'on s'attarde à la théorie du DIC, l'Étude sur le DIHC[426] parue en 2005 se révèle être incontournable : la qualité de l'effort déployé et le sérieux de cette étude sont généralement reconnus[427]. Cet ouvrage comprend 161 règles, compte 2 volumes et plus de 4000 pages ; son élaboration a demandé dix années de travail et la contribution de quelque 150 experts juridiques. La présente section est consacrée à l'analyse de l'appréhension du droit international coutumier par le CICR dans le cadre de cette Étude, dans le but de vérifier si l'approche traditionnelle d'identification reste généralement valide lorsqu'appliquée au DIH, ou si une nouvelle approche transparait de la méthodologie adoptée pour identifier les règles formulées dans cette Étude.

3.3.2.1 L'Étude sur le DIHC : un mandat qui provient des États

La formulation du mandat dévolu au CICR relativement à la préparation d'un rapport sur les règles du droit international coutumier applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux a

---

[426] Étude sur le DIHC, *supra* note 7.

[427] Malcolm McLaren et Felix Schwendimann, « An Exercise in the Development of International Law: The New ICRC Study on Customary International Humanitarian Law » (2005) 6 GLJ 1217 à la p 1217 [McLaren / Schwendimann (2005)] : « *The Study's objective was to capture a 'photograph' of the existing, hitherto unwritten rules that make up customary IHL. Comprehensive, high-level research into customary IHL followed; the end result of which is undeniably a remarkable feat and a significant contribution to scholarship and debate in this area of International Law* » ; David Turns, « Weapons in the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law » (2006) 11:2 JCSL 201–237 aux pp 201–202 [Turns (2006)] : « *In 2005, the long-awaited Study by the ICRC on customary international humanitarian law, ten years in the making, was finally published*. […] *Its ambition, described with some understatement as, 'to overcome some of the problems related to the application of international humanitarian treaty law', is as vast and impressive as its size and breadth. As the intrinsic vagueness and uncertainty of customary international law are notorious, it is hard to have anything but praise for the Study's intentions and respect for the sheer scale of the undertaking and the clarity and overall cogency with which it is all presented. It seems vaguely churlish even to attempt criticism of such a work. And yet …* » Voir aussi Theodor Meron, « Revival of customary humanitarian law » (2005) 99:4 AJIL 817–834 à la p 833 [Meron (2005)] : « *What makes this study unique is the seriousness and breadth of the method used to identify practice. In addition to the ICRC archives on nearly forty recent armed conflicts and various international sources, including those of the United Nations, regional organizations, and other international organizations, the study drew on research projects in nearly fifty countries that its sponsors had commissioned with a view to identifying national practice in international humanitarian law. Such an effort has never been undertaken before. No restatement of international law has even tried to amass such a rich collection of empirical data*. » Cette réception généralement positive de l'Étude se confirme, même en présence de désaccords sur la méthodologie et les conclusions ; voir la réponse américaine à la suite de la publication de l'Étude sur le DIHC : John B. Bellinger et William J. Haynes, « A US Government Response to the International Committee of the Red Cross Study Customary International Humanitarian Law » (2007) 89:886 IRRC 443 [Bellinger / Haynes (2007)] : « *The United States* […] *appreciates the major effort that the ICRC and the Study's authors have made to assemble and analyze a substantial amount of material*. ».

débuté en 1993, lors d'une conférence intergouvernementale extraordinaire ayant eu lieu entre les XXV^e^ et la XXVI^e^ Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge[428]. Dans la mouvance de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme tenue la même année (et ayant abouti à la *Déclaration et au programme d'action de Vienne*), le gouvernement suisse a invité des représentants de 160 États dans le but d'œuvrer en faveur d'une application plus stricte du DIH en vigueur : la déclaration finale de la conférence, qui a été adoptée par consensus, fait en effet état de la « nécessité de renforcer l'efficacité de la mise en œuvre du droit international humanitaire » et

> appelle le gouvernement suisse à réunir un groupe d'experts intergouvernementaux […] chargé de rechercher des moyens pratiques de promouvoir le plein respect de ce droit et l'application de ses règles, et de préparer un rapport à l'intention des États et de la prochaine Conférence internationale […].[429]

Le groupe intergouvernemental d'experts a été mis sur pied et a présenté le résultat de son travail dès 1995[430]. Dans son premier rapport intitulé « Droit international humanitaire : passer du droit à l'action », le groupe d'experts a recommandé entre autres que :

> [l]e CICR soit invité à préparer, avec l'assistance d'experts du DIH représentant diverses régions géographiques et différents systèmes juridiques, ainsi qu'en consultation avec des experts de gouvernements et d'organisations internationales, un rapport sur les règles coutumières du DIH applicables aux conflits armés internationaux et non

---

[428] La Conférence internationale est la plus haute autorité délibérante du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (« le Mouvement »). Sa constitution hybride en fait le terreau d'un « dialogue apolitique » (« Cérémonie d'ouverture de la XXVI^e^ Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge » (1996) 817 RICR, en ligne : <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzfw4.htm>) autour des enjeux humanitaires les plus pressants au moment de la Conférence. Se réunissant tous les quatre ans, elle rassemble les composantes du Mouvement que sont le Comité international de la Croix-Rouge, la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et les 190 Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, ainsi que le Conseil des Délégués constitué de représentants de chacun des États parties aux CGI–IV (1949), ce qui équivaut à tous les États membres des Nations Unies. Les décisions et actions de la Conférence internationale sont donc le fruit du travail conjoint entre le Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et les États. Au sujet de la Conférence internationale de façon générale, en ligne, CICR : <https://www.icrc.org/fre/who-we-are/movement/international-conference/overview-international-conference-of-the-red-cross-and-red-crescent.htm>.

[429] *Déclaration finale de la Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre,* Doc 95/C.1/2/1 (1993), section II *in fine*, en ligne : CICR <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzhes.htm>.

[430] Ce sont 108 États, 15 organisations intergouvernementales et 13 organisations non gouvernementales qui ont participé à cette réunion : XXVI^e^ Conférence internationale, *Droit international humanitaire : passer du droit à l'action rapport sur le suivi de la Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre*, Rapport 95/C.I/2.2. (1995) reproduit dans 817 (1996) RICR en ligne : Confédération suisse <http://permalink.snl.ch/bib/sz001783268>, aux pp 208–211 [XXVI^e^ Conf intl (1995)] (voir aussi, « rapport du président du groupe d'experts intergouvernementaux » en ligne, CICR : <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzgrn.htm>).

> internationaux, et à faire parvenir ce rapport aux États et aux organismes internationaux compétents.[431]

Lors de la XXVI[e] Conférence internationale, cette recommandation a été approuvée[432]. Ce mandat qui allait devenir « L'Étude sur le droit international humanitaire coutumier » a généré des remarques, mais n'a pas fait l'objet de débats particuliers entre les États. Ainsi qu'il appert au compte-rendu de la Conférence, il a simplement été relevé que :

> le droit humanitaire avait fait l'objet d'une entreprise de codification très importante depuis le milieu du XIX[e] siècle et […] il était maintenant composé de règles écrites – des traités internationaux – que les États parties doivent obligatoirement respecter. Le droit coutumier devait être recherché dans la pratique effective des États et dans ce que l'on appelle l'*opinio juris*, c'est-à-dire le sentiment que doit avoir l'État d'être juridiquement lié.[433]

Tout en affirmant que le DIH ne devrait pas être considéré comme un phénomène récent, mais comme l'incarnation et la manifestation de valeurs universelles centenaires, beaucoup de délégations ont remarqué que la plupart des conflits armés actuels étaient non internationaux ; un délégué a spécifiquement relevé qu'il importait de distinguer clairement les conflits armés internationaux des conflits armés non internationaux dans le cadre de l'Étude. La nécessité cruciale de respecter les règles fondamentales du DIH, dont on a relevé qu'elles étaient maintenant intégrées au DIC qui s'appliquait universellement, a été aussi soulignée à plusieurs reprises[434]. Il est en outre intéressant de noter que lors de sa déclaration devant cette Conférence internationale, le président du groupe d'experts, Lucius Caflisch, a derechef mis l'accent sur le caractère pragmatique du mandat qui leur avait été confié, en soulignant l'utilisation des termes « pratiques » et « application »[435].

Ce mandat initial place le CICR et les États dans une relation de proximité. L'Étude constitue en effet une commande de la part États qui est pilotée par le CICR. Les prises de position assumées dans

---

[431] *Ibid*, « Recommandations du groupe d'experts intergouvernemental » aux pp 141–142.

[432] *Ibid* à la p 129.

[433] *Ibid* à la p 113.

[434] *Ibid* aux pp 112–114.

[435] *Ibid* à la p 112.

l'Étude sont donc celles du CICR et non directement celles des États, ni purement celles de ces auteurs à titre personnel, malgré la mention faite aux notes introductives voulant que « les deux auteurs assument conjointement la totale responsabilité du contenu de l'étude »[436].

3.3.2.2 La méthodologie de l'Étude sur le DIHC

Les pages introductives de l'Étude sur le DIHC sont particulièrement utiles pour contextualiser le document. Le CICR s'inscrit rigoureusement dans le cadre général de la théorie traditionnelle des deux éléments constitutifs, citant l'article 38 et affirmant que :

> pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier, on a recouru dans la présente étude à une méthode classique, définie par la Cour internationale de justice, en particulier dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*.[437]

Les notes introductives se poursuivent suivant la structure classique de l'approche des deux éléments constitutifs, avec la pratique des États suivie de l'*opinio juris*. La majorité de ces notes sont consacrées à la pratique des États ; dans une première section, le CICR affirme que les pratiques qui ont été sélectionnées et retenues dans le cadre de l'Étude l'ont été selon une série de critères que l'on départage ici en deux catégories : la première visant les formes de pratiques acceptées et la seconde regroupant celles qui sont écartées.

Dans la première catégorie, le CICR accepte les actes matériels aussi bien que les actes verbaux des États[438] (ce qui inclut la négociation et l'adoption de résolutions internationales par les États[439]),

---

[436] Étude sur le DIHC, *supra* note 7 à la p lxx. *Contra*, le juge Aldrich souligne ce passage de l'Étude, en insistant sur le fait que le CICR n'était pas lié par les conclusions de celle-ci : « *Th*[*e*] *Introduction concludes with the customary, and in this case very important, statement that the authors, jointly, bear the sole responsibility for the content of the study. That statement is particularly important because the ICRC, as an institution, justifiably has substantial credibility resulting from its past and continuing efforts to assist in the codification of and compliance with international humanitarian law. That credibility should not be jeopardized by mistakenly thinking that it is responsible for the conclusions of this study*. » : George H. Aldrich, « Customary International Humanitarian Law: An Interpretation on Behalf of the International Committee of the Red Cross » (2006) 76 BYIHL 503–532 à la p 504 [Aldrich (2006)]. Dans sa réponse à Aldrich, Jean-Marie Henckaerts, co-auteur de l'Étude, n'adresse pas directement le passage cité ci-dessus, mais rappelle toutefois que : « *The study was first proposed by the open-ended Intergovernmental Group of Experts* […] *by the International Conference of the Red Cross and Red Crescent* […]. *It is important to note that all States have a vote at the International Conferences* […]. *The study was therefore carried out at the request of States*. » : Jean-Marie Henckaerts, « Customary International Humanitarian Law: A Rejoinder to Judge Aldrich » (2006) 76 BYIHL 525–532 à la p 525.

[437] *Ibid* aux pp xlvi–xlvii.

quel que soit l'organe de l'État duquel ils émanent[440]. Une liste non exhaustive des formes d'actes considérés comme des moyens permettant d'établir la pratique fondant les règles coutumières de DIH est dressée, en visant plus spécifiquement les documents propres à la conduite des hostilités et aux conflits armés. En ce qui a trait aux actes matériels, cette liste inclut le comportement sur le champ de bataille, l'emploi de certaines armes ainsi que le traitement accordé à diverses catégories de personnes. La liste des actes verbaux est pour sa part plus étoffée ; on y retrouve entre autres les manuels militaires, les instructions données aux forces armées et aux forces de sécurité, les communiqués militaires en temps de guerre et les avis rendus par les conseillers juridiques officiels, la législation et la jurisprudence nationale, les protestations diplomatiques, les décisions des organes exécutifs et les textes régissant leur application, les mémoires présentés devant les tribunaux internationaux, les déclarations faites dans des organisations internationales et lors de conférences internationales, ainsi que les positions prises par les gouvernements à l'égard des résolutions des organisations internationales[441]. Dans la seconde catégorie, on écarte des pratiques acceptables les actes qui ne sont jamais rendus publics[442], les décisions des tribunaux internationaux[443], ainsi que la pratique des groupes armés non étatiques[444]. Ces positions ne constituent pas *a priori* un écart par rapport à la théorie traditionnelle et s'inscrivent de façon générale dans le Projet de conclusions de la CDI visité plus haut.

Les notes introductives se poursuivent ensuite avec une liste des critères utilisés pour procéder à l'évaluation de la pratique des États pour savoir si elle est suffisamment dense[445]. À cette fin sont donc considérés : l'uniformité de la pratique[446], sa fréquence et sa représentativité[447], et le laps de

---

[438] *Ibid* à la p xlvii.

[439] *Ibid* à la p li. À noter que le CICR considère que la pratique des organisations internationales à proprement parlé et indépendamment de leurs États membres peut contribuer au DIC, ce qui place ce critère dans une position mitoyenne entre les pratiques acceptées et celles qui sont écartées : *ibid* à la p l.

[440] *Ibid* à la p xlix.

[441] *Ibid* à la p xlvii.

[442] *Ibid* à la p xlix.

[443] *Ibid* à la p l.

[444] *Ibid* à la p lii.

[445] Au sujet du critère de la densité de la pratique étatique, voir Humphrey Waldock, « General Course on Public International Law », (1962) 106 RCADI 1–251 à la p 44 [Humphrey (1962)], cité dans l'Étude sur le DIHC, *supra* note 7 à la p lii à la n 29.

[446] Étude sur le DIHC, *ibid* aux pp liii et suiv.

[447] *Ibid* aux pp lv et lvi.

temps écoulé nécessaire à la contribution d'une règle de DIC[448]. Ici, le langage diffère un peu de celui que l'on retrouve dans le Projet de conclusions du CDI, qui dicte que la pratique doit être « générale, répandue, représentative et constante », sans qu'une durée particulière soit prescrite[449], mais en fin de compte, là aussi, le CICR ne s'inscrit pas particulièrement en marge de la théorie traditionnelle. Pour sa part, l'analyse de l'*opinio juris* repose majoritairement sur le lien consubstantiel qui existe entre les deux éléments constitutifs d'une règle de DIC selon la théorie traditionnelle[450], mentionnant que « la forme précise sous laquelle la pratique et la conviction juridique doivent être exprimées peut différer selon que la règle concerne une interdiction, une obligation ou simplement un droit de se comporter d'une certaine manière »[451]. De plus, le CICR reconnaît que la distinction entre les deux éléments est surtout théorique :

> Pendant la réalisation de cette étude, il a été extrêmement délicat — et dans une large mesure théorique — de distinguer strictement les éléments relevant de la pratique de ceux découlant de la conviction juridique. La plupart du temps, un seul et même acte reflète à la fois la pratique et la conviction juridique.[452]

On comprend que le travail de détermination des règles de DIC applicables en DIH s'est fait en deux temps. Des pratiques ont tout d'abord été identifiées. Ensuite, les pratiques retenues ont été examinées pour savoir si leur densité atteignait un niveau suffisant pour répondre à l'exigence d'une pratique constitutive d'une règle de DIC. C'est en tout cas l'approche confirmée dans l'article publié par le co-auteur de l'Étude au moment de la publication de cette dernière[453].

En résumé, la méthodologie adoptée n'est pas particulièrement novatrice et peut trouver une place confortable au sein de l'approche des deux éléments constitutifs, et ce, même dans son itération plus

---

[448] *Ibid* à la p lvi.

[449] CDI, DIC Projet de conclusion 8 (2018), *supra* note 394.

[450] On notera que cette approche est implicitement validée dans le vol II de l'Étude sur le DIHC, *supra* note 7, et dans la base de données en ligne où est consigné l'ensemble des pratiques des États, sans qu'on opère de distinction entre la pratique et l'*opinio juris.*

[451] Étude sur le DIHC, *supra* note 7 à la p lvii.

[452] *Ibid* à la p lviii.

[453] Jean-Marie Henckaerts, « Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict » (2005) 87:875 IRRC 175–212. Cet article reprend presque intégralement les notes introductives contenues en début de l'Étude, et offre surtout un résumé des conclusions (aux pp 187–197) et une annexe offrant une liste des règles coutumières du droit international humanitaire (aux pp 198–212).

traditionnelle, comme le confirme, par exemple, Scobbie[454]. Ce dernier a toutefois souligné quelques glissements potentiels identifiables dans les notes introductives ; nous relevons ici uniquement un de ces éléments, soit la mention d'une approche évoquant la normativité relative[455], celle à échelle variable de Kirgis évoquée plus haut[456]. En soulignant tout d'abord que les cours et les tribunaux internationaux ont parfois recours à cette approche lorsque la règle recherchée est « souhaitable pour la paix et la sécurité internationale ou pour la protection de la personne humaine, à condition qu'il n'existe pas une importante *opinio juris* contraire »[457], le CICR énumère ensuite des décisions dans lesquelles cette approche a été utilisée pour fonder une règle comme prenant sa source dans la coutume, puis des décisions dans lesquelles cette approche n'a pas porté fruit. Le CICR conclut cette brève incursion dans la doctrine du DIC à échelle variable en affirmant que :

> cet aspect de l'évaluation du droit coutumier est particulièrement pertinent pour le droit international humanitaire, étant donné que la plupart des dispositions de ce droit ont pour objet de réglementer le comportement pour des raisons humanitaires. Dans certains cas, il n'est pas encore possible d'affirmer l'existence d'une règle de droit international coutumier, alors même qu'il existe une pratique majoritaire évidente en faveur de la règle et bien qu'une telle règle soit éminemment souhaitable.[458]

Cette ouverture vers une modulation de l'approche traditionnelle de la détermination du DIC pose une question plus large : est-ce que dans l'application *in concreto* de la méthodologie d'identification du DIC par le CICR tend vers la pluralité des méthodologies applicables au DIC ? Lorsque le CICR affirme que « dans certains cas, il n'est pas encore possible d'affirmer l'existence d'une règle de droit international coutumier, alors même qu'il existe une pratique majoritaire évidente en faveur de la règle et bien qu'une telle règle soit éminemment souhaitable », est-il sous-entendu que, dans d'autres cas — qui pourraient bien se situer en dehors de la théorie traditionnelle du DIC —, cette possibilité existe ? Ou est-ce que cette affirmation réitère simplement l'aval accordé à l'approche classique qui tolère des preuves d'une *opinio juris* contraire pour autant qu'il y ait la preuve d'une

---

[454] Iain Scobbie, « The approach to Customary International Law in the Study » dans Elizabeth Wilmshurst et Susan Breau, dir, *Perspectives on ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, 2007, 15–49 à la p 24 [Scobbie (2007)].

[455] Telle que qualifiée par Scobbie *ibid* aux pp 27– 28 à la n 59, référant aux positions défendues par Weil, Beckett, Roberts, Sheldon et Tasioulas.

[456] *Supra* section 3.2.

[457] Étude sur le DIHC, *supra* note 7 à la p lx.

[458] *Ibid* à la p lxi.

pratique majoritaire évidente ? La deuxième interprétation semble la plus éclairée et la plus probable, compte tenu des autres commentaires. Toutefois, pourquoi alors avoir évoqué l'approche à échelle variable ? A-t-elle eu un certain poids dans l'application de la méthodologie définie dans les notes introductives ? Voilà une question sous-jacente qui émerge de ce survol de la méthodologie adoptée par le CICR dans la réalisation de l'Étude sur le DIHC : le CICR n'aurait-il pas innové par rapport à la théorie traditionnelle du DIC, non pas dans la définition et les limites qu'il lui attribue, mais dans son application *in concreto*, dans le travail de détermination de chacune des règles de DIHC ? Les critiques formulées par la doctrine à l'encontre de l'Étude sur le DIHC semblent répondre positivement à cette question : en effet, les critiques relèvent de la façon dont la théorie classique du DIC a été interprétée et appliquée[459]. Comme ce fut déjà affirmé dans l'article particulièrement approfondi de Scobbie au sujet de l'approche théorique et méthodologique de l'Étude sur le DIHC : « *Here the process is not transparent : the reader only has the text of the final Rules, a commentary upon each, and an edited account of practice* »[460]. Puisque nous considérons que l'Étude sur le DIHC occupe une place particulière parmi les moyens auxiliaires de détermination du droit en tant que source subsidiaire persuasive, l'analyse en ce sens est consignée dans la deuxième partie de la thèse. Nous limitons donc ici nos conclusions indiquant que le CICR, dans son Étude sur le DIHC, s'inscrit *in abstracto* dans le giron de l'approche traditionnelle au DIC, manifestant toutefois une certaine latitude autant dans ses explications que dans l'application *in concreto* de la méthode à travers la formulation des 161 règles, exposant ainsi une pluralité des approches plus grande que celle déclarée.

---

[459] Voir p. ex. Robert Cryer, « Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study » (2006) 11:2 JCSL 239–263 [Cryer (2006)] ; Bellinger / Haynes (2007), *supra* note 427; Aldrich (2006), *supra* note 436; McLaren / Schwendimann (2005), *supra* note 427; Hays Parks, « The ICRC Customary Law Study: A Preliminary Assessment » (2005) 99 ASIL P 208–212 [Parks (2005)] ; Scobbie (2007), *supra* note 454; Turns (2006), *supra* note 427; Leah M. Nicholls, « The Humanitarian Monarchy Legislates: The International Committee of the Red Cross and its 161 Rules of Customary International Humanitarian Law » (2006) 17 DJCIL 223–252 [Nicholls (2006)].

[460] Scobbie (2007) *ibid* aux pp 19–20.

3.3.3 La Cour internationale de Justice : des ouvertures vers une modernisation de l'approche traditionnelle[461]

> [T]*he Court has a marked tendency to assert the existence of a customary rule more than to prove it.*[462]

Si l'ONU n'a pas été en mesure de créer dans sa Charte constituante un organe législatif distinct de ses membres, elle s'est toutefois pourvue d'un organe judiciaire qui lui est propre (jusqu'à un certain point, le statut étant ouvert aux non-membres) et qui a pour mission de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis. Cet organe, c'est la Cour internationale de Justice[463], et c'est dans le Statut de cette dernière que l'on retrouve l'article 38. Dans la présente section, c'est son paragraphe 1b) disposant que la CIJ « applique la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant du droit » qui nous intéresse.

Étant donné sa fonction judiciaire, la CIJ est expressément appelée à se prononcer sur les règles de DIC. Ce sont, si l'on peut s'exprimer ainsi, des facteurs extérieurs qui l'amènent sur ce terrain : une cour, *a fortiori* la CIJ, ne se saisit pas elle-même des affaires qu'elle désire entendre pour faire avancer le droit dans la direction qu'elle désire ; elle est uniquement saisie des affaires que les parties lui soumettent. Son impact sur le DIC diffère donc considérablement de celui des autres organes des Nations Unies. Le fait que la CIJ assume une fonction judiciaire implique des conséquences qui lui sont propres dans sa façon de découvrir et de déclarer le droit, et qui ne sont donc pas nécessairement tributaires de l'approche traditionnelle du DIC[464]. Cela étant dit, nous rappelons que le but ici n'est pas d'analyser les décisions de la CIJ se prononçant sur le DIH

---

[461] Cette section suit en grande partie les décisions de la CIJ telles qu'identifiées par Schlütter (2010), *supra* note 5 au chapitre 4 « Practical Developments (Part One): Customary International Law in the Case Law of the PCIJ and the ICJ », aux pp 121–170. Voir aussi Stefan Talmon, « Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion » (2015) 26:2 EJIL 417–443.

[462] Alain Pellet, « Shaping the Future of International Law: The Role of the World-Court in Law-Making » dans Mahnoush H. Arsanjani, Jacob Cogan, Robert Sloane et Siegfried Wiessner, dir, *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, Brill / Nijhoff, 2011, 1065–1083 à la p 1076 [Pellet (2011)].

[463] Charte des Nations Unies, *supra* note 107 au chap XIV aux arts 92 à 96. De façon générale sur le rapport entre la CIJ et le DIC, voir Rudolf H. Geiger, « Customary International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Critical Appraisal » dans Ulrich Fastenrath, dir, *From Bilateralism to Community of Interest: Essays in Honours of Judge Bruno Simma*, Oxford, OUP, 2011 à la p 673.

[464] Voir en complément : *infra* Chapitre 6, au sujet des caractéristiques spéciales associées à la fonction judiciaire et de l'encadrement d'une fonction normative appropriée pour les instances internationales.

coutumier substantif, mais plutôt de tracer les grandes lignes de la contribution de cet organe à la théorie du DIC, principalement lorsqu'appliquée au DIH.

Si la conception purement et strictement volontariste de la coutume a été adoptée à une certaine époque[465], elle ne prévaut plus aujourd'hui, ni dans la théorie du DIC généralement acceptée ni devant dans la CIJ. C'est plutôt dans une conception objective de la coutume que s'est inscrite la Cour, comme on est à même de le constater, par exemple, dans les affaires du *droit d'asile*[466] et des *pêcheries*[467], où la Cour s'est appuyée sur l'approche des deux éléments constitutifs pour établir l'existence de règles coutumières, tout en accordant une certaine prédominance à l'élément de la pratique étatique. C'est toutefois l'affaire du *Plateau continental (Mer du Nord)*[468] qui constitue l'arrêt-phare en la matière. Avec cette affaire, la CIJ se distancie résolument de la tradition antérieure marquée par la théorie de l'accord tacite[469]. Plusieurs décisions de la CIJ se sont ensuite inscrites dans cette lignée en validant tacitement ou explicitement l'approche des deux éléments constitutifs[470].

Il y a cependant une autre tendance dans la jurisprudence de la CIJ, soit celle où l'on identifie des modulations dans l'application de la méthodologie des deux éléments constitutifs, sans toutefois pouvoir conclure que la Cour s'affranchit complètement de cette approche. En effet, cette tendance se superpose parfois à celle de la validation de l'approche traditionnelle. Nous examinons ici deux de ces modulations qui viendraient remplacer en partie la mise en preuve des deux éléments constitutifs

---

[465] Voir p. ex. CPJI, Lotus (1927), *supra* note 86 à la p 18 : « Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas. » ; pour d'autres décisions dans le même sens, voir Schlütter (2010), *supra* note 5 aux pp 131–132.

[466] CIJ, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile (Colombie c Pérou)* [1950] CIJ Rec 266.

[467] CIJ, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c Norvège)* [1951] CIJ Rec 116.

[468] *Supra* note 342 à la p 44 au para 77. Rappelons que le CICR se réclame de cette conception méthodologique dans les notes introductives.

[469] Voir à ce sujet R.-J. Dupuy (1974), *supra* note 192 à la p 79. Il est en outre intéressant de souligner l'analyse de cette décision menée par Schlütter qui est à l'effet que, bien que la Cour ait embrassé en l'espèce l'approche positiviste (s'appuyant plus fortement sur la pratique), elle n'a toutefois pas discrédité explicitement l'approche fondamentaliste mettant de l'avant des considérations se rapprochant plus du droit naturel : Schlütter (2010), *supra* note 5 aux pp 129–131.

[470] Pour la liste des décisions de la CIJ allant dans ce sens, voir dans Kolb (2003), *supra* note 107 à la p 120 à la n 2, nommément : CIJ, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c Malte)*, [1985] CIJ Rec 13 aux pp 29–30 au para 27 [CIJ, Plateau continental (Libye)(1985)] ; CIJ, Nicaragua (1986), *supra* note 80 à la p 97 au para 183 ; CIJ, avis sur l'emploi des armes nucléaires (1996), *supra* note 296 à la p 253 au para 64.

du droit coutumier telles qu'identifiées par Schlütter[471], soit l'utilisation du raisonnement déductif[472] et l'invocation des considérations élémentaires d'humanité.

La première décision examinée ici est l'affaire *Nicaragua* (1986), dans laquelle le droit coutumier joue un rôle central. Dans cette affaire, on retrouve l'approche classique des deux éléments constitutifs du droit coutumier, tout en constatant une application plus ou moins orthodoxe de celle-ci, incluant une utilisation du raisonnement déductif et une mention des considérations élémentaires d'humanité (même si ce n'était pas la première fois que ce concept était évoqué devant la CIJ, comme nous le verrons plus loin). Dans l'identification du DIC applicable au différend en l'espèce[473], il est question de *jus ad bellum* : non-intervention, non-recours à la force, interdiction d'atteinte à la souveraineté des États, et légitime défense collective. Dans le travail de détermination de la substance de ces règles coutumières, la Cour endosse l'approche classique[474], mais apporte des modifications importantes dans son application. Par exemple, en ce qui a trait au lien consubstantiel entre la *pratique* et l'*opinio juris*, la Cour reconnaît explicitement le rôle essentiel d'une pratique générale, mais semble minimiser l'impact de pratiques apparemment inconciliables lorsque l'*opinio juris* est bien établie[475]. En effet, la Cour semble dire qu'une pratique s'inscrivant en marge des prescriptions d'une règle ne constitue pas automatiquement une pratique contraire ; elle peut même être une confirmation de la règle, si le discours tenu par l'État pour justifier ses agissements sous-tend la confirmation de l'existence de la règle : c'est ce que certains appellent le *Nicaragua Trick*[476]. Comme l'a affirmé Hakimi, « *Nicaragua needed solid verbal evidence to offset the unsavory physical practice* »[477]. En d'autres mots, si un État s'époumone à argumenter que son geste ne viole pas la règle X, il y a là, de ce simple fait, une reconnaissance implicite de l'existence de la règle X. Que l'argument de l'État tienne la route ou non n'a pas d'importance dans la détermination de l'existence

---

471 Schlütter (2010), *supra* note 5 aux pp 140–170.

472 Ce qui diffère du concept de droit coutumier déductif de Tomuschat mentionné plus haut : *supra* section 3.2.

473 CIJ, Nicaragua (1986), *supra* note 80 aux paras 183 et suiv.

474 *Ibid* aux paras 188 et suiv.

475 *Ibid* au para 184.

476 Voir p. ex. Bothe (2013), *supra* note 47 à la p 325 à la n 983 citant le para 189 de l'*Affaire Nicaragua*, en ajoutant lui-même l'emphase : « Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les États y conforment leur conduite d'une manière générale et *qu'ils traitent eux-mêmes* les comportements non conformes à la règle en question *comme des violations* de celle-ci et non pas comme *des manifestations de la reconnaissance* d'une règle nouvelle. ».

477 Hakimi (SSRN 2014), *supra* note 338 à la p 24.

de la coutume ; si, dans leur conduite générale, les États se conforment de manière générale à la règle, notamment en invoquant des explications ou des exceptions contenues dans la règle elle-même, le caractère coutumier de celle-ci est confirmé. Cependant, toujours selon le raisonnement de la Cour, si l'État viole ladite règle et affirme qu'en tant qu'État souverain, il est dans son droit de poser cet acte et qu'il revendique pleinement l'acte, on peut conclure qu'il s'agit là d'une manifestation claire d'une *opinio juris* voulant que la règle n'existe pas, pas pour cet État en tout cas.

Après le travail d'identification du *jus ad bellum* coutumier, la Cour procède à l'examen du DIH applicable au différend en l'espèce. Pour cette partie de la décision, la Cour rappelle que le Nicaragua n'a pas invoqué expressément les dispositions du DIH en tant que telles, mais que, dans sa requête, il a formulé l'accusation suivant laquelle les États-Unis ont tué, blessé et enlevé des citoyens du Nicaragua en violation de leurs obligations en vertu du droit international général et coutumier[478]. La Cour ne revient toutefois pas explicitement sur lesdites obligations en vertu du DIC, choisissant plutôt d'apprécier le comportement des États-Unis « en fonction des principes généraux de base du droit humanitaire, dont, à son avis, les Conventions de Genève constituent à certains égards le développement et qu'à d'autres égards elles ne font qu'exprimer »[479]. C'est dans cet esprit que la Cour qualifie ensuite l'obligation de « respecter et faire respecter » le droit, contenue dans l'article 1 commun CGI–IV (1949), comme devant être acquittée « en toutes circonstances », cette obligation découlant « des principes généraux du droit humanitaire dont les conventions ne sont que l'expression concrète »[480]. Aux yeux de la Cour, il ne fait pas de doute que les règles énoncées dans l'article 3 « correspondent à ce qu'elle a appelé en 1949 [dans l'affaire du *Détroit de Corfou*] des 'considérations élémentaires d'humanité' »[481].

Cette partie de la décision peut être interprétée comme constituant la mise en œuvre d'une approche du DIC entièrement différente de l'approche des deux éléments, dans laquelle l'absence de collecte

[478] CIJ, Nicaragua (1986), *supra* note 80 au para 216.
[479] *Ibid* au para 218.
[480] *Ibid* au para 220.
[481] *Ibid* au para 218.

de pratique est justifiée par l'invocation des considérations élémentaires d'humanité[482]. Cependant, il est important de souligner que la Cour ne revient pas sur les obligations en vertu du droit coutumier et se dirige plutôt sur le terrain des principes généraux et des considérations élémentaires. Puisque la Cour ne procède pas à l'identification claire d'une règle coutumière en l'espèce, il est particulièrement difficile de tirer des conclusions sur la méthode retenue par la CIJ pour procéder à cette identification. Quand le juge Jennings affirme, dans sa dissidence, qu'« on doit tout au moins tenir pour très douteux que ces conventions puissent être considérées comme consacrant le droit coutumier », tout porte à croire qu'il s'agit là d'un rappel de la position défendue par le Nicaragua et peut-être même d'un élément qui a fait l'objet de discussions importantes lors des délibérations, sans toutefois se retrouver dans le jugement de la majorité. À preuve, il poursuit en rapportant cette fois-ci le point de vue de la Cour (dans lequel il n'est pas explicitement question de DIC) :

> Même le point de vue de la Cour selon lequel l'article 3 commun aux quatre conventions énonce un 'minimum' de règles (par. 218) qui sont applicables dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international et qui correspondent à des 'considérations élémentaires d'humanité' n'est pas sans présenter des difficultés.[483]

Pour revenir à l'utilisation du raisonnement déductif permettant d'éviter la collecte empirique de la pratique étatique pertinente et, éventuellement, de l'*opinio juris* correspondante, on le retrouve dans d'autres décisions de la CIJ[484]. Il y a en effet des instances où la Cour a eu recours au raisonnement déductif pour identifier une règle de DIC en l'absence de preuve satisfaisante de pratique étatique pour fonder la règle (autrement inexistante en droit conventionnel) ; par exemple, dans l'affaire *Yerodia*, au début des années 2000, en ce qui a trait à la règle de l'immunité du ministre des Affaires étrangères en droit international face à des procédures pénales[485]. Cette décision a fait l'objet de

---

[482] C'est le cas chez Schlütter (2010), *supra* note 5 à la p 153 : « [*T*]*his approach of the Court to the norms of customary international humanitarian law differs entirely from the two-element approach applied earlier in the judgment to identify new norms of customary international law*. ».

[483] CJI, affaire Nicaragua (1986), *supra* note 80, opinion dissidente du Juge Jennings, pp 528–546 à la p 537.

[484] Notamment et tel que rapporté dans Schlütter (2010), *supra* note 5 aux pp 140 et suiv : CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou* (fond), [1949] CIJ Rec 4 [CIJ, Corfou (1949)] ; CIJ, avis sur la Convention sur le génocide (1951), *supra* note 259 à la p 15 ; CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (*Belgique c Espagne*), [1970] CIJ Rec 3 [CIJ, Barcelona Traction (1970)] et CIJ, M*andat d'arrêt du 11 avril 2000* (*République démocratique du Congo c Belgique*), [2002] CIJ Rec 3 [CIJ, Yerodia (2002)]. Voir aussi Kolb (2003), *supra* note 107 à la p 126 ; Jörg Kirchner « Thoughts About a Methodology of Customary International Law » (1992) 43 AJPIL 215-239 à la p 230, qui identifie entre autres l'utilisation du raisonnement déductif pour remplacer la mise en preuve de la pratique étatique.

[485] *Ibid*, CIJ, Yerodia (2002).

certaines critiques, entre autres par la Cour elle-même, à travers l'opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert dans laquelle elle affirme qu'elle ne peut pas souscrire à l'idée que le DIC reconnaît des immunités aux ministres des Affaires étrangères en exercice « pour la simple raison que rien ne vient étayer cette thèse ». Elle s'explique ainsi :

> La Cour aurait dû, dans un premier temps, chercher à savoir si les conditions qui président à la formation d'une règle de droit international coutumier étaient réunies dans le cas des ministres des Affaires étrangères en exercice. En une décision dont la brièveté a de quoi surprendre, la Cour conclut d'emblée à l'existence d'une telle règle. Une démarche plus rigoureuse aurait été éminemment souhaitable.[486]

Cette décision de la CIJ, incluant l'opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert, illustre comment l'approche traditionnelle des deux éléments ne disparaît pas totalement au profit d'une nouvelle méthode innovatrice ; on assiste plutôt à un rapport dynamique marqué par une tension entre les différentes méthodes. Au demeurant, il y a peut-être une particularité associée à l'utilisation du raisonnement déductif par la CIJ pour informer la nature coutumière des règles de caractère humanitaire, comme la prohibition du génocide. C'est en tout cas ce que Schlütter affirme:

> [*P*]*articularly when considering the customary prohibition of genocide, the Court repeatedly affirmed the deductive approach, which permits us to conclude that, at least in this area of international law, it has become an established method of proving the existence of customary law.*[487]

Nous désirons apporter certaines nuances à cette conclusion. Tout d'abord, il est important de souligner que, dans l'avis consultatif sur le *génocide*, la CIJ ne consacre pas explicitement la nature coutumière de la *Convention interdisant le Génocide* ; elle invoque plutôt le caractère spécifique du traité et affirme simplement que « les principes […] à la base de la Convention sont […] reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel »[488].

---

[486] *Ibid,* opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert, au para 11.

[487] Schlütter (2010), *supra* note 5 à la p 172.

[488] CIJ, avis sur la Convention sur le génocide (1951), *supra* note 259 à la p 23 : « Les origines et le caractère de la Convention, les fins poursuivies par l'Assemblée générale et par les parties contractantes, les rapports que présentent les dispositions de la Convention entre elles et avec ces fins, fournissent des éléments d'interprétation de la volonté de l'Assemblée générale et des parties. Les origines de la Convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme 'un crime de droit des gens' impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à

C'est ce passage qui est repris dans *Barcelona Traction* (1970)[489] et dans l'affaire sur l'affaire sur *l'application de la convention contre le Génocide (Bosnie / Serbie)* (1996)[490]. Dans l'affaire *Barcelona Traction*, la Cour associe le passage de l'avis sur *le génocide* (1951) à des « droits de protection correspondants [qui] se sont intégrés au droit international général », ce qui peut être perçu comme une référence au droit coutumier. Aucune mention additionnelle n'est faite dans l'affaire sur *l'Application de la convention contre le génocide (Bosnie / Serbie)*. Dans le passage cité de la décision de 1951, il n'y a pas de mention d'une valeur coutumière, uniquement d'une valeur autre que celle d'un traité (« en dehors de tout lien conventionnel »). Cela ne veut pas dire que la CIJ réfute la valeur coutumière du traité sur l'interdiction du génocide ; cela veut dire qu'elle ne se prononce pas sur le sujet.

Puisqu'il n'y a pas d'identification d'une règle coutumière en l'espèce, il est difficile de tirer des conclusions sur la méthode retenue par la CIJ pour procéder à cette identification. Il est vrai que le raisonnement inductif est utilisé dans l'avis sur le *Génocide* (1951) ; toutefois, en l'absence de mention expresse d'un rattachement à une source (coutumière ou autre), il semble plus logique d'associer l'utilisation de ce raisonnement à une identification des principes de droit reconnus plus qu'au droit international coutumier. Cela étant dit, au-delà de l'avis de 1951, la valeur juridique coutumière de l'interdiction du génocide est difficilement contestable, de façon telle que si la Cour avait eu à trancher explicitement cette question, elle aurait certainement confirmé cette valeur coutumière. Mais ce n'est pas ce qu'elle a fait, même si l'on peut inférer cette conclusion, comme l'a

---

l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies (résolution 96(1) de l'Assemblée générale, II décembre 1946). Cette conception entraîne une première conséquence : les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel. Une deuxième conséquence est le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire 'pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux'. ».

[489] CIJ, Barcelona Traction (1970), *supra* note 484 au para 34 : « [Les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble] découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide, mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine […]. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général (Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 23) ; d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel. ».

[490] CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*Bosnie-Herzégovine c Yougoslavie*), exceptions préliminaires, [1996] CIJ Rec 595 au para 31 [CIJ, génocide (Yougoslavie 1996)] reprenant *verbatim* le passage de la CIJ dans l'avis sur la Convention sur le génocide (1951), *supra* note 259 à la p 23.

fait le TPIR dans *Akayesu*[491]. En d'autres mots, la CIJ n'a pas toujours été claire sur le fait que les règles identifiées ainsi étaient coutumières, de façon telle que l'identification des règles à l'aide du raisonnement inductif n'a pas été adoptée en opposition à l'approche binaire traditionnelle du DIC, mais plutôt en marge de celle-ci.

Deuxièmement, il a été avancé que la prise en compte des considérations élémentaires d'humanité par la CIJ a elle aussi servi à court-circuiter la méthodologie dominante de détermination du DIC en contournant la collecte empirique de preuve des deux éléments constitutifs. La CIJ mentionne ces considérations élémentaires pour la première fois dans l'affaire du *Détroit de Corfou*[492]. Dans cette affaire, la Cour est d'avis que les autorités albanaises avaient l'obligation de prévenir les navires de guerre s'approchant d'une zone minée des dangers qu'ils encourraient en entrant dans leur territoire. En ce qui a trait à la source de cette obligation, la Cour ne l'inscrit ni dans la *Convention VIII de La Haye de 1907* ni dans un autre traité, mais invoque plutôt lesdites « considérations élémentaires d'humanité » qui prennent leurs sources dans « certains principes généraux et reconnus »[493]. La Cour affilie toutefois le droit de passage (innocent) qu'elle reconnaît aux navires de guerre britanniques au droit international coutumier, sans toutefois appliquer le test de deux éléments constitutifs[494]. Quoique la Cour ne soit pas explicite à ce sujet, il semble que l'invocation des

---

[491] TPIR, *Procureur c Jean-Paul Akayesu* aff nº ICTR-96-4, jugement en première instance (4 septembre 1998) au para 495 : « La Convention sur le génocide est incontestablement considérée comme faisant partie du droit international coutumier, comme en témoigne l'avis consultatif rendu en 1951 par la Cour internationale de Justice sur les réserves à la Convention sur le génocide et comme l'a d'ailleurs le Secrétaire général des Nations Unies dans son rapport sur la création du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie. ».

[492] CIJ, Corfou (1949), *supra* note 484.

[493] *Ibid* à la p 22 : « Les obligations qui incombaient aux autorités albanaises consistaient à faire connaître, dans l'intérêt de la navigation en général, l'existence d'un champ de mines dans les eaux territoriales albanaises et à avertir les navires de guerre britanniques, au moment où ils s'approchaient, du danger imminent auquel les exposait ce champ de mines. Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, *mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre,* le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation', pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États. » [notre emphase].

[494] *Ibid* à la p 28 : « De l'avis de la Cour, il est généralement admis et conforme à la coutume internationale que les États, en temps de paix, possèdent le droit de faire passer leurs navires de guerre par des détroits qui servent, aux fins de la navigation internationale, à mettre en communication deux parties de haute mer, sans obtenir au préalable l'autorisation de l'État riverain, pourvu que le passage soit innocent. À moins qu'une convention internationale n'en dispose autrement, un État riverain ne possède pas le droit d'interdire un tel passage par les détroits en temps de paix. » Voir Shibata qui mentionne que cette approche détendue est caractéristique de certaines décisions de la CIJ reconnaissant l'existence d'une coutume, en comparaison aux situations où elle nie cette existence et le démontre en appliquant plus systématiquement le test des deux éléments constitutifs : Akiho Shibata, « The Court's Decision *in silentium* on sources of international: its enduring significance » dans Karine Bannelier, Théodore Christakis et Sarah

considérations élémentaires d'humanité exempte la Cour de devoir démontrer méthodologiquement l'existence d'une règle coutumière[495].

Dans l'avis sur l'*emploi des armes nucléaires*[496], la recherche de règles spécifiques régissant la licéité ou l'illicéité du recours à ce type d'armes en tant que tel constitue le cœur du problème. Après la démonstration d'une absence d'interdiction conventionnelle complète et universelle dans ce sens, la CIJ passe à l'étude du DIC « à l'effet d'établir si on peut tirer de cette source de droit une interdiction de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles »[497]. Cette étude est faite en adoptant l'approche traditionnelle des deux éléments constitutifs de la coutume que sont l'*usus* et l'*opinio juris*. Elle n'est toutefois pas concluante : avec, d'un côté, une pratique constante de non-utilisation depuis 1945 ainsi qu'une *opinio juris* naissante via les résolutions de l'Assemblée générale affirmant l'illicéité et, de l'autre, une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion, aucune règle coutumière interdisant spécifiquement la menace ou l'emploi des armes nucléaires en tant que tel n'étant identifiée[498]. C'est dans ce contexte que la Cour aborde la question au regard des principes et règles du DIH et qu'elle consacre de façon générale (c'est-à-dire sans mentionner de règles spécifiques) la valeur coutumière des règles régissant la conduite des opérations militaires ou, autrement dit, les moyens et méthodes de combat, incluant celles limitant le choix des armes. Plus exactement, la Cour affirme qu'un grand nombre de règles de DIH fondamentales pour le respect de la personne et pour les considérations élémentaires d'humanité (en reprenant *verbatim* l'expression tirée de l'affaire du *Détroit de Corfou*) constituent « des principes intransgressibles du droit international coutumier »[499].

Heathcote, dir, *The ICJ and the Evolution of International Law: The Enduring Impact of the Corfu Channel Case,* Londres / New York, Routledge, 2012, 201–210 à la p 202 [Shibata (2012)].

[495] Uniquement dans le cas spécifique du DIH, Cassese propose que ces considérations élémentaires d'humanité telles que consignées dans la clause de Martens puissent servir à assouplir l'exigence prévue pour *l'usus* tout en élevant l'*opinio juris* à un rang plus élevé que celui normalement fixé : Antonio Cassese, « The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky? » (2000) 11:1 EJIL 187–216 aux pp 213–214 [Cassese (2000)]. Nous y reviendrons dans le chapitre traitant des principes généraux du droit reconnus et des principes du DIH, *infra* Chapitre 4.

[496] CIJ, avis sur l'emploi d'armes nucléaires (1996), *supra* note 296.

[497] *Ibid* aux paras 64–74.

[498] *Ibid.* Pour une analyse de la valeur et du poids juridique accordés aux résolutions de l'AG par la CIJ dans cette décision, voir Schlütter (2010), *supra* note 5 aux pp 139–140.

[499] CIJ, avis sur l'emploi des armes nucléaires (1996), *supra* note 296 au para 79.

L'identification de ces règles-principes intransgressibles comme étant de nature coutumière n'a pas suivi la même méthode traditionnelle des deux éléments constitutifs, comme ce fut le cas ailleurs dans la décision, lors de la recherche d'une règle interdisant les armes nucléaires en tant que telles. Cela nous porte à croire que la Cour n'a pas tant voulu démontrer la valeur coutumière de ces règles que leur valeur juridique en tant que principes du droit international, comme nous l'analysons plus loin dans le chapitre suivant traitant des principes généraux de droit reconnus. En revanche, le fait que la Cour évoque explicitement le rattachement au droit coutumier valide en partie la proposition voulant que la prise en compte des considérations élémentaires d'humanité soit utilisée pour court-circuiter la méthodologie dominante des deux éléments constitutifs.

C'est aussi ce qui est confirmé dans l'avis sur l'*édification d'un mur*[500]. Dans cette affaire, la CIJ invoque plus systématiquement des règles en les qualifiant de coutumières : que ce soit en ce qui a trait au caractère coutumier de la *Convention IV* de 1907 (para 89), à l'interdiction d'acquisition de territoire en temps de guerre (para 117), à l'état de nécessité (para 140) ou aux modalités essentielles de la réparation (para 152), ces qualifications restent assez succinctes, ne passant pas par une démonstration approfondie ni de la pratique ni de l'*opinio juris* étatique, se limitant plutôt à une évocation des résolutions pertinentes de l'Assemblée générale et/ou du Conseil de Sécurité, ainsi qu'à un rappel des décisions précédentes de la Cour sur ces sujets. En ce qui a trait à l'examen des conséquences juridiques en DIH des faits internationalement illicites résultant de la construction du mur par Israël pour les États autres que ce dernier, la Cour invoque aussi le droit coutumier, mais cette fois-ci par le truchement des « principes intransgressibles du droit international coutumier » tels que mentionnés précédemment par la Cour dans l'avis sur l'*emploi d'armes nucléaires* :

> En ce qui concerne le droit international humanitaire, la Cour rappellera que, dans son avis consultatif sur la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, elle a indiqué qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des 'considérations élémentaires d'humanité' qu'elles s'imposent […] à tous les États, qu'ils

[500] CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004] CIJ Rec 136 [CIJ, avis sur l'édification d'un mur (2004)].

> aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier.[501]

Le fait de qualifier certaines règles de DIH (qui ne sont toutefois pas spécifiées en l'espèce, la mention se limitant à la CGIV (1949) de façon générale) comme étant aussi des considérations élémentaires d'humanité semble affranchir du fardeau de mettre en preuve les deux éléments constitutifs de la coutume : la qualification coutumière étant simplement la conséquence de cette référence au caractère humanitaire fondamental des règles visées[502].

En résumé, si la CIJ valide généralement la pertinence de la théorie classique du DIC des deux éléments constitutifs, elle semble aussi consentir à un relâchement ou, à tout le moins, à des aménagements, dans l'application de la méthodologie. La question se complexifie lorsqu'est en cause le principe d'humanité et ses démembrements que sont les considérations élémentaires et certains principes fondamentaux de DIH. Notre réflexion complète à ce sujet s'achèvera dans le quatrième chapitre, puisque nous voyons dans cette approche une sollicitation des principes généraux de droit reconnus tels qu'on l'entend au sens de l'article 38. Nous nous limitons donc à mentionner qu'au sujet de la méthodologie adoptée par la CIJ pour identifier des règles de droit coutumier, les démonstrations mises de l'avant impliquant des considérations humanitaires au sens large ne sont que d'une utilité limitée, puisque le lien avec le droit coutumier n'est pas explicite. S'il semble évident que de nombreuses règles ayant un caractère humanitaire, c'est-à-dire visant la protection de la vie humaine, possèdent bel et bien un caractère coutumier, on ne trouve pas de démonstration méthodologique complète et aboutie selon l'approche traditionnelle des deux éléments en ce sens dans les décisions de la CIJ. Cela étant dit, en ce qui a trait au DIC en général, la CIJ démontre des ouvertures vers une modernisation de l'approche traditionnelle. Cette ouverture justifie la poursuite de nos recherches dans le cadre de la thèse quant aux caractéristiques spéciales du DIH en ce qui concerne toutes ses sources traditionnelles incluant le DIC, mais ne s'y limitant pas.

---

[501] *Ibid* au para 157.

[502] Schlütter (2010), *supra* note 5 à la p 166.

3.4 Vers une application différenciée de l'approche des deux éléments constitutifs pour atténuer les difficultés d'application de la méthodologie du DIC au DIH

> [T]*he 'secondary rules' for the formation of customary law in the law of armed conflict do not seem to be at variance with those of general international law. However, there is a reason to believe that their application is* [even] *less adequate in cases of armed conflict than in general.*[503]

Même en modulant l'approche des deux éléments constitutifs du DIC pour répondre plus adéquatement aux nouveaux phénomènes[504], les difficultés générales d'application de la méthodologie du DIC demeurent. Au-delà des difficultés communes à toutes les branches du DIP, ou plutôt en plus de celles-ci, le DIH se démarque du lot en ayant un recours accru à la pratique verbale au détriment de la pratique matérielle (3.4.1). De plus, les difficultés méthodologiques sont amplifiées du fait qu'en DIH, l'inaction joue un rôle important et que de nombreuses règles sont de nature prohibitive (3.4.2). Aussi, l'affranchissement graduel du modèle westphalien a rejoint le droit international coutumier, de façon telle que la non-considération de la contribution des entités non étatiques aux deux éléments constitutifs affaiblit l'application de l'approche traditionnelle du DIC. En effet, dans le cas du DIH, l'absence des groupes armés non étatiques au processus de formation du DIC constitue une faille majeure qu'il est difficile d'ignorer (3.4.3). Tous ces éléments nous amènent à considérer dans quelle mesure l'application différenciée de l'approche des deux éléments constitutifs, selon laquelle l'*opinio juris* est présumée, constitue une caractéristique spéciale du DIH qui s'explique par l'importance de l'influence des CGI–IV (1949) et de PAI-II (1977) sur le développement du DIHC (3.4.4).

---

[503] Post (1994), *supra* note 23 à la p 98.

[504] Kolb (2003), *supra* note 107 à la p 123.

3.4.1 Un recours accru à la pratique verbale devant la difficulté à documenter la pratique matérielle

Depuis 1946, le traitement de la pratique étatique est pris en charge par les Nations Unies via la CDI[505]. Cependant, des initiatives individuelles visant la collection et la documentation de la pratique étatique constitutive de la coutume internationale ont eu lieu bien avant. En effet, déjà au XVII[e] siècle les États documentaient leurs pratiques[506]. Il y a ensuite eu les *Colour Books*, populaires vers la fin du XIX[e] siècle et servant d'outils de référence au public et aux parlementaires sur la politique étrangère du pays en période de crise ou de conflit armé. Ces compilations officielles (*Digests*) offrent de façon générale — quoiqu'hétérogène — un traitement de ce qu'on appelle aujourd'hui la pratique verbale, c'est-à-dire les déclarations formulées par les États via des documents officiels publiés, comme des notes diplomatiques échangées entre les gouvernements, des instructions aux représentants diplomatiques ainsi que des rapports déposés par ces derniers.

Outre le problème de la subjectivité inhérente posée par le format de la compilation[507], on constate que c'est principalement ce qu'on appelle aujourd'hui la pratique verbale (c'est-à-dire les actes et correspondances diplomatiques, communiqués, déclarations officielles, lois nationales, règlements, décisions des tribunaux nationaux, etc.) qui y est recensée. En effet, de tout temps, il a été difficile de capter et consigner la pratique matérielle, celle-ci étant d'abord et avant tout un fait, une réalité, et donc pas nécessairement consignée par écrit. Or, ce problème de documentation de la pratique

---

[505] Statut de la CDI, *supra* note 225 à l'art 24. En 1999, Watts suggère que la question de l'accès à la pratique étatique soit revisitée par la Commission en raison du développement révolutionnaire dans la technologie de l'information globale [notre traduction] depuis la création de la CDI en 1949 ; voir A.D. Watts, *The International Law Commission: 1949-1998*, vol III, Oxford, OUP, 1999 à la p 2106.

[506] P. ex. le *Codex Juris Gentium Diplomaticus* de Leibnitz (1693), le *Corps Universel Diplomatique du Droit des Gens* de Dumont et Rousset (1726-1731, documentant la pratique entre 800 et 1718), les *Causes célèbres de droit des nations* de Ch. de Martens (1827), les *Nouvelles Causes Célèbres* (1re éd (1843) ; 2e éd (1858-1861)) ou le *Erzählungen merkwürdiger Rechtsfälle des neueren europäischen Völkerrechts* de G.F. von Martens (1800-1802). À noter que le *Recueil des Traités* a été inauguré par G.F. von Martens en 1791 ; le *Digest of the Diplomatic Correspondence of the European States* dans le *Fontes Juris Gentium*, dirigé par Viktor Bruns entre 1856-1878 est considéré être le plus proche d'une compilation de la pratique des États en général ; voir à ce sujet ONU, CDI, *Moyens permettant de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier : Étude préparatoire établie conformément à l'article 24 du Statut de la droit international (Mémorandum du Secrétaire général)*, Doc off DCI NU, Doc A/CN.4/6 et Corr.1 (1949), en ligne : <https://legal.un.org/docs/index.asp?path=%2E%2E%2Filc%2Fdocumentation%2Ffrench%2Fa%5Fcn4%5F6%2Epdf&lang=EF&referer=http://legal.un.org/cod/>, aux pp 9 et suiv).

[507] *Ibid* à la p 27 : « En premier lieu, le *Digest* ne distingue pas les déclarations juridiques des déclarations politiques ; il faut donc, en examinant dans son intégrité le document original, vérifier si 'les déclarations faites dans tel ou tel cas ont un caractère juridique ou sont l'expression d'une visée politique'. En second lieu, le *Digest* ne cherche pas à présenter des extraits 'qui, de l'avis de l'auteur, expriment une règle ou un principe de droit international actif'. »

matérielle persiste à travers les années et transcende l'évolution des modes de compilation. Qui plus est, ce problème est accentué en situation de conflit armé. Comme nous le démontrons ici, la conduite opérationnelle sur les champs de bataille est particulièrement difficile à obtenir, en grande partie en raison de la nature même du sujet qu'il régit, ce qui engendre un repli sur la pratique verbale. Mais ça ne s'arrête pas là : les différentes formes de pratiques étatiques verbales constitutives de droit coutumier n'ont pas toute la même valeur. Pour le DIH, cet élément est illustré avec une analyse de l'utilisation abondante des règles contenues dans les manuels militaires, parfois même au détriment d'autres actes diplomatiques, législatifs ou administratifs pouvant aller dans un autre sens.

3.4.1.1 Parce qu'il est particulièrement difficile d'obtenir une pratique matérielle satisfaisante en contexte de conflit armé : l'opacité de la conduite opérationnelle

Tel que mentionné précédemment, le Projet de conclusions de la CDI[508] n'opère pas la distinction entre les pratiques constitutives de DIC que sont les déclarations (c.-à-d. la pratique verbale) et la conduite des États (c.-à-d. la pratique matérielle), ce que fait toutefois l'Étude sur le DIHC :

> Les actes matériels aussi bien que les actes verbaux des États constituent une pratique qui contribue à la genèse de règles de droit international coutumier. Les actes matériels comprennent, par exemple, le comportement sur le champ de bataille, l'emploi de certaines armes ainsi que le traitement accordé à diverses catégories de personnes. Les actes verbaux comprennent les manuels militaires, la législation nationale, la jurisprudence nationale, les instructions données aux forces armées et aux forces de sécurité, les communiqués militaires en temps de guerre, les protestations diplomatiques, les avis rendus par les conseillers juridiques officiels, les commentaires formulés par les gouvernements sur des projets de traités, les décisions des organes exécutifs et les textes régissant leur application, les mémoires présentés devant les tribunaux internationaux, les déclarations faites dans des organisations internationales et lors de conférences internationales, et les positions prises par les gouvernements à l'égard des résolutions des organisations internationales.[509]

Dans la conduite des hostilités, s'il est vrai que certains actes se manifestent avec une telle rareté qu'il est ardu d'en tirer une pratique suffisamment générale, uniforme et constante[510], on retrouve

---

[508] CDI, DIC Projet de conclusion 6 (2) (2018), *supra* note 394.

[509] Étude sur le DIHC, *supra* note 7 à la p xlvii.

[510] Kolb ((2003), *supra* note 107 à la p 134) mentionne par ex. la pratique extrêmement rare en ce qui a trait au droit d'angarie appliqué aux propriétés autres que les navires (au sujet des conditions d'exercice de ce droit, voir MPEPIL

surtout des situations qui se produisent en théâtre opérationnel et qui sont réglementées par le droit, mais pour lesquelles il est presque impossible de dégager une pratique matérielle satisfaisante.

Examinons en premier lieu la conduite opérationnelle « sur le terrain », soit celle qui constitue un acte matériel contribuant à la formation des règles coutumières. Ce type de conduite s'entend au sens large et recoupe autant les mesures policières que les activités militaires et les opérations sur le champ de bataille, comme le mouvement de troupes ou de navires, ou le déploiement de certaines armes[511]. Il peut cependant être ambigu de déterminer si cette conduite représente bel et bien la politique officielle de l'État ; c'est du moins ce que reconnaît le Rapporteur spécial Wood, dans une publication subséquente à l'adoption du Projet de conclusions de la CDI[512]. Cela soulève la question de l'inaccessibilité à la pratique pour des motifs légitimes de stratégie et de secret d'État. En effet, plusieurs pratiques existantes sont difficilement classables, voire complètement inaccessibles. Or, qui dit accès présuppose une divulgation, sous une forme ou une autre. Les actes qui ne sont pas divulgués ne peuvent en effet pas contribuer à la formation du DIC : ils doivent être connus des autres États de façon à permettre une réaction de ces derniers[513]. Parmi les différents processus permettant des « allers-retours » interétatiques contribuant à la formation des règles de DIC, mentionnons par exemple l'approche inductive du *Claim and Response* de McDougal[514] (selon laquelle un premier État pionnier initie une nouvelle pratique à laquelle d'autres États — celui visé par la pratique ainsi que les États tiers — répondent soit en acquiesçant, soit en répudiant la

(Wolff Heintschel von Heinegg) *sub verbo* « *Right to Angary* » (2009)); si l'existence de ce droit de réquisition des biens neutres des biens neutres se trouvant temporairement sur le territoire d'un État belligérant - ne suppose pas l'existence un conflit armé, il est à noter qu'on le retrouve tout de même dans certains manuels militaires nationaux, comme c'est le cas avec le DoD War Manual américain de 2015, *supra* note 86 à la p 82 (art 15.11). et

511 CDI, DIC Projet de conclusions commenté (2018), *supra* note 394 à la p 141 au para 5.

512 Wood (2018), *supra* note 406 à la p 703. Voir aussi CDI, DIC deuxième rapport (2014), *supra* note 394 aux pp 11–12 au para 28 ; CDI, DIC troisième rapport (2015), *supra* note 394 à la p 7 au para 17, où le « rôle majeur » de telle ou telle forme de pratique étatique serait conféré selon la branche du droit sollicitée, le DIH y étant mentionné spécifiquement.

513 Voir ILA, London Conference (2000), *supra* note 58 au Principe 5. Voir aussi Alexandra H. Perina, « Black Holes and Open Secrets: The Impact of Covert Action on International Law » (2015) 53:507 CJTL 567 [Perina (2015)] ; Michael P. Scharf, « Accelerated Formation of Customary International Law » (2014) 20:2 ILSA JICL 305, aux pp 313–314. Il est pertinent de noter que dans l'Étude sur le DIHC (*supra* note 7 à la p I), le CICR considère que les communications, même confidentielles, qui lui sont faites par les États parties à un conflit armé ne sont pas des actes purement privés et qu'ils comptent comme étant de la pratique étatique.

514 Myres S. McDougal et Norbert A. Schlei, « The Hydrogen Bomb Tests in Perspective: Lawful Measures for Security » (1955) 64 YJL 648-710.

pratique) ou l'approche déductive du *Articulation and Act* de D'Amato[515] (qui fonde ce qu'on appelle la coutume moderne et qui débute habituellement par des énoncés normatifs généraux de règles plutôt que par des exemples spécifiques de pratiques). Comme cela a déjà été souligné dans la doctrine, dans un monde parfait, tous les faits entourant les pratiques étatiques et l'*opinio juris* y correspondant seraient détaillés publiquement, permettant ainsi aux autres États d'être pleinement informés et d'avoir l'opportunité de se positionner clairement par rapport aux obligations juridiques auxquelles ils sont soumis. La réalité est évidemment tout autre : les États participent à ce processus avec en main des informations imparfaites, souvent incomplètes, parfois assombries[516].

L'affaire *Tadić* de 1995[517] nous a rappelé que les considérations opérationnelles et stratégiques rendent particulièrement difficiles l'accès et la communication des informations émanant des États quant à la conduite des hostilités. La stratégie de guerre ne porte en effet pas à la transparence dans la divulgation des motifs justifiant les attaques. Du reste, cette transparence n'est pas exigée par le droit international positif[518]. La doctrine du secret d'État n'est en effet pas incompatible avec le DIH, cet élément pouvant même être considéré comme le corollaire de la nécessité militaire. On peut trouver, par exemple, dans le mécanisme de l'avertissement en temps utile prévu à l'article 57(2) *c*) PAI, une obligation de divulgation. Cette obligation est toutefois relative et peut accommoder une part

---

[515] Anthony A. D'Amato, *Concept of Custom in international Law*, Cambridge, CUP, 1971.

[516] Perina (2015), *supra* note 513 à la p 567: « *In an archetypal case, the facts surrounding a state act and its corresponding opinio juris (assertion of legal obligation or right) would be detailed publicly, thereby providing all states a fully informed opportunity to consider and assert their legal positions. In reality, of course, states participate in this process with less than perfect information*. ».

[517] La chambre d'appel du TPIY a reconnu l'existence de règles de DIC s'appliquant aux conflits armés non internationaux en s'appuyant non pas sur les comportements réellement adoptés par les parties au conflit, ceux-ci étant soit indisponibles soit non fiables, mais sur les déclarations des États, leurs manuels militaires et la jurisprudence : TPIY Tadić (1995), *supra* note 89 au para 99 : « Quand on s'efforce d'évaluer la pratique des États en vue d'établir l'existence d'une règle coutumière ou d'un principe général, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de préciser le comportement effectif des troupes sur le terrain dans le but d'établir si elles respectent ou ignorent en fait certaines normes de conduite. Cet examen est considérablement compliqué par le fait que non seulement l'accès au théâtre des opérations militaires est normalement refusé aux observateurs indépendants (souvent même au CICR), mais aussi parce que les renseignements sur la conduite effective des hostilités sont dissimulés par les Parties au conflit ; pis encore, il est souvent recouru à la désinformation dans le but de tromper l'ennemi ainsi que l'opinion publique et les gouvernements étrangers. Lorsqu'on évalue la formation de règles coutumières ou de principes généraux, il convient par conséquent d'être conscient que, du fait du caractère intrinsèque de ce domaine, on doit s'appuyer essentiellement sur des éléments comme les déclarations officielles des États, les manuels militaires et les décisions judiciaires. ».

[518] Et ce, même si le Rapporteur sur les exécutions sommaires, Philip Alston, a affirmé le contraire, semblant confondre imputabilité et transparence : voir Perina (2015), *supra* note 513 à la p 525 à la n 50, citant entre autres Lesley Wexler, *International Humanitarian Law Transparency* 13 (Illinois Public Law Research Paper nº 14-11, Sept. 6, 2013) : « [O]*ne might plausibly argue that transparency is a necessary precondition for ensuring respect for the* [law of war], *but as a matter of lex lata, states have not understood IHL this way*. ».

de secret dans la conduite des hostilités, entre autres lorsque les opérations n'affectent pas la population civile[519]. Dans le même esprit, toute information ayant été obtenue par une partie adverse dans un conflit armé ne pourra pas nécessairement être consignée comme une information publique contribuant à la formation et à la cristallisation du droit coutumier ; elle sera plutôt considérée comme une information classifiée touchant directement à la sécurité et la défense de l'État[520]. Comme cela a déjà été affirmé dans la doctrine, le secret et la non-reconnaissance de certaines pratiques font partie depuis longtemps des outils utilisés par les États dans la conduite de leurs relations internationales ; l'utilisation de ces outils obscurcit la pratique, la rend plus opaque, autant sur le plan du contenu qu'en ce qui concerne la pertinence des règles (de DIC) visées[521].

La limitation des pratiques disponibles en raison de l'utilisation du mécanisme du secret d'État (et donc la non-inclusion de ces pratiques dans le domaine public) ne constitue pas un défaut fatal dans l'application de la méthodologie propre au DIC en DIH, mais plutôt un irritant majeur qui rend une tâche déjà difficile encore plus ardue. En effet, ce qui est caché reste tout de même pertinent. Comme l'affirme Bethlehem, la vie secrète du droit international comprend aussi des éléments importants pour l'établissement et la détermination du DIC[522].

3.4.1.2 Parce que, pour une même règle, les pratiques au sein d'un même État peuvent varier : la relativisation de l'effet de distorsion en faveur des manuels militaires nationaux

Devant la situation qui vient d'être décrite, où la valeur probante de la conduite opérationnelle « sur le terrain » est discutable lorsqu'elle n'est pas complètement inaccessible, la sollicitation des déclarations étatiques comme constitutives de la pratique nécessaire aux règles de DIHC est

---

[519] Voir Perina (2015), *ibid* aux pp 525 et suiv, où le secret d'État et sa place dans le *jus in bello* est discuté en détail, incluant l'exploration du « droit à la vérité » qu'on retrouve en droit de la personne comme fondement d'une obligation relative (et non absolue) de divulgation en DIH.

[520] Schmitt et Watts abordent brièvement le processus du partage « *5-eyes* » comme étant une illustration du partage d'information classifiée entre États, mais excluant toute communication dite publique, donc potentiellement inaccessible aux acteurs non étatiques : Schmitt / Watts (2015), *supra* note 14 aux nn 159–161 et texte afférent. Voir aussi, au sujet des défis relatifs aux secrets d'État militaires, Laura K. Donohue, « The Shadow of State Secrets » (2010) 159 :1 UPLR 77–216 aux pp 88–91.

[521] Voir Perina (2015), *supra* note 513 aux pp 566–568.

[522] Daniel Bethlehem, « The Secret Life of International Law » (2014) 1:1 CJICL 23 aux pp 35–36 [notre traduction] : « *in very many cases one cannot make assumptions about what the law is, or reach considered conclusions on whether conduct is lawful or unlawful, until one has considered the invisible conduct, as well as the visible. The secret life of international law has a tremendous bearing on the visible life of international law*. ».

amenée au premier plan. Or, le fait qu'en DIH il y ait ce recours accru à la pratique verbale au détriment de la pratique matérielle[523] confirme deux choses : qu'il y a une différenciation dans l'application de l'approche traditionnelle des deux éléments constitutifs et que cette différenciation n'est pas assez importante pour justifier un régime spécial du DIH par rapport à la formation du droit international coutumier.

Pour débuter, rappelons que les deux types de pratiques sont admissibles ; c'est le poids à accorder à l'une ou l'autre qui varie. Cette variance ne répond pas à une règle prédéfinie, elle sera toujours tributaire de chaque cas d'espèce. Comme l'affirme van Steenberghe:

> *It is often assumed that State material conduct has more weight in the formation of customary law than State declarations, since the latter may be made without any intention on the part of its author to actualize what has been said. It is in this sense that State declarations have been described as 'cheap' in comparison to material acts. Yet it remains that the material or verbal nature of any State manifestation does not impact its description as State practice; it may only influence the weight to be attributed. Moreover, although one normally must be more cautious when grounding a customary rule on State speeches rather than on State material behaviours, some declarations, particularly those taking the form of international or internal legal acts, carry more weight because States commit themselves to abide by what they said.*[524]

La difficulté majeure n'est donc pas tant de distinguer les types de pratiques entre les déclarations et la conduite, mais plutôt d'évaluer l'impact et le poids juridique accordés aux différentes (et possiblement divergentes) pratiques étatiques identifiées qu'elles soient verbales ou matérielles. De prime abord, la vision particulièrement étroite et strictement volontariste proposée au début du XX^{e} siècle voulant que seules les entités capables de lier de façon contraignante l'État (soit le Chef d'État, le Chef du gouvernement et le ministre des Affaires étrangères) puissent générer une pratique digne de ce nom[525] ne peut plus être retenue aujourd'hui. Il est plus approprié d'élargir le cercle d'influence aux actes posés par l'exécutif de façon globale, le ministre des Affaires étrangères

---

[523] Van Steenberghe (2017), *supra* note 241 aux pp 896–899 ; Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict*, 2^{e} éd, Cambridge, CUP, 2010 à la p 6 ; Michael Bothe, « Customary International Humanitarian Law: Some Reflection on the ICRC Study » (2005) 8 YIHL 143–178 à la p 156.

[524] Van Steenberghe (2017), *ibid* à la p 897, citant Jean-Pierre Quéneudec, « Débats » dans Laurence Boisson de Chazournes (2004), *supra* note 347 à la p 116.

[525] Strupp et Anzilotti comptent parmi les défenseurs de cette approche : Karl Strupp, « Les règles générales du droit de la paix » (1934-I) 47 RCADI 302 aux pp 313–315, et Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international* (réimp de 1929, trad. française de Gilbert Gidel), coll. « Les introuvables », Paris, LGDJ, 1999 aux pp 74–75 [Anzilotti (1999)].

n'ayant pas de nos jours la chasse gardée de la conduite des relations internationales. En outre, les actes du législatif sont considérés comme des vecteurs admis dans le processus de formation du DIC[526]. Finalement, les décisions judiciaires des tribunaux domestiques génèrent aussi de la pratique constitutive d'*usus*, sans que cela contredise le régime des sources subsidiaires de détermination des règles de droit international[527]. L'acceptation de la pratique émanant des trois paliers de gouvernement s'inscrit donc dans la tendance générale contemporaine. À preuve, c'est la position adoptée par la CDI dans son Projet de conclusions[528].

Ainsi, il est donc établi que la pratique constitutive de règles de droit coutumier peut émaner des forces armées étatiques. En ce qui a trait à la pratique matérielle, il est reconnu qu'en DIH, le recours aux manuels militaires dans la détermination de la coutume revêt une pertinence particulière[529], ce qui constitue en soi une caractéristique spécifique de cette branche du droit international par rapport à la coutume en tant que source. Cela ne veut toutefois pas dire que les manuels militaires ont *de facto* préséance sur les autres formes de pratiques. En effet, la nature de cette pertinence reste à définir : qu'ils soient considérés comme offrant généralement une preuve appréciable des

---

[526] Déjà, en 1950, la CDI reconnait les législations nationales comme constituant une preuve de droit international coutumier : « *The term legislation is here employed in a comprehensive sense; it embraces the constitutions of States, the enactments of their legislative organs, and the regulations and declarations promulgated by executive and administrative bodies. No form of regulatory disposition affected by a public authority is excluded. In most States, legislative texts are regularly published in systematic form. The publications in some countries are voluminous and expensive. Obviously, they serve as an important storehouse of evidence of State practice*. » : CDI (Hudson), Article 24 (1950), *supra* note 337 à la p 370 aux paras 60–70. Aussi, dans l'affaire *Nottebohm*, la CIJ affirme que la législation nationale, incluant sa constitution, peut constituer une manifestation valide de la pratique étatique : CIJ, *Nottebohm (Liechtenstein v Guatemala)* [1955] CIJ Rec 4 à la p 22.

[527] Voir CPJI, *Lotus* (1927), *supra* note 86 aux pp 23, 26, 28 et 29, où la Cour valide le rôle des décisions judiciaires dans le processus du DIC. Voir aussi CDI (Hudson), Article 24 (1950) *ibid* aux paras 52–59.

[528] CDI, DIC Projet de conclusion 6 (2018), *supra* note 394. Voir aussi CDI, DIC Deuxième rapport (2014), *supra* note 394 aux paras 34–35 ; Étude sur le DIHC (2005), *supra* note 7 à la p xlix.

[529] Wood (2018), *supra* note 406 à la p 730 [notre traduction] : « *At times it may be unclear whether* [operational conduct] *reflects official policy at all. In such situations, military manuals may assume particular relevance* ». CDI, DIC deuxième rapport, *supra* note 394 aux pp 11–12 au para 28 ; CDI, DIC troisième rapport (2015), *supra* note 394 à la p 7 au para 17 ; voir aussi Richard Baxter, « Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law » 275 BYIL (1965-66) 300 aux pp 282–283 : les manuels militaires offrent « *a telling evidence of the practice of states* ». Au sujet des manuels militaires comme « une source d'origine interne qui existe du côté des sources conventionnelles du droit de la guerre […] dont la valeur n'est pas négligeable », voir Charles Rousseau, *Le droit des conflits armés,* Paris, Pedone, 1983 à la p 20. Voir aussi Shereshevsky (2019), *supra* note 20 à la p 29, citant Charles Garraway (« The Use and Abuse of Military Manuals » (2004) 7 YBIHL 425-440 à la p 425 [Garraway (2004)]) et W. Michael Reisman et William K. Leitzau, « Moving International Law From Theory to Practice: The Role of Military Manuals in Effectuating the Law of Armed Conflict » (1991) 64 ILS 1, 8-9 : «*The role of military manuals as expressions of the State positions on IHL norms has been widely acknowledged* ».

perspectives adoptées par les États[530], ou comme constituant plus précisément une preuve de la pratique étatique[531] ou une expression de l'*opinio juris*[532], une chose est certaine, c'est que les manuels militaires ne constituent pas une forme de pratique hiérarchiquement supérieure aux autres.

Pour notre part, nous adoptons, à l'instar de Post[533], la même position que le tribunal de Nuremberg dans l'affaire *List*, en nous rangeant du côté qui accorde aux manuels militaires une certaine valeur probante à titre de pratique étatique ; cette position n'est pas nécessairement en contradiction ni avec la position du CICR ni avec celle des États-Unis que nous verrons ci-dessous, ni même avec celle qu'on trouve dans la doctrine, mais elle apporte des précisions importantes et nécessaires :

> [*A*]*rmy regulations are not a competent source of International Law. They are neither legislative nor judicial pronouncements. They are not competent for any purpose in determining whether a fundamental principle of justice has been accepted by civilised nations generally. It is possible, however, that such regulations, as they bear upon a question of custom and practice in the conduct of war, might have evidentiary value, particularly if the applicable portions had been put into general practice*.[534]

La référence aux manuels militaires dans la détermination du DIC constitue donc une déviation de l'approche traditionnelle du DIC qui ne mène toutefois pas à un affranchissement complet. Du reste, il n'est pas particulièrement choquant d'assimiler ces manuels à, par exemple, des dispositions

---

[530] Georg Schwarzenberger, *The Law of Armed Conflicts,* vol II, Londres, Stevens, 1968 à la p 14 [notre traduction].

[531] Greenwood (1991), *supra* note 341 à la p 103 [notre traduction] ; MPEPIL (Earle A. Partington) *sub verbo* « Manuals on the Law of Armed Conflict » (2016) au para 4 [MPEPIL, Manuals] au para 4: « *A military manual is always considered to be evidence of State practice* ».

[532] Wolff Heintschel Von Heinegg, « The Current State of International Prize Law » dans Harry H.G. Post, dir, *International Economic law and Armed Conflicts,* Leiden, Brill / Nijhoff, 1994 à la p 17 (Voir aussi Bothe qui, en réponse à von Heinegg, semble y voir une preuve des deux éléments constitutifs : Michael Bothe, « Comments » à la p 35). Voir aussi CDI, DIC Projet de conclusions commenté (2018), *supra* note 394 aux pp 149 –150 au para 5 qui mentionne les manuels militaires comme faisant partie des publications officielles « dans lesquels l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut être constatée ». *Comparer avec* la clause d'exonération contenue en préambule du manuel militaire américain du DoD à l'effet que « *the views in this manual do not necessarily reflect the views of [the Department of State and the Department of Justice] or the US Government as a whole* » (à ce sujet voir Shereshevsky (2019), *supra* note 20 à la p 27).

[533] Post (1994), *supra* note 23 aux pp 98–101.

[534] NU, Commission des crimes de guerre, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol VIII, 1949 aux pp 34–76, « Hostages Trial of Wilhelm List and Others, United States Military Tribunal, Nuremberg » (1948) reproduit dans Online Casebook, *supra* note 93 : <https://casebook.icrc.org/case-study/united-states-military-tribunal-nuremberg-united-states-v-wilhelm-list>.

réglementaires faisant partie de la législation nationale[535], la déviation se situant plus dans l'importance et le poids qui leur est accordé, et non dans le simple fait de les considérer comme contributoires au DIHC.

Prenons par exemple la Règle 45 de l'Étude sur le DIHC interdisant l'utilisation de méthodes et moyens de combat causant des dommages étendus, durables et graves sur l'environnement : pour fonder la validité de la première partie de cette règle, l'Étude sur le DIHC s'est appuyée entre autres sur les manuels militaires américains, soit celui publié par le Juge-avocat-général (U*.S. Army JAG Corps Operational Law Handbook*) et celui des Forces de l'armée de l'air (*U.S. Air Force Commander's Handbook*). Ces sources de pratiques sont *a priori* acceptables en application de la théorie traditionnelle des deux éléments constitutifs, même avec les aménagements nécessaires au DIH déjà mentionnés (par exemple, la difficulté d'obtenir des actes physiques constituant un *usus*) menant à un repli sur les actes verbaux. Toutefois, l'Étude ne fait aucune mention d'un autre acte verbal, soit la déclaration officielle faite par le Conseiller juridique principal adjoint du Département d'État américain durant une conférence en 1987. Cette déclaration semble indiquer que les articles 35(3) et 55 PAI (qui sont repris presque textuellement à la Règle 45) sont trop vagues, ambigus, et qu'ils ne font pas partie du droit coutumier[536], ce qui contredit en partie le contenu des manuels militaires. Dans sa réponse au sujet de l'Étude sur le DIHC, le gouvernement américain souligne, d'une part, l'existence de ce document et, d'autre part, décrie son absence parmi les pratiques consignées. Par conséquent, le gouvernement américain s'inquiète d'une déviation par rapport à

---

[535] Voir *supra* note 529.

[536] Martin P. Dupuis, John Q. Heywood et Michéle Y.F. Sarko, « The Sixth Annual American Red Cross: Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions » (1987) 2 AUJILP 415 à la p 424 au para 35 (Remarks of Michael J. Matheson) [notre traduction], pour l'art 35(3) PAI : *« We, however, consider that another principle in article 35, which also appears later in the Protocol, namely that the prohibition of methods or means of warfare intended or expected to cause widespread, long-term and severe damage to the environment, is too broad and ambiguous and is not a part of customary law*. » *Ibid* à la p 436, pour l'art 55 PAI : « *The United States, however, considers the rule on the protection of the environment contained in article 55 of Protocol I as too broad and too ambiguous for effective use in military operations.* [Mr. Matheson] *concluded that the means and methods of warfare that have such a severe effect on the natural environment so as to endanger the civilian population may be inconsistent with the other general principles, such as the rule of proportionality*. »

l'approche traditionnelle en accordant plus de poids aux manuels militaires qu'aux autres types de pratiques étatiques[537].

Nous ne croyons pas que cette inquiétude soit fondée. Si, dans sa réponse aux inquiétudes exprimées par les autorités américaines, le CICR n'a pas pris position spécifiquement, ni au sujet de la pratique retenue à l'appui de la Règle 45 ni sur la valeur des manuels militaires *qua* le DIC, il a tout de même affirmé plus généralement qu'une Étude sur le droit coutumier se doit de regarder l'effet combiné de ce que l'État dit et ce qu'il fait dans la réalité, en mentionnant que le recours aux actes verbaux (incluant, mais ne se limitant pas aux manuels militaires et aux déclarations officielles) est souvent nécessaire pour être en mesure de bien saisir toutes les implications en théâtre opérationnel[538]. Quoique nous n'en ayons pas la confirmation, il est beaucoup plus probable que le CICR n'ait pas eu entre les mains la déclaration de 1987 au moment de la publication de l'Étude que de concevoir qu'il en ait connu l'existence et qu'il l'ait volontairement écarté.. L'utilisation des manuels militaires vient pallier la difficulté reliée à la collecte, sans toutefois s'y substituer complètement. En effet, le problème soulevé par les États-Unis semble plus relever d'une limitation dans l'accès aux documents consignant les pratiques constitutives de DIC que d'un choix délibéré du CICR. Même si ce dernier déploie tous les efforts pour tendre à l'exhaustivité, il n'a pas, en fin de compte, une obligation de résultat : les États membres de la Conférence internationale ne peuvent pas légitimement s'attendre à ce que le CICR ait en sa possession tous les documents constituant un *usus*. Malgré la qualité indéniable du travail mené par le CICR, il est fort possible qu'un document lui ait initialement échappé. C'est ce qui semble avoir été le cas ici, puisque ledit document a été ajouté lors de la révision de la section « pratique » via la base de données en ligne du CICR[539]. En d'autres mots, les échanges entre le CICR et les États-Unis à propos de la Règle 45 mettent surtout en

---

[537] Bellinger / Haynes (2007), *supra* note 427 aux pp 446, 447 et 455 : « *The United States is troubled by the Study's heavy reliance on military manuals. The United States does not agree that opinio juris has been established when the evidence of a State's sense of legal obligation consists predominately of military manuals*. ».

[538] Jean-Marie Henckaerts, « Customary International Humanitarian Law: A Response to US Comments » (2007) 89:866 IRRC 473–488 à la p 477 [Henckaerts (2007)] [notre traduction].

[539] « Customary IHL database » en ligne, CICR : <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule45> (section VI. Other National Practice: United States of America). Cet ajout n'a toutefois pas pour effet de modifier la règle telle qu'elle a été formulée initialement; la base de données étant distincte de l'Étude, cette dernière n'ayant subi aucune mise à jour depuis sa publication en 2005. Même si nous considérions que les changements subséquents à apporter à la Règle 45 seraient plus en lien avec les notions d'États spécifiquement intéressés et d'objecteurs persistants qu'avec le poids accordé à différentes pièces présentant l'*usus* des États, une déconnexion entre la pratique et la règle peut être problématique ; cela dépasse toutefois le présent cadre de la présente recherche.

lumière l'impossibilité additionnelle en DIH « de sonder, de manière impartiale et fiable, le respect sur le champ de bataille »[540]. Au surplus, ces difficultés se voient amplifiées lorsque sont en causes des règles de nature prohibitive. C'est sur ce point que porte la section suivante.

3.4.2 Une modulation de la méthodologie traditionnelle en raison du rôle important que joue l'inaction en DIH

Comme mentionné dans le chapitre préliminaire, le DIH compte un nombre important de règles prohibitives. Il est facile de concevoir que face à une règle qui interdit (par exemple, « aucune torture physique ou morale ni aucune contrainte ne pourra être exercée sur les prisonniers de guerre pour obtenir d'eux des renseignements de quelque sorte que ce soit »[541]), l'abstention d'agir (ici, de ne pas torturer ou contraindre) constitue la façon de s'y conformer. Autrement dit, le respect d'une règle qui interdit de faire quelque chose se manifeste par des actes négatifs, c'est-à-dire des omissions. L'inaction, qu'elle soit un défaut ou un refus d'agir, reste particulièrement difficile à repérer et à qualifier. Nous ne développerons pas ici davantage sur la difficulté fonctionnelle à mettre en preuve quelque chose qui n'est pas. Suffit-il de rappeler que, selon une présentation extrêmement simplifiée de préceptes philosophiques, la preuve est nécessaire dès lors qu'un esprit doute[542]. Cette preuve peut se faire par les faits ; ceux-ci sont objectivement observables et quantifiables. Mais cette preuve peut aussi se faire par le raisonnement logique ; ce dernier mécanisme a toutefois une part de subjectivité, puisqu'il émane de l'esprit humain sans ancrage dans les faits observables[543].

---

[540] Gionata P. Buzzini, « La théorie des sources face au droit international général : Réflexions sur l'émergence du droit objectif dans l'ordre juridique international » (2002) 3 RGDIP 581–617 aux pp 607–608.

[541] CG III (1949), art 17(4).

[542] On peut utiliser le concept de doute cartésien et la méthode afférente, qui a comme point de départ la mise en doute de toutes les connaissances qui nous semblent assurées : « Que pour examiner la vérité il est besoin, une fois dans sa vie, de mettre toutes choses en doute autant qu'il se peut. » : René Descartes, *Principes de la Philosophie*, 1644. Voir en général « René Descartes » dans Edward N. Zalta, dir, *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy,* Stanford University, Center for the Study of Language and Information, 2014, en ligne : <https://plato.stanford.edu/entries/descartes/>. Cette méthodologie de Descartes s'inscrit comme une proposition de changement de paradigme par rapport à la philosophie scolastique dominante au Moyen-Âge visant à concilier l'apport de la philosophie grecque (principalement les enseignements d'Aristote) avec la théologie chrétienne, et qui trouve un certain écho dans les écrits de Thomas d'Aquin et Francisco Suarez ; à ce sujet, voir en général André Burguière, *Alain Boureau, En somme : pour un usage analytique de la scolastique médiévale*, Lagrasse, Verdier, 2011.

[543] Voir p. ex. les avantages des preuves de faits par rapport à la religion, comme proposé par Bergier (Nicolas Sylvestre M. Bergier, *Œuvres complètes de Bergier*, 5e partie, « Théologie apologétique », 1853 aux pp 1007–1008) : « Quelque solide que puissent être les démonstrations métaphysiques et les preuves du raisonnement, elles laissent toujours lieu à la contestation ; il est des hommes qui ont le talent de disputer sur tout, de répandre des nuages sur les vérités les plus claires ; l'esprit de contradiction a toujours été l'apanage de la philosophie. […] En matière de fait,

L'approche cartésienne vient circonscrire cette subjectivité dans un cadre qui rend donc possible, quoique tout de même particulièrement difficile, de prouver une inaction. Cette difficulté complexifie l'application de la méthodologie des deux éléments constitutifs propre au DIC, mais ne constitue pas pour autant un défaut qui lui serait ultimement fatal. L'importance de l'omission dans l'établissement du droit international humanitaire coutumier ne s'arrête toutefois pas là, car l'inaction d'une partie à un conflit armé peut se manifester à l'égard de règles autant prescriptives que prohibitives, peu importe leur source. Face à une règle prescriptive conventionnelle qui exige, par exemple, qu'une ou toutes les parties au conflit armé prennent « toutes les mesures nécessaires »[544], l'inaction d'une partie constitue une violation de la règle.

De façon générale, le droit international coutumier est conçu de façon à accommoder autant les règles de nature prohibitive[545] que l'inaction comme forme de pratique[546], comme l'énonce le Projet de conclusions de la CDI. En effet, si une partie à un conflit armé omet d'agir face à une règle coutumière, si cette omission est délibérée, elle peut être considérée comme constituant une pratique constitutive, peu importe que la règle soit permissive ou prohibitive ; ce n'est toutefois pas le cas si l'inaction est non intentionnelle[547]. Par exemple, si une partie à un conflit armé omet

---

au contraire, la dispute ne peut avoir lieu lorsque la preuve est complète. C'est une maxime universellement reçue d'argumenter contre les faits. ».

[544] P. ex., pour que les enfants de moins de 15 ans, orphelins ou séparés de leur famille du fait de la guerre, ne soient pas laissés à eux-mêmes, et pour que soient facilités, en toutes circonstances, leur entretien, la pratique de leur religion et leur éducation, voir CIV (1949), art 24(1) ; voir aussi l'obligation des belligérants de prendre toutes les mesures d'hygiène nécessaires pour assurer la propreté et la salubrité des camps et pour prévenir les épidémies à CGIII (1949), art 13 ; voir aussi PAI (1977), art 80, qui énonce que « les Parties au conflit prendront sans délai toutes les mesures nécessaires pour exécuter les obligations qui leur incombent en vertu des Conventions et du présent Protocole », la nature exacte de ces mesures d'exécution étant toutefois sujette à interprétation ; voir à ce sujet Commentaire PAI (1987), *supra* note 8 aux paras 3286–3298 (art 80).

[545] CDI, DIC Projet de conclusions commenté (2018), *supra* note 394 à la p 135 (commentaire à la conclusion 3, « Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs ») : « La nature de la règle en question peut aussi être importante dans l'appréciation des éléments de preuve en vue de déterminer s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*). Par exemple, lorsqu'il est question de règles prohibitives, il peut parfois être difficile de trouver beaucoup d'éléments d'une pratique étatique positive (par opposition à l'inaction) ; dans les affaires portant sur de telles règles, il s'agira plus probablement d'évaluer si l'inaction est acceptée comme étant le droit. ».

[546] CDI, DIC Projet de conclusion 6 (2018), *supra* note 394. Voir aussi CDI, DIC troisième rapport (2015), *supra* note 394 au para 26.

[547] CDI, DIC Projet de conclusions commenté (2018), *supra* note 394 à la p 141 : « Le paragraphe 1 [de la conclusion 6] dispose en outre clairement que l'inaction peut constituer une pratique. L'expression 'dans certaines circonstances' vise toutefois à rappeler que seule l'inaction délibérée peut jouer ce rôle : l'État en question doit s'abstenir consciemment d'agir dans une situation donnée, et on ne saurait simplement supposer que l'inaction est délibérée. De telles omissions (parfois dénommées 'pratique négative') peuvent consister notamment à s'abstenir d'engager des

intentionnellement (et en l'absence de nécessité militaire impérieuse) d'« assurer au personnel de secours autorisé la liberté de déplacement essentielle à l'exercice de ses fonctions »[548], cette omission par rapport à une règle prescriptive peut être prise en compte comme une pratique négative, c'est-à-dire qui s'inscrit à l'encontre de la règle coutumière, pouvant éventuellement consacrer l'État « abstentionniste » comme objecteur persistant. Si toutefois cette omission d'assurer la liberté de mouvement est non intentionnelle, qu'elle découle par exemple de la négligence, d'un désintérêt de se conformer ou d'une ignorance de l'existence de la règle de droit, elle ne sera pas considérée comme étant une pratique contributive à l'infirmation de la coutume. De la même façon, si une partie à un conflit armé qui attaque par bombardement ne traite pas « comme un objectif militaire unique un certain nombre d'objectifs militaires nettement espacés et distincts situés dans une ville »[549], cette inaction sera constitutive d'une règle coutumière prohibitive à cet effet en tant que pratique positive, si et seulement si celle-ci est délibérée. Le Rapporteur spécial Wood a lui-même reconnu que la nature prohibitive de plusieurs règles en DIH rend particulièrement difficile la collecte d'une pratique étatique « positive » et que, dans ces cas, l'analyse porte plutôt sur l'évaluation à savoir si une inaction délibérée est acceptée comme étant du droit[550]. Puisqu'il n'a toutefois pas précisé davantage la méthode à suivre pour effectuer cette analyse, nous devons nous replier sur le Projet de conclusion 6 qui prévoit que dans l'appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments, « il faut tenir compte du contexte général, de la nature de la règle, et des circonstances propres à chacun de ces moyens ».

En outre, l'aspect intentionnel de l'omission fait entrer en ligne de compte l'*opinio juris* en plus de l'élément de la pratique, ce qui fait que l'amplification des difficultés méthodologiques du DIC ne s'applique pas qu'à l'*usus*, mais aux deux éléments constitutifs de la coutume. Comme mentionné

---

poursuites pénales contre des fonctionnaires étrangers, à ne pas protéger certaines personnes naturalisées ou à s'abstenir de recourir à la force. ».

[548] Étude sur le DIHC (2005), *supra* note 7 à la R56.

[549] *Ibid* à la R13.

[550] Wood (2018), *supra* note 406 à la p 730 : « *This means, inter alia, that the type of evidence consulted (and consideration of its availability or otherwise) ought to be adjusted to the situation at hand and that certain forms of practice and evidence of acceptance as law* (*opinio juris) may be of particular significance depending on the context. The reference to the 'nature of the rule' indicates, for example, that where prohibitive rules are concerned, it may sometimes be difficult to find positive state practice (as opposed to state inaction); cases involving such alleged rules will thus most likely turn on evaluating whether there is deliberate inaction that is accepted as law*. ».

dans l'Étude sur le DIHC[551], la difficulté pratique initiale de la preuve de l'inaction est amplifiée au moment de l'appréciation de l'*opinio juris,* les motifs d'abstention devant obligatoirement provenir d'une volonté d'obligation juridique pour fonder une règle de DIC. Or, il est peu fréquent qu'un État exprime publiquement les motifs qui le poussent à l'abstention. La méthodologie propre au DIC n'est pas juridiquement contraignante et l'État impliqué ne porte pas le fardeau de prouver sa pratique abstentionniste. En fait, ce fardeau n'incombe à aucune entité prédéterminée. Aussi, les États ne voient pas nécessairement d'intérêt ou de gain potentiel à se mouiller pour commenter la valeur juridique d'une action qui se manifeste sous la forme de la retenue. Si un État tiers décide de s'exprimer sur la valeur juridique d'une abstention, il y a en effet déjà une part considérable de spéculation sur la motivation de l'État abstentionniste : l'État tiers reconnaît, peut-être partiellement, peut-être tacitement, que l'inaction n'est pas le fruit du hasard. Cette position de l'État tiers dans le continuum de détermination d'une règle de DIC n'est pas problématique en soi : elle sera appréciée dans le contexte général et les circonstances propres à la règle en l'espèce, et ce, que la règle visée soit prohibitive ou permissive. La méthodologie permet en effet de prendre en compte les « signaux étatiques », qu'ils soient classés comme *usus* ou comme *opinio juris*[552]. Un des problèmes qui ressort ici se trouve juste à la marge du droit, dans la sphère politique, et nous ramène plus généralement vers la difficile adéquation entre ce qui est attendu des États et ce qu'ils font réellement par rapport au DIC.

Pour revenir sur la difficulté que pose la méthodologie propre au DIC lorsque la pratique se traduit par l'inaction, il est pertinent de clore cette section en revenant sur le cas particulier de la violation par un État d'une règle prohibitive ou, autrement dit, la commission d'une action là où le droit requiert une abstention d'agir : rappelons que cette action constituera une pratique contraire ou négative contributoire au droit coutumier uniquement si la partie agissant de la sorte le fait en niant l'existence

---

[551] Étude sur le DIHC (2005), *supra* note 7 aux pp lix–lx. Voir aussi CIJ, Lotus (1927), *supra* note 86 à la p 28 : « c'est seulement si l'abstention est motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. »

[552] À noter qu'une action et, *a fortiori*, une absence d'action, peut vouloir dire plus d'une chose : en ce qui a trait au DIC plus spécifiquement dans sa conception traditionnelle binaire, une seule et même « non-action » peut être soit la manifestation (passive) d'une pratique, soit une forme d'acquiescement relevant de l'élément passif, donc de l'*opinio juris*, soit les deux à la fois, comme il est aussi possible qu'une pratique abstentionniste se constate pour une règle permissive. Dans le cadre de sa réponse au commentaire américain sur l'Étude sur le DIHC (2005), le CICR a choisi la Règle 157 (conférant aux tribunaux nationaux de chaque État une compétence universelle en matière de crimes de guerre), pour illustrer la question de la densité de la pratique nécessaire pour fonder des règles permissives : Henckaerts (2007), *supra* note 538 à la p 476.

même de la règle coutumière. Autrement dit, ce doit être une pratique délibérée à la *desuetudo*[553]. Ce cas de figure est envisageable pour les règles de DIHC, dans la mesure où la pratique contraire à une règle prohibitive de DIH emportant des conséquences humanitaires est soumise à un examen encore plus soutenu que lorsqu'il est question de règles permissives[554]. Cependant, la commission d'une action là où le droit requiert une abstention d'agir ne sera pas contributoire à la désuétude d'une règle de DIHC si la partie agissant ainsi sait qu'il s'agit là d'une violation de ladite règle et qu'elle tente de justifier cette action en interprétant la règle, ou en distinguant son comportement de celui qui est régi par ladite règle et en invoquant une autre règle. Dans ce cas, cela ne fait que renforcer le fait que la règle x existe, et ce, peu importe que la partie impliquée ait tort ou raison dans son appréciation de cette règle, dans le contexte spécifique du conflit armé dans lequel elle est investie.

Pour illustrer cette relation entre une pratique-action contraire à une règle-abstention coutumière, il est utile d'examiner le passage de l'affaire *Nicaragua* de la CIJ dans lequel a été développée la dialectique qui veut que la violation d'aujourd'hui soit le germe éventuel de la règle de demain[555], sachant cependant que ce n'est pas parce qu'une règle n'est pas respectée que son existence sera remise en cause. Autrement dit, les agissements d'un État qui s'inscrivent à l'encontre d'une règle ne peuvent pas constituer une pratique valide fondant la nature coutumière de la règle contraire ; arriver à une autre conclusion équivaudrait à laisser entre les mains des auteurs de violations la possibilité de créer du droit à partir de pratiques qu'eux-mêmes savent être en transgression du droit applicable. Ceci s'applique particulièrement au DIH, où le clivage entre la règle et la pratique peut être particulièrement grand, en raison de la nature même de ce droit. Comme l'affirme Meron, ce droit est conçu de façon à :

---

[553] Voir p. ex. Byers par rapport à l'existence hypothétique d'une règle des trois miles pour la mer territoriale (Byers (1995) *supra* note 373 à la p 177), ou par analogie avec le droit des traités, la pratique ultérieure menant à la désuétude des dispositions initiales de l'art 45 CVDT (1969) ; voir Boisson de Chazournes (2004), *supra* note 347 à la p 24.

[554] Jörg Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: a Kelsenian perspective*, New York, Routledge, 2011 aux pp 85–86 (section 3.4: Desuetudo in Customary Law: How Does Customary Norms Die?).

[555] CIJ, Nicaragua (1986), *supra* note 80 au para 188.

> *humanize the behavior of states in armed conflict, which is characterized by violence and violations, by the necessity to commit acts frequently not preceded by careful deliberation, by exceptional conditions, by limited third-party access to the theater of operations, and by the parties' conflicting factual and legal justifications for their conduct*.[556]

En raison des exigences, ou des perceptions de sécurité qui ne sont jamais aussi exacerbées qu'en situation de guerre, les États sont donc disposés plus qu'avec d'autres branches du DIP à accepter une conformité partielle et graduelle des exigences de formation du DIC[557] (comme un recours accru à la pratique verbale, par exemple). Cependant, une ligne est tracée lorsqu'un État agit de façon à violer une règle prohibitive en sachant qu'il commet une violation : dans ces cas, cette pratique ne peut contribuer à l'établissement d'une règle contraire à celle qui exige de ne pas agir, et ce, justement parce que le droit doit être un rempart assez solide pour tenir tête et dominer le caractère exceptionnel de la guerre, comme l'exprime si bien Meron.

3.4.3 Une prise en considération relative de la pratique et de l'*opinio juris* des groupes armés non étatiques

> [O]*ne should not overlook the fact that in a number of special fields, such as the law of armed conflict* […] *non-state actors, be it parties to non-international armed conflicts* […] *do play a discernible or prominent role, admittedly to varying extents, in the continually ongoing customary law process, in addition to their direct or indirect impact on the treaty-making process*.[558]

La méthodologie propre au DIC est conçue de façon à pouvoir s'appliquer à diverses entités : il serait en effet possible *a priori* d'évaluer la pratique et l'*opinio juris* d'individus, d'organisations privées, de personnes morales ou d'États en utilisant cette même méthode. C'est toutefois dans le fondement conceptuel qu'on retrouve la limitation, soit la non-considération de la pratique et de l'*opinio juris* des groupes armés non étatiques dans la détermination des règles de DIHC. En effet, considérant que cette branche du droit international est constituée entre autres de règles visant les CANI s'appliquant

---

[556] Theodor Meron, « Geneva Conventions as Customary Law » (1987) 81:2 AJIL 348–370 à la p 363 [Meron (1987)].

[557] *Ibid*.

[558] Wellens (1994), *supra* note 63 à la p 14.

à toutes les parties au conflit et pas uniquement aux États impliqués[559], un décalage évident entre les entités visées, d'un côté, par l'approche étatocentrique du DIC et, de l'autre, par l'application du DIH, se dessine. L'application d'une approche étatocentrique du DIC menace l'application réaliste et efficace du DIH : non seulement les groupes armés se voient imposer des règles conventionnelles qui ont été développées et adoptées sans leur aval, mais voilà que le processus de formation des règles de DIC ne prend pas en considération ni leurs agissements ni les motifs qui les poussent à agir (ou à s'abstenir d'agir) dans la façon dont ils conduisent les hostilités auxquelles ils sont parties.

Face à ce problème, le CICR a adopté, dans son Étude, une position mitoyenne selon laquelle la valeur juridique de la pratique de ces groupes armés (codes de conduite, déclarations et engagements de respecter certaines règles[560]) était « incertaine » : cette pratique peut contenir des éléments probants quant à l'acceptation de certaines règles dans les CANI, ce qui lui a mérité une classification comme étant un « autre type de pratique »[561]. Cela peut porter à croire que ces actes ont été jugés pertinents dans l'établissement des règles de DIC contenues dans l'Étude. Or, en 2007, le CICR apporte des précisions et indique que ce n'est pas le cas : les « autres types de pratiques » constituent une catégorie résiduelle où est colligé le matériel auquel aucun poids n'a été accordé[562].

---

[559] Art. 3 commun CG I-IV : « En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes : […]. » Voir aussi PAI (1977), arts 1 et 43.

[560] Voir p. ex. les déclarations réalisées à travers l'Appel de Genève, une organisation non gouvernementale neutre et impartiale basée en Suisse qui se consacre à la promotion du respect par les acteurs armés non étatiques du DIH dans les conflits armés et autres situations de violence, notamment dans le domaine de la protection des civils : entre 2000 et 2019, l'Appel de Genève a dialogué avec environ 158 acteurs armés non étatiques dans 25 pays; 65 d'entre eux sont signataires d'au moins un Acte d'Engagement *:* Geneva Call / Appel de Genève, *2019 Annual Report*, à la p 5, en ligne : < https://www.genevacall.org/wp-content/uploads/2020/06/WEB_GEC-RA-2019_V14.pdf > ; et Pascal Bongard et Jonathan Somer, « Monitoring armed non-state actor compliance with humanitarian norms: a look at international mechanisms and the Geneva Call Deed of Commitment » (2011) 93:883 IRRC 673–706.

[561] Étude sur le DIHC, *supra* note 7 à la p lii.

[562] Henckaerts (2007), *supra* note 538 à la p 479 : « *NGO statements were included in Volume II under the category of 'Other Practice', which served as a residual category of materials that were not given any weight in the determination of what is customary*. » ; ce commentaire a été fait dans le cadre de la discussion de la valeur des déclarations d'organisations non gouvernementales, mais traite de façon générale de la catégorie des autres types de pratiques ; on peut donc y inclure les pratiques des groupes armés, ceux-ci se retrouvant aussi dans cette catégorie. De plus, on apprend dans cette réponse que la « Note de l'auteur » avait été omise dans l'édition originale de l'Étude sur le DIHC, mais incluse dans la réédition de 2007. Cette note se lit comme suit : « *This volume catalogues rules of customary international humanitarian law. As such, only the black letter rules are identified as part of customary international law, and not the commentaries to the rules. The commentaries may, however, contain useful clarifications with respect to the application of the black letter rules and this is sometimes overlooked by commentators*. », *ibid* à la p 484. Il faut donc porter une attention particulière lorsque l'Étude sur le DIHC est citée à l'appui de l'existence d'une Règle de droit coutumier qu'elle consigne, en se rappelant la nette distinction entre 1) les règles elles-mêmes et leurs

Pour sa part, le Projet de conclusions de la CDI prévoit que : « la conduite d'autres acteurs [que les organisations internationales] ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de DIC, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique »[563].

Entre pratique incertaine, résiduelle et subsidiaire, une chose est claire : la pratique et l'*opinio juris* des groupes armés ne peuvent constituer à elles seules des règles de DIHC. Pour favoriser l'application réaliste et efficace du DIH, un assouplissement de l'approche méthodologique traditionnelle pourrait donc être bienvenu dans le sens de l'accommodation vers la considération des agissements et des motivations des groupes armés. La complexité de cette démarche ne doit toutefois pas être sous-estimée. Il existe à la base une myriade de motifs plus ou moins reliés à la sphère juridique qui expliquent l'absence des groupes armés dans le développement du DIH, qu'il soit conventionnel ou coutumier[564]. Ces motifs reposent toutefois sur une prémisse erronée : que si les États ignorent la présence des groupes armés, ceux-ci disparaîtront[565]. Or, il est évident que le refus de reconnaître l'existence d'un irritant n'est pas la meilleure façon de favoriser la cohabitation avec celui-ci.

Cela étant dit, même en reconnaissant l'existence et la place occupée par les groupes armés dans le contexte du DIH, il est particulièrement difficile d'aménager cet espace. Le premier défi de taille est d'identifier qui sont les groupes armés : contrairement aux États qui se définissent entre autres par la permanence de leurs populations[566], la définition de « groupe armé » est plus fluctuante et l'identification de traits communs à tous les groupes armés qui, la plupart du temps, ne sont pas des participants récurrents aux hostilités, est une tâche particulièrement ardue[567]. En ce qui a trait plus

---

commentaires et 2) les différents types de pratiques qui sont colligées et attribuées à une règle dans le vol II, ces dernières m'ayant pas toutes la même valeur, ou même une valeur quelle qu'elle soit.

563 Voir CDI, DIC Projet de conclusion 4(3) (2018), *supra* note 394.

564 Voir Marco Sassòli, « Taking armed groups seriously: ways to improve their compliance with international humanitarian law » (2010) 1 JIHLS 5–51 [Sassòli (2010)].

565 Voir Sassòli (2010), *ibid* ; et Sophie Rondeau, « Participation of armed groups in the development of the law applicable to armed conflicts » (2011) 93:833 IRRC 649–672, aux pp 649–650 [Rondeau (2011)].

566 Voir MPEPIL (James R. Crawford) *sub verbo* « State » (2011) au para 21.

567 Voir la définition proposée par MPEPIL (Jean-Marie Henckaerts) *sub verbo* « Armed forces » (2015) : « *The armed forces of a party to an armed conflict consist of all organized armed forces, groups, and units placed under a command that is responsible to that party for the conduct of its subordinates, even if that party is represented by a government or an authority not recognized by the adverse party*. » Au sujet de la difficulté de devoir composer avec des sujets qui ne sont pas des récurrents (*repeat players*), voir Sassòli (2010), *supra* note 564 à la p 22. Voir aussi Andrew Clapham, « The Rights and Responsibilities of Armed Non-State Actors: The Legal Landscape & Issues

spécifiquement au DIC, d'Aspremont a souligné avec raison qu'identifier les constantes comportementales de groupes si divers pourrait s'avérer très épineux[568]. Quoique ce ne soit pas ce que cet auteur sous-entend avec ce propos, nous pouvons voir comment, pour accommoder la réalité des groupes armés qui n'ont entre eux presque aucun point en commun, on peut tendre vers l'établissement de plusieurs droits coutumiers (un peu à l'image du DIC particulier, qui est régional, local ou autre, mais qui n'est pas conçu pour rejoindre les entités non étatiques) ce qui viendrait cependant potentiellement fragiliser l'unité du DIC.

La question générale de la contribution des groupes armés non étatiques au DIH a fréquemment été soulevée dans la doctrine ; la position doctrinale majoritaire considère que les groupes armés ou, à tout le moins, certains d'entre eux, sont des sujets du droit international ce qui, aux dires de van Steenberghe, « suppose l'affirmation d'une théorie 'spéciale' des sujets, spécifique au droit humanitaire, dont le contenu dérogerait aux règles de droit international général pertinentes » [569]. Cette question relève toutefois de la théorie des sujets et non de la théorie des sources, de façon telle que nous ne nous y attarderons pas davantage. Nous mentionnons toutefois que le problème posé par la méthodologie du DIC dans sa grande difficulté à accommoder l'existence de la pratique des groupes armés non étatiques n'est pas nécessairement unique au DIH : il s'agit d'un problème qui relève du modèle de l'ordre international dans lequel s'inscrit le système du droit international public. Toutefois, ce qui est spécifique ici, c'est que les groupes armés sont les destinataires des règles de DIH, une situation qu'on ne retrouve pas dans d'autres branches de DIP. La pratique de ces groupes armés entendue au sens large, incluant leurs agissements, abstentions, leurs façons de conduire les hostilités, et leurs *opinio juris* face à ces actions et prises de position, doit venir jouer un

---

Surrounding Engagement » Genève, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights (2010), en ligne, SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1569636>.

[568] Jean d'Aspremont, « An Autonomous Regime of Identification of Customary International Humanitarian Law: Do Not Say What You Do or Do Not Do What You Say? » SSRN (2230345), 2013 à la p 72 [D'Aspremont (SSRN 2013)].

[569] Raphael van Steenberghe, « Théorie des sujets » dans van Steenberghe (2013), *supra* note 3 aux pp 45 et 65. Pour une revue de la littérature sur la question générale de la contribution des groupes armés non étatiques au DIH, voir les ouvrages cités dans van Steenberghe (2013), *ibid* à la p 45 à la n 119, auxquels nous ajoutons Fortin (2018), *supra* note 332 ; Marco Sassòli et Yuval Shany, « Should the obligations of states and armed groups under international humanitarian law really be equal? » (2011) 93:882 IRRC 425 ; Sandesh Sivakumaran, « The Ownership of International Humanitarian Law: Non-State Armed Groups and the Formation and Enforcement of IHL Rules » dans Perrin (2010), *supra* note 111 pp 87–101 ; Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflicts*, Oxford, OUP, 2012, plus spécifiquement aux pp 513 et suiv (approche généralement inclusive des pratiques des groupes armés dans le développement du DIH) ; Anthea Roberts et Sandesh Sivakumaran, « Lawmaking by nonstate actors: engaging armed groups in the creation of international humanitarian law » (2012) 37:1 YJIL 107–152 [Roberts/Sivakumaran (2012)] ; Sassòli (2010), *supra* note 564 ; Rondeau (2011), *supra* note 565.

rôle dans l'évolution du DIH. Par rapport à l'approche traditionnelle, leur place actuelle se situe toutefois plus dans les marges du système qu'en son centre. Dans une perspective de *lex lata*, c'est donc dans une zone grise que se situe la prise en considération de ces pratiques.

Pour notre part, nous abondons dans le sens d'une nouvelle théorie des sujets spécifique au DIH et nous considérons que la pratique des groupes armés non étatiques devrait contribuer à la détermination des règles de DIHC. Tel qu'exposé dans une autre publication[570], nous considérons que, de façon générale, plusieurs raisons justifient que les groupes armés non étatiques participent au développement du droit applicable aux conflits armés. En effet, cette participation répond à plusieurs besoins : premièrement, la participation des groupes armés non étatiques est dans l'intérêt de la communauté internationale. Dans les rapports concernant la protection des civils en période de conflit armé soumis par le Secrétaire général au Conseil de sécurité annuellement (à quelques exceptions près) depuis 1999, la nécessité du dialogue avec les groupes armés non étatiques est systématiquement mentionnée, l'amélioration du respect du DIH par ceux-ci étant au cœur des priorités de protection identifiées par le Secrétaire général et faisant partie des mesures qu'il recommande au Conseil de sécurité d'adopter. La communauté internationale ne met donc pas l'accent sur la condamnation des actions ; même le mécanisme du « *name and shame* » — par lequel le Conseil de sécurité condamne les violations commises, exige le respect des règles et applique des mesures ciblées — est considéré comme un moyen de dernier recours. La communauté internationale, par l'intermédiaire de son organe politique officiel qu'est l'Organisation des Nations Unies, reconnait donc la nécessité de s'engager auprès des groupes armés afin de faire une différence tangible dans la protection des victimes.

Deuxièmement, l'ordre juridique international a besoin que les groupes armés s'investissent dans le développement du DIH. En tant que sujets et objets du droit international public, les groupes armés ne remettent pas seulement en cause la façon dont la guerre est menée aujourd'hui : leurs interactions (ou leur absence d'interaction) avec les structures étatiques mettent en lumière les défauts et les limitations d'un ordre juridique international centré sur l'État. Comme mentionné dans

[570] Rondeau (2011) *ibid* aux pp 652–657. Voir aussi Laura Iñigo Àlvarez, « Challenging the Westphalian order: incorporating armed groups in Law-making under international humanitarian law » (2017) Ordine internazionale e diritti umani 167–189 et de la même auteur « The Obligation to Provide Reparations by Armed Groups: A Norm Under Customary International Law? » (2020) 67 NILR 427–452 aux pp 444–449.

notre article, différents indicateurs tels que le *Global Peace Index*, le *Failed States Index*, le *State Fragility Index*, et le *United Nations' Human Development Index* montrent tous que les groupes armés non étatiques sont de plus en plus présents et actifs dans la conduite de la guerre. Il reste que cette évaluation n'est pas suffisante en soi pour miner complètement la pertinence du modèle westphalien au XXIe siècle. En effet, les menaces posées par les groupes armés, bien que réelles et posant des défis majeurs, n'atteignent pas nécessairement le seuil critique de perturbation de l'ordre juridique international. On ne peut cependant pas nier que les menaces croissantes posées par les groupes armés remettent sérieusement en question la conception traditionnelle d'un tel ordre. Une réponse adéquate à cette menace n'est pas d'en ignorer l'existence, mais plutôt de la reconnaitre et d'apporter les ajustements nécessaires, tels que permettre dans une certaine mesure aux groupes armés non étatiques de contribuer à leur mesure au développement du DIH.

Troisièmement, le droit a lui aussi besoin de cette implication des groupes armés : pour maintenir la pertinence pratique du DIH, l'application volontaire des règles par les groupes armés eux-mêmes constitue un des mécanismes les plus efficaces. Or, l'appropriation des règles qui mène au développement d'une culture de conformité ne se limite pas à des efforts d'éducation ; elle passe aussi par l'établissement et la promotion d'un climat favorable axé sur le renforcement positif. L'inclusion de leurs pratiques dans l'établissement des règles renforce leur adhésion à celles-ci, ce qui, en retour, augmente l'application volontaire et l'autodiscipline face à ces règles, endiguant ainsi éventuellement les violations potentielles, et générant un plus grand respect du droit. Ainsi, le besoin de mettre sur pied des mécanismes punitifs de mise en œuvre extérieurs aux structures respectives de chaque groupe armé est limité. Le quatrième point est en quelque sorte le corollaire du troisième : les groupes armés ont eux aussi besoin de prendre part au développement du DIH. Tout d'abord, cette participation contribue à ce que, psychologiquement, ce soit encore plus facile pour les individus membres de ces groupes de les accepter ; cette contribution accroît aussi l'appropriation des règles auxquelles ils ont contribué, mais aussi plus généralement par rapport à toutes les règles régissant les conflits armés. Sans qu'une reconnaissance de la capacité de contribuer à la formation du DIHC n'équivaille à leur reconnaitre tous les attributs de la personnalité juridique propre aux États, elle positionne de façon avantageuse les groupes armés sur l'échiquier international ; plutôt qu'assumer un rôle plus passif qui est celui d'être en réaction au droit existant, les groupes armés deviendraient des acteurs du droit auquel ils sont soumis. Pour illustrer ce propos, pensons aux

nécessaires négociations avec les groupes armés pour les questions d'accès et d'activités humanitaires : le fait de rendre leur pratiques contributives au DIC solidifierait l'établissement et le maintien du dialogue avec tous les porteurs d'armes qui est crucial dans la bonne conduite de ces négociations. La cinquième et dernière raison justifiant la participation des groupes armés dans l'élaboration du DIH est que cela répond au besoin de protection des populations civiles, potentiellement victimes des violations du DIH. Suivant un effet domino, plus les groupes armés sont impliqués dans le développement du DIH, plus nombreuses sont les possibilités que ces groupes s'engagent dans le sens du respect de ces règles ; en découle une augmentation des situations où la protection des victimes est favorisée. Autrement, dit, l'implication de toutes les parties au conflit armé augmente la probabilité d'obtenir de celles-ci des engagements quant au respect des limites dans lesquelles elles acceptent de faire la guerre. Avec les groupes armés non étatiques, l'argument humanitaire en faveur du respect du DIH doit être encouragé à tout moment et à chaque étape du processus. Un dialogue étroit et permanent commence par leur participation à l'élaboration des règles régissant les conflits armés.

Ces cinq raisons justifiant une participation des groupes armés non étatiques au développement du DIH valent pour le DIH conventionnel à travers une participation à l'élaboration des traités multilatéraux, mais aussi pour le DIC, avec la prise en considération de leurs pratiques. En effet, en ce qui a trait à la théorie des sources, nous jugeons que la prise en considération des pratiques des groupes armés en DIC, avec une modulation adéquate dans l'appréciation de la valeur probante et du poids juridique qu'elles ont, ne constitue pas une révision radicale du DIC risquant de faire violence de façon fondamentale et irréparable[571] au concept même de coutume internationale ; il s'agit plutôt d'une rectification qui permet de conserver la pertinence de cette source importante du DIH. En effet, la prise en considération des pratiques des groupes armés comme étant contributives à la cristallisation du DIHC n'équivaut pas à accorder à ces actions le pouvoir de dicter ce que le droit est, ce qu'il devrait être ou ce qu'il sera à l'avenir. Plutôt, cette inflexion de l'approche des deux éléments constitutifs permet de mettre en lumière les comportements (actifs ou passifs) de sujets des règles, ceux-là mêmes qui ne sont toujours pas autour de la table lorsque les traités auxquels ils sont pourtant soumis sont négociés et adoptés. La prise en compte de la pratique des groupes armés non

[571] Au sujet du choix des moyens utilisés pour adapter ou réinterpréter le concept de droit coutumier, Simma et Alston posent deux questions dont celle-ci : « *Whether this effort to revise or 'update' custom does fundamental and irreparable violence to the very concept?* » : Simma/Alston (1998), *supra* note 16 à la p 83 [notre traduction].

étatiques telle qu'elle existe réellement en le théâtre opérationnel permet de nourrir le processus par lequel passe une règle de droit coutumier ; de la même façon que le DIHC applicable aux CAI émane de l'*usus* et l'*opinio juris* des États, nous considérons que le DIHC applicable aux CANI émane de l'*usus* et l'*opinio juris* des États et des groupes armés non étatiques, les deux étant logiquement soumis au droit qu'ils contribuent à créer en même temps qu'ils créent le conflit armé dont ils sont les acteurs principaux, une attaque, une réponse, une accusation, une explication, une justification à la fois ; les questions de bien-fondé / d'irrecevabilité, d'opportunité / d'inconvenance, et de bonne / mauvaise foi des explications ou des accusations qui supportent ladite pratique peuvent venir jouer, entre autres, dans la modulation de l'appréciation de la valeur probante et du poids juridique qui est accordée ; cela ne change toutefois pas le fait qu'en ce qui a trait à la détermination du DIHC, la prise en considération des pratiques des groupes armés est nécessaire au maintien de l'intégrité et de la légitimité du DIH.

Au demeurant, l'inflexion proposée ici entraine des effets substantiels : en effet, parmi les modifications à la théorie des sources apportées par la prise en considération des groupes armés non étatiques dans la détermination du DIHC, la décentralisation du processus au-delà des États constitue le nerf de la guerre. Il s'agit en effet d'un changement fondamental, mais dont les effets peuvent être contrôlés. Lorsque la pratique de groupes armés confirme les règles autrement établies par la pratique étatique, les effets négatifs sont minimes. Par exemple, la pratique du Front patriotique rwandais (FPR) telle que documentée dans la base de données du CICR confirme généralement les conclusions de l'Étude sur le DIHC en termes d'interdiction des attaques indiscriminées incluant celle utilisant des boucliers humains (R11), de prise de précautions dans les attaques dans le but de minimiser les pertes en vies humaines (R15 B) ou d'obligation de donner à la population civile un avertissement en temps utile lorsqu'une attaque est imminente dans le but de leur permettre de quitter la ville (R20). La pratique du Mouvement de libération du peuple soudanais (SPLM/A) va aussi dans le sens de l'existence d'obligations d'avertissement, d'éloignement des personnes civiles et des biens de caractère civil du voisinage des objectifs militaires (R24) ou de protection de biens culturels (R38). Dans ces cas, les résultats sont les mêmes avec ou sans la pratique du groupe armé. Toutefois, la pratique non étatique infirmant la règle établie par les États a un impact potentiel plus important sur la théorie des sources. Par exemple, la définition adoptée par le SPLM/A de ce que constitue une cible légitime est beaucoup plus large que ce que prévoit le DIH,

constituant ainsi une entorse potentielle au principe de distinction (R1) et aux règles régissant la perte de protection pour une participation directe aux hostilités (R6). Pour encadrer adéquatement cette situation dans laquelle la pratique non étatique contredit la pratique étatique, une solution serait de concevoir la prise en considération de la pratique des groupes armés comme étant un moyen auxiliaire de détermination du DIC particulier au DIH dans l'application de la théorie des sources. En la considérant comme contributoire – mais non comme constitutive – de règles de DIHC (la différence résidant dans le fait qu'elle est un des éléments qui concourent à l'établissement de la règle sans qu'elle ne soit à elle seule ni essentielle, ni nécessaire), la pratique des groupes armés ne serait pas sur un pied d'égalité avec l'*usus* et l'*opinio juris* étatique, mais pourrait venir nourrir l'exercice de détermination du DIHC.

Cette proposition fait écho en partie à l'approche de la quasi-coutume de Roberts et Sivakumaran[572] *:* l'inflexion qu'ils proposent à la méthodologie d'identification des règles de DIHC va aussi dans le sens d'une prise en considération de la pratique des groupes armés, sans que ceux-ci n'aient le pouvoir à eux seuls de créer une nouvelle coutume, ou encore d'affaiblir ou de modifier une coutume existante, misant plutôt sur l'atteinte d'un consensus entre les groupes armés et les États. Pour la quasi-coutume comme pour notre proposition, la contribution des groupes armés au processus de développement du DIHC sans possibilité d'en contrôler l'issue s'accompagne en outre d'une modulation en faveur de la pratique étatique dans l'appréciation du poids accordé à la pratique. Nous nous inscrivons en outre aussi dans le cadre général proposé par le *Center for the Study of Armed Groups* avec sa proposition de stratégie participative visant l'inclusion progressive des groupes armés non étatiques dans les processus d'élaboration de règles de DIH[573]. S'inspirant d'une modèle déjà existant dans le domaine de la participation publique, la proposition d'implication des groupes armés se décline en différents niveau, allant de l'information (par exemple, les séances offertes par le CICR) jusqu'à la responsabilisation comme objectif final, en passant par la consultation (le projet « *In their words* » de l'Appel de Genève, par exemple), l'implication (les rencontres sur l'administration de la justice dans le nord-est de la Syrie organisées par l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, par exemple) et la collaboration (la

[572] Roberts/Sivakumaran (2012) *supra* note 569 aux pp 149 et 150.

[573] Centre for the Study of Armed Groups (Ezequiel Heffes et Jonathan Somer), *Inviting non-state armed groups to the table: Inclusive strategies towards a more fit for purpose international humanitarian law*, décembre 2020, en ligne: < https://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/resource-documents/odi-ec-nonstatearmedgrioups-briefingnote-dec20-proof01a.pdf> [notre traduction].

participation de mouvements de libération nationale aux conférences diplomatiques des PAI-II en 1974-1977 étant un exemple historique particulièrement pertinent en l'espèce).

Dans tous les cas de figures, nous reconnaissons que l'aménagement de la méthode d'identification du DIHC pour accommoder la pratique des groupes armés présente des difficultés importantes de mise en œuvre : une résistance de la part des États face à l'atténuation du rôle de leurs actions et leur consentement est à prévoir. De plus, les risques de devoir faire face à une réduction des protections humanitaires sont présents. Conscients de ces obstacles, nous persistons toute de même à considérer que la spécialisation fonctionnelle du DIH nécessite encore plus que les autres branches du DIP qu'il y ait une véritable prise en considération des réalités des conflits armés auquel il s'applique, à défaut de quoi ce droit perdra de sa pertinence et de son efficacité. Or, aujourd'hui, une reconnaissance de l'existence des groupes armés non étatique est nécessaire ; et cette reconnaissance passe, selon nous, en grande partie par la prise en considération de leurs pratiques dans le processus de détermination et d'identification du DIHC.

3.4.4 L'influence particulière des CG I-IV (1949) et des PA I-II (1977) sur le développement du droit international humanitaire coutumier

> *In areas where the clash between States' and other actors' interests, on the one hand, and the protection of and assistance to individuals and groups, on the other, is bound to be of a very intensive nature, as in the law of armed conflict, this results in a potentially structural, systematic and inevitable interplay of treaty and customary law.*
>
> Wellens (1994)

En partant de la prémisse qu'une règle de DIC a son existence propre et qu'elle doit suivre le chemin méthodologique des deux éléments constitutifs, certains problèmes se posent lorsqu'il existe aussi une version homologue de cette règle dans un ou des traités multilatéraux. Pour clore ce chapitre sur le DIHC, nous abordons le traité en tant qu'un des moyens auxiliaires de détermination du DIC. En effet, certains traités reflètent ou contiennent des règles qui existent également en vertu du DIC. Les cas de figure menant à ce résultat peuvent varier : il est possible que la règle contenue dans un traité codifie le droit international tel qu'il existait avant (ou, plus exactement, au moment de) l'adoption

dudit traité : c'est le cas de la convention dite déclaratoire de droit coutumier. Une autre possibilité est celle où l'inclusion de la règle dans un traité vient achever le développement de la règle de DIC. Autrement dit, la codification d'une règle peut aussi venir jouer un rôle de catalyseur permettant la cristallisation ou même la naissance d'une règle de DIC, par le biais d'une pratique subséquente en lien avec l'accord des États d'être liés par traité.

Le Projet de conclusion 11 de la CDI vient mettre un peu d'ordre dans ces relations complexes en proposant trois cas de figure dans lesquels une règle conventionnelle peut refléter une règle de DIC :

> a) Si elle a codifié une règle de droit international coutumier existante à la date de la conclusion du traité ;
> b) Si elle a abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier qui avait commencé à émerger avant la conclusion du traité ; ou
> c) Si elle a servi de point de départ à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), engendrant ainsi une nouvelle règle de droit international coutumier.

Cette conclusion se termine en mentionnant que « le fait qu'une règle soit énoncée dans plusieurs traités peut signifier, sans toutefois que cela soit nécessairement le cas, que la règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier ». Bien que ce soit plutôt l'affaire *Diallo* que la CDI ait choisi de citer à l'appui dans le Projet de conclusions commenté[574], nous estimons que la raison d'être de cette mention est de venir diminuer l'importance de certains moyens de détermination du DIC, en marquant un attachement aux conclusions de la CIJ dans l'affaire du *Plateau continental* (*Lybie*), à l'effet qu'il est :

> bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États, même si les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant.[575]

Le Projet de conclusion 11 vient donc encadrer de façon plus serrée l'impact des possibles recoupements entre règles conventionnelles et règles de DIC : la présence d'une règle

[574] CDI, DIC Projet de conclusion commenté (2018), *supra* note 394 à la p 155 au para 8.

[575] CIJ, Plateau continental (Libye) (1985), *supra* note 470 à la p 29 au para 27.

conventionnelle peut confirmer l'existence d'une règle coutumière ayant la même teneur seulement si l'un des trois cas de figure est rencontré. L'existence d'une règle dans un traité ne constitue donc pas un raccourci qui permet de court-circuiter l'examen de la pratique et de l'*opinio juris*.

Il y a plusieurs avantages généraux à recourir aux règles de DIC par rapport aux règles conventionnelles : il devient possible d'inclure dans le cadre normatif des situations qui ne sont pas couvertes par les traités, de rejoindre des parties au conflit qui n'ont pas ratifié un traité dans lequel est reflétée la règle de DIC qui s'appliquerait en l'espèce, et même de contourner la réserve qu'un État partie aurait pu faire à un traité. Bien qu'il soit généralement admis que ce n'est pas parce qu'une règle est largement ratifiée qu'elle accède *de facto* au statut de règle coutumière[576], il reste donc opportun que cet élément se trouve dans le Projet de conclusions, la tentation pouvant être forte de s'appuyer plus libéralement sur les dispositions que l'on trouve dans les traités pour y fonder des règles coutumières.

Or, cette tentation se fait ressentir particulièrement en DIH. Rappelons que, depuis la seconde moitié du XIX^{e} siècle et jusqu'à la fin du XX^{e} siècle, le DIH a fait l'objet d'une large codification conventionnelle, avec les deux temps forts que marquent l'adoption des *Conventions de Genève* en 1949 et leurs *Protocoles additionnels* en 1977. L'écart, entre, d'un côté, l'abondance de règles conventionnelles qui régissent les CAI (les CGI–IV (1949) étant ratifiées universellement[577]) et, de l'autre, la ratification aux deux tiers du PAII (1977) et le nombre généralement plus limité de règles régissant les CANI, est un élément important dans le recours accru au DIC pour régir la conduite des hostilités, spécialement dans les CANI, et ainsi protéger toutes les personnes qui ne prennent pas part aux conflits armés.

De plus, rappelons que le DIH regroupe non seulement les CGI–IV (1949) et leurs PAI–II (1977), mais aussi plusieurs autres traités qui contiennent eux aussi des règles recoupant autant celles de DIC que celles contenues dans les CG et leurs Protocoles. Dans ce contexte, il est particulièrement difficile de classer la pratique générée par des États qui ne sont pas parties aux traités contenant la

---

[576] Henckaerts (2007), *supra* note 538 à la p 480.

[577] Voir le commentaire américain sur le fait que la ratification universelle n'emporte pas que toutes les règles soient coutumières, puisqu'il est possible qu'un État ait ratifié en ayant la conviction qu'en l'absence de traité, aucune règle ne régirait cette situation : Bellinger / Haynes (2007), *supra* note 427 à la p 446 à la n 6.

règle similaire à la règle de DIHC que l'on tente d'établir. Déjà, l'utilisation du terme « non-partie » porte à confusion : un État ne peut pas être partie à une règle coutumière, il ne peut être partie qu'à un traité. L'adéquation entre les deux sources n'est donc pas symétrique, la règle de l'une n'étant pas le miroir de l'autre. C'est en tout cas le point qu'a soulevé le CICR en réponse aux États-Unis qui ont argumenté que le poids accordé à la pratique négative (dans le sens de contraire, et non dans le sens d'abstention) des « États non parties aux traités pertinents » dans l'Étude sur le DIHC n'est pas approprié[578]. Le CICR répond en donnant l'illustration suivante : les États-Unis n'ont pas ratifié le PAI, mais sont parties aux CGI–IV ainsi qu'au PAII amendé de la CAC (1980) qui s'appliquent aux CAI et aux CANI, et qui incluent certaines dispositions que l'on retrouve aussi au PAI (1977), au sujet, par exemple, des restrictions générales à l'emploi de mines, pièges et autres dispositifs. Le CICR affirme que:

> *while the United States has not supported the principle of distinction, the prohibition of indiscriminate attacks and the principle of proportionality through ratification of Additional Protocol I, it has supported these rules inter alia through ratification of Amended Protocol II to the CCW, which applies in both international and non-international armed conflicts.*[579]

Dans ce contexte, il devient plus difficile de dire si la pratique américaine relative aux méthodes et moyens de guerre est faite en tant que 1) État non-partie au PAI ou 2) État partie au PAII amendé de la CAC (1980).

Cette situation illustre l'un des aspects de la complexité de la relation entre DIHC et DIH conventionnel. Les prochaines sections se concentrent sur les CGI–IV (1949) et analysent tout d'abord les cas de figure dans lesquels une règle conventionnelle peut refléter une règle de DIC comme le propose le Projet de conclusions. Tout d'abord, la prémisse est posée que, pour les dispositions des CGI–IV (1949) qui constituent une règle de DIC existante à la date de la conclusion du traité, l'*opinio juris* est simplement avérée (3.4.4.1). Nous explorons ensuite la possibilité d'une présomption *d'opinio juris* pour les dispositions des Conventions qui ont soit abouti à la cristallisation

---

[578] Bellinger / Haynes (2007), *ibid* à la p 444 : « [*A*]*lthough the Study acknowledges in principle the significance of negative practice, especially among those States that remain non-parties to relevant treaties, that practice is in important instances given inadequate weight*. ».

[579] Henckaerts (2007), *supra* note 538 à la p 481.

d'une règle de DIC ayant commencé à émerger avant la conclusion du traité, soit engendré une nouvelle règle de DIC (3.4.4.2). La dernière section revient sur l'utilisation des traités comme moyens auxiliaires de détermination du droit, en examinant l'approche adoptée par le CICR dans l'Étude sur le DIHC (3.4.4.3).

3.4.4.1 Une opinio juris *avérée lorsque les dispositions des GC codifient du DIHC préexistant*

En reprenant le premier des trois scénarios posés au Projet de conclusions de la CDI sur le DIC[580], on peut tout d'abord se demander dans quelle proportion les CGI–IV (1949) ont « codifié une règle de droit international coutumier existante à la date de la conclusion du traité », ou autrement dit, dans quelle proportion elles sont déclaratoires de droit coutumier. Car à partir du moment où il est démontré que l'ensemble des CGI–IV (1949) a une valeur coutumière, l'examen de l'influence de celles-ci sur le développement de règles de DIC après leur adoption devient secondaire. De plus, les arguments relatifs à la force contraignante de l'accord ne sont plus utiles, les dispositions étant opposables à tous, en tout temps et sans qu'il soit possible de s'y objecter pour des motifs relevant, par exemple, de la souveraineté des États ou de la réciprocité immédiate entre les parties.

Meron s'est attardé à cette question de la valeur coutumière des CGI–IV (1949)[581] ; s'il attribue une valeur coutumière intégrale aux CGI, CGII et CGIII (1949) en s'appuyant sur les *Conventions de Genève* de 1929, il reconnaît que ce ne sont pas toutes les dispositions de la CGIV (1949) qui ont ce statut[582]. Affirmant que le *Règlement de La Haye* (1907), qui lui est coutumier, fournit une fondation solide pour bâtir le contenu coutumier de la CGIV (1949), Meron y identifie une série d'articles dont le cœur, quoique pas nécessairement le langage spécifique et les détails, incarne le droit coutumier[583].

---

[580] CDI, DIC Projet de conclusion 11 (2018), *supra* note 394.

[581] Theodor Meron, *War Crimes Comes of Age: essays*, Oxford, OUP, 1998, chap VII « Geneva Conventions as Customary International Law » aux pp 154–174 [Meron (1998)]. Voir aussi Meron (1987), *supra* note 556.

[582] *Contra* Commission Éthiopie-Érythrée, *Prisonniers de guerre : Réclamation de l'Éthiopie*, sentence partielle, décision nº 4 (2003) reproduit dans *Recueil des sentences arbitrales* vol 26 pp 73–114 aux pp 86– 87 aux paras 30–31, en ligne, Nations Unies : <https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVI/73-114.pdf> [Commission Éthiopie-Érythrée, décision nº 4 (2003)] attribue une valeur coutumière à l'ensemble des CGI–IV (1949). Toutefois, puisque la Commission ne s'est livrée à aucune démonstration, nous préférons retenir l'analyse plus nuancée proposée par Meron.

[583] Meron (1998), *supra* note 581 aux pp 159–164 [notre traduction]. Nommément, pour la CGIV (1949) // Règlement de La Haye (1907) à l'art 53 // aux arts 23(g) et 46 (destructions interdites) ; à l'art 51 // aux arts 23(h) et 52 (enrôlement) ; à l'art 31 // aux arts 23(h) et 44 (contrainte) ; à l'art 32 // à l'art 46 (torture et sévices corporels) ; à l'art 27 // art 46 (traitements) ; aux arts 18 et 20 // à l'art 27 (hôpitaux civils) ; à l'art 33 (peines collectives, pillage,

Il conclut donc que ce n'est pas l'entièreté de règles contenues dans la CGIV (1949) qui étaient coutumières au moment de son adoption.

Pour ces règles qui ne constituent pas une codification du DIHC, et donc pour lesquelles il n'y a nul besoin de présumer de l'*opinio juris* puisqu'il est simplement possible de la dégager des faits et gestes des États, il y a donc lieu de se pencher sur les deuxième et troisième scénarios posés au Projet de conclusions, en cherchant à savoir dans quelle mesure certaines dispositions de la CGIV (1949) ont soit « abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier qui avait commencé à émerger avant la conclusion du traité » ou « servi de point de départ à une pratique générale » de façon à engendrer une nouvelle règle de DIC. À l'instar de Meron, qui décrit de façon générale cette situation comme étant le passage des règles énoncées dans les CG dans le droit coutumier de façon subséquente à l'adoption des conventions[584], nous choisissons ici de traiter ensemble le cas de la cristallisation et de la création de nouvelles règles.

3.4.4.2 Une opinio juris *présumée lorsque les dispositions des CG engendrent des règles de DIHC en formation*

Le succès inégalé des CGI–IV (1949) rend les scénarios de la cristallisation ou de la nouvelle production particulièrement intéressants, soulevant la question du potentiel effet sclérosant de la ratification massive. Ce phénomène désormais connu sous le nom du paradoxe de Baxter se définit comme suit : plus le nombre de parties à un traité augmente, plus il devient difficile de démontrer quel est l'état du DIC à l'extérieur du traité[585]. En d'autres mots, à la façon des vases communicants, le nombre d'États non parties desquels émane la pratique pertinente pour le développement et l'établissement du DIC diminue au fur et à mesure que ces États rejoignent les rangs des parties ayant ratifié un traité contenant des règles ayant la même teneur que les règles coutumières en formation : si tous les États deviennent parties à un traité, il ne reste plus d'États non parties pour contribuer à la pratique constitutive de droit coutumier. Avec les CGI–IV (1949), cela voudrait dire que la porte est désormais fermée à un développement subséquent du DIHC. Cependant, pour

---

représailles) // aux arts 28 et 47 (pillage), 46 (peine collective, représailles) et 50 (représailles) ; à l'art 34 // à l'art 50 (prise d'otage). L'art 65 CGIV (1949) (garanties judiciaires) est aussi mentionné, sans consécration explicite de son statut coutumier, mais plutôt en s'appuyant sur les PG de droit reconnus : Meron (1998), *ibid* aux pp 161–162.

584 Meron (1998), *ibid* aux pp 160, 164 et suiv [notre traduction].

585 Richard R. Baxter, « Treaties and Custom » (1970) 129 RCADI 27–104 à la p 64 [Baxter (1970)].

Crawford[586] et pour Meron[587], il ne s'agit pas là d'un paradoxe insoluble. Selon ce dernier, une participation massive à un traité multilatéral serait constitutive de DIC[588]. Il développe ensuite sur la distinction initialement soulignée par Cheng[589] entre l'*opinio juris conventionalis* et l'*opinio juris generalis* pour affirmer que : « *the possibility that a party to the Geneva Conventions may be motivated by the belief that a particular course of conduct is required not only contractually but by the underlying principles of humanity is not far-fetched* »[590] .

En mettant de côté pour l'instant ce que nous considérons comme un glissement entre le droit coutumier et les principes généraux de droit reconnus via l'évocation du principe d'humanité[591], cette idée de Meron que les technicalités du DIC puissent être reléguées à un second plan lorsque sont en cause des dispositions largement ratifiées et contenues dans des traités humanitaires et des droits de la personne[592] fait écho en partie à la proposition de Crawford à laquelle nous nous rallions. Cette proposition a pour but de créer une présomption d'*opinio juris* à partir d'une participation massive à un traité[593]. Bien que nous ne voyions pas une démonstration des plus convaincantes dans la décision de la Commission des réclamations Éthiopie-Érythrée[594] sur laquelle Crawford s'appuie, nous considérons que certains aménagements dans l'approche traditionnelle du DIC selon l'établissement des deux éléments constitutifs existent déjà, comme l'instauration d'une présomption d'o*pinio juris generalis* lorsque tous les membres de la communauté internationale participent à un traité multilatéral, comme c'est le cas avec les CGI–IV (1949). Tout comme pour les résolutions de

---

[586] John Crawford, « Making Law by Treaty » (2013) 365 RCADI 90–112 [Crawford (2013)].

[587] Meron (1998), *supra* note 581 à la p 164.

[588] *Ibid* aux pp 165–166, citant CIJ, Plateau continental (Mer du Nord) (1969), *supra* note 342 au para 73 : « En ce qui concerne les autres éléments généralement tenus pour nécessaires afin qu'une règle conventionnelle soit considérée comme étant devenue une règle générale de droit international, il se peut que, sans même qu'une longue période se soit écoulée, une participation très large et représentative à la convention suffise, à condition toutefois qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés. ».

[589] Bin Cheng, « Custom: The Future of General State Practice in a Divided World » dans Ronald Macdonald et Douglas Johnston, dir, *The Structure and Process of International Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1986, p 513–554 aux pp 532–533 [Cheng (1983)].

[590] Meron (1998), *supra* note 581 à la p 167.

[591] *Infra* chap 4.

[592] Meron (1998), *supra* note 581 à la p 168.

[593] John Crawford, « Making Law by Treaty » (2013) 365 RCADI 90–112 à la p 109 au para 167. Voir aussi Hugh Thirlway, « Professor Baxter's Legacy: Still Paradoxical? » dans Samantha Besson, Jean d'Aspremont, Jan Klabbers et Christian Tams, dir, *ESIL Reflections* 6 (2017) 3, plus spécialement aux pp 6–7.

[594] Commission Éthiopie-Érythrée, décision n° 4 (2003), *supra* note 582.

l'AG[595], l'*opinio juris* qui émane d'une ratification universelle est une expression forte de la volonté des États. Il est toutefois essentiel de mentionner qu'elle n'existe pas en vase clos et n'est pas irréfragable. Son évaluation doit en effet s'inscrire dans la méthodologie des deux éléments et le poids qui lui est accordé variera selon les autres éléments mis en preuve, par exemple les attitudes et pratiques des États face à la règle coutumière à laquelle ils sont également liés conventionnellement.

3.4.4.3 L'assouplissement proposé dans l'Étude sur le DIHC quant à l'utilisation des traités pour déterminer le droit coutumier

Dans l'Étude sur le DIHC, le CICR utilise comme moyen auxiliaire de détermination du DIC les règles contenues dans les traités de façon plus souple que ce que propose, par exemple, la CDI dans son Projet de conclusions[596]. Déjà, le CICR aborde les développements récents du DIH sous un angle holistique, que ce soit en soulignant que tous les traités de DIH conclus depuis 1996 s'appliquent aux CAI comme aux CANI, ou en mentionnant la compétence élargie aux CANI des instances pénales internationales comme celles pour l'ex-Yougoslavie, le Rwanda et la Sierra Leone, en plus de la CPI[597]. Cette approche vient nourrir le rapport entre le DIH conventionnel et le DIH coutumier ; plus précisément, elle met en avant une fonction complémentaire supplétive (*gap-filling*)[598] pour le DIC dans le but de réduire l'écart (juridique) entre CAI et CANI, comme en témoigne le passage suivant de la réponse du CICR aux États-Unis par rapport à l'Étude sur le DIHC :

> *State practice and customary humanitarian law have thus filled important gaps in the treaty law governing non-international armed conflicts. The divide between the law on international and non-international armed conflicts, in particular concerning the conduct of hostilities, the use of means and methods of warfare and the treatment of persons in*

---

[595] *Supra* section 3.2.

[596] CDI, DIC Projet de conclusion 11 (2018), *supra* note 394.

[597] Henckaerts (2007), *supra* note 538 à la p 486 : « *Indeed, developments of international humanitarian law since the wars in the former Yugoslavia and Rwanda point towards an application of many areas of humanitarian law to non-international armed conflicts. For example, every humanitarian law treaty adopted since 1996 has been made applicable to both international and non-international armed conflicts*. […] *The criminal tribunals and courts set up, first for the former Yugoslavia and Rwanda and later for Sierra Leone, deal exclusively or mostly with violations committed in non-international armed conflicts. Similarly, the investigations and prosecutions currently under way before the International Criminal Court are related to violations committed in situations of internal armed conflict*. ».

[598] Voir *infra* section 4.3, pour une application de la fonction complémentaire supplétive des PG de droit reconnus par rapport aux sources du DIP.

> *the power of a party to a conflict, has largely been bridged. But this is not to say that the law on international and non-international armed conflicts is now the same*.[599]

Même si le CICR mentionne expressément que cette approche n'équivaut pas à considérer que tout le DIH s'applique aux CAI ainsi qu'aux CANI indistinctement, cela ouvre la porte à l'utilisation de règles contenues dans un traité applicable aux CAI comme un raccourci vers la règle de DIHC dans les CANI, sans nécessairement passer par l'examen de la pratique et de l'*opinio juris*, ce que tente justement de proscrire le Projet de conclusions de la CDI. À preuve, on retrouve dans l'introduction de l'Étude sur le DIHC les propos suivants :

> Le bon sens voudrait que ces règles [spécifiques concernant les principes de distinction et de proportionnalité contenues au PAI] — et les limites qu'elles imposent à la manière dont la guerre est conduite — s'appliquent également dans les conflits armés internationaux et non internationaux.[600]

Sans aller jusqu'à affirmer que la quête du « bon sens » l'a emporté sur une mise en œuvre vigoureuse de la méthodologie du DIC généralement reconnue, il faut reconnaître que cette évocation s'approche plus des considérations propres au droit naturel que celles de la conception volontariste positiviste qui infusent encore, malgré des aménagements, la conception de l'ordre international et de la théorie des sources.

3.5 En résumé

L'approche traditionnelle du droit international coutumier selon la mise en preuve des deux éléments constitutifs que sont l'*usus* et l'*opinio juris* n'est toujours pas tombée en désuétude, de façon telle qu'il n'y a presque aucune analyse ou exercice de détermination de la coutume en droit international dans laquelle elle n'est pas appliquée en tout en ou partie, ou à tout le moins évoquée. La rigidité générale de cette approche est cependant en décalage avec la réalité du processus de détermination du DIC. Cette rigidité est un problème qui affecte particulièrement, mais pas uniquement, le DIH,

---

[599] Henckaerts (2007), *supra* note 538 à la p 487.

[600] Étude sur le DIHC, *supra* note 7, aux pp xlii et xliii [notre soulignement]. Les PA I et/ou II sont en effet très sollicités dans l'Étude : dans la section « traité » de la base de données colligeant la pratique documentant les règles de DIHC, en excluant les règles visant l'utilisation des armes prohibées (R72–86), il y a moins de 20% des règles qui ne contiennent par référence au PAI ou au PAII (que ce soit dans sa forme finale ou son ébauche), soit 29 règles sur un total de 161.

comme il en ressort de l'examen des contributions de certaines institutions non étatiques telles que la CDI, la CIJ et le CICR. En effet, lorsque sont en cause des règles qui visent la dignité et la sécurité de la personne humaine (règles de DIH donc, mais aussi des droits de la personne), il n'est pas rare de voir un autre décalage entre ce à quoi les États s'engagent et ce qu'ils font réellement. L'approche orthodoxe du DIC selon les deux éléments constitutifs n'est pas conçue pour intégrer les effets de cette disparité entre ces données distinctes. Dans le présent chapitre, nous avons démontré qu'une application différenciée de l'approche traditionnelle répond plus adéquatement à cette réalité, en diminuant, par exemple, le poids accordé aux pratiques qui s'apparentent ou qui constituent des violations des règles visant la protection de la personne humaine, et en augmentant le poids accordé aux déclarations des États. De façon plus générale, le recours à la pratique verbale devant la difficulté accrue en DIH de documenter les pratiques matérielles (en raison de la nature même du sujet réglementé et de la place importante que joue l'inaction dans la mise en œuvre de ce droit) constitue une modulation qui serait bénéfique au DIH, au DIP et au régime des sources, sans entamer fatalement l'intégrité du système. L'autre application différenciée mentionnée dans ce chapitre va dans le sens d'une prise en considération des groupes armés non étatiques dans la méthodologie de détermination du DIHC. Chacun de ces éléments de différenciation va dans le sens d'une atténuation, plutôt que d'une exacerbation, des difficultés d'application de l'approche traditionnelle du DIC appliquée au droit international humanitaire. À cela s'ajoute l'influence particulière des CGI–IV (1949) et des PAI–II (1977) sur le développement du DIHC. Nous avons démontré que si les dispositions conventionnelles codifiant du DIC préexistant ne posent pas de problème majeur, l'application de la méthodologie des deux éléments constitutifs peut être plus difficile lorsque les traités engendrent eux-mêmes des règles de droit coutumier subséquemment à la ratification conventionnelle lorsque celle-ci est universelle, comme c'est le cas avec les CGI–IV (1949). Le Projet de conclusions de la CDI sur le DIC propose de limiter la confusion entre une règle de DIC et une règle homologue conventionnelle en disposant qu'il est possible qu'une règle énoncée dans un traité reflète une règle coutumière, mais que cela n'est pas automatique et qu'une analyse de chaque cas d'espèce est nécessaire. Lorsqu'on compare cette proposition de la CDI à la façon dont le CICR s'appuie sur les PAI–II (1977) dans l'Étude sur le DIHC, nous constatons que le CICR sollicite de façon plus libérale les conventions que ce que la CDI propose.

Cette analyse nous amène à conclure qu'une application différenciée de l'approche des deux éléments constitutifs du DIC serait particulièrement bénéfique à la mise en œuvre du DIH, dans le sens d'une protection accrue de la vie humaine, mais aussi en faveur du maintien de l'intégrité du système juridique général auquel ce droit appartient. Nous ne concevons toutefois pas que les aménagements proposés ici constituent une solution miracle qui comble toutes les lacunes du DIHC[601]. La modulation de l'approche traditionnelle du droit international coutumier est en effet une proposition relativement modeste qui n'est fructueuse que lorsque combinée à un aménagement équivalent des autres sources : un aménagement qui prend la forme d'une prise en compte de la valeur ajoutée qu'ont certains moyens auxiliaires de détermination en tant que sources subsidiaires persuasives, comme le démontrera la seconde partie de la thèse ; ainsi qu'un aménagement dans la conception des principes généraux de droit reconnus pour répondre aux réalités humanitaires des conflits armés contemporains tout en maintenant la logique inhérente au système général qu'est le droit international public : c'est à ces démonstrations qu'est consacré le quatrième chapitre qui clôture cette première partie.

[601] Voir van Steenberghe (2017), *supra* note 241 aux pp 898–899, qui utilise l'expression « *silver bullet* » dans le contexte du DIC en DIH et en droit international pénal.

Chapitre 4 <Les caractéristiques spéciales du DIH dans l'application des principes généraux de droit reconnus par les nations>

In the absence of general principles, international law would be nothing but the law of consent and auto-limitation of States.[602]

Les principes généraux de droit reconnus par les nations (« PG de droit reconnus ») qu'on retrouve à l'article 38(1) *c*) en tant que source du droit international sont controversés à plusieurs niveaux, autant par rapport à leur existence et à leur rôle, qu'en ce qui a trait au sens qui leur est attribué[603]. À un bout du spectre, et de la même façon qu'il existe un courant doctrinal niant l'existence des sources, on retrouve un pan de la doctrine qui conteste l'existence même des PG de droit reconnus en tant que source juridique autonome. Ce courant les assimile, par exemple, à la coutume[604], affirme qu'ils n'apportent rien qu'on ne retrouve déjà dans ce qui a été adopté conventionnellement par les États et reconnu dans la pratique étatique[605], ou les conçoit plutôt comme une technique argumentative de détermination du droit (c'est-à-dire un mode d'interprétation)[606].

---

[602] Christina Voigt, « The Role of General Principles in International Law and their Relationship to Treaty Law » (2008) 31 Retfærd årgang 3–25 à la p 6 [Voigt (2008)].

[603] Voir de façon générale Carreau / Marrella (2012), *supra* note 314 pp 325–330, incluant la bibliographie sommaire. Pour un état des publications au sujet des principes généraux en droit international, voir Besson (2010), *supra* note 25 à la p 21 n 8, où sont cités une série d'ouvrages traitant du sujet, parmi lesquels on retrouve les contributions de Gaja, Kolb, Ascensio, Jouannet, Degan, Pellet, Tunkin, Verdross, Sorensen, Fitzmaurice et Cheng.

[604] P. ex. Georges Scelle, *Manuel de droit international public, manuel élémentaire avec les textes essentiels*, Paris, Domat-Montchrestien, 1944 à la p 400 ; Paul Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, Georg, 1953 à la p 152 ; Herman Meijers, « How Is International Law Made?: the Stages of Growth of International Law and The Use of Its Customary Rules » (1978) 9 NYIL 3–26 à la p 3 : « [*T*]*he third primary source of law mentioned in Art. 38 of the Statute of the International Court of Justice – 'the general principles of law recognized by civilised nations' – can, if one so wishes, be reckoned as falling within customary law*. » ; Jan Klabbers, *International Law*, Cambridge, CUP, 2013, p 35, avec le concept des PG de droit reconnus comme un '*custom lite*' : « [*T*]*hey are rules which are perhaps a bit more 'necessary'* […] *than other rules, and for which therefore there would apply less strict demands on state practice and* opinio juris » ; Thomas Kleinlein, « Customary International Law and General Principles: Rethinking their relationship » dans Brian D. Lepard, dir, *Reexamining Customary International Law,* Cambridge, CUP, 2017 aux pp 131–158 [Lepard (2017)].

[605] Humphrey (1962), *supra* note 445, au chap 4 «The 'Common Law' of the International Community: General Principles of Law » pp 55–69.

[606]Jean d'Aspremont, « What Was Not Meant to Be: General Principles of Law as a Source of International Law » dans Riccardo Pisillo Mazzeschi et Pasquale De Sena, dir, *Global Justice, Human Rights, and the Modernization of International Law* (2018) Leiden, Brill aux pp 18–25, disponible en ligne SSRN : <https://ssrn.com/abstract=3053158> [D'Aspremont (SSRN 2018)].

Il est en effet pour le moins surprenant que dans le manuel de la CIJ — qui consacre un chapitre aux traités et conventions, un à la coutume, un aux décisions judiciaires ainsi qu'un autre à la disposition *ex aequo et bono* (qui n'a encore jamais été utilisée) —, il n'y ait aucune mention des principes généraux de droit reconnus[607]. Ce n'est toutefois pas suffisant pour rejeter en bloc l'existence même de ceux-ci. En effet, il est difficile de nier que les PG de droit reconnus sont inclus dans le *Statut de la CIJ* en tant que sources à l'article 38. Nous ne situons donc pas le problème dans l'existence même des principes généraux, mais bien dans la définition de leur fonctionnement et de leur rôle.

Comme le rapportent Yotova[608] et Cheng[609], les travaux préparatoires ayant mené à l'article 38(1) *c*) nous apprennent que les termes « *recognised rules of international law* », « *principles of justice* », « *the principles of the law of nations* », « *general principles of law and equity* » et « *rules of international law as recognized by the legal conscience of civilized nations* » ont tous été présentés à un moment ou à un autre des négociations, et ce, pour référer au même concept. S'il est vrai que la référence à « la conscience juridique des peuples civilisés », qu'on retrouvait initialement dans la proposition de Descamps[610], n'apparaît plus après l'amendement Root-Phillimore[611], sa mention au moment des négociations justifie de situer les PG de droit reconnus dans un spectre assez large quelque part entre la filiation consubstantielle aux droits nationaux et la perspective plus ouverte côtoyant le jusnaturalisme. Abi-Saab va dans le même sens, lorsqu'il affirme que :

---

[607] Le manuel de la CIJ est destiné à faciliter une meilleure compréhension pratique des faits qui concernent l'histoire, la composition, la compétence, la procédure et la jurisprudence de cette institution: La Cour internationale de Justice, *Manuel*, La Haye, 5e éd, 2004 aux pp 95–98 [Manuel de la CIJ].

[608] Rumiana Yotova, « Challenges in the Identification of the 'General Principles of Law Recognized by Civilized Nations': The Approach of the International Court » (2017) 3:1 CJCCL 269–325 aux pp 286 et suiv [Yotova (2017)].

[609] Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Court and Tribunals*, Cambridge, Grotius (Classic Reprint Serie) 1987 aux pp 10–13 pour une explication des différents points de vue mis de l'avant dans les négociations diplomatiques du Statut de la CPJI (1920) [Cheng (1987)].

[610] Au sujet du rattachement des PG de droit reconnus aux notions fondamentales de justice, et accessoirement à l'équité, qu'opère Descamps, voir CPJI (Comité consultatif de juristes), *Procès-verbaux des séances du comité avec annexes* (1920), aux pp 324–325 [CPJI, PV (1920)]. Voir aussi Frances T. Freeman Jalet, « The Quest for General Principles of Law Recognized by Civilized Nations: A Study » (1963) 10 UCLA LR 1041–1086 à la p 1073 ; Yotova (2017), *supra* note 608 à la p 288 : « *Descamps accordingly concluded that 'it is impossible to disregard a fundamental principle of justice in the application of law, if this principle clearly indicates certain rules, necessary for the system of international relations, and applicable to the various circumstances arising in international affairs'. This statement indicates the understanding that the principles referred to in the draft statute were those applicable on the international plane, which was reinforced in the debates that followed*. ».

[611] Du nom des deux délégués ayant proposé, en juillet 1920, une ébauche de 62 articles pour le Statut de le CPJI (désormais connu sous le nom du *Root-Phillimore Plan*) : CPJI, PV (1920), *ibid*.

> La formule ['les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées'] est le résultat d'un compromis entre les positivistes volontaristes qui voulaient limiter les sources formelles aux deux premières et les naturalistes qui voulaient puiser des règles supplémentaires dans 'la conscience juridique des peuples'.[612]

Du côté des naturalistes, l'évocation de l'équité sous-entendue dans les principes généraux de droit reconnus permettait une plus grande proximité avec un pouvoir discrétionnaire accordé aux juges de décider selon la *lex ferenda*, voire d'accorder à ces juges un pouvoir législatif[613]. Il y a lieu de clarifier ici la distinction entre l'application des PG de droit reconnus et la faculté (conditionnée au consentement des parties) pour la CIJ de statuer en équité *ex aequo et bono*[614]. Cette dernière est prévue à l'article 38(2) de son Statut, et elle n'a jamais été utilisée bien qu'elle fût mentionnée à quelques reprises dans ses décisions[615]. Lorsque les parties l'autorisent, son utilisation n'est pas limitée à l'application rigoureuse des règles existantes. En comparaison, le recours aux PG de droit reconnus n'affranchit en effet pas de l'obligation de se tenir à l'intérieur des limites du droit. Cela étant dit, dans les cas d'application des PG de droit reconnus comme dans les cas des jugements *ex aequo et bono*, la CIJ doit toujours « prendre soin de ne pas outrepasser les normes de la justice ni d'autres normes d'équité ou de raison acceptées par la communauté internationale »[616]. Or, certaines de ces normes se retrouvent dans les PG de droit reconnus sans nécessairement être passées par le collimateur de la coutume ou du traité. Cela veut donc dire que même en situation de jugement en équité, les PG de droit reconnus trouveraient encore leur place. Cela met aussi les PG de droit reconnus dans la position de faire le lien entre les règles de droit existantes et les règles d'équité qui ne sont ni coutumières ni conventionnelles.

---

612 Abi-Saab (1994), *supra* note 57 à la p 65. Comparer avec ONU, CDI (Marcelo Vázquez-Bermúdez), *Premier rapport sur les principes généraux du droit*, Doc off CDI NU, 71e sess, Doc A/CN.4/732 (2019) au para 109 [CDI, PG Premier rapport (2019)] : « [L]es travaux préparatoires apportent d'importantes précisions quant aux origines des principes généraux du droit. D'une part, les membres du Comité consultatif de juristes admettaient globalement que les principes généraux du droit pouvaient découler de principes de droits nationaux. D'autre part, le Comité n'excluait pas la possibilité que les principes généraux du droit soient également puisés ailleurs. ».

613 CPJI, PV (1920), *supra* note 610 à la p 295, pour les discussions autour de la proposition des États scandinaves et neutres qui désiraient permettre à la Cour de décider ce qui, selon elle, devrait être la règle de droit international applicable en l'espèce.

614 Voir généralement Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Londres, Longman, 1927, aux pp 68 et suiv [Lauterpacht (1927)]. Voir aussi CDI, PG Premier rapport (2019), *supra* note 612 au para 109.

615 P. ex. CIJ, Plateau continental (Mer du Nord) (1969), *supra* note 342 à la p 47 ; CIJ, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c Malte)*, requête à fin d'intervention, [1984] CIJ Rec 3 ; CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso c Niger)* [2013] CIJ Rec 44 [CIJ, Burkina Faso (2013)], comme rapporté dans le manuel de la CIJ, *supra* note 607 à la p 99.

616 Manuel de la CIJ, *ibid*.

Aussi, avant d'entamer l'analyse des PG de droit reconnus, nous désirons attirer l'attention sur un élément qui fait généralement consensus, c'est-à-dire l'obsolescence d'utiliser le qualificatif « civilisés » pour identifier les États dont la reconnaissance compte aux fins de l'article 38(1) *c*). Il est dorénavant généralement reconnu qu'il s'agit d'un legs historique aujourd'hui obsolète :

> La discrimination entre nations civilisées et nations non civilisées […] est le legs de l'époque révolue du colonialisme et du temps périmé où un nombre restreint de puissances établissaient les règles conventionnelles ou coutumières d'un droit européen appliqué vis-à-vis de l'ensemble de la communauté des nations.[617]

L'article 38 parle en effet des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». D'emblée, nous n'adoptons pas une interprétation littérale de ce que constitue la reconnaissance par les « nations civilisées », en y attribuant plutôt le sens de « tous les États pacifiques »[618], sans référence au degré de civilisation ou de barbarie de celles-ci. Cette dernière notion qualifiée de malencontreuse[619] et d'anachronique[620] semble en effet attachée au langage ayant cours à une époque maintenant révolue des gouvernements coloniaux et des peuples colonisés. Elle a évoqué pendant un certain temps plutôt le clivage entre pays développés et pays en développement[621], révélant ainsi une entorse majeure au principe fondamental de l'égalité souveraine de tous les États[622]. Aujourd'hui, ces États participent à la constatation ou à l'élaboration des principes généraux

---

[617] CIJ, *Plateau continental (Mer du Nord)* (1969), *supra* note 342, opinion individuelle du juge Ammoun, pp 101–154 à la p 133 [CIJ, Plateau continental (Mer du Nord) (1969) Ammoun].

[618] Cette interprétation s'aligne avec le langage utilisé dans la Charte des Nations Unies lorsque sont définis les États qui peuvent devenir membres de l'organisation : art 4(1) : « Peuvent devenir Membres des Nations Unies tous autres États pacifiques qui acceptent les obligations de la présente Charte et, au jugement de l'Organisation, sont capables de les remplir et disposés à le faire. » ; à l'appui de cette interprétation, voir Hermann Mosler, « To What Extent Does the Variety of Legal Systems of the World Influence the Application of the Geneva Principles of Law within the Meaning of Article 38 (1) (c) of the Statute of the ICJ », dans Institut Asser, dir, *International Law and the Grotian Heritage*, La Haye, 1985, pp 173–185 à la p 174 ; *contra* Tomuschat (1993), *supra* note 364, « General principles of law » 311–324 à la p 319.

[619] Carreau / Marrella (2012), *supra* note 314 à la p 326.

[620] CIJ, *Plateau continental (Mer du Nord)* (1969) Ammoun, *supra* note 617 à la p 134.

[621] Voir MPEPIL (Giorgio Gaja) *sub verbo* « General Principles of Law » (2013) au para 2 [MPEPIL, GP of Law] et Timothy F. Yerima, « Revisiting the Interaction of the Trilogy of Sources of International Law » (2014) 27 JLPG 41–51 à la p 48.

[622] Voir de façon générale CDI, PG premier rapport (2019), *supra* note 612 aux paras 176–187.

de droit, malgré le fait qu'ils ne faisaient pas partie du « concert restreint des États légiférant, jusqu'aux premières décades du XXe siècle, pour l'ensemble de la communauté internationale »[623].

Comme nous l'apprennent Carreau et Marrella, qui affirment que l'article 38(1) *c*) doit se lire amputé de son dernier membre de phrase, c'est à travers sa qualité étatique sans aucune coloration particulière qu'une collectivité déterminée acquiert son intégration dans la « civilisation »[624]. C'est en outre dans cette direction que se sont inscrites les opinions séparées émises par les juges de la CIJ Krylov[625] et Ammoun[626]. Ce dernier a proposé d'omettre le qualificatif « civilisées » et de se contenter des termes « les principes généraux de droit reconnus par les nations » ou tout simplement « les principes généraux du droit », affirmant que « même les juristes et même les étudiants en droit ne s'y tromperaient pas »[627]. Il a aussi indiqué qu'il s'agissait là d'une solution temporaire « en attendant que la révision du Statut de la Cour ou de certaines de ses dispositions soit mise sur le chantier ». Or, ledit chantier qui s'est échafaudé à l'Assemblée générale de 1971[628] n'a pas donné lieu à une modification de l'article 38(1) *c*), malgré la proposition de retirer la référence aux « nations civilisées » faite par le Guatemala et le Mexique[629].

---

623 CIJ, *Plateau continental (Mer du Nord)* (1969) Ammoun, *supra* note 617 aux pp 133–134.

624 Carreau / Marrella (2012), *supra* note 314 à la p 326 ; Elena Carpanelli, « General Principles of International Law: Struggling with a Slippery Concept » dans Laura Pineschi, dir, *General Principles of Law: The Role of the Judiciary*, Heidelberg, Springer, 2015, 125–143 à la p 126 [Carpanelli (2015)]. Voir aussi Bassiouni qui reconnait qu'à l'ère post-Charte des Nations Unies, il existe une présomption que tous les États membres sont « civilisés » : M. Cherif Bassiouni, « A Functional Approach to 'General Principles of International Law' » (1990) 11 MJIL 768–818 à la p 768 (voir aussi aux pp 783–784) [Bassiouni (1990)]. Pour le maintien de cette référence aux nations civilisées, interprétée toutefois comme étant relatif au concept du pacifisme : Tomuschat (1999), *supra* note 364 aux pp 337–338 au para 46 : « [T]*he phrase has acquired an entirely new meaning over the last decades*. […] *It must be ensured that* [nations which may have had an enviable record in the past and may fall back into barbarism and crime] *have no impact on the common standard of civilization*. […] *General principles are not confined to the lowest common level they are based on the community of nations which remains attached to the ideals proclaimed in the Charter of the United Nations and does indeed comply with those ideals*. ».

625 Voir son opinion dissidente dans l'affaire des *dommages subis au service des Nations Unies* où est omis le terme « civilisées », ce qui s'aligne aussi avec les propos qu'il a tenus lors de son cours à l'Académie de droit international de La Haye en 1947 contre le traitement arbitraire à l'encontre des « États » indigènes : CIJ, *Affaire* des *dommages subis au service des Nations Unies*, [1949] CIJ Rec 1 à la p 449 , opinion dissidente juge Krylov, et Sergei Krylov « Les sources du droit international et les méthodes de réglementation internationale » (1947- I) 70 RCADI pp 415–435.

626 CIJ, *Plateau continental (Mer du Nord)* (1969) Ammoun, *supra* note 617 aux pp 133–135.

627 *Ibid* à la p 135.

628 ONU, AG, *Review of the Role of the International Court of Justice: Report of the Secretary General*, Doc. NU A/8382 (1971) aux paras 23–25.

629 MPEPIL, GP of Law, *supra* note 621 au para 2.

Avec cette dernière précision expliquant l'absence de l'expression « nations civilisées » dans le présent texte, nous débutons ce chapitre qui souligne les caractéristiques spéciales du DIH dans la détermination des PG de droit reconnus en tant source non écrite, en démontrant comment l'utilisation du principe d'humanité permet de faciliter l'identification de ces PG tels qu'ils sont définis à l'article 38. Pour ce faire, la clause de Martens est tout d'abord contextualisée comme étant une source matérielle du DIH (4.1), pour que soient ensuite abordés les différents modes d'identification et le contenu des PG de droit reconnus (4.2). Il est ensuite question de la filiation des PG de droit reconnus aux règles de droit privé (4.3), puis de leur rapport aux principes du droit international (4.4). C'est dans le cadre de cette section que la distinction entre principes du DIH et PG de droit reconnus est apportée (4.4.2) et qu'est proposée une démonstration à l'effet que le principe d'humanité (qui inclut les lois d'humanité et les considérations élémentaires d'humanité, et qu'on retrouve dans la clause de Martens) occupe une place particulière, celui-ci étant à la fois un principe du DIH et un PG de droit reconnu (4.4.3), abordant aussi le cas particulier des exigences de la conscience publique qui ne constituent pas à elles seules un PG de droit reconnu (4.4.3.3). Ce chapitre se termine avec une analyse des dispositions du *Statut de Rome* qui prévoit une référence aux principes établis du droit des conflits armés (4.5.1) ainsi qu'au cadre établi du droit international (4.5.2).

4.1 Le contexte : La clause de Martens, une source matérielle spécifique au DIH

En ce qui concerne les spécificités du DIH par rapport aux sources de ses règles, il est difficile de trouver un terrain d'analyse plus fertile que celui qu'offre la clause de Martens. Elle se lit comme suit dans sa formulation originale inscrite dans le préambule de la *Convention (II) de La Haye* de 1899 :

> 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, tel qu'ils résultent des usages établis, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique.[630]

[630] CII (1899), *supra* note 124 (préambule).

En plus d'avoir fait l'objet d'un nombre particulièrement important de publications[631], la clause de Martens est presque systématiquement mentionnée dans tous les manuels de DIH où l'on rappelle que c'est le délégué russe Fyodor Martens qui l'énonce pour la première fois en 1899 pour qu'elle devienne ensuite une partie du préambule de la *Convention II de La Haye*[632], puis de la *Convention IV de La Haye* (1907)[633], et qu'on la retrouve aujourd'hui sous des formes plus ou moins modifiées, dans plusieurs conventions[634], incluant dans les CGI–IV (1949)[635] ainsi que les PAI–II[636], en plus de se voir reconnaitre par des instances judiciaires internationales une valeur coutumière[637].

---

631 Voir p. ex. Giovanni Distefano et Étienne Henry, « Final Provisions, Including the Martens Clause » [Distefano / Henry] dans Andrew Clapham, Paola Gaeta et Marco Sassòli, dir, *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, OUP, 2015, aux pp 155–187 [Academy Commentary GCI-IV (2015)], plus spécialement à la p 179 au para 73 à la n 110, où sont mentionnés plusieurs ouvrages se penchant sur la clause de Martens, incluant ceux de Benvenuti, Bernstorff, Cassese, Daudet, Fleck, Meron, Pustagarov, Salter, Swinarski et Ticehurst, auxquels nous ajoutons, en ordre chronologique : Iain Scobbie, « Principle or Pragmatics? The Relationship between Human Rights Law and the Law of Armed Conflict » (2010) 14:3 JCSL 449–457; Emily Crawford, « The Modern Relevance of the Martens Clause » 11 *Sydney Law School Legal Studies Research Paper* 27, 2011, en ligne, SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1810177> ; Rotem Giladi, « The Enactment of Irony: Reflections on the Origins of the Martens Clause » (2014) 25:3 EJIL 847–869. Voir aussi le CICR, dans Commentaires GCI (2016), *supra* note 8 aux paras 3284–3301 (art 63), qui consacre une partie de son analyse à la clause de Martens ; les articles encyclopédiques de MPEPIL, (Jochen von Bernstorff) *sub verbo* « Martens Clause » (2009), et *Oxford Bibliographies Online* (Vaios Koutroulis) *sub verbo* « Martens Clause » (2013, rev 2017), en ligne : <https://www.oxfordbibliographies.com> ; ainsi que la bibliographie proposée par la bibliothèque du Palais de la paix sur le sujet, en ligne : <https ://www.peacepalacelibrary.nl/2017/08/the-martens-clause-a-new-library-special/>.

632 *Supra* note 124.

633 CIV (1907), *supra* note 124.

634 P. ex. Convention sous-munitions (2008), *supra* note 19 au préambule ; CAC (1980), *supra* note 246 au préambule. Voir aussi la Convention d'Ottawa (1997), *supra* note 91 au préambule : « Soulignant le rôle de la conscience publique dans l'avancement des principes humanitaires comme en atteste l'appel à une interdiction totale des mines antipersonnel » ; Statut de Rome, *supra* note 234 au préambule, qui réfère aux atrocités dont ont été victimes des millions d'enfants, de femmes et d'hommes au cours du XX^e^ siècle et qui « défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine » ; Conférence internationale des droits de l'homme, « Résolution relative au respect des droits de l'homme en période de conflit armé », Rés. XXIII, dans *Acte final de la Conférence internationale des droits de l'homme* , Doc NU A/CONF.32/41 (1968) à la p 19, qui contient un rappel des obligations des États sous la clause de Martens [Résolution XXIII (1968)].

635 Comme mentionné *supra* section 2.2.2, la dénonciation éventuelle des CGI–IV (1949) n'affectera pas les obligations des parties en vertu des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique : arts 63/62/142/158.

636 PAI, art 1(2) ; PAII, préambule.

637 CIJ, avis sur l'emploi d'armes nucléaires (1996), *supra* note 296 au para 84 : « La Cour rappellera en particulier que tous les États sont liés par celles des règles du protocole additionnel 1 qui ne représentaient, au moment de leur adoption, que l'expression du droit coutumier préexistant, comme c'est le cas de la clause de Martens, réaffirmée à l'article premier dudit protocole. », repris par le TPIY dans Kupreškić (2000), *supra* note 323 au para 525 : « Plus précisément, on pourrait recourir à la célèbre clause Martens qui, de l'avis autorisé de la Cour internationale de Justice, fait maintenant partie du droit international coutumier. / *More specifically, recourse might be had to the celebrated Martens Clause which, in the authoritative view of the International Court of Justice, has by now become part of customary international law* ».

La place et la valeur de cette clause dans le DIH sont néanmoins incertaines. Le contexte historique de compromis entourant l'adoption de cette clause est aussi fréquemment mentionné, souvent pour en amoindrir ou en relativiser l'importance : Cassese, par exemple, qualifie la clause de subterfuge diplomatique[638] dans un article-phare — qu'il publie la même année que le TPIY rend la décision (qu'il a lui-même rédigée) dans l'affaire *Kupreškić* — où la clause de Martens est discutée. Il est en outre difficile de ne pas voir dans la proposition de Descamps mentionnée plus haut un écho direct à cette clause. En effet, elle semble implicitement ouvrir la porte à des considérations jusnaturalistes, s'abstenant toutefois d'expliquer la teneur et la portée desdits principes.

La clause de Martens semble donc *a priori* remettre en cause l'application de la théorie positiviste en ce qu'elle lie le fondement de la validité du droit au volontarisme étatique. On peut en effet y voir une manifestation du droit international de faire entrer dans son enceinte, tel un loup dans une bergerie, une règle valide selon ses propres processus, mais qui, dans sa substance, invite à aller au-delà du cadre et des limites définis par le système lui-même. Cette appréhension suppose toutefois que la clause de Martens est dans son entièreté une source formelle, soit parce qu'elle constitue un PG de droit reconnu[639], soit parce qu'elle incarne une norme fondamentale du droit international[640]. Pour notre part, nous envisageons plutôt la clause comme une source matérielle du DIH — une source matérielle qui contient une référence au principe d'humanité — qui, lui, constitue un PG de droit reconnu particulièrement pertinent en DIH.

---

[638] Cassese (2000), *supra* note 495 à la p 212 [notre traduction de *diplomatic gimmick*].

[639] Voir p. ex. Michael Bothe, Karl Josef Partsch, Waldemar A. Solf et Martin Eaton, *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 protocols additional to the Geneva Conventions of 1949,* 2e éd, Leiden, Nijhoff, 2013, à la p 43 au para 2.10 [Bothe / Partsch / Solf / Eaton Commentary (2013)] ; Daniel Thürer, « International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context » (2011) 338 RCADI à la p 314 [Thürer (2011)] : « *I do not think that the* [Martens] *Clause intends only to restate the customary law in force. Its wording rather seems to suggest that it refers to a source outside customary and treaty law: general principles of law*. » Voir aussi Commentaire GCI (2016), *supra* note 8, au para 3295 (art 63), qui exposent les différents sens donnés à la clause de Martens, donc celui-ci.

[640] Chez Carreau / Marrella ([2012], *supra* note 314 à la p 327), les éléments qu'on retrouve dans la clause Martens (usages, lois de l'humanité et exigences de la conscience publique) forment ensemble les normes fondamentales du droit international qui ne sont ni coutumières ni conventionnelles, ce qu'ils assiliment aux PG de droit reconnus. Au-delà du fait que ce sens attribue aux exigences de la conscience publique un rôle plus important que celui que nous identifions, il est pertinent de souligner que Carreau et Marella citent expressément Jules Basdevant (*Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1959 aux pp 473–475 [Basdevant (1959)]) pour appuyer leurs propos. Or, le *Dictionnaire* associe plutôt la clause Martens à « des propositions fondamentales qui […] sont considérées comme impliquées par des données juridiques internationales et susceptibles, à ce titre, de justifier des déductions dans cet ordre juridique ». Autrement dit, la valeur juridique attribuée à la clause de Martens y est à la fois reliée intrinsèquement à l'idée de droit international et suppose l'existence préalable d'une règle de laquelle est déduite la proposition de la clause qui revêt ainsi une valeur juridique; pour notre analyse à l'effet que seulement le principe d'humanité satisfait ces critères voir *infra* section 4.4.3.

En appui à notre position, mentionnons que la pratique étatique n'abonde pas clairement dans le sens d'une attribution de valeur de source formelle autonome à la Clause. Par exemple, parmi les 28 déclarations déposées par les États dans le cadre de l'avis consultatif sur l'*emploi d'armes nucléaires*, qui sont parfois mentionnées à l'appui de la reconnaissance de la valeur normative autonome de la Clause[641], 6 seulement mentionnent la clause de Martens[642]. Parmi ces six déclarations, on retrouve celle de la Fédération de Russie qui rejette complètement son application[643]. Aussi, la déclaration du Royaume-Uni indique clairement qu'elle ne conçoit pas la clause de Martens comme ayant une valeur normative autonome, invoquant la nécessité de trouver une règle de DIC consacrant en l'espèce l'illégalité de l'arme nucléaire[644]. En plus de la déclaration du Nauru qui associe la clause aux PG de droit reconnus[645], les autres déclarations (respectivement

---

641 P. ex. CICR, Commentaires CGI (2016), *supra* note 8 au para 3291 (art 63) à la n 47 : « *It has been contended that the Martens Clause and especially the terms 'laws of humanity' and the 'requirements of the public conscience', either individually or combined, have an autonomous normative value under international law* », citant à l'appui *« the statements submitted to the ICJ by a number of States in the context of the 1996 Nuclear weapons case* […], *which to a greater or lesser degree attribute a certain legally binding force to the clause* », sans toutefois apporter plus de détails sur lesdites déclarations. Comparer avec Rupert Ticehurst, « The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict » (1997) 37 IRRC 125–134 aux pp 126–127 [Ticehurst (1997)], qui mentionne le contenu des déclarations étatiques dans le cadre du renvoi de la CIJ comme des manifestations importantes des diverses interprétations possibles de la Clause, sans toutefois conclure que ces déclarations prouvent sa valeur normative autonome.

642 À noter que la Malaisie ne cite pas la clause de Martens, mais réfère à l'article 86 du *Oxford Manual* de 1880 pour appuyer sa position que les représailles « doivent respecter, dans tous les cas, les lois de l'humanité et de la morale » : CIJ, *Note Verbale from the Embassy of Malaysia, together with Written Statement of the Government of Malaysia* (19 juin 1995), en ligne, CIJ : <https://www.icj-cij.org/en/case/95>, à la p 18. À noter aussi que des références à la clause de Martens ont pu être faites lors des exposés oraux dans le cadre de la requête pour avis consultatif; ces exposés ne font pas l'objet d'un recensement ici, mais mentionnons à titre d'exemple la référence faite par l'Australie aux exigences de la conscience publique à l'effet que celles-ci doivent être impactées par les standards internationaux de droits de la personne : « Dispute: Australian Practice in International Law 1995 » (1996) 17 AYIL 666 à la p 699 au para 27.

643 CIJ, *Letter dated 19 June 1995 from the Ambassador of the Russian Federation, together with Written Comments of the Government of the Russian Federation* (19 juin 1995) en ligne, CIJ : <https://www.icj-cij.org/en/case/95> à la p 13 : « [*A*]*ttempts to apply blanket norms formulated in the second half of the 19th century - beginning of the 20th century to new types of weapons do not seem to be convincing. As to nuclear weapons, the 'Martens clause' is not working at all. A 'more complete code of the laws of war' mentioned there as a temporary limit was 'issued' in 1949-1977 in the form of Geneva Conventions and Protocols thereto, and today the 'Martens clause' may formally be considered inapplicable*. ».

644 CIJ, *Letter dated 16 June 1995 from the Legal Adviser to the Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, together with Written Comments of the United Kingdom* (16 juin 1995) en ligne : <https://www.icj-cij.org/en/case/95> au para 3.58 : « *While the Martens Clause makes clear that the absence of a specific treaty provision on the use of nuclear weapons is not, in itself, sufficient to establish that such weapons are capable of lawful use, the Clause does not, on its own, establish their illegality. The terms of the Martens Clause themselves make it necessary to point to a rule of customary international law which might outlaw the use of nuclear weapons. Since it is the existence of such a rule which is in question, reference to the Martens Clause adds little*. ».

645 CIJ, *Letter dated 15 June 1995 from counsel appointed by Nauru, together with Written Comments of the Government of Nauru* (partie 2, 15 juin 1995) en ligne : <https://www.icj-cij.org/en/case/95> à la p 13 (voir aussi aux pp 6 et suiv) : «*The Martens clause seems to require the application of general principles of law. It speaks of the laws of humanity*

des Îles Salomon, du Mexique et de la Nouvelle-Zélande) peuvent en effet se lire comme attribuant une certaine force juridiquement contraignante à la Clause[646], ce qui n'équivaut toutefois pas à une consécration du caractère normatif autonome par la communauté internationale.

Cela étant dit, ce n'est pas parce que la clause de Martens ne constitue pas une source formelle qu'elle ne présente aucun intérêt, bien au contraire. Minimalement, elle agit comme rappel que le droit coutumier lie les parties à un conflit armé au-delà de leurs engagements contractuels[647] ; de

---

and the dictates of public conscience. General principles of law recognised by civilised nations would therefore seem to embody the principles of humanity and the public conscience. Inhumane weapons and weapons which offend the public conscience are therefore prohibited. ».

[646] Pour les Îles Salomon, voir CIJ, *Further Written Observations Submitted by the Government of Solomon Islands to the International Court of Justice* (20 septembre 1995), en ligne, CIJ : <https://www.icj-cij.org/en/case/95> au para 25 : «*The Court should also take the opportunity to restate the relevance of the Marten Clause and its applicability to the use of nuclear weapons. Contrary to the views of at least one nuclear weapon State ("As to nuclear weapons the 'Martens Clause' is not working at all ... today the 'Martens Clause' formally be considered inapplicable", Russia p 13), Solomon Islands shares the views of the International Law Commission that the Martens Clause now has the status of general international law. In essence, it provides that even in cases not covered by specific international agreements, civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principle of humanity and from the dictates of public conscience*. » Voir aussi CIJ, *Letter dated 19 June 1995 to the Permanent Representative of Solomon Islands to the United Nations, together with Written Statement of the Government of Solomon Islands* (19 juin 1995), en ligne, CIJ : <https://www.icj-cij.org/en/case/95> aux paras 3.9 et 3.73, où est mentionnée la clause de Martens, mais pas nécessairement dans le sens d'une attribution de valeur normative autonome. Pour le Mexique, voir CIJ, *Note verbale dated 19 June 1995 from the Embassy of Mexico, together with Written Statement of the Government of Mexico* (19 juin 1995), en ligne, CIJ: <https://www.icj-cij.org/en/case/95> à la p 13 : « *By virtue of the De Martens Clause, the provisions of the Protocol Additional I and the Geneva Conventions are applicable in any circumstance regardless of the unfavorable nature or origin of the armed conflict or in the causes invoked by the Parties to a conflict. Therefore, the first use of nuclear weapons would be encompassed under the scope of the above-mentioned instruments in accordance with the Clause. On the other hand, the principle of humanity, contained in the Preamble of The Hague Convention IV of 1907 and in Article 1.2 of the Protocol Additional 1, establishes that in those cases not expressly foreseen in such instruments. Civilians and belligerents are under the protection of the law of nations stemming from the usages, the principles of the humanity and the dictates of public conscience. Therefore, the illegality of nuclear weapons depends on the principle of humanity. There are sacred rules that cannot be violated, even if the enemy has breached them previously. Thus, Pictet when speaking of the prohibition on all reprisals against protected persons by the Geneva Conventions says:* 'L'interdiction des représailles ainsi établie a un caractère absolu. Elle vaut même si la violation à laquelle on pretendre répondre snest produite [sic] dans le champ des Conventions de Genève'. » Pour la Nouvelle-Zélande, voir CIJ, *Note verbale dated 20 June 1995 from the Embassy of New Zealand together with Written Statement of the Government of New Zealand*, (20 juin 1995), en ligne : CIJ <https://www.icj-cij.org/en/case/95> aux paras 65 et 80 : « *The 'Martens Clause' included in the preamble of Hague Convention IV of 1907 pointed to the general applicability of international humanitarian law*. [*T*]*he preamble of Convention IV of the 1907 Conference also included (as had the equivalent convention of 1899) the 'Martens Clause'. This clause was included because the drafters wanted to make it quite clear that 'in the absence of a written undertaking, unforeseen cases should not be left to the arbitrary judgment of military commander'. This clause, or something similar, has been reiterated in subsequent conventions* ». À noter que la Nouvelle-Zélande attribue erronément le passage cité du préambule de la Convention IV (1907) à la clause de Martens.

[647] Distefano / Henry (2015), *supra* note 631 aux pp 179–180 au para 73 : « *But let us insist that the 'reminder' thesis presently represents the lowest common denominator, being the only generally accepted interpretation of the Martens Clause in the Geneva Conventions.* » Voir aussi Greenwood (2010), *supra* note 123 au para 129.

plus, elle possède une valeur interprétative importante[648]. Puisque nous concevons la clause de Martens comme une source matérielle, nous la scindons en trois, de façon à isoler chacune de ses composantes et à les analyser au regard de la théorie des sources : 1) les usages établis entre nations, 2) les lois de l'humanité, et 3) les exigences de la conscience publique. Le présent chapitre contient des démonstrations de comment la première et la troisième composante constituent des renvois au droit existant (principalement le DIC, mais aussi potentiellement le droit conventionnel), tandis que le deuxième est un PG de droit reconnu via les principes du droit international.

Cependant, avant de procéder à ces démonstrations, il est important de les situer dans le contexte général des sources du droit international public. En effet, en tant que branche du DIP, le DIH est soumis au régime général des sources : il est donc essentiel d'examiner ce que sont les PG de droit reconnus à l'intérieur du système auquel appartient le DIH.

4.2 Les modes d'identification et le contenu des PG de droit reconnus

> [E]*veryone seems to agree that general principles of law constitute a source of law, but few agree on how such a source of law actually operates.*[649]

Les PG de droit reconnus ne sont pas associés à une méthodologie unique et uniforme d'identification. La question se pose donc à savoir quels éléments leur sont nécessaires et de quelle façon il faut évaluer ce qui est « généralement reconnu ». À partir du moment où les PG de droit reconnus ne sont pas conçus comme étant purement et simplement des axiomes juridiques allant de soi[650], la question de l'identification du contenu devient centrale. Or, cette question n'a pas encore été tranchée de façon définitive, ce qui justifie en partie l'inscription des PG de droit reconnus dans le

---

[648] Cassese (2000), *supra* note 495 aux pp 193 et suiv, et pp 213–215. En plus de la valeur interprétative, Cassese voit aussi une autre fonction, celle-ci uniquement applicable au DIH, selon laquelle l'invocation de la clause de Martens change le rapport proportionnel « de force » quant à la valeur probante entre *usus* (moins) et *opinio juris* (plus) dans l'établissement d'une règle de droit international coutumier. Cet aspect sera approfondi *infra* section 4.4.3.3.

[649] D'Aspremont (SSRN 2018), *supra* note 606 à la p 20.

[650] Traduction de l'expression empruntée à Yotova (2017), *supra* note 608 à la p 310 : « *While the PCIJ asserted general principles as self-evident legal axioms, the ICJ gradually developed a more coherent methodology for their identification*. »

plus récent programme de travail de la CDI, « dans le droit fil des travaux qu'elle a menés et continue de mener sur les traités et sur le droit international coutumier »[651].

Force est de reconnaître que l'expression « principes généraux de droit reconnus » possède un haut niveau d'abstraction et est susceptible de revêtir des sens extrêmement nombreux et variés. Le contenu de ces PG n'est en effet pas prédéterminé. Une des façons d'élucider le mystère de ce qu'est un PG de droit reconnu, c'est de s'attarder à la question de la fonction. Les PG de droit reconnus cumulent en effet plusieurs fonctions qui ne sont pas nécessairement mutuellement exclusives, certaines se croisant sans jamais se rencontrer, d'autres se complétant les unes par rapport aux autres[652]. Par exemple, au-delà de leur fonction interprétative[653], Kolb attribue aux PG de droit reconnus huit fonctions constitutionnelles[654], tandis que Besson[655] et de Voigt[656] proposent la fonction dynamique et intégratrice de valeurs. On retrouve aussi l'approche dite « du droit international » mise de l'avant entre autres par Cassese[657], qui partage certaines caractéristiques avec l'approche fonctionnelle de Bassiouni[658].

---

[651] ONU, AG (CDI, Marcelo Vázquez-Bermúdez), *Rapport de la Commission de droit international, Annexe A : Principes généraux du droit,* Doc off AG NU, 72e sess (69e sess CDI), suppl no 10 Doc NU A/72/10 (2017) pp 237–255 à la p 236 au para 4 [CDI, PG (2017)]. Pour plus de détails sur la teneur du programme, voir *ibid* au para 18.

[652] Pour une proposition des fonctions des PG de droit reconnus, voir Yotova (2017), *supra* note 608 aux pp 279 et suiv.

[653] Cette fonction ne situant pas strictement les PG dans le régime des sources, nous ne nous y attardons pas davantage. Voir à ce sujet CDI (Koskenniemi), Fragmentation (2006), *supra* note 4 à la p 188 aux paras 18 et 20. Voir aussi pour une mention (non-exclusive) de cette fonction dans Cheng (1987), *supra* note 609 à la p 390 ; Bassiouni (1990), *supra* note 624 aux pp 776 et 777 ; et Kolb (2006), *supra* note 74 à la section 3.2.5 aux pp 32 et suiv. Sur le sujet spécifique du rôle des PG de droit reconnus dans l'interprétation évolutive des traités à travers l'intégration systémique : Alfred Verdross, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale » (1935-II) 52 RCADI 191–251 à la p 227.

[654] Kolb (2006) *ibid* [notre traduction] : 1) la fonction unificatrice (à la p 27) ; 2) la fonction flexibilisante (à la p 28) ; 3) la fonction catalysante (par rapport à l'introduction des valeurs dans le droit, à la p 29) ; 4) la fonction transformative (dynamisante et évolutive, aux pp 30–32) ; 5) la fonction interprétative et rectificatrice (aux pp 32–33) ; 6) la fonction de source autonome (à la p 34) ; 7) la fonction complémentaire (à la p 34) ; et 8) la fonction facilitatrice (aux pp 35–36).

[655] Samantha Besson, « General Principles in International Law : Whose Principles? » dans Samantha Besson et Pascal Pichonnaz, dir, *Les Principes en droit européen / Principles in European Law*, Zurich, Schulthess, 2011, pp 19–64, aux pp 47–49 [Besson (2011)].

[656] Voigt (2008), *supra* note 602.

[657] Cassese (2000), *supra* note 495 et Antonio Cassese, *International Law*, 2e éd, Oxford, OUP, 2005 à la p 189 ; cette approche est examinée plus en détail *infra* à la section 4.4.1.

[658] Bassiouni (1990), *supra* note 624, qui identifie 4 fonctions aux PG : 1) une source interprétative du droit coutumier et conventionnel, 2) un moyen de développer de nouvelles normes conventionnelles et coutumières, 3) une source complémentaire au droit conventionnel et coutumier, 4) un « modificateur » du droit conventionnel et coutumier.

Ce sont toutefois les fonctions intimement liées à l'acte judiciaire qui retiennent ici notre attention. Ce sont en effet les actions d'un juge saisi d'un litige, c'est-à-dire l'identification de droit applicable et son application aux faits en l'espèce de façon à trancher une question x[659], qui répondent le mieux aux problèmes que pose le caractère indéterminé des PG de droit reconnus. De la même façon que dans l'affaire *Jacobellis v Ohio*[660] le juge Potter Stewart n'était pas en mesure de définir avec précision ce qui est considéré comme de la « *hard-core pornography* », mais qu'il était en mesure de la reconnaître lorsqu'il la voyait, peut-être est-il impossible d'arriver intelligemment à définir ce qu'est un PG de droit reconnu, tout en étant facilement en mesure de qualifier ledit principe lorsqu'il nous est présenté ? À la question « Pouvez-vous m'identifier tous les PG de droit reconnus par les nations ? », un juge peut être particulièrement embêté, mais si on lui soumet la question « Est-ce que le principe de la chose jugée est un principe général de droit ? », il y a fort à parier qu'il vous répondra oui sans hésitation. C'est dans cet esprit que s'inscrivent, par exemple, Koskenniemi[661] et Parry[662] en nommant la fonction constructiviste des PG de droit reconnus face au rôle du juge, ainsi que McNair[663] et Friedman[664] lorsqu'ils soulignent la fonction de régulation efficace des litiges.

La fonction liée à l'acte judiciaire qui revient systématiquement et qui semble faire la quasi-unanimité est la fonction complémentaire supplétive. Dans la doctrine, pour Lauterpacht[665] comme pour plusieurs autres après lui[666], les PG de droit reconnus jouent en effet un rôle stratégique important

---

[659] Guillaume Protière, « Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle » (2008) RDPSPFÉ 259-292, en ligne : Archives ouvertes pluridisciplinaires (hal-00823910) : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00823910> à la p 21 [Protière (2008)].

[660] 378 US 184 (1964) à la p 197 : « *I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description* ['hard-core pornography'], *and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it, and the motion picture involved in this case is not that*. ».

[661] Martti Koskenniemi, « General Principles: Reflections on Constructivist Thinking in International Law » dans Martti Koskenniemi, dir, *Sources of international Law*, Burlington, Ashgate, 2000, pp 359–403 à la p 361.

[662] Clive Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester, MUP, 1965 à la p 84 [Parry (1965)].

[663] Arnold McNair, «The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations » (1957) 33:1 BYIL 15.

[664] Wolfgang Friedmann, « The Uses of 'General Principles' in the Development of International Law » (1963) 57:2 AJIL 279–299.

[665] Lauterpacht (1927), *supra* note 614, à la p 68.

[666] Voir CDI, PG premier rapport (2019), *supra* note 612 à la p 7 n 13, citant les auteurs supportant cette position. Aussi Neha Jain, « General Principles of Law as Gap-Filler » 57 (2016) 1 Harv.ILJ 112, en ligne, Stanford Law School Conferences : <http://conferences.law.stanford.edu/2014hsyjrfacforum/wpcontent/uploads/sites/6/2016/08/Jain_General_Principles_of_Law_6-15-14.pdf> ; Timothy F. Yerima, « Revisiting the Interaction of the Trilogy of Sources of International Law » 27 JLPG (2014) 41 à la p 48 : « *As a source of international law, the general principles of law recognized by civilized nations was inserted into the ICJ Statute to enable the Court decide disputes in circumstances in which neither*

dans la réduction de l'écart (*gap-filler*) entre un droit coutumier et un droit conventionnel potentiellement insuffisants et une impossibilité de rendre un jugement, l'objectif principal étant d'éviter qu'une instance judiciaire internationale soit confrontée à une situation de non-conclusion (*non liquet*). Autrement dit, selon cette fonction, les PG de droit reconnus encadrent l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge international pour éviter le plus possible que celui-ci se trouve devant l'impossibilité de justifier un dispositif judiciaire, faute de règles juridiquement contraignantes. Pour ce faire, le juge va donc creuser la mine que constitue l'ensemble des PG de droit reconnus pour en extraire des principes pertinents au cas duquel il est saisi[667]. Par exemple, la CIJ, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, a évité de déclarer un *non liquet*, et a fondé sa décision en droit sur les « principes généraux et bien reconnus », sans toutefois appliquer une méthodologie spécifique pour identifier ceux-ci[668]. On constate la même forme d'abstention de la part de la Cour quant à la reconnaissance expresse d'un *non liquet* dans l'avis consultatif sur *l'emploi d'armes nucléaires*[669]. Cette fonction liée à l'acte judiciaire est donc importante dans la compréhension des PG de droit reconnus ; toutefois, elle ne contribue pas particulièrement à l'identification du contenu des PG.

---

treaties nor customs provide guidance or solution regarding a particular claim, with the aim to closing the gap not covered by the Statute or case law and to allow the ICJ draw analogy directly from the general principles that guide the legal system, which might emanate from justice, equity or considerations of public policy. » ; Vladimir-Djuro Degan, *A Source of General International Law,* Leiden, Nijhoff, 1997 aux pp 40–41; d'Aspremont (SSRN 2018), *supra* note 606 à la p 2, qui mentionne la conception des PG de droit reconnus comme une stratégie de réduction d'écart en l'absence d'autres dispositions conventionnelles ou coutumières, avec une qualification de cette stratégie en tant que « pensée et pratique juridique expansionniste contemporaine ». Voir aussi Lord Lloyd-Jones, « General Principles of Law in International Law and Common Law », discours au Conseil d'État, Paris (16 février 2018) en ligne, Cour suprême britannique : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-180216.pdf> [Lord Lloyd-Jones (2018)] : « *It seems clear, however, both from the language used and the travaux préparatoires, that the primary intention of the drafters was to refer to principles of national legal systems which could be used to fill gaps or to meet deficiencies in international law* ».

667 Cette métaphore est empruntée à Richard Gardiner (*Treaty Interpretation*, 2e éd, Oxford, OUP (OSAIL), 2015, à la p 57), qui l'utilise toutefois au sujet des règles d'interprétation contenues dans la CVDT (1969) : « *this material can prove a useful quarry from which to extract principles, arguments, and examples to buttress or supplement particular applications of the rules*. » Voir aussi Lord Lloyd-Jones (*ibid*), qui attribue cette utilisation de l'expression « *useful quarry in which to go digging* » à Waldock.

668 CIJ, Corfou (1949), *supra* note 484 à la p 22, où la Cour s'est fondée sur les « considérations élémentaires d'humanité » en tant que principes généraux reconnus pour établir l'état du DIC.

669 CIJ, avis sur l'emploi d'armes nucléaires (1996), *supra* note 296 (c*ontra* la juge en chef de la CIJ Higgins qui affirme que la Cour a bel et bien déclaré un *non liquet* dans cette affaire : *ibid* opinion dissidente de la juge Higgins aux pp 583–593 aux paras 29–30 [CIJ, Avis sur l'emploi d'armes nucléaires (1996) (Higgins)]). MPEPIL (Daniel Bodansky) *sub verbo* « Non liquet » (2006) aux paras 1 et 14. Voir aussi Timothy L.H. McCormack, « A *non liquet* on nuclear weapons : The ICJ avoids the application of general principles of international humanitarian law » 1997 316 IRRC 76–91 ; Shibata (2012), *supra* note 494 à la p 207.

Pour résoudre ce problème, il y a tout d'abord Cheng[670], qui, dans son ouvrage considéré par plusieurs comme faisant autorité sur le sujet des principes généraux de droit[671], a développé une méthode inductive dans le but d'identifier les PG de droit reconnus tels qu'appliqués en pratique en droit international. Sa méthode a comme point de départ les faits particuliers à chaque cas d'espèce dont est saisie une instance judiciaire internationale pour arriver en fin de compte à dégager une règle générale (qui prend en l'espèce la forme d'un PG de droit reconnu). À l'aide de cette méthode inductive, Cheng a dégagé le principe d'autopréservation, le principe de bonne foi, les principes relatifs à la responsabilité (faute, réparation, lien de causalité) ainsi que les principes relatifs aux procédures judiciaires (compétence-compétence, *audi alteram partem, res judicata*, etc.) qu'il a consignés dans un projet de code des principes généraux du droit[672].

Même si Cheng se distancie du débat concernant la (ou l'absence de) méthodologie uniforme d'identification des PG de droit reconnus[673], il en met une de l'avant. Cette méthodologie attribue une préséance à l'examen des décisions et des tribunaux internationaux. Cela a pour conséquence de reléguer au second plan les écrits des publicistes, établissant ainsi implicitement[674] une microhiérarchie entre les moyens auxiliaires de détermination du droit international calquée sur la hiérarchie des « *law-making agencies* » proposée par Schwarzenberger[675]. Cette méthodologie qui s'inscrivait dans la réalité de la scène internationale des années 1950 ne reflète plus la réalité du XXIe siècle. La communauté internationale s'est en effet transformée de façon telle que la méthode inductive se basant sur les décisions judiciaires n'est plus nécessairement celle à retenir. Cheng l'affirme lui-même: « *The present work* […] *is based on an examination of the decisions of international courts and tribunal, which at the present time constitute the most important means for the determination of* […] *international law* »[676]. Comme discuté ci-dessous[677], les décisions des

---

670 Cheng (1987), *supra* note 609.

671 P. ex., « On the subject of 'general principles of law', the authoritative study is Bin Cheng » : William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2e éd, Oxford, OUP, 2016, à la p 520 à la n 79 [Schabas (2016)].

672 Cheng (1987), *supra* note 609 aux pp 397–399.

673 *Ibid* à la p 390.

674 Il affirme en effet que « *consideration of other law-determining agencies of international law, such as State practice or the writings of publicists, is beyond the scope of the present work* »: *ibid* à la p 1.

675 Georg Schwarzenberger, «The Inductive Approach to International Law » (1947) 60:4 HLR 539–570 aux pp 550 et suiv.

676 Cheng (1987), *supra* note 609, à la p 1 [notre soulignement].

tribunaux sont aujourd'hui, certes, parmi les moyens de détermination les plus importants, mais il est difficile de nier leur cohabitation avec une pléthore d'autres moyens de détermination. À preuve, la CIJ elle-même a retenu une série de méthodes différentes dans l'identification des PG de droit reconnus. Reconnaissant cette hétérogénéité, Yotova[678] a recensé trois grandes tendances à cet effet :

1) Une prépondérance est accordée aux principes qui sont reconnus par la communauté internationale par voie de scrutin au sein d'institutions internationales et dans des déclarations officielles ; Yotova mentionne que c'est dans cette première tendance que s'inscrit la prise en considération de l'adhésion étendue des États à des traités généraux ;
2) La déduction des principes généraux de droit à partir des autres sources primaires que sont le droit coutumier et le droit conventionnel ;
3) L'attribution d'autorité aux principes généraux de droit déjà identifiés par la CIJ dans des affaires antérieures (ce qui vient entamer en partie la règle prévue à l'article 59 du *Statut de la CIJ* voulant que les décisions rendues par la cour n'aient de force obligatoire que pour les parties impliquées et uniquement par rapport à l'affaire en cause).

Bien que nous ne soyons pas en désaccord avec cette identification de tendances méthodologiques, des recoupements sont à souligner, par exemple, entre la première et la deuxième tendance, où la reconnaissance étatique d'un principe par voie de scrutin peut aussi être considérée comme une pratique constitutive de — ou à tout le moins contributive au — DIC. Cela nous amène à tirer le constat suivant : les tentatives d'identification d'une méthodologie unique pour la détermination des PG de droit reconnus sont infructueuses. Nous optons donc pour une identification des filiations possibles — et non mutuellement exclusives ni exhaustives — des PG de droit reconnus.

La classification selon les modes de filiation que nous proposons ici s'appuie sur le *Dictionnaire de la terminologie du droit international*[679] ainsi qu'en application des travaux de Schachter[680], et de Carreau et Marrella[681] :

---

677 *Infra* Chapitre 6.

678 Yotova (2017), *supra* note 608 à la p 310 [notre synthèse].

679 Basdevant (1959), *supra* note 640 aux pp 473–475. *Caveat* : Carreau et Marrella réfèrent au Dictionnaire pour aller chercher les cinq sens principaux possibles des PG de droit reconnus, toutefois, les propositions du Dictionnaire sont pour les « Principes du droit international, du droit des gens » (p 473) ; au sujet des « Principes généraux de droit

1) Les PG proviennent des règles de droit privé (de fond ou de procédure), dans la mesure où ils sont communs aux grands systèmes de droit contemporains[682] ;
2) Les PG sont dérivés de la nature même des rapports internationaux et des caractéristiques de la communauté internationale (par exemple, la non-intervention, l'intégrité territoriale, la légitime défense qu'on retrouve aussi dans la CNU), ce qu'on appelle parfois le droit international public commun ou général[683] ;
3) Les PG sont des principes intrinsèques à l'idée même de droit et sont logiquement nécessaires aux systèmes juridiques[684] ;
4) Les PG sont assimilables à des règles politico-juridiques et se dégagent des rapports sociétaux et de relations internationales à travers la hiérarchisation et la coordination de ces rapports[685] ;
5) Les PG sont inhérents à la notion de justice et sont fondés sur la nature rationnelle et sociale de l'être humain, ce qui les rapproche des notions *d'équité* et aussi du droit naturel.[686]

La considération des PG de droit reconnus sous l'angle de la filiation permet de voir plus clairement quelle est la place du droit international au sein de cette source, comme nous en discuterons à la section 4.4. Avant de procéder à cet examen, nous nous attardons sur le premier type de filiation, soit celle qui s'attache aux règles de droit privé. Nous verrons que, si cette filiation n'a pas un impact particulièrement significatif en DIH, elle joue un rôle important dans la conception traditionnelle des PG de droit reconnus comme source de DIP.

---

reconnus par les Nations civilisées » (aux pp 474–475), il est mentionné que « le sens de cette formule est discuté en doctrine » et que « selon l'opinion dominante, elle désigne des propositions premières consacrées par le droit interne des nations civilisées en tant qu'elles sont transposables à l'ordre international. On a proposé aussi d'y comprendre des principes qui, sans être consacrés par la coutume, auraient été reconnus par les nations civilisées comme valant dans l'ordre international. » À l'instar de Carreau et Marrella, nous appliquons les catégories tirées du *Dictionnaire*, mais avec certaines adaptations qui prennent en considération des distinctions entre PG de droit reconnus et principes du droit international qu'apporte le Dictionnaire.

680 Oscar Schachter, « International Law in Theory and Practice » (1982-V) 178 RCADI 74–90 (chap 4 « General Principles and Equity » à la p 75 [Schachter (1982)].

681 Carreau / Marrella (2012), *supra* note 314 aux pp 326–327.

682 Schachter (1982), *supra* note 680 aux pp 75–79 (*The principles of municipal law 'recognized by civilized nations'*) ; Carreau / Marrella (2012), *ibid* à la p 326.

683 Schachter (1982), *ibid* aux pp 79–80 (*General principles of law 'derived from the specific nature of the international community'*, citant Mosler) ; Carreau / Marrella (2012), *ibid* à la p 326, citant Lotus et Dantzig.

684 Schachter (1982), *ibid* aux pp 80–81 (*Principles 'intrinsic to the idea of law and basic to all legal systems'*, citant O'Connell et Jalet); CDI, PG premier rapport (2019), *supra* note 612 au para 23.

685 Schachter (1982), *ibid* à la p 81 (*Principles 'valid through all kinds of societies in relationships of hierarchy and coordination*' citant Tanaka). Chez Carreau / Marrella (2012), *ibid* aux pp 326–327, on trouve une distinction — que nous ne retenons pas — entre les PG provenant du droit international commun et les PG émanant de l'ensemble des principes politico-juridiques gouvernant les relations internationales contemporaines (la coexistence pacifique, par exemple).

686 Schachter (1982), *ibid* aux pp 81–82, (*Principles of justice founded on 'the very nature of man as a rational and social being*', citant Fitzmaurice).

4.3 Au sujet de la filiation des PG de droit reconnus aux principes et règles nationales de droit privé

4.3.1 Quelques généralités

L'approche résolument volontariste des PG de droit reconnus, celle qui met en relief la distinction entre les principes du droit international et les principes émanant des systèmes de droits nationaux, a été historiquement prééminente[687]. Aussi, l'établissement de la filiation des PG de droit reconnus aux règles de droit privé qui sont communes à tous les systèmes juridiques nationaux s'inscrit dans la logique du Statut de la CIJ. En effet, l'importance des « principaux systèmes juridiques du monde » est consacrée à l'article 9 du Statut qui traite de la représentativité générale des membres élus de la Cour pris comme un tout. Cette référence relève probablement plus d'un désir pour la CIJ d'être le miroir de la société dans laquelle elle s'inscrit que d'une volonté de s'attacher particulièrement aux principes communs aux systèmes juridiques nationaux, mais reste qu'une place privilégiée est accordée aux droits internes, à tout le moins historiquement.

En outre, dès la fin du XIX[e] siècle, l'utilisation des principes de droit privé communs aux systèmes juridiques nationaux allait de pair avec l'internationalisation de l'arbitrage et le développement de la jurisprudence dite « transnationale ». C'était une époque où le droit international était encore en formation et où l'on regardait les droits internes comme l'idéal à atteindre[688]. Le DIP était en effet très jeune, et il était envisageable que ce régime juvénile aille se renflouer sans subterfuge[689] dans les principes déjà testés et éprouvés des systèmes de droit interne, qui étaient, à l'époque, plus matures.

Le fait de prévoir un arbitrage inter/transnational dans une clause compromissoire contractuelle marque déjà un pas vers la dénationalisation du contrat. L'arbitrage international est en effet un mode de règlement des différends qui permet le rejet de l'application exclusive d'un droit interne et

---

[687] Il s'agit de l'approche qu'on retrouve chez Oppenheim (Jennings' Oppenheim (1996), *supra* note 60 à la p 37), Lauterpacht (1927), *supra* note 614 aux pp 67–70, ainsi que Grapin, Schlesinger et Herczegh tels que rapportés dans Yotova (2017), *supra* note 608 aux pp 272 et suiv. Voir aussi Anzilotti (1999), *supra* note 525 aux pp 116–119 ; Parry (1965), *supra* note 662 à la p 83 ; Abi-Saab (1994), *supra* note 57 à la p 65 : « La formule ['les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées' …] tout en étirant la productivité normative du système au-delà des deux sources consacrées, limite le 'lieu' sollicité au droit positif interne ; les 'principes' devant être du droit applicable *in foro domestico*. Dans ce sens, ces 'principes' ne recouvrent pas les 'principes généraux' du droit international, bien que certains auteurs, et non les moindres (par exemple Paul Reuter), les incluent dans cette catégorie. ».

[688] Carreau / Marrella (2012), *supra* note 314 aux pp 329 et suiv ; Cheng (1987) *supra* note 609 à la préface.

[689] Cheng (1987), *ibid* à la p xi [notre traduction], qui a emprunté l'expression à Schwarzenberger.

offre une plus grande flexibilité dans le droit applicable au litige, incluant l'application par analogie des PG de droit reconnus. Ce fut par exemple le cas de la décision d'arbitrage emblématique *Texaco-Calasiatic,* où il est affirmé que les principes « communs aux systèmes juridiques des différents États du monde […] constituent une source du droit international qui trouve son origine dans les divers droits nationaux »[690]. En effet, à l'époque de cette décision, les instances d'arbitrage appliquaient des principes n'appartenant pas à un système juridique national spécifique, mais qui exprimaient une règle d'application uniforme à travers tous ou parmi les principaux systèmes de droit privé[691]. La jurisprudence arbitrale est ainsi truffée de références aux PG de droit reconnus.

Les principes généraux du droit ont aussi été évoqués devant la CIJ et la CPJI[692]. Les cas de rattachements explicites à l'article 38 sont pourtant moins fréquents : il y a, par exemple, l'affaire du *Plateau continental (Mer du Nord)* (1969) qui est notoire pour avoir expressément reconnu le principe de la part juste et équitable comme étant l'un des principes généraux de droit reconnus en vertu du paragraphe 1 *c*) de l'article 38 du Statut de la Cour[693]. Mais plus nombreuses sont les instances où les principes de droit sont évoqués généralement sans constituer le fondement de la décision de la Cour, et sans établir la filiation ou démonter la méthodologie. Dans l'affaire *Barcelona Traction* par exemple, la Cour reconnait qu'elle ne doit pas modifier ni déformer « des règles généralement acceptées par les systèmes de droit interne » applicables aux sociétés anonymes par actions, sans toutefois faire mention expresse des PG de droit reconnus au sens de l'article 38[694]. De façon plus générale, qu'il s'agisse des principes voulant que ce soit au créateur de la règle qu'il convient de

---

690 Cette sentence au fond a été presque intégralement reproduite dans le *Journal de droit international* (1977) 350–389.Voir aussi Jennings / Watts' Oppenheim (2008), *supra* note 1 au chap 12 aux pp 36–37.

691 Lauterpacht (1927), *supra* note 614 à la p 69 [notre traduction].

692 Les décisions citées dans ce paragraphe sont celles colligées par la CDI, PG (2017), *supra* note 651 à la p 241 aux paras 13–14, et dans Yotova (2017), *supra* note 608 aux pp 310–314.Voir aussi Jennings / Watts' Oppenheim (2008), *supra* note 1 aux pp 37–38 ; d'Aspremont (SSRN 2018), *supra* note 606 aux pp 10 et suiv ; Margaret McAuliffe deGuzman, « Article 21 : Applicable Law » dans Otto Triffterer et Kai Ambos, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observers' Notes: Article by Article*, 3e éd, C.H. Munich/Oxford/Baden-Baden, Beck/Hart/Nomos, 2016 pp 932–948 à la p 943 au para 36, [deGuzman (2016)] (en ligne SSRN, Temple University Legal Studies Research Paper no 2016-27 : <https://ssrn.com/abstract=2775395>).

693 CIJ, *Plateau continental (Mer du Nord)* (1969), *supra* note 342 au para 17. Il est en outre intéressant de mentionner que le droit d'*actio populis* n'a pas été reconnu comme un PG de droit au sens de l'article 38 dans CIJ, Affaire du *Sud-Ouest africain*, [1966] CIJ Rec 6 au para 88 [CIJ, Affaire du Sud-Ouest africain (1966)], et que la Cour n'a pas souhaité examiner le bien-fondé de la thèse selon laquelle la « règle de l'inadmissibilité » est « un des principes généraux de droit visé à l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 », dans CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains* (*Mexique c États- Unis d'Amérique*), [2004] CIJ Rec 12 au para 127.

694 CIJ, Barcelona Traction (1970), *supra* note 484 au para 50.

l'interpréter[695], que nul n'est juge dans sa propre cause[696], qu'une partie ne puisse pas invoquer sa propre turpitude[697], qu'il doit y avoir restitution intégrale lors de violations d'obligations conventionnelles[698], que les membres d'une corporation ont un droit d'action[699], qu'une entité est dotée du pouvoir juridictionnel inhérent pour déterminer sa propre compétence[700], de l'*estoppel*[701], de *pacta sunt servanda*[702], de la force d'autorité de la chose jugée[703], de la litispendance[704] ou de l'égalité des parties[705], si ces concepts semblent couler de source et ne nécessiter aucune justification quant à leur existence, c'est qu'ils sont simplement généralement « reconnus dans la quasi-totalité des systèmes juridiques existants »[706].

Cela ne veut toutefois pas dire que les principes communs aux systèmes juridiques nationaux sont transposés directement dans le système international. Quoiqu'il s'agisse d'une position qui fut défendue lors de l'adoption de l'article 38(1) *c*)[707] et même après, elle n'est ni souhaitable ni viable. Il

---

695 CPJI, Affaire de *Jaworzina (Frontière polono-tchécoslovaque)*, Avis consultatif, (1923), CPJI (sér B) nº 8 à la p 37.

696 CPJI, *Article 3, paragraphe 2, du Traité de Lausanne (frontière entre la Turquie et l'Irak)*, Avis consultatif, (1925) (sér B) nº 12 à la p 32.

697 CPJI, *Service postal polonais à Dantzig*, Avis consultatif, (1925) (sér B) nº 11 à la p 27.

698 CPJI, Affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, (1927) (sér A) nº 9 aux pp 29 et 30 [CPJI, Chorzów (1927)].

699 CPJI, *Interprétation de l'accord gréco-turc du 1er décembre 1926*, Avis consultatif, (1928) (sér B) nº 16 à la p 3.

700 *Ibid,* à la p 20. Voir aussi, en arbitrage international de l'investissement, CIRDI, *Sociedad Anonima Eduardo Vieira v Chile*, sentence, nº ARB/04/7, 2007 au para 203.

701 CPJI, Chorzów (1927), *supra* note 698 à la p 31 ; CPJI, Affaire relative au *statut juridique du Groenland oriental*, (1933) (sér A/B) nº 53 à la p 69.

702 CIJ, Affaire des *essais nucléaires* (Australie c France), [1974] CIJ Rec 253 à la p 268.

703 CIJ, Affaire concernant l'*effet de jugement du tribunal administratif des Nations Unies accordant des indemnités*, Avis consultatif, [1954] CIJ Rec 47 à la p 53 [CIJ, Affaire des indemnités (1954)]. À noter toutefois que, devant la CIJ, le principe de la chose jugée trouve des fondements conventionnels ; art 59 du Statut de la CIJ, lu avec l'art 94(1) de la Charte des Nations Unies ainsi que l'art 94(2) du *Règlement de la CIJ* (1978), en ligne : <https://www.icj-cij.org/fr/reglement>. [Règlement de la CIJ]. Voir à ce sujet Robert Kolb, *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2014, au chap 21, « les effets de l'arrêt », aux pp 1013 et suiv, en ligne, Pedone : <http://pedone.info/cij/34-CIJ-.pdf>.

704 CPJI, Affaire relative à certains *intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (1925) (sér A) nº 6 à la p 20.

705 CIJ, *Jugements du tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail (OIT) sur requêtes contre l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO),* Avis consultatif, [1956] CIJ Rec 77 à la p 85 ; CIJ, *Demande de réformation du jugement nº 158 du tribunal administratif des Nations Unies*, Avis consultatif, [1973] CIJ Rec 166 à la p 181 ; CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Yougoslavie)*, [2007] CIJ Rec 43 au para 114.

706 CDI, PG (2017), *supra* note 651 aux pp 237–255 au para 13.

707 Voir CPJI, PV (1920), *supra* note 610 ; avec Cheng (1987), *supra* note 609 aux pp 10–13 ; et Yotova (2017), *supra* note 608 aux pp 289–291, pour une analyse des débats entourant l'adoption du Statut de la CPJI avec, d'un côté, Phillimore comme l'un des protagonistes de cette transposition directe des principes acceptés par toutes les nations *in foro domestico*, incluant les « *maxims of law* », ces adages juridiques sous la forme de locutions latines qui ne sont

est en effet impossible de maintenir l'intégralité des principes ainsi transposés ; une transformation, quelque forme qu'elle prenne, est inévitable[708]. Comme l'affirme Bantekas, « *the wholesale importation of laws and legal concepts from one system into another is fruitless, unless one also transfers the cultural, social, economic and other conditions attached to the law in the exporting State* »[709]. Dans le cas de figure où les principes des systèmes juridiques nationaux sont invoqués en droit international par e truchement de la théorie des sources, le travail d'identification doit donc être accompagné d'une méthode d'intégration. À ce sujet, de nombreuses instances procédant du raisonnement par analogie[710] ont déjà été recensées parmi les décisions de la CIJ et de la CPJI, dans certaines affaires au fond, mais plus systématiquement lorsqu'il est question de procédure[711]. Il est en outre important de noter que ce ne sont pas tous les principes communs de droit privé qui peuvent faire l'objet d'une analogie avec les PG de droit reconnus. Comme l'affirme Lauterpacht, sont admissibles uniquement les principes de droit privé reconnus par les principaux systèmes juridiques nationaux qui, aux termes d'une analyse comparative, sont considérés comme pouvant

---

ni consignées par écrit ni autrement codifiées et, de l'autre, Root qui rejetait explicitement la possibilité de déduire les PG de droit reconnus à partir des principes de droit interne, ceux-ci étant appliqués différemment d'un État à l'autre.

[708] Sur les notions d'emprunt et de transplantation en droit comparé appliqués aux principes généraux de droit, voir Jaye Ellis, « General Principles and Comparative Law » (2011) 22:4 EJIL 949–971 à la p 967. À noter que la même approche prudente visant à éviter une importation intégrale des concepts de droit interne en droit international pénal est apparue dans la jurisprudence internationale, par exemple, chez le juge Cassese dans sa dissidence dans TPIY, *Procureur c Dražen Erdemović*, aff n° IT-96-22-T, arrêt, chambre d'appel (7 oct. 1997), opinion séparée de Cassese aux pp 76 et suiv ; voir aussi Alain Pellet, « The Statute and General International Law: Applicable Law » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R.W.D. Jones, dir, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol II, Oxford, OUP (OSAIL), 2002, 1051–1082 aux nn 140–141 [Pellet (2002)].

[709] Ilias Bantekas, « Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law » (2006) 6 ICLR 121–136 à la p 129 [Bantekas (2006)]. Voir aussi Jennings / Watts' Oppenheim (2008), *supra* note 1 à la p 37 : « *Unless there is some sufficient counterpart to* [general principles of municipal jurisprudence] *in the international sphere, or sufficient allowance is made for them in abstracting the principles from the various municipal rules, the operation of the principles as a source of particular rules of international law will be distorted*. ».

[710] Voir André Nollkaemper, « The Role of Domestic Courts in the Case Law of the International Court of Justice » (2006) 5 ChJIL 301 à la p 308. Sur le raisonnement par analogie de façon générale, voir Grant Lamond, « Precedent and Analogy in Legal Reasoning » dans Edward N. Zalta, dir, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2016), à la section 4, en ligne : <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/> [Lamond (2016)] : « *An analogy may either be to another case or to another legal doctrine, and the analogy rests on there being some common characterisation of the facts in both cases or the two doctrines which is relevant to the issue.* ».

[711] L'expression « principes juridiques généraux de procédure » a été utilisée pour la première fois par la CIJ dans *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c Honduras*), [1990] CIJ Rec 92 au para 102. Pour une analyse des décisions de la CPJI et de la CIJ appliquant des règles de droit procédural telles qu'on les retrouve généralement dans les systèmes nationaux, voir Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, vol 3, 4e éd, Leiden / Boston, Nijhoff, 2006, à la p 1023 ; et Yotova (2017), *supra* note 608 aux pp 314–317.

éventuellement faire l'objet d'une unification[712]. En résumé, la filiation des PG de droit reconnus aux règles de droit privé ne vise pas toutes les règles communes aux systèmes juridiques, mais uniquement celles qui se prêtent à l'analogie ; parmi ces règles, seulement celles qui peuvent faire l'objet d'une unification pourront faire leur entrée parmi les PG de droit reconnus.

4.3.2 L'apport accessoire des principes communs aux systèmes juridiques nationaux au DIH

L'approche « droit privé », sans laquelle les PG de droit reconnus risqueraient de dégénérer en droit naturel ou en philosophie du droit[713] aux dires de Lauterpacht, est aujourd'hui de plus en plus minoritaire. En effet, le fait qu'elle ne fasse aucune place aux principes du droit international est problématique. De plus, à défaut d'y consacrer une partie de nos recherches, il y a lieu de mentionner qu'une place grandissante semble désormais accordée aux analogies de droit public (et non seulement de droit privé) en DIP, vu notamment l'accroissement du domaine des organisations internationales. D'autres appréhensions moins dogmatiques que celle de l'approche privée sont en effet retenues selon lesquelles, en plus de puiser dans les principes de droit interne communs aux différents systèmes juridiques du monde, il est également possible de reconnaître des principes généraux de droit découlant du système juridique international tel que les États l'envisagent. Cette appréhension est mieux adaptée aux réalités du droit international contemporain, conservant certains éléments de l'approche orthodoxe tout en ouvrant la porte aux principes de droit qu'on ne retrouve pas dans les droits internes, mais qui font partie de l'ADN du droit international.

En ce qui a trait au DIH, bien que les principes communs aux systèmes de droits nationaux ne soient pas complètement évacués, leur utilité est relativement limitée; c'est qu'il s'agit d'une branche du droit international conçue pour s'appliquer sur le champ de bataille et être sanctionnée directement par le droit national de chaque État partie. Les moyens de répression du DIH, dont le principe s'exprime dans l'obligation qu'ont les parties à un conflit de prévenir et de faire cesser toute violation prévue à l'article 1 commun des CGI–IV (1949), passent en effet principalement par l'obligation qu'ont les tribunaux nationaux des États parties de réprimer les infractions graves considérées

---

[712] Lauterpacht (1927), *supra* note 614 à la p 85 [notre traduction] : « *Only general principles of private law recognised by the main systems of jurisprudence, ascertained by comparative study and, if possible, declared by scientific legal opinion as fit objects of any future attempt at unification of private law, are a suitable object of analogy*. ».

[713] *Ibid* à la p 70 [notre traduction].

comme des crimes de guerre, et par l'entraide judiciaire entre États en matière pénale[714]. Il est vrai que les PG de droit reconnus jouent un rôle dans la mise en œuvre du DIH, entre autres par le truchement du droit international pénal ; cet élément sera discuté en fin de chapitre.

En ce qui a trait au DIH substantiel, il est vrai que les principes généraux communs aux systèmes nationaux peuvent offrir des réponses aux questions fondamentales. En effet, ce sont les analogies formulées de façon assez précise pour être opérationnelles qui peuvent être appliquées. En DIH, la bonne foi et la proportionnalité sont mentionnées comme deux principes qui répondent à cette exigence[715]. Plus précisément, il s'agit là d'une analogie imparfaite[716]. Le concept de proportionnalité, qu'on retrouve dans la plupart des droits procéduraux internes[717], trouve aussi application au droit s'appliquant aux conflits armés[718], de la même façon imparfaite qu'un couteau peut être analogue aux pistolets dans un contexte impliquant des armes, tout en étant aussi analogue aux fourchettes dans un contexte impliquant les couverts et la coutellerie[719].

Au-delà des possibilités d'analogies imparfaites aux degrés de persuasion variables, l'exercice d'établir une analogie entre droit privé et DIH peut très bien s'avérer futile, comme l'a relevé Lauterpacht :

> [I]*t is frequently being forgotten that not every relation between States has its counterpart in private law. It would be futile to engage in extracting analogies with a view*

---

[714] CGI–IV (1949) aux arts 49/50/129/146 : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention […]. Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité […]. » Voir aussi PAI, art 88 : « Les Hautes Parties contractantes s'accorderont l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure relative aux infractions graves aux Conventions et au présent Protocole […]. Lorsque les circonstances le permettent, les Hautes Parties contractantes coopéreront en matière d'extradition ».

[715] Online Casebook, *supra* note 93, Fundamental of IHL D. Sources of Contemporary International Law, III. Fundamental Principles of international Humanitarian Law et Sassòli (2019), *supra* note 15, à la section 4.47.

[716] C'est-à-dire celle des similarités proportionnelles : *Wharton's Law Lexicon*, 13th Principles of Science, Londres, Stevens, 1892, à la p 52. Voir aussi : Lauterpacht (1927), *supra* note 614, aux pp 88 et suiv.

[717] Dans le contexte québécois, voir p. ex. *Code de procédure civile*, RLRQ chap C-25.01, arts 2.2 et 18.

[718] PAI, art 51(5) b) ; Étude sur le DIHC, *supra* note 7 à la R14.

[719] Lamond (en ligne 2016), *supra* note 710 à la section 4.

to applying them in the domain of extradition or the laws of war. And yet, that is what frequently happens.[720]

Nous sommes d'accord que cet exercice d'extraction des principes de droit privé pour ensuite les « forcer » à entrer dans le cadre du droit régissant les conflits armés mène à une impasse, tant et si bien que nous choisissons de regarder plutôt du côté des principes généraux du droit international et des principes inhérents à la logique du DIH lui-même.

4.4 Au sujet du rapport entre les PG de droit reconnus et les principes du droit international

4.4.1 Quelques généralités

Si l'on revient aux filiations possibles et non mutuellement exclusives ni exhaustives des PG de droit reconnus[721], en mettant de côté la première filiation, les quatre autres reflètent des principes généraux qui ne découlent pas des systèmes juridiques nationaux. L'acquiescement de l'existence de ces filiations s'inscrit dans la conception défendue ici voulant qu'il existe un point de contact entre PG de droit reconnus et principes du droit international, l'utilisation du terme « droit » dans « principes généraux de droit reconnus » comprenant autant le droit interne qu'international[722]. Cette position est présente dans la jurisprudence des tribunaux internationaux : la CIJ a effectivement fait référence aux principes du droit international qui n'ont pas d'équivalent dans les systèmes juridiques nationaux en tant que PG de droit reconnus, sans toutefois en faire le fondement juridique de ses décisions ou en proposant une démonstration méthodologique adéquate de l'existence de ces principes en droit international[723]. En outre, on retrouve une série de décisions dans lesquelles sont

---

[720] Lauterpacht (1927), *supra* note 614 à la p 85.

[721] *Supra* section 4.2 *in fine.*

[722] Voir Yotova (2017), *supra* note 608 à la p 292 : « *The general principles of international law should be read as implicit in Article 38(1)(c)* […] *alongside the general principles derived from domestic laws* » ; Johan G. Lammers, « General Principles of Law Recognized by Civilized Nations : Essays on the Development of the International Legal Order » dans Frits Kalshoven, dir, *In Memory of Haro F. Van Panhuy*s, Dordrecht, Kluwer, 1980, pp 53–76 à la p 67 ; Carpanelli (2015), *supra* note 624 aux pp 127–128 ; Bassiouni (1990), *supra* note 624 à la p 772 : il n'y a pas de nécessité de rattacher les PG de droit reconnus à quelque système de droit interne que ce soit ; Voigt (2008), *supra* note 602 à la p 8 : « *However, it is far from established that general principles exclusively derive either from acceptance in foro domestico or from international law. The answer, it is suggested, lies somewhere in between, apparently encompassing both, domestic and international elements*. ».

[723] P. ex., dans les affaires de la CIJ du Détroit de Corfou (1949), *supra* note 484 ; et Burkina Faso (2013), *supra* note 615 ; ainsi que l'avis sur la Convention sur le génocide (1951), *supra* note 259 ; et l'avis sur le *Sahara occidental*, Avis consultatif, [1975] CIJ Rec 12, tels que rapportés dans MPEPIL, GP of Law, *supra* note 621, aux paras 17–20. Voir

invoqués tour à tour un « principe universellement admis devant les juridictions internationales et consacré d'ailleurs dans maintes conventions », « un principe du droit international, voire une conception générale du droit », des « principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États », des « principes généraux de base du droit humanitaire », « un des principes essentiels du droit international contemporain », avec toutefois le *caveat* qu'il n'est pas clair s'il s'agit dans tous les cas de références aux principes généraux au sens du paragraphe 1 *c*) de l'article 38[724].

Un des problèmes qu'expose la recherche des PG de droit reconnus, au-delà de ce qui se trouve en droit interne, est la potentielle confusion entre l'identification d'une règle de droit coutumier et l'identification d'un principe du droit international. Les deux sont non écrits et, dans un cas comme dans l'autre, nécessitent l'application d'une méthodologie plus ou moins bien définie[725], avec la particularité des PG de droit reconnus qu'ils n'ont pas à être ancrés dans la pratique effective des États, comme c'est le cas pour les règles de DIC[726]. La méthodologie d'identification du DIC étant tout de même plus contraignante que celle des PG de droit reconnus, il est tentant d'aller chercher dans ces derniers un fondement pour les règles au pedigree plus équivoque, par exemple, pour les règles de DIH qui sont souvent violées, mais dont l'existence n'est pas remise en cause pour autant. Rappelons qu'en ce qui a trait au droit coutumier, la question de la violation des règles implique des conséquences importantes en matière de pratique étatique et d'*opinio juris* : la réconciliation entre le fait qu'un État reconnaisse qu'un acte est interdit (*opinio juris*) et qu'il le fasse tout de même (*usus*) peut être laborieuse[727]. En revanche, les PG de droit reconnus ont aussi une application universelle au-delà de la volonté exprimée des États, sans toutefois, par exemple, avoir de mécanisme d'objecteur persistant pouvant être invoqué par un État pour justifier la violation d'une règle coutumière. Les PG de droit reconnus en tant que source semblent donc se prêter mieux aux situations où les règles autrement peu contestées subissent tout de même des atteintes fréquentes,

---

aussi CIJ, l'affaire Sud-Ouest africain (1966), *supra* note 693, opinion dissidente du juge Tanaka à la p 294 : « Il y a lieu de croire que le terme 'droit' recouvre toutes les branches du droit. ».

[724] Pour les références complètes concernant les décisions utilisant ces expressions : CDI, PG (2017), *supra* note 651 au para 14. Voir aussi, au sujet de la référence aux principes du droit international potentiellement dissociée des PG de droit reconnus, et la proposition de Pellet de réviser le projet de rapport sur la fragmentation afin d'indiquer clairement à quels principes font référence les « *general principles of international law* » qui y sont mentionnés : CDI, Fragmentation (comptes rendus) (2005), *supra* note 310 à la p 228 au para 60.

[725] Comparer avec MPEPIL, GP of Law, *supra* note 621, au para 18, où il est indiqué que c'est en raison de la définition étroite de la coutume sous l'art 38(1) *b*) que la CIJ a recours de façon plus fréquente aux PG de droit reconnus.

[726] Voir dans ce sens Crawford's Brownlie (2012), *supra* note 34 à la p. 37.

[727] *Supra* section 3.4.2.

avec la mise en garde importante qu'il ne peut pas s'agir de toutes les règles en bloc d'une branche du DIP, DIH ou autre, mais bien de ses règles les plus importantes[728]. C'est là que se situe le point de départ de notre analyse selon laquelle certains principes qui sont importants au DIH ne constituent toutefois pas une source de droit international à travers les PG de droit reconnus, tandis qu'un principe tel le principe d'humanité est à la fois un principe primordial du DIH et un PG de droit reconnu.

4.4.2 Les principes du DIH : un apport primordial au DIH, mais pas aux PG de droit reconnus

Dès le départ, le lien entre PG de droit reconnus et principes du DIH n'est pas automatique, ces derniers ne « renvoyant pas explicitement à l'une des deux sources principales du droit international »[729]. Les principes que sont, par exemple, la distinction, la nécessité, la proportionnalité et l'interdiction des souffrances inutiles sont des principes spécifiques au DIH, sans pour autant être des PG de droit reconnus au sens de l'article 38. Le fait qu'ils ne soient pas des instruments juridiques pouvant créer de façon autonome des règles de droit international, incluant des règles de DIH, n'implique pas pour autant qu'ils n'ont aucune valeur, bien au contraire. Les principes du DIH contribuent en effet de façon importante à l'interprétation des règles de DIH, facilitant leur compréhension et leur application, et permettant ainsi leur optimisation et leur renforcement, voire leur enrichissement. De plus, en pratique, le fait de ne pas classer ces principes parmi les sources du DIP n'a pas d'impact significatif sur le DIH, puisqu'ils sont traduits et intégrés dans des règles de droit coutumier ou conventionnel. Autrement dit, ces principes sont aussi fondamentaux pour le DIH qu'ils sont généralement bien connus, étant soit codifiés dans un traité, soit cristallisés dans une coutume du DIH : la nécessité en tant que limite à l'action militaire est codifiée à l'article 57(3) PAI ; la proportionnalité est codifiée à l'article 51(5) *b*) PAI et apparait comme règle coutumière dans l'Étude sur le DIHC sous la R14 ; l'interdiction des maux superflus est spécifiée à l'article 35(2) PAI ainsi qu'à l'article 23 *e*) du *Règlement de La Haye IV* (1907) — qui a lui-même atteint une valeur coutumière —, et apparait dans l'Étude sur le DIHC sous la R70 ; on retrouve l'obligation de distinction en ce qui a trait aux combattants aux alinéas 1) et 2) de l'article 4 *a*) GCIII, à l'article 44(3) PAI et à la R106 de

[728] Voir dans le sens de cette nécessaire séparation entre une branche du DIP prise comme un tout et certaines dispositions péremptoires incluses dans cette branche, la distinction qu'opère Simma et Alston entre les branches que sont le DIH et le droit de la personne et les dispositions de *jus cogens* incluses dans ces branches : Simma / Alston (1988), *supra* note 16, à la p 103.

[729] Protière (2008), *supra* note 659, à la p 19.

l'Étude sur le DIHC, et en ce qui a trait aux objectifs légitimes et aux civils aux articles 48 PAI, 52 PAII et aux R1 et R7 de l'Étude sur le DIHC. Ces principes du DIH n'ont pas *a priori* une capacité propre de générer du droit et sont tributaires des traités et de la coutume pour fonder leur existence juridique. Sans la génération de ces règles par les sources formelles coutumières et conventionnelles, ces principes resteraient justement cela, des principes non contraignants.

Il y a toutefois un principe du DIH qui est aussi une source de droit en tant que PG de droit reconnu : il s'agit du principe d'humanité. Celui-ci est si central au DIH contemporain qu'il est sous-entendu dans les traités importants[730] et qu'il se déduit de bon nombre des règles coutumières, en plus d'être mentionné (sous le vocable « lois de l'humanité ») dans la clause de Martens comme suscitant les principes du droit des gens. Nous considérons en effet qu'en plus d'être codifié dans les traités et cristallisé dans la coutume, ce principe a un statut particulier en droit international en tant que PG de droit reconnu. Dans le cadre de cette analyse, nous apportons aussi des explications justifiant notre rejet en tant que source de DIH d'un autre élément de la clause de Martens, soit les exigences de la conscience publique.

4.4.3 L'humanité comme un PG de droit reconnu : principe, lois et considérations élémentaires

Qu'il soit utilisé comme baromètre dans l'interprétation juridique ou comme point de repère dans la réconciliation de règles *a priori* opposées[731], il est incontestable que le principe d'humanité joue un rôle central dans l'identification et l'application des règles qui visent la protection de la personne humaine. Nos recherches nous indiquent que cette capacité ne lui est toutefois pas attribuée par la

---

[730] P. ex. CII (1899) et CIV (1907), *supra* note 124 au préambule ; GCI, art 63 ; GCII, art 62 ; GCIII, art 142 ; GCIV, art 158 ; PAI, art 1(2).

[731] L'expression « *yardstick* » a été utilisée pour la première fois dans l'*Affaire Krupp* à Nuremberg, référant toutefois à la clause de Martens en entier : « [The Martens clause is…] *a legal yardstick to be applied if and when the specific provisions* […] *do not cover specific cases occurring in warfare* » : *Trial of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunal under Control Council Law nº 10 (United States v Alfried Krupp, et al.)*, vol 9 partie II (1948) au para 1341 [Krupp (1948)]. L'expression a été ensuite utilisée pour référer à l'art 3 commun dans CIJ, Nicaragua (1986), *supra* note 80 au para 218, pour être reprise dans les Commentaires CGI–IV (2018), *supra* note 8 au para 547 (art 3 commun), et dans CPI, *The Prosecutor v Bosco Ntaganda,* aff nº ICC-01/04-02/06, Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 (4 janvier 2017) au para 50 [Ntaganda (2017)]. Voir aussi la dissidence de Higgins dans l'avis sur l'emploi d'armes nucléaires (1996), *supra* note 669 au para 41, où elle mentionne la survie physique des populations comme étant la valeur que le droit international s'efforce de promouvoir et de protéger et que la Cour ne doit jamais perdre de vue (« *the judicial lodestar* » dans la version anglaise).

clause de Martens (qui, lorsqu'elle n'est pas incluse dans des dispositions opérationnelles d'une traité, est une source matérielle du DIH), mais via les PG de droit reconnus en entrant dans la catégorie des principes du droit international.

Comme souligné en début de chapitre[732], rappelons en effet que la clause de Martens peut être perçue comme ayant fait entrer dans l'enceinte du droit international une règle valide selon ses propres processus, règle qui, dans sa substance, invite à aller au-delà du cadre et des limites définies par le système lui-même. En effet, cette clause souligne que les réponses aux questions relatives à la protection des victimes de guerre ne peuvent être trouvées en appliquant une approche strictement positiviste[733]. Comme nous le démontrons plus loin[734], les exigences de la conscience publique jouent un rôle réduit sur le plan des sources de règles de DIH : elles ne sont pas un PG de droit reconnu et ne peuvent contribuer à l'établissement de la coutume que dans un contexte précis. Le rôle de ces exigences est donc limité à nourrir l'interprétation du droit. En ce qui a trait au principe d'humanité, appelé « lois de l'humanité » dans la clause de Martens (et dans la *Déclaration de St-Pétersbourg*), il en est toutefois autrement. Le rôle de ce principe est en effet plus étendu. C'est là que se trouve l'élargissement de l'approche positiviste, l'ouverture vers une appréhension positive inclusive des sources. Nous soutenons en effet qu'en application de la conception des PG de droit reconnus comme incluant les principes du droit international, le principe d'humanité est un PG de droit reconnu. Cette qualification n'empêche pas le principe d'humanité de jouer aussi les autres rôles, nommément le rôle interprétatif accru dans la clarification du DIH conventionnel et coutumier, ainsi que le rôle de modulateur des éléments de la coutume avec une valeur amplifiée en tant que manifestation de l'*opinio juris*.

Mentionnons que notre appréhension du principe d'humanité est en partie tributaire de la fonction dynamique et intégrative des valeurs telle qu'on la retrouve dans un certain courant doctrinal de la

---

[732] *Supra* section 4.1

[733] Online Casebook, *supra* note 93, Fundamentals of IHL D. Sources of Contemporary International Humanitarian Law III. Fundamental Principles of International Humanitarian Law à la n 77 : « *It is very important that* [the Martens clause] *underlines that not everything that is not prohibited is lawful in war and that answers to questions relating to the protection of war victims cannot be found exclusively through a purely positivist approach; it is, however, not easy to find precise answers to real problems arising on the battlefield through these clauses. In a world with extremely varied cultural and religious traditions, in which people have diverging interests and different historical perspectives, those clauses can generally no more than indicate in which direction to look for a solution*. ».

[734] *Infra* section 4.4.3.3.

théorie démocratique des sources[735]. Selon ce courant positiviste, « [*l*]*egal principles may be considered as modulators, transformers or converter of moral principles or values in a legal order* »[736]. Cela permet aux PG de droit reconnus de contribuer au maintien de la cohérence du droit international. Dans le cadre de nos recherches, nous appliquons cette fonction non pas à tous les PG de droit reconnus, mais spécifiquement au principe d'humanité en DIH. Il ne s'agit pas là d'un glissement vers le droit naturel et la morale, puisqu'il y a une composante éminemment consensuelle au principe d'humanité, qu'on le trouve en DIH ou dans les droits de la personne ; sans ce consentement, il n'y aurait pas une expression juridique suffisante pour « encadrer » les considérations humanitaires sous-jacentes. Comme l'affirment Simma et Alston, dans le contexte des droits de la personne :

> *Admittedly, general principles have not fared too well as a source of international law, mainly due to their natural law flavour and the uncertainties surrounding the ways in which they are to be established and applied. But the acceptance of principles in the human rights field does not share this aleatory element: it is a decidedly consensual process, giving 'a sufficient expression in legal form' to the underlying humanitarian considerations. International law has grown to encompass the protection of the human person spontaneously rather than out of a habit*; *in the development of human rights law, principles have always preceded practice.*[737]

En DIH, l'acceptation juridique du principe général d'humanité passe aussi par la ratification universelle des CGI–IV (1949) ainsi que par l'allégement des exigences en ce qui a trait à la pratique étatique constitutive de DIC mentionnée plus haut.

Cela étant posé, nous procéderons à l'analyse du concept d'humanité comme un PG de droit reconnu en trois temps : 1) l'exploration de l'approche de la logique intrinsèque comme validant la valeur inhérente du principe d'humanité au DIH (4.4.3.1) ; 2) la démonstration à l'effet que les considérations élémentaires d'humanité, qui sont, à toutes fins utiles, une création jurisprudentielle,

---

[735] Besson (2011), *supra* note 655 aux pp 32, 47–49. Voir aussi Max Sørensen, « Principes de droit international public: cours général » (1960-III) 101 RCADI à la p 16 ; Voigt (2008), *supra* note 602 à la p 8.

[736] Besson (2011), *ibid* à la p 30.

[737] Simma / Alston (1988), *supra* note 16 à la p 107 [notre soulignement]. Voir aussi Schachter (1982), *supra* note 680 à la p 81 : « *The underlying and sometimes unstated premise is that* [the postulates that form the general principles of law] *are generally accepted. They may be used 'against' a State in a case because they are established law. However, if a particular principle or postulate becomes a subject of dispute regarding its general acceptance, it is likely to lose its persuasive force as an intrinsic principle*. ».

sont incluses dans le principe d'humanité (4.4.3.2) ; et 3) l'analyse du cas particulier des « exigences de la conscience publique » comme étant exclues du principe d'humanité lorsque ce dernier est considéré en tant que PG de droit reconnu (4.4.3.3).

4.4.3.1 Le principe d'humanité comme étant inhérent à l'idée de DIH : exploration de l'approche de la logique intrinsèque

> [The general principles of law] *are also logic inferences that are related to particular areas of international law, giving room for the emergence of general principles specifically applicable in the realm of international law, for example the principle of humanity in international humanitarian law.*[738]

Dans la présente section, nous explorons l'idée que la capacité que possède le principe d'humanité de contribuer à l'identification et à l'application des règles de DIH visant la protection de la personne humaine provient du fait qu'il s'agit d'un principe intrinsèque à l'idée même du DIH et qu'il est logiquement nécessaire à cette branche du DIP[739]. Dans ce contexte, le principe d'humanité constitue une proposition logique fondamentale et incontestable qui est le socle de la communauté internationale.

Par exemple, en DIH, il serait logique qu'à partir du moment où il existe une règle claire prohibant l'attaque des civils[740], une attaque dirigée vers un objectif militaire doive être arrêtée dès qu'il est manifeste que la cible est exclusivement civile, et cela, sans qu'il soit nécessaire qu'une règle soit explicitement et formellement adoptée à cet effet[741]. En d'autres mots, la logique inhérente au principe d'humanité qui se manifeste dans les PG de droit reconnus permettrait d'argumenter que la règle exigeant l'interruption d'une attaque dès qu'il est manifeste que la cible est exclusivement civile

---

[738] Marcelo Kohen et Bérénice Schramm, « General Principles of Law » dans *Oxford Bibliographies*, 2017, rev 2019, en ligne : <https://www.oxfordbibliographies.com>.

[739] Au sujet de la filiation générale des PG de droit reconnus via la logique intrinsèque, *supra* section 4.2 *in fine*.

[740] Règlements de La Haye (1907), *supra* note 124 aux arts 25 et 27 ; PAI, arts 52(1), 56, 59 et 60 ; Étude sur le DIHC, *supra* note 7 aux R7 et 10.

[741] Sassòli (2019), *supra* note 15 au para 4.48 : « [O]*ther principles often seen as 'general principles' within the meaning of Article 38(1)(c) are intrinsic to the idea of law and based on logic rather than a legal rule. Thus, if it is prohibited to attack civilians, logic dictates that an attack directed at a military objective must be stopped when it becomes apparent that the target is (exclusively) civilian*. » ; voir aussi Online Casebook, *supra* note 93, Fundamental of IHL, D. Sources of Contemporary International Law, III. Fundamental Principles of International Humanitarian Law.

lie tous les États. Dans l'état actuel du droit, cela inclurait les États qui ne sont pas parties au PAI, où ladite règle est codifiée à l'art 57(2) *b*). Cependant, nous considérons que cette conclusion est excessive ; l'approche de la logique inhérente n'est utile que si elle est utilisée avec discernement et parcimonie. En effet, en forçant la note, on peut faire rentrer presque tout le DIH dans le principe d'humanité, ce qui constituerait ultimement un détournement de l'approche positiviste générale (même remaniée et éclairée) des sources du droit international. Le rattachement à la logique intrinsèque à l'idée de droit ne doit pas servir de catégorie fourre-tout par défaut[742]. À la lumière de nos recherches, nous considérons que l'établissement d'une règle de DIH via l'approche de la logique intrinsèque nécessite l'existence d'une règle principale à laquelle rattacher logiquement l'existence de la règle accessoire, de façon à éviter l'utilisation abusive de la catégorie « logique » des PG de droit reconnus. Rappelons que Schachter définit cette catégorie comme suit :

> *Our third category* [of general principles that have been invoked and applied in international law discourse and cases] *is even more abstract but not infrequently cited: principles 'intrinsic to the idea of law and basic to all legal systems'. As stated, it includes an empirical element—namely, the ascertainment of principles found in 'all' legal systems. It also includes a conceptual criterion — 'intrinsic to the idea of law'*.[743]

Dans cette catégorie, on conserve un lien avec l'élément empirique de ce qui est commun à tous les systèmes, mais on s'en éloigne aussi graduellement pour considérer plus systématiquement le critère conceptuel des principes intrinsèques qui sont logiquement nécessaires aux systèmes juridiques. C'est là qu'entre en jeu la composante éminemment consensuelle au principe d'humanité mentionnée plus haut. Comme l'affirme Schachter, la prémisse sous-jacente à l'existence de cette catégorie est que les principes qui s'y trouvent font l'objet d'un consensus de la communauté qui les

---

[742] Par analogie avec l'utilisation proposée par Simma et Alston des « principes généraux » comme moyen alternatif de validation objective des droits humains fondamentaux se limitant uniquement au noyau du *jus cogens*, nous visons uniquement le principe d'humanité et non pas tous les principes du DIH : Simma/Alston (1988), *supra* note 16 à la p 103 : « *What is referred to here are fundamental human rights*. […] *We would certainly hesitate to claim the peremptory nature of the entire body of today's human rights and humanitarian law lock, stock and barrel*. ».

[743] Schachter (1982), *supra* note 680 aux pp 80–81. Voir aussi Crawford, qui conçoit que les principes du droit international puissent être désignés alternativement comme des règles de DIC, des PG de droit reconnus comme prévu à l'art 38 ou comme « *certain logical propositions underlying judicial reasoning on the basis of existing international law* » : Crawford's Brownlie (2012), *supra* note 34 à la p 37 ; comparer avec Tomuschat, qui conçoit certains principes du droit international comme étant des « *fundamental principles* [that] *form unchallengeable components of the constitutional foundations of the international community* » et d'autres comme étant des abstractions du droit conventionnel et coutumier (comme l'acquiescement et l'effectivité) : Tomuschat (1993), *supra* note 364 à la p 320.

appliquent ; dès que le principe fait l'objet de disputes ou de dissensions, il perd de sa valeur persuasive[744]. Nous considérons que le principe d'humanité satisfait ce critère de consensus en DIH.

Pour illustrer comment le principe d'humanité peut être utilisé — de façon circonspecte et mesurée — comme source du DIH par le truchement des PG de droit reconnus parce que logiquement et intrinsèquement nécessaires à cette branche du droit international, nous reprenons l'exemple de la règle de l'interruption des attaques : celle-ci peut être fondée sur le principe d'humanité qui est une source de droit international si, et seulement si, la règle prohibant les attaques de civils est de nature conventionnelle ou coutumière. Si la prohibition des attaques sur les civils ne pouvait être fondée que sur le principe d'humanité, sans référence aucune aux règles contenues dans les traités ou la coutume, il serait alors impossible d'aller y chercher aussi la règle qui en découle (dans l'exemple retenu ici, celle de l'interruption des attaques) en la fondant sur le même principe d'humanité. Dans ce cas, l'approche de la logique intrinsèque dépasserait les limites du droit positif.

L'émergence de la règle du contrôle humain significatif (CHS) dans le contexte de l'utilisation des systèmes d'armements autonomes est utile pour illustrer notre propos. Le concept de CHS existe dans la sphère internationale depuis 2011, au moment où l'organisation non gouvernementale *Article 36* l'a proposé dans un document d'orientation politique[745]. Juridiquement, ce concept n'est qu'à ses balbutiements. On note quand même qu'au cours des dix dernières années, les États et les organisations internationales s'y réfèrent presque systématiquement lors des discussions entourant les systèmes d'armement autonomes[746]. Le concept de CHS est en outre adopté par la société civile et certains États de la communauté internationale : il a été au centre des discussions de la réunion d'experts de 2014 sur les systèmes d'armes létales autonomes et de la première réunion du groupe d'experts gouvernementaux sur les systèmes d'armes létales autonomes de 2017, ainsi que lors des

[744] Schachter (1982), *ibid*.

[745] Article 36, « Killer Robots: UK Government Policy on Fully Autonomous Weapons: A Commentary on the UK Ministry of Defense's 2011 Joint Doctrine Note on 'The UK Approach to Unmanned Systems' », 2013, en ligne : <www.article36.org/wp-content/uploads/2013/04/Policy_Paper1.pdf>. Voir aussi la Déclaration du In*ternational Committee for Robot Arms Control* (« *Berlin Statement* »), 2010, qui mentionne le contrôle humain : en ligne <http://icrac.net/statements/>.

[746] P. ex. États-Unis, Département de la défense, *Autonomy in Weapon Systems*, Directive 3000.09, 2012 à la p 14, en ligne : <www.dtic.mil/whs/directives/corres/pdf/300009p.pdf> ; CICR, *Déclaration du CICR aux Nations Unies sur les armes*, 2014, en ligne : <https://www.icrc.org/fr/document/declaration-du-cicr-aux-nations-unies-sur-les-armes-2015>.

dernières réunions annuelles des États parties à la *Convention sur certaines armes classiques*[747]. Ce concept est donc au cœur des discussions entourant la réglementation des systèmes d'armement autonomes. Ce positionnement ne lui donne pas un caractère juridiquement contraignant en soi, mais le place tout de même aux premières loges du développement du droit international sur la question. Comme l'affirme l'Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement :

> *As the international community grapples with how to address the weaponization of increasingly autonomous technologies, it is worthwhile to consider if the MHC concept could help frame the nascent discussions and perhaps ultimately serve as the basis of an explicit international norm.*[748]

Il n'y a donc pas encore de conférence diplomatique en vue et encore moins de traité en négociation sur la table, mais le contexte actuel est celui de l'étape embryonnaire d'une règle en formation : comme l'affirme Asaro, et à la lumière des discussions au sein des différents forums internationaux, force est de constater que les États agissent actuellement de manière à maintenir les armes sous un contrôle humain significatif. Il est toutefois moins clair s'ils croient réellement avoir une obligation partagée de le faire[749]. Le passé n'est pas garant de l'avenir et il est possible que cette formation ne soit jamais complétée et donc que cette règle au sens juridique ne voie jamais le jour. Cependant, si dans le futur, ce concept est intégré dans un instrument conventionnel, il pourra être analysé comme faisant partie intégrante du système du droit international public ; il pourra aussi emprunter le chemin du droit international coutumier en démontrant l'existence de cette règle par la mise en preuve d'une pratique des États (déjà existante, mais qui devra, à cette étape subséquente du processus de développement de la règle, être suffisamment importante et uniforme) jumelée à une *opinio juris* ; on pourra aussi, et c'est là que nous rejoignons notre propos initial, fonder cette règle sur les PG de droit reconnus en allant chercher, par exemple, le principe d'humanité. En effet, la protection de la

---

[747] CAC (1980), *supra* note 246. Pour plus d'information sur les différents forums de discussion, en ligne : Nations Unies, Genève, Informations générales, Systèmes d'armes létales autonomes (SALA) : <https://www.unog.ch/80256EE600585943/(httpPages)/8FA3C2562A60FF81C1257CE600393DF6?OpenDocument&cntxt=4821C&cookielang=fr>.

[748] Pour une contextualisation et une analyse détaillée du concept, voir UN Institute for Disarmament Research, *The Weaponization of Increasingly Autonomous Technologies : Considering how Meaningful Human Control Might Move the Discussion Forward*, nº 2 UNIDIR, 2014, en ligne: <https://unidir.org/files/publications/pdfs/considering-how-meaningful-human-control-might-move-the-discussion-forward-en-615.pdf>.

[749] Peter Asaro, « *Jus nascendi*, Robotic Weapons and the Martens Clause » dans Ryan Calo, Michael Froomkin et Ian Kerr, dir, *Robot Law*, Cheltenham, Elgar, 2016, pp 367–386, en ligne, page de l'auteur : <http://peterasaro.org/writing/Asaro%20Jus%20Nascendi%20PROOF.pdf> à la p 21.

personne humaine, que met en avant le concept de CHS, est intrinsèquement liée au contrôle des armes ainsi qu'à l'encadrement des moyens et méthodes de combat qui font déjà l'objet de règles conventionnelles et coutumières. Comme l'affirme Asaro:

> [Meaningful human control] *is fundamentally humanist in its insistence on explicitly human control of targeting and firing decisions. If any new principle might be convincingly derived from the 'principles of humanity' as expressed in the Martens Clause, surely it would be a principle that ensures human control over the violence of war, political and strategic decision-making, and war itself.*[750]

Nous le rappelons, à lui seul, le principe d'humanité n'a pas une force probante aussi grande que le traité ou même la coutume. Le rattachement du principe d'humanité aux PG de droit reconnus au sens de l'article 38, par le seul truchement de la logique inhérente au DIH, pourrait sembler ténu et justifier au mieux son classement parmi les sources matérielles d'inspiration. Toutefois, lorsqu'il peut être associé à des règles déjà existantes, le principe d'humanité contribue réellement à la formation de règles juridiquement contraignantes. Il est le véritable point d'ancrage du DIH contemporain en ce qu'il capte la logique des règles qui s'y trouvent. Comme l'a affirmé Pellet, il faut comprendre et développer les règles à l'intérieur du cadre logique qui leur est propre, de façon à prendre note des nouvelles tendances qui se dessinent, sans toutefois les inventer ou encore moins les imposer[751]. Or, le principe d'humanité permet ce développement cohérent, agissant comme un refuge provisoire avant que de nouvelles règles détaillées soient développées[752]. En effet, ce qu'affirme Kolb au sujet du principe d'autodétermination s'applique aussi, selon nous, au principe d'humanité : « *The principle will probably have a completely new face in 50 years. It is proteiform, molecular, able to bind ever-new legal constructions. But at a given time, it has a relatively fixed legal meaning* »[753].

Pour conclure cette exploration du principe d'humanité comme source de droit en raison de son caractère inhérent au DIH, rappelons que cette branche du DIP exprime une rationalité sociale

---

[750] *Ibid* à la p 24.

[751] Alain Pellet, « Keynote Address Responding to New Needs Through Codification and Progressive Development » dans Vera Gowland-Debbas, dir, *Multilateral Treaty-Making : The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in International Legislative Process*, Heidelberg, Springer, 2000, pp 13—23 à la p 16 [Pellet (2000)], cité dans Pellet (2011), *supra* note 462 à la p 1077.

[752] Kolb (2006), *supra* note 74 à la p 26 [notre traduction].

[753] *Ibid*.

différente[754] par rapport à d'autres branches, rationalité qu'elle partage cependant avec les droits de la personne : la rationalité humanitaire, c'est-à-dire celle de la protection de la personne humaine, peut entrer, par exemple, en conflit avec la rationalité des relations diplomatiques, ou même celle de la souveraineté étatique. Pour illustrer notre propos, nous nous permettons d'emprunter et de remanier un extrait des travaux de la CDI en y substituant le terme « humanitaire » au terme « commercial » :

> [L]a rationalité *humanitaire* peut parfois – et peut-être même souvent – être en contradiction avec la rationalité de la protection du souverain et que lorsqu'un choix doit être fait, les objectifs et « principes » généraux du droit *humanitaire* – quelle que soit la façon dont on les comprend – sembleront plus rationnels aux institutions *humanitaires* et aux experts *humanitaires* que les techniques d'interprétation traditionnelles.[755]

L'appréhension du principe d'humanité comme PG de droit reconnu, dans les limites posées ici, permet au DIH de se développer de façon cohérente avec cette rationalité humanitaire qui peut par moments être en porte-à-faux avec les intérêts politiques des États, mais jamais avec l'esprit et l'objet du DIH.

4.4.3.2 Le principe d'humanité comme étant inclus dans les considérations élémentaires d'humanité

La présente section vise à démontrer que le concept jurisprudentiel de « considérations élémentaires d'humanité » réfère au principe d'humanité, mais pas uniquement à ce principe[756]. Depuis les

---

[754] CDI (Koskenniemi), Fragmentation (2006), *supra* note 4 au para 133. Voir aussi Martti Koskenniemi et Päivi Leino, « Fragmentation of International Law : Postmodern Anxieties? » (2002) 15:3 LJIL 553–579.

[755] CDI (Koskenniemi), Fragmentation (2006), *ibid* au para 134, au sujet de l'OMC.

[756] Comparer avec Theodore Meron « The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience » (2000) 94:1 AJIL 78–89 à la p 82 [Meron (Martens Clause 2000)] : « *Principles of humanity are not different from elementary considerations of humanity, a concept to which judges, arbitrators, rapporteurs, and others have long attempted to give specific meaning* ». À noter que le fait que cette affirmation est faite sous le titre « *The* [Martens] *Clause and General Principles* » sous-entend que l'auteur considère aussi que le principe d'humanité est inclus dans les PG de droit reconnus ; Carpanelli (2015), *supra* note 624 aux pp 129–133 : « la jurisprudence internationale est généralement à l'effet que les 'considérations d'humanité' constituent en elles-mêmes des sources d'obligations internationales distinctes » ; Sassòli (2019), *supra* note 15 au para 4.49 : [A]*s IHL is part of international law, general principles of international law also apply in IHL* […]. *'Elementary considerations of humanity' is a general principle that is particularly relevant for IHL*. » ; Crawford's Brownlie (2012), *supra* note 34 à la p 46 : « *References to principles or law of humanity appear in preambles to conventions, in GA resolutions, and in diplomatic practice. The classic reference is a passage for Corfu Channel, in which the Court relied on certain 'general and well-recognized principles', including 'elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war'. On occasions the provisions of the UN Charter concerning the protection of human rights and fundamental freedoms have seen use*

quelque 75 dernières années, les instances judiciaires internationales utilisent le vocable de « considérations élémentaires d'humanité ». L'expression a été utilisée pour la première fois dans un jugement du tribunal de Nuremberg pour qualifier le traitement des prisonniers de guerre et des populations civiles sous occupation, qui était non seulement en contradiction des règles de droit international, mais au mépris total des « *elementary dictates of humanity* »[757]. L'expression a ensuite été reprise devant la CIJ dans l'affaire du *détroit de Corfou*. Dans cette affaire, la Cour appuie sa décision (selon laquelle les autorités albanaises avaient l'obligation de prévenir les navires de guerre s'approchant d'une zone minée du danger encouru par une entrée dans leur territoire) sur les considérations élémentaires d'humanité qui prennent leurs sources dans « certains principes généraux et reconnus »[758]. Il faut toutefois mentionner que ces considérations ne fondent pas à elles seules la décision de la majorité et que le rattachement du principe d'humanité aux PG de droit reconnus n'est pas explicite : l'article 38(1) *c*) n'est en effet pas mentionné[759].

Ensuite, en 1966, dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, la Cour apporte des précisions quant à la teneur de ces considérations humanitaires, insistant en l'occurrence sur leur caractère non décisif :

> Tout au long de la présente affaire, on a dit ou laissé entendre que des considérations humanitaires suffisent à faire naître des droits et obligations juridiques et que la Cour peut et doit agir en conséquence. La Cour ne le pense pas. La Cour juge le droit et ne peut tenir compte de principes moraux que dans la mesure où on leur a donné une forme juridique suffisante. Le droit, dit-on, répond à une nécessité sociale, mais c'est précisément pour cette raison qu'il ne peut y répondre que dans le cadre et à l'intérieur

---

as a basis for the legal status of considerations of humanity. » Voir aussi les Commentaires CGI (2016), *supra* note 8 au para 3291 (art 63), où il est mentionné que « les lois de l'humanité » telles que mentionnées à la clause de Martens ont été associées aux considérations élémentaires d'humanité, citant à l'appui les affaires Corfou et Nicaragua.

[757] Trial of German Major War Criminals, *Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg Germany (*1946–1951), Londres, 1950, partie 22 à la p 450: « *Prisoners of war were ill-treated and tortured and murdered, not only in defiance of the well-established rules of International Law, but in complete disregard of the elementary dictates of humanity. Civilian populations in occupied territories suffered the same fate*. »

[758] CIJ, Corfou (1949), *supra* note 484 à la p 22 : « Les obligations [qui incombaient aux autorités albanaises] sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre ».

[759] Cela n'empêche pas P.-M. Dupuy d'affirmer que « dans l'arrêt de 1949, les 'considérations' ne sont donc pas extérieures au droit. Elles sont le droit lui-même […] non pas, ou pas seulement, de vagues et généreux préceptes éthiques. » : Pierre-Marie Dupuy, « les 'considérations élémentaires d'humanité' dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice » dans René-Jean Dupuy, dir, *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos : Droit et justice*, Paris, Pedone, 1999, pp 117–130 aux pp 119 et 121 [P.-M. Dupuy (1999)].

> des limites de la discipline qu'il constitue. Autrement, ce n'est pas une contribution juridique qui serait apportée.
>
> Des considérations humanitaires peuvent inspirer des règles de droit ; ainsi le préambule de la Charte des Nations Unies constitue la base morale et politique des dispositions juridiques qui sont énoncées ensuite. De telles considérations ne sont pas cependant en elles-mêmes des règles de droit. Tous les États s'intéressent à ces questions ; ils y ont un intérêt. Mais ce n'est pas parce qu'un intérêt existe que cet intérêt a un caractère spécifiquement juridique.[760]

À noter que dans cette affaire, il est question de considérations humanitaires au sens large, et non spécifiquement de considérations élémentaires d'humanité. Aussi, la nature contentieuse de cette affaire explique en partie pourquoi la Cour offre des explications plus étoffées que dans les avis consultatifs qui suivront. La Cour répond ici aux prétentions des parties et se voit dans son droit de remettre les pendules à l'heure en affirmant sa compétence sur la *lex lata* uniquement.

Cela étant dit, c'est plus dans la lignée de l'affaire du *détroit de Corfou* que de l'affaire du *Sud-Ouest africain* que s'inscrit la prochaine affaire qui mentionne les considérations élémentaires d'humanité, soit l'affaire *Nicaragua*[761]. Lesdites considérations ne sont citées qu'en référence explicite à *Corfou* ; elles sont associées, dans un premier temps, aux principes du droit humanitaire sur lesquels repose la CVIII (1907) qui sont violés lorsqu'il y a mouillage au mépris de la sécurité de la navigation pacifique[762]. Elles sont aussi associées à certaines règles minimales pour tous les conflits armés (CAI et CANI) contenues à l'article 3 commun qui permettent à la Cour d'apprécier le comportement d'un État ayant émis une réserve aux CGI–IV (1949) (ici, les États-Unis) en fonction des principes généraux de base du droit humanitaire au-delà de la réserve émise par ledit État, comme le prévoit la clause de Martens reprise dans lesdites CGI–IV. Plus précisément, la Cour note que les règles énoncées à l'article 3 commun correspondent à ce que la Cour a appelé en 1949 (dans *Corfou*) « des

---

[760] CIJ, l'Affaire du Sud-Ouest africain (1966), *supra* note 693 aux paras 49–50.

[761] CIJ, Nicaragua (1986), *supra* note 80. À noter que la référence aux considérations élémentaires d'humanité comme une voie d'échappement à la mise en preuve des éléments constitutifs d'une règle de droit coutumier a déjà fait l'objet d'un développement plus haut, voir *supra* section 3.3.3.

[762] *Ibid* au para 215 : « si en outre un État mouille des mines dans des eaux — quelles qu'elles soient — où les navires d'un autre État peuvent avoir un droit d'accès ou de passage, sans avertissement ni notification, au mépris de la sécurité de la navigation pacifique, cet État viole les principes du droit humanitaire sur lesquels reposent les dispositions spécifiques de la convention nº VIII de 1907, et que la Cour a exprimés en ces termes dans l'affaire du détroit de Corfou : 'certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre'. ».

considérations élémentaires d'humanité »[763]. Par conséquent, la Cour semble placer sur un pied d'égalité, d'une part, les considérations élémentaires d'humanité et, d'autre part, les principes et les règles du DIH auxquels elles sont associées en tant que sources d'obligations pour les États parties en l'espèce[764]. La Cour n'est toutefois pas explicite sur la filiation entre ces éléments et les sources du DIP. En d'autres mots, même si la Cour souligne que la limitation des effets de la dénonciation est consacrée à la clause de Martens telle que contenue dans les CGI–IV (1949), on ne peut pas affirmer qu'elle établit explicitement une corrélation directe entre la clause de Martens, le principe d'humanité et les considérations élémentaires d'humanité, ni qu'elle conçoit lesdites considérations comme des PG de droit reconnus au sens de l'article 38, quoiqu'une lecture en ce sens reste possible.

Après l'affaire *Nicaragua*, les considérations élémentaires se retrouvent dans les avis consultatifs sur l'*emploi d'armes nucléaires*[765] et sur l'*édification d'un mur*[766]. Dans ces deux décisions, le rôle joué par les considérations élémentaires dans la formation et la détermination du droit international semble moins soutenu, celles-ci étant classées par la majorité[767] comme une source d'inspiration. Dans l'avis sur l'*édification d'un mur* de 2004, la Cour a examiné entre autres les conséquences juridiques des faits internationalement illicites résultant de la construction du mur par Israël en ce qui concerne les États autres que ce dernier relativement au DIH[768]. La clause de Martens n'y est pas

---

[763] *Ibid* au para 218 : « La Cour ne voit cependant pas la nécessité de prendre position sur [le] point [de se demander si quelque autre État partie aux 4 Conventions de Genève pourrait être affecté au sens de la réserve des États-Unis,] attendu que selon elle le comportement des États-Unis peut être apprécié en fonction des principes généraux de base du droit humanitaire dont, à son avis, les conventions de Genève constituent à certains égards le développement et qu'à d'autres égards elles ne font qu'exprimer. […] Il ne fait pas de doute que ces règles [énoncées dans l'art 3 commun] constituent aussi, en cas de conflits armés internationaux, un minimum indépendamment de celles, plus élaborées, qui viennent s'y ajouter pour de tels conflits ; il s'agit de règles qui, de l'avis de la Cour, correspondent à ce qu'elle a appelé en 1949 des 'considérations élémentaires d'humanité' (CIJ, Corfou […]). La Cour peut donc les tenir pour applicables au présent différend sans avoir de ce fait à se prononcer sur le rôle que la réserve américaine relative aux traités multilatéraux pourrait jouer à d'autres égards à propos des conventions en question. ».

[764] Pour une analyse de cette décision dans le même sens, voir P.-M. Dupuy (1999), *supra* note 759 à la p 125 et suiv. Voir aussi Carpanelli (2015), *supra* note 624 à la p 132.

[765] CIJ, avis sur l'emploi d'armes nucléaires (1996), *supra* note 296.

[766] CIJ, avis sur l'édification d'un mur (2004), *supra* note 500.

[767] Dans l'avis sur l'emploi d'armes nucléaires (1996), les opinions dissidentes des juges Shahabuddeen, Fleischhauer et Weeramantry vont dans le sens d'une attribution d'une valeur normative aux considérations élémentaires d'humanité : CIJ, avis sur l'emploi des armes nucléaires (1996), *supra* note 296, opinion dissidente du juge Fleischhauer (pp 305–310), opinion dissidente du juge Shahabuddeen (pp 375–428) et opinion dissidente du juge Weeramantry (pp 429–555).

[768] CIJ, avis sur l'édification d'un mur (2004), *supra* note 500 aux paras 154 et suiv.

mentionnée et les considérations élémentaires d'humanité n'apparaissent qu'en étant citées *verbatim* de l'avis sur l'*emploi des armes nucléaires* rendu en 1996 (et qui sera analysé plus en détail dans les prochains paragraphes) :

> En ce qui concerne le droit international humanitaire, la Cour rappellera que, dans son avis consultatif sur la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, elle a indiqué « qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des 'considérations élémentaires d'humanité' » qu'elles « s'imposent […] à tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier ».[769]

Au-delà de cette mention, les considérations élémentaires ne sont pas explicitement mentionnées, la Cour ayant motivé sa décision par rapport à la licéité des mesures prises par Israël en invoquant plus généralement les règles et principes du droit international qui « figurent dans la *Charte des Nations Unies* et certains autres traités, dans le droit international coutumier et dans les résolutions pertinentes adoptées en vertu de la Charte par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité »[770]. À l'instar de Thirlway[771], cela appuie la conclusion que, dans cet avis, les considérations élémentaires ne sont pas citées en tant que source de règles ou d'obligations. Alors, en quelle qualité sont-elles évoquées ? Un avis rendu par la Cour huit ans plus tôt nous permet une réponse plus complète à cette question.

Il s'agit de l'avis sur l'*emploi d'armes nucléaires*, dans lequel il est demandé à la CIJ « d'examiner les fondements juridiques d'une option stratégique : celle de la dissuasion nucléaire, dont la contribution effective à la paix durant les cinquante dernières années est pourtant difficilement contestable »[772]. La Cour doit en effet se pencher à la fois sur des considérations de *jus ad bellum* (en ce qui a trait aux dispositions applicables de la CNU par rapport à la menace ou à l'emploi de la force et la légitime défense), et sur des considérations de *jus in bello* (avec l'examen des principes et règles du

---

[769] *Ibid* au para 157.

[770] *Ibid* à la p 136 au para 86.

[771] Hugh Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, vol II, Oxford, OUP (OSAIL), 2013 à la p 1177: « *In any event, it is clear that the Court saw no need, or considered it incorrect, to refer to 'considerations of humanity' in general as justifying its findings concerning the obligations of Israel*. ».

[772] P.-M. Dupuy (1999), *supra* note 759 à la p 123.

DIH interdisant les méthodes et moyens de guerre ne permettant pas de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires ou ayant pour effet de causer aux combattants des souffrances inutiles). Ajoutons à ce contexte le fait que la Cour a aussi été appelée à questionner sur les mobiles qui ont inspiré la requête et à considérer les implications politiques que pourrait avoir l'avis consultatif.

Pour se rendre aux considérations élémentaires d'humanité, la CIJ passe tout d'abord par les principes de DIH qu'elle qualifie plus exactement de « principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire »[773]. Le premier de ces principes identifiés par la Cour est la protection de la population civile et des biens de caractère civil, ce qui inclut la distinction entre combattants et non-combattants ; le second est l'interdiction pour les États de prendre pour cible des civils, d'utiliser des armes qui sont dans ne permettent pas de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires, ce qui inclut la limitation dans le choix des armes et l'interdiction de causer des maux superflus et d'aggraver les souffrances aux combattants[774]. Il est important de souligner que ces principes sont définis par référence à des textes « formant le tissu du droit humanitaire », nommément, la *Déclaration de St-Pétersbourg* et le *Règlement de La Haye (IV) (1907)*[775]. Cela diffère de l'affaire *Nicaragua,* où c'était plutôt la *Convention VIII* (1907) et l'article 3 commun aux GCI–IV (1949) qui étaient cités à l'appui. Toutefois, comme dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour cite la clause de Martens, en spécifiant simplement qu'elle est « en relation » avec les principes cardinaux identifiés plus haut[776]. La clause est la porte s'ouvrant sur les considérations élémentaires dans les termes suivants :

> C'est sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des 'considérations élémentaires d'humanité', selon l'expression utilisée par la

---

[773] CIJ, avis sur l'emploi d'armes nucléaires (1996), *supra* note 296 au para 79.

[774] *Ibid*.

[775] *Ibid* au para 78. On note que le terme « traité » n'est pas utilisé, puisque ces textes ont accédé à l'universalité du DIH par le truchement du DIC.

[776] *Ibid*: « La Cour citera également, en relation avec ces principes, la clause de Martens, énoncée pour la première fois dans la convention II de La Haye de 1899 […] qui s'est révélée être un moyen efficace pour faire face à l'évolution rapide des techniques militaires. Une version contemporaine de ladite clause se trouve à l'article premier, paragraphe 2, du protocole additionnel 1. ».

> Cour dans […] l'affaire du *Détroit de Corfou*, que la convention IV de La Haye et les conventions de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des États.[777]

À la lecture de ce passage, nous considérons, à l'instar de P.-M. Dupuy[778], que les considérations élémentaires telles qu'utilisées ici (et dans l'avis sur l'*édification d'un mur* que la Cour cite *verbatim*[779]) ne sont pas tant une source formelle des règles de droit qu'une source matérielle de celles-ci, en ce qu'elles inspirent, poussent, motivent les États à conclure des traités qui, eux, consignent les règles du droit applicable. Nous apportons toutefois une nuance importante par rapport au concept général de considérations élémentaires d'humanité et du principe d'humanité. Dans cet avis sur l'*emploi d'armes nucléaires*, il est clair que les considérations élémentaires qui y sont mentionnées englobent plus que le principe d'humanité : elles incluent les trois éléments de la clause de Martens, en plus des principes de DIH de distinction et d'interdiction des souffrances inutiles. Lorsque les considérations élémentaires sont définies de façon aussi large, il devient justifié de voir en elles une source matérielle plutôt que formelle. Comme nous l'avons affirmé plus haut, les principes de DIH, quoique primordiaux à cette branche du droit international, ne sont pas tous des PG de droit reconnus au sens du régime des sources du DIP ; c'est uniquement le principe d'humanité qui est une source en tant que PG de droit reconnu. Or, le principe d'humanité est mentionné à deux reprises dans l'avis : une première fois lorsque sont rappelées les positions des États[780], et une seconde fois, plus intéressante, lorsque la Cour tente par tous les moyens, d'éviter une situation de *non liquet,* incluant en invoquant l'impossibilité d'appliquer les faits relatifs à l'emploi de l'arme nucléaire au principe d'humanité :

> La Cour ne peut davantage se prononcer sur le bien-fondé de la thèse selon laquelle le recours aux armes nucléaires serait illicite en toute circonstance du fait de l'incompatibilité inhérente et totale de ces armes avec le droit applicable dans les conflits armés. Certes, comme la Cour l'a déjà indiqué, les principes et règles du droit applicable dans les conflits armés — *qui reposent essentiellement sur le principe primordial d'humanité* — soumettent la conduite des hostilités armées à un certain

---

[777] CIJ, avis sur l'emploi d'armes nucléaires (1996), *supra* note 296 au para 79.

[778] Voir cette proposition de lecture dans P.-M. Dupuy (1999), *supra* note 759 à la p 125 : « C'est 'pour des considérations élémentaires d'humanité' que les conventions de droit humanitaire ont bénéficié d'une aussi large adhésion. À s'en tenir au sens ordinaire des mots, on pourrait donc considérer que, dans l'avis, contrairement aux deux arrêts de 1949 et 1986, le terme 'considération' est entendu comme le motif ou l'élément en fonction duquel une attitude est prise (en l'occurrence, celle, pour les États, d'adhérer aux conventions concernées). ».

[779] CIJ, avis sur l'édification d'un mur (2004), *supra* note 500 au para 157.

[780] CIJ, avis sur l'emploi d'armes nucléaires (1996), *supra* note 296 au para 92.

> nombre d'exigences strictes. Ainsi, les méthodes et moyens de guerre qui ne permettraient pas de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires, ou qui auraient pour effet de causer des souffrances inutiles aux combattants, sont interdits. Eu égard aux caractéristiques uniques des armes nucléaires auxquelles la Cour s'est référée ci-dessus, l'utilisation de ces armes n'apparait effectivement guère conciliable avec le respect de telles exigences. Néanmoins, la Cour considère qu'elle ne dispose pas des éléments suffisants pour pouvoir conclure avec certitude que l'emploi d'armes nucléaires serait nécessairement contraire aux principes et règles du droit applicable dans les conflits armés en toute circonstance.[781]

Ce passage confirme que la majorité de la Cour fait reposer les principes de DIH sur le principe supérieur d'humanité et relègue, en quelque sorte, les considérations élémentaires définies de façon large comme étant intrinsèquement liées au DIH, ou, comme l'a dit Carpanelli, possédant un caractère inhérent aux règles humanitaires[782]. Au demeurant, cela ne contredit pas la possibilité que le principe d'humanité soit aussi un PG de droit reconnu.

Les considérations élémentaires d'humanité ayant aussi été invoquées dans les décisions du TPIY, il y a lieu de souligner que celles-ci ne contredisent pas directement notre conclusion à savoir que le principe d'humanité inclus dans lesdites considérations peut être considéré comme étant un PG de droit reconnu. Premièrement, dans l'affaire *Martić*[783], rendue la même année que l'avis sur l'*emploi des armes nucléaires*, le tribunal s'appuie sur les considérations élémentaires d'humanité ainsi que la clause de Martens (para 13), mais aussi tour à tour sur le DIH conventionnel (para 8), le droit des traités (para 9), le droit coutumier (para 10 et 11) et les résolutions de l'AG (para 12) pour identifier l'interdiction des attaques contre la population civile et la limitation des moyens et méthodes de combat comme étant les règles de DIH applicables en l'espèce. Ces éléments ne sont cependant pas tous invoqués comme constituant séparément des sources autonomes établissant ces règles : par exemple, les résolutions viennent plutôt corroborer leur application au conflit armé visé. Aussi, le Tribunal affirme que ces règles d'interdiction d'attaque indiscriminée et de limitation dans le combat proviennent (*derive*) de la clause de Martens et qu'elles émanent (*emanate*) des considérations

---

[781] *Ibid* au para 95 [notre emphase].

[782] Carpanelli (2015), *supra* note 624 à la p 132 : « *In both its Advisory Opinions on the Threat or Use of Nuclear Weapons and on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, the Court referred to 'elementary considerations of humanity' not as an autonomous source of legal obligations but as an inherent character to humanitarian rules*. ».

[783] TPIY, *Prosecutor v Milan Martić*, aff n° IT-95-11-R61, décision de la chambre de première instance (8 mars 1996) [TPIY, Martić (1996)].

élémentaires, celles-ci constituant « la fondation du DIH »[784]. Sans que la filiation du principe d'humanité — inclus dans la clause et dans les considérations élémentaires — à l'article 38(1) *c*) et donc aux PG de droit reconnus soit explicite, nous lisons ce passage comme allant dans le sens d'une reconnaissancetacite. Le tribunal s'en est en effet sorti sans se prononcer définitivement sur la question en affirmant simplement qu'il était suffisant, à ce stade, de se rappeler que les considérations élémentaires se reflètent dans l'article 3 commun[785].

À première vue, le jugement dans l'affaire subséquente — l'affaire *Kupreškić*[786] — ne va pas dans ce sens. En effet, le tribunal y conçoit les considérations élémentaires d'humanité comme un outil interprétatif qui vient favoriser la protection des populations civiles et qui doit être utilisé dans les cas où les règles visées manquent de précision ou de rigueur « du fait qu'elles illustrent un principe général de droit international », en l'occurrence les principes de précaution et de proportionnalité[787]. L'absence de filiation du principe d'humanité et des exigences de la conscience publique aux PG de droit reconnus au sens de l'article 38 est expressément formulée :

> Il est vrai qu'on ne peut faire dire à [la célèbre clause Martens] que ces 'principes de l'humanité' et 'exigences de la conscience publique' ont été élevés au rang de sources indépendantes du droit international, puisque la pratique internationale le dément.[788]

Nous considérons tout de même que la jurisprudence du TPIY peut très bien se lire comme allant dans le sens d'une reconnaissance du principe d'humanité en tant que PG de droit reconnu ayant un caractère international au sens de l'article 38(1) *c*). Il est vrai que le tribunal ne distingue pas ici les différents éléments de la clause, les amalgamant plutôt ensemble et indistinctement, ce qui diffère de notre position. La clause étant selon nous une source matérielle du DIH, une scission des trois éléments qui la composent est en effet à opérer de façon à isoler le principe d'humanité qui est le

---

[784] *Ibid* au para 13.

[785] *Ibid* au para 14.

[786] TPIY, *Kupreškić* (2000), *supra* note 323 au para 524 : « [D]ans [le] domaine [de l'appréciation des principes de précaution et de proportionnalité], les 'considérations élémentaires d'humanité', soulignées avec justesse par la Cour internationale de Justice dans les affaires du Canal de Corfou, Nicaragua et de la Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires, devraient entrer pleinement en jeu lors de l'interprétation et de l'application de règles internationales imprécises, du fait qu'elles illustrent un principe général de droit international. ».

[787] *Ibid* au para 524.

[788] *Ibid* au para 525.

seul à constituer un PG de droit reconnu. De plus, le fait que le tribunal mentionne que « minimalement » la clause de Martens enjoint de s'y référer à titre interprétatif[789] laisse croire que d'autres fonctions puissent lui être déférées. En effet, la clause a été sollicitée à une fin autre qu'interprétative dans ce jugement, soit à titre de modulateur des deux éléments constitutifs de la coutume dans l'établissement du caractère juridiquement contraignant de l'interdiction des représailles[790]. Il est donc envisageable que le TPIY puisse concevoir le principe d'humanité pris de façon isolée comme une source formelle de droit à travers les PG de droit reconnus.

En résumé, les considérations élémentaires d'humanité telles qu'invoquées par la CIJ dans les avis sur l'*emploi des armes nucléaires* et *sur l'édification d'un mur* (et dans une certaine mesure, dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*) ont permis un certain assouplissement du carcan rigide traditionnellement volontariste, sans toutefois aller au-delà de son mandat qui lui permet de se prononcer sur le droit international tel qu'il existe au moment de la décision. Dans toutes les décisions où les considérations élémentaires sont évoquées, la Cour reconnaît que minimalement, le concept général d'humanité mérite pleinement sa place au rang de sources d'inspiration du droit international. Si la CIJ a pris la peine de clarifier par moments que les considérations élémentaires ne constituent pas une source autonome du DIP, elle s'abstient toutefois généralement de formuler des commentaires plus explicites à l'égard de leur place au sein de la triade de l'article 38. C'est en partie parce que les considérations élémentaires d'humanité constituent un concept propre à la branche judiciaire. Comme l'affirme Crawford, ces considérations dépendent de l'appréciation subjective du juge et, même si elles peuvent être affiliées à des valeurs qui se trouvent déjà dans le droit positif, elles révèleront parfois des critères extrajuridiques (d'intérêt public, par exemple) que l'on peut associer au concept d'équité et qui ne nécessitent donc aucune justification de la part des tribunaux[791] ; sous l'angle des sources, une justification logique supplémentaire est nécessaire si l'on

[789] *Ibid*, « Toutefois [la clause de Martens] enjoint, au minimum, de se référer à ces principes et exigences chaque fois qu'une règle du droit international humanitaire manque de rigueur ou de précision : dans ces cas-là, le champ et l'objectif de la règle doivent être définis par rapport à ces principes et exigences. »

[790] *Ibid* au para 527 (voir aussi *supra* section 4.4.3.3).

[791] Crawford's Brownlie (2012), *supra* note 34 à la p 46 : « *Considerations of humanity will depend on the judge's subjective appreciation, a factor which cannot be excluded. However, these considerations may relate to human values already protected by positive legal principles which, taken together, reveal certain criteria of public policy and invite analogy. Such criteria are connected with general principles of law and equity and need no particular justification*. ».

cherche à identifier la place qu'occupent les considérations élémentaires dans l'article 38, mais ce n'est pas là le mandat de la CIJ ni des autres organes judiciaires internationales.

Les considérations élémentaires d'humanité se définissent plus largement que le principe d'humanité ; elles interagissent dans la sphère politique par la force des choses, étant donné la place et la fonction que jouent les organes judiciaires internationales au sein de la communauté internationale. Dans aucune des affaires mentionnées ci-dessus, les considérations élémentaires d'humanité ne fondent les décisions de la majorité en elles-mêmes et le rattachement du principe d'humanité aux PG de droit reconnus n'est pas explicite. Toutefois, à la lumière du choix de langage dans les décisions de la majorité, celui-ci laissant place à interprétation, et en nous appuyant sur l'analyse contenue dans la doctrine[792] (incluant les opinions contenues dans les dissidences[793]), nous voyons tout de même dans ces décisions un appui sérieux à la probabilité que le principe d'humanité soit inclus dans les PG de droit reconnus. De plus, la récurrence dans le choix des mots, et plus exactement l'absence de référence au champ lexical de la coutume lorsque la Cour traite des considérations élémentaires d'humanité (ou du principe d'humanité), abonde dans le sens que ces principes sont si fondamentaux qu'il n'est pas nécessaire qu'ils se cristallisent en une règle de droit international coutumier pour trouver application[794].

---

[792] Voir p. ex. Carpanelli (2015), *supra* note 624 plus particulièrement aux pp 129–133.

[793] Voir p. ex. CIJ, avis sur l'emploi d'armes nucléaires (1996), *supra* note 296 aux pp 406 et 408 (opinion dissidente de Shahabuddeen) : « [C]es 'principes du droit des gens' pourraient être considérés comme englobant des principes du droit international déjà déduits 'des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique'. […] La clause [de Martens] avait pour fonction essentielle d'affirmer de manière incontestable l'existence des principes du droit international appelés à titre subsidiaire, mais avec des effets sur des situations actuelles, à régir le comportement des militaires par rapport aux 'principes d'humanité et aux exigences de la conscience publique'. » Ce passage correspond à peu près à notre conception, à la différence près que les exigences de la conscience publique y sont incluses dans les principes du droit international, ce qui n'est pas notre cas. Voir aussi CIJ, avis sur l'emploi d'armes nucléaires (1996), *ibid* aux pp 493– 494 (opinion dissidente du juge Weeramantry) et *Pulp Mills (Argentine c Uruguay*) [2010] CIJ Rec 14 aux paras 208–210 (opinion séparée du juge Trindade) [CIJ, Pulp Mills (2010)].

[794] Carpanelli (2015), *supra* note 624 à la p 135 : « [*R*]*egardless of the fact that international courts have apparently taken different approaches with regard to the function and content of the principle of humanity, the recurring choice of words and, in particular, the avoidance of the use of the term 'custom', seems to reveal a uniform resort to the notion of 'elementary considerations of humanity' or 'laws of humanity' in order to refer to principles so fundamental that they are not required to crystallize in custom to be applicable*. ».

4.4.3.3 Le cas particulier des « exigences de la conscience publique » : un filet de sécurité[795] pour l'humanité plus qu'un loup dans la bergerie du droit international

Si le droit international conventionnel est parsemé de références aux principes généraux de justice et d'équité, comme une porte ouverte sur la conscience juridique et sur le monde de la morale et des valeurs[796], le DIH se démarque encore plus du lot. Il a déjà été question dans le chapitre préliminaire de la mise en exergue de l'aspect opérationnel du DIH en raison de sa binarité favorisant les rapports polarisants[797]. Dans la recherche du juste milieu entre nécessité militaire et considérations humanitaires, la prise en compte des « exigences de la conscience publique », qui sont mentionnées dans la clause de Martens, est particulièrement importante. En effet, de la même façon que le panneau d'arrêt de D'Amato exerce une pression psychologique sur tous les conducteurs, incluant ceux qui ne s'y conforment pas strictement[798], les exigences de la conscience publique exercent, elles aussi, une pression sur les parties à un conflit armé, à travers le prisme du droit et de son effet coercitif, mais aussi au-delà de celui-ci.

Reconnaissant la multitude d'expressions utilisées, de « conscience juridique du monde civilisé » à « conscience juridique universelle » en passant par « conscience de la communauté internationale »[799], nous faisons nôtre la conception des exigences de la conscience publique selon deux perspectives, comme l'expose Meron :

> *Dictates of public conscience can be examined from at least two perspectives. First, they can be seen as public opinion that shapes the conduct of the parties to a conflict*

---

[795] Traduction de l'expression « *safety net* » utilisée par Michel Veuthey, « Public Conscience in International Humanitarian Action » (2003) 22 RSQ 196 à la p 197 [Veuthey (2003)].

[796] Voir p. ex. la DUDH, préambule (« Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'Homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité ») ; la *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (1968)*, 754 RTNU (1970) nº 10823 pp 73 et suiv, au préambule : « Constatant que l'application aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité des règles de droit interne relatives à la prescription des crimes ordinaires inquiète profondément l'opinion publique mondiale, car elle empêche que les personnes responsables de ces crimes soient poursuivies et châtiées. » Voir aussi la *Convention de 1907 portant création de la Cour centraméricaine de justice* (1908) 2 AJIL supp nº 219, art 7 (1) et (2).

[797] *Supra* section 1.1.

[798] Anthony D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca, Cornell UP, 1971 aux pp 31–32, tel que cité dans Online Casebook, *supra* note 93 partie 1 chap 2 à la p 10 : « [A] *third idea of rules or norms may be emphasized: that of prescriptive statements which exert, in varying amounts, a psychological 'pressure' upon national decision makers to comply with their substantive content*. […] *The idea of a rule of law as an indicator of a psychological pressure upon the person to whom it is addressed might be illustrated by a hypothetical example of one of the simplest of all possible rules of law - a 'stop' sign on a street or highway*. ».

[799] Notre traduction des expressions recensées par Thürer (2011), *supra* note 639 à la p 314.

> *and promotes the development of international humanitarian law, including customary law.* […] *Second, dictates of public conscience can be seen as a reflection of* opinio juris.[800]

Selon la première perspective, les exigences de la conscience publique sont assimilables à l'opinion publique, à la *vox populi*[801] ; on peut les identifier dans les motivations (« *a sense of abhorrence* »[802] ou de répugnance[803], peut-on dire) menant à la conclusion d'instruments juridiques en DIH[804]. Toujours selon cette première perspective, les exigences de la conscience publique ne sont pas des PG de droit de reconnus, mais elles peuvent jouer un rôle important dans l'interprétation et la détermination des règles de DIH. Autrement dit, l'opinion publique peut avoir un rôle à jouer dans le développement du droit international, mais elle ne peut agir qu'en interaction avec le DIC ou du droit conventionnel. Comme l'affirme Thürer:

> [*P*]*ublic conscience may be, and very often is, a moral impulse calling for criticism, or condemnation of, abuses of power as well as for reform. It is not, however, always an enlightened, or a reliable, guide*[805].

Toujours suivant la proposition de Meron, la seconde perspective est celle selon laquelle les exigences de la conscience publique sont conçues comme une conscience juridique commune, ou autrement dit, une *opinio juris communis*[806]. Sous cette itération, nous sommes d'avis que les « exigences de la conscience publique » combinées aux « usages établis entre les nations civilisées » forment ensemble les éléments nécessaires à la formation d'une règle de droit international coutumier, soit l'*opinio juris* et l'*usus*. De cette façon, la clause de Martens reprend

---

[800] Meron (Martens Clause 2000), *supra* note 756 à la p 83.

[801] Veuthey (2003), *supra* note 795 aux pp 220 et suiv. Voir aussi plus généralement Mary E. Stuckey, « 'The Domain of Public Conscience': Woodrow Wilson and the Establishment of a Transcendent Political Order » (2003) 6:1 RPA 1–23 ; Paul Guggenheim, « L'organisation de l'opinion publique dans la communauté internationale » (1970) *Annales ÉI*, Genève, IUHEI à la p 155.

[802] Meron (Martens Clause 2000), *supra* note 756 à la p 84.

[803] CIJ, avis sur l'emploi d'armes nucléaires (1996) opinion dissidente du juge Shahabuddeen, *supra* note 793 à la p 403 (voir aussi aux pp 386, 387 et 399).

[804] Commentaires CGI (2016), *supra* note 8 au para 3291 (art 63) : « *the term 'requirements of the public conscience' has been suggested as being identifiable in the motivation of States, organizations or individuals that has led to the adoption of treaties in the area of humanitarian law*. »

[805] Thürer (2011), *supra* note 639 à la p 315.

[806] Voigt (2008), *supra* note 602 à la p 8 ; Yotova (2017), *supra* note 608 à la p 276.

simplement les préceptes de la coutume comme source du DIP, sans passer par les PG de droit reconnus.

Pour l'une comme pour l'autre perspective, un rattachement direct et explicite des exigences de la conscience publique aux règles conventionnelles ou coutumières est nécessaire pour éviter les glissements vers le droit naturel et la pure morale. Autrement dit, ces exigences peuvent jouer un rôle parmi les sources du DIP uniquement lorsqu'elles sont incluses dans un traité ou si elles représentent une expression péremptoire de la volonté de la communauté internationale (par exemple, avec les résolutions de l'AG des Nations Unies[807]). Les exigences de la conscience publique ne possèdent pas à elles seules la capacité d'être une source du DIP. Le fait qu'elles soient mentionnées dans la clause de Martens n'attribue pas non plus cette capacité, puisque celle-ci n'est qu'une source matérielle[808].

L'utilisation de la conscience publique pour assouplir les exigences de la pratique en DIC : une spécificité du DIH

Au-delà des deux perspectives proposées par Meron, Cassese identifie une fonction supplémentaire unique au droit international humanitaire coutumier pour les exigences de la conscience publique (ainsi que pour les lois de l'humanité) : elles peuvent servir à assouplir les exigences prescrites relativement à l'*usus* comme élément constitutif de la coutume tout en élevant l'*opinio juris* à un rang supérieur. Cette modulation des deux volets de la coutume est, selon Cassese, une réelle spécificité du DIH : la clause de Martens vient changer le rapport de force en établissant une échelle variable quant à la valeur probante entre l'*usus* (moins probante) et l'*opinio juris* (plus probante) dans l'établissement d'une règle de DIH coutumière[809]. Cette modulation a été appliquée par Cassese en sa capacité de juge du TPIY dans l'affaire *Kupreškić*, lors de l'examen de la règle interdisant les représailles contre les biens et les populations civiles :

---

[807] Ticehurst (1997), *supra* note 641 aux pp 130–131. Voir aussi Sassòli (2019), *supra* note 15 au para 4.53 ; *supra* section 3.2 (au sujet de la valeur des résolutions de l'AG en DIC).

[808] Dans le même sens, voir Greenwood (2010), *supra* note 123 au para 129.

[809] Cassese (2000), *supra* note 495 aux pp 213–215. Voir aussi les Commentaires CGI (2016), *supra* note 8 aux paras 3292– 3293 (art 63) : « *In [the context where it is held that the Martens Clause has no influence on the system of the sources of international law, but functions within the triad of sources of Article 38(1)(a)–(c) of the 1945 ICJ Statute], it has been suggested that the clause might accelerate the creation of customary international humanitarian law, reducing the need for State practice when a potential customary rule is supported by the 'laws of humanity' or the 'requirements of the public conscience', as expressions of especially imperative* opinio juris. ».

> On peut néanmoins se demander si [les articles 51(6) et 52(1) du Protocole additionnel I de 1977 interdisant les représailles contre les biens et les populations civiles], à supposer qu'elles n'aient pas été déclaratoires du droit international coutumier, sont ultérieurement devenues des principes généraux du droit international. Autrement dit, les États qui n'ont pas ratifié le Protocole additionnel I […] sont-ils malgré tout tenus par les principes généraux ayant le même objet que ces deux dispositions ? Certes, la pratique récente des États ne semble pas aller uniformément dans le sens de l'émergence d'un des éléments constituant la coutume, autrement dit un *usus* ou une *diuturnitas*. Il s'agit toutefois d'un domaine dans lequel l'*opinio juris sive necessitatis* peut jouer un rôle plus important que *l'usus*, en raison de la clause Martens susmentionnée. La manière dont les États et les juridictions ont appliqué cette clause montre clairement que les principes du droit international humanitaire peuvent, par processus coutumier, naître de la pression des exigences de l'humanité ou de celles de la conscience publique, même lorsque la pratique des États est rare ou contradictoire. L'autre élément, l'*opinio necessitatis*, qui se cristallise sous l'effet des impératifs de l'humanité ou de la conscience publique, pourrait bien se révéler être l'élément décisif annonciateur de l'émergence d'une règle ou d'un principe général du droit humanitaire.[810]

Nous sommes partiellement en accord avec cette position. Cassese attribue cette spécificité propre au DIH à l'existence de la clause de Martens en elle-même ; ce n'est pas notre cas, puisque nous considérons cette clause comme une source matérielle[811]. Nous sommes d'accord avec Cassese en ce qui a trait au principe d'humanité, c'est-à-dire qu'il peut accélérer la formation d'une règle de droit international coutumier même lorsque la pratique étatique n'est pas satisfaisante au sens du DIC. Nous sommes aussi d'accord que les exigences de la conscience publique peuvent avoir le même effet, mais si et seulement si elles se traduisent par l'expression péremptoire de la volonté de la communauté internationale. Dans ce cas uniquement, elles peuvent être considérées comme représentant une *opinio juris* qui pèse plus lourd dans la balance du DIC que la pratique étatique, surtout lorsqu'elle n'est pas uniforme. Ce ne sera toutefois pas le cas s'il n'est question que d'une opinion publique, celle-ci ne rencontrant pas le seuil nécessaire pour venir modifier le rapport de force ; dans ce cas, l'*usus* reprend son importance aux côtés de l'*opinio juris,* et ce, sans modulation.

---

[810] TPIY, Kupreškić (2000), *supra* note 323, au para 527 [notre soulignement].

[811] Voir l'idée sous-jacente de la conscience publique comme étant la source matérielle des PG : CIJ, Pulp Mills (2010), opinion séparée du juge Cançado Trindade, *supra* note 793 à la p 156 au para 52 : « *General principles of law emanate, in my perception, from human conscience, from the universal juridical conscience, which I regard as the ultimate material 'source' of all law*. ».

En résumé, nous ne concevons pas les exigences de la conscience publique comme un loup qui fait entrer avec lui le droit naturel dans la bergerie qu'est le DIH, même si cette connotation jusnaturaliste s'assoit sur des fondements historiques. Nous considérons plutôt que ces exigences, qui ne peuvent pas à elles seules complètement prendre le dessus sur le droit positif, forment un filet de sécurité qui peut sauvegarder l'humanité dans la guerre si elles expriment une volonté péremptoire de la communauté internationale.

4.5 Les « principes établis du droit international des conflits armés » et « le cadre établi de droit international » : décortiquer les principes du DIH en tant que sources sous le *Statut de Rome*

Considérant les critiques auxquelles fait face l'article 38 en tant que point d'ancrage de la théorie des sources du droit international, et considérant que le droit international pénal a un rôle primordial à jouer dans l'aspect punitif de la mise en œuvre du DIH, il est opportun de regarder les instruments conventionnels plus récents traitant des sources, qui plus est, lorsque ceux-ci évoquent directement le DIH. En effet, depuis 1920, année de l'adoption du *Statut de la CPJI* duquel est importé l'article 38 du présent *Statut de la CIJ*, l'adoption du *Statut de Rome* en 1998 marque un moment important dans l'évolution de l'appréhension des sources en droit international : en effet, la consignation des sources de droit international dans ce traité multilatéral se réclame en partie de l'article 38, mais va aussi au-delà de son libellé. Cela permet une incursion dans les développements des quelque 80 dernières années relativement au régime des sources du droit international — exemplifié entre autres à travers le DIH —, tel que le conçoit non pas uniquement la communauté de chercheurs qui élabore la doctrine, mais la communauté internationale en entier. C'est pour ces raisons que nous examinons ici les articles 21 et 8(2) du *Statut de Rome* qui mentionnent respectivement « les principes établis du droit international des conflits armés » et « le cadre établi de droit international ».

4.5.1 L'article 21 du *Statut de Rome* : « les principes établis du droit international des conflits armés »

L'article 21(1) du *Statut de Rome* se lit comme suit :

> La Cour applique :

a) En premier lieu, le présent Statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve ;
b) En second lieu, selon qu'il convient, les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés ;
c) À défaut, les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues.

Cet article établit de façon hiérarchique et exhaustive le cadre juridique de la CPI : il y a d'abord et avant tout le Statut lui-même, qui a préséance sur les autres sources nommées au paragraphe (1) ; ensuite, il y a, sur un pied d'égalité, les autres traités ainsi que les principes et règles du droit international ; puis, en dernier recours, il y a les principes dégagés des lois nationales[812]. En superposant la nomenclature des sources de l'article 38 du *Statut de la CIJ*, on retrouve le droit international conventionnel (en référence aux règles d'autres branches du droit international qui ne sont pas autrement déjà inscrites dans le *Statut de Rome*, incluant le DIH conventionnel[813]) et le droit

[812] Au sujet de la nécessaire lacune du Statut, des traités et principes applicables ainsi que des critères interprétatifs du droit des traités tel que consignés dans la CVDT (1969) permettant de recourir aux « principes généraux du droit », voir CPI, *Procureur c Al Bashir*, aff nº ICC-02/0 5-01/09, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir (4 mars 2009), en ligne : <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639o 9 6.pdf>, aux paras 44 et 126 [CPI, Al Bashir (2009)] : « la majorité des juges rappelle qu'aux termes de l'article 21-1-a du Statut, la Cour doit appliquer '[e]n premier lieu' le Statut, les Éléments des crimes et le Règlement. En outre […] les autres sources de droit, telles qu'énoncées aux paragraphes 1-b et 1-c de l'article 21 du Statut, ne peuvent être invoquées que lorsque les deux conditions suivantes sont réunies : i) il y a un vide juridique dans les dispositions écrites du Statut, des Éléments des crimes et du Règlement ; et ii) ce vide ne peut être comblé par l'application des critères énoncés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et à l'article 21-3 du Statut. » Voir aussi CPI, *Procureur c William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang,* aff nº ICC-01/09-01/11, décision relative à la confirmation des charges (23 janvier 2012) au para 289. Voir de façon générale Mikaela Heikkilä, « Part 2, Articles 11-21 » dans *Commentary on the Law of the International Criminal Court,* Center for International Law Research and Policy, (2017), à l'art 21(1) b), en ligne, Case Matrix Network : <https://www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/commentary-rome-statute/commentary-rome-statute-part-2-articles-11-21/#c2017> [Heikkilä (en ligne 2017)].

[813] Ex. de décisions dans lesquelles la CPI fait référence au DIH conventionnel : référence à la CIV (1907), *supra* note 124 ; pour la définition de territoire occupé et à l'art 2 commun GCI–IV (1949) ; pour une définition de CAI : *Prosecutor v Lubanga*, aff nº ICC-01/04-01/06, decision on the Confirmation of the Charges, (29 janvier 2007), au para 213 et aux paras 208– 209 [CPI, Lubanga (charges 2007)] ; référence aux arts 49(1), 50 et 50 PAI et à l'article 3 commun pour définir le terme « attaque », « civil » et « participation directe aux hostilités » ; référence à l'art 52(2) PAI pour définir « objectif militaire » : CPI, *Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, aff nº ICC-01/04-01/07, Décision relative à la confirmation des charges, chambre préliminaire (30 septembre 2008), aux paras 266, 276, 312 et 313. Voir Schabas (2016), *supra* note 671 aux pp 523–524, pour une énumération exhaustive des décisions pertinentes.

international coutumier[814] à l'alinéa *b*). Aussi, on retrouve une séparation des PG de droit reconnus entre ceux qui ne découlent pas des lois nationales, visés par l'alinéa *b*), et ceux qui ont une filiation aux règles de droit privé, visés par l'alinéa *c*)[815].

Au sujet de l'alinéa *b)* de l'article 21(1), qui mentionne, rappelons-le, que « les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés » constituent la seconde source de droit applicable par la CPI après le Statut lui-même*,* deux constats sont à tirer. Premièrement, la référence aux « principes établis du droit international des conflits armés » ne vise pas exactement les principes du DIH tels qu'ils sont généralement définis. L'adéquation entre principes généraux du droit international, principes établis du droit international des conflits armés et principes de DIH n'est en effet pas automatique. Cette partie de l'alinéa *b*) ne semble pas avoir été inscrite au *Statut de Rome* pour permettre à la Cour d'aller puiser dans les principes de DIH, tels que la proportionnalité ou la distinction, par exemple, comme sources du droit directement applicable. Cela serait du reste particulièrement improbable, le *Statut de Rome* — étant beaucoup plus détaillé sur la nature des crimes sur lesquels la Cour a compétence que ne le sont les principes du DIH — ayant préséance sur les autres sources. Deuxièmement, la mention des « principes établis par le droit international des conflits armés » est conçue par plusieurs comme un simple rappel que le droit coutumier est aussi une source (subsidiaire) de la CPI[816]. Quoique cette position puisse sembler réductrice, la Cour peut néanmoins

---

[814] Au sujet de l'inclusion du DIC à l'alinéa *b*) de l'art 21(1), voir Schabas (2016), *ibid* à la p 52 : « *There is no doubt that article 21(1)(b) encompasses customary international law.* » ; deGuzman (2016), *supra* note 692 à la p 939 : « *There is widespread agreement that paragraph 1 (b) at a minimum includes customary international law*. » ; Pellet (2002), *supra* note 708 à la p 1071.

[815] DeGuzman (2016), *ibid* aux pp 939–940 ; Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford, OUP, 2013 à la p 76. Il existe toutefois d'autres interprétations : Pellet (2002), *ibid* aux pp 1073–1076, considère que les « principes et règles du droit international » mentionnés à l'alinéa *b*) de l'article 21 sont ceux du DIC uniquement, ce qui s'inscrit dans sa logique selon laquelle les PG de droit reconnus n'incluent pas les principes du droit international ; Schabas propose pour sa part une interprétation de l'alinéa *b*) comme visant tous les PG de droit reconnus, attribuant à l'alinéa *c*) la qualité d'incitatif discrétionnaire pour les juges de la CPI de s'appuyer sur des principes sous-jacents des divers systèmes juridiques du monde se fondant sur une analyse de droit pénal comparé. Il s'appuie sur la position adoptée par la CDI dans le Projet CCI (1994), *supra* note 417 à la p 54 au para 2 du commentaire de l'art 33 devenu l'art 21 : Schabas (2016), *ibid* à la p 520 : « *Article 21(1)(c) seems to imply the use of 'general principles' not as a means of determining the content of public international law, but rather in the context of comparative criminal law. The reference in article 21(1)(c) to such principles not being inconsistent with international law and internationally recognized norms and standards would lead to an illogical result if that provision was intended to encompass 'general principles' when this term is used to refer to one of the three primary sources of public international law. For this reason, 'general principles of law recognized by civilized nations' should be considered under article 21(1) (b) rather than 21(1) (c)*. »

[816] DeGuzman (2016), *ibid* à la p 942 au para 33 : « *Some of the law of international armed conflict is directly applicable under paragraph 1 (a) because the Geneva Conventions are incorporated into the definition of war crimes as noted*

tirer parti de ces principes pour circonscrire des termes qui ne sont pas définis dans les instruments normatifs de la Cour, mais qui se retrouvent dans le DIH conventionnel[817] ou coutumier (principalement par le truchement de l'Étude sur le DIHC[818]) et même les Commentaires aux CGI–IV[819]. Dans tous ces cas, la question de la valeur attribuée à ces principes en tant que source autonome ne semble pas se poser : le DIH conventionnel, le DIH coutumier et la doctrine sont simplement considérés comme contributoires à l'interprétation du *Statut de Rome*. Par exemple, le fait qu'à deux reprises la Cour cite les pages du premier volume de l'Étude sur le DIHC plutôt que la règle elle-même[820] indique qu'elle considère que c'est là une source d'information importante, comme on le fait pour les ouvrages de doctrine, sans pour autant se questionner à savoir si elle est ou non une source de droit.

En bref, l'article 21 n'apporte pas un éclairage particulièrement probant sur la relation entre les principes de DIH et les PG de droit reconnus ; son approche des sources, que Cryer qualifie de simpliste et rigide[821], ne reflète en effet pas suffisamment la complexité et la fluidité des relations croisées entre les sources et les moyens auxiliaires de détermination du droit. Sans répondre à la question à savoir si les principes établis du droit international des conflits armés sont ou non une source formelle de droit, l'article 21 démontre toutefois l'importance desdits principes dans l'application du droit international pénal.

---

above. This paragraph serves to ensure that customary international law concerning armed conflict is also a source of law for the Court. The Court has yet to make significant use of this provision » ; Pellet (2002), *supra* note 708 à la p 1071 : « *It may be that the letter of Article 21(1)(b) of the Statute should not be accorded an unmerited importance. In reality, there is little doubt that this provision refers, exclusively, to customary international law, of which the 'established principles of the international law of armed conflict' clearly form an integral part*. »

817 Pour des décisions dans lesquelles la CPI fait référence au DIH conventionnel, voir *supra* note 813.

818 P. ex., mention de la R5 pour définir ce qu'est une personne civile et de la R8 pour définir ce qu'est un objectif militaire : CPI, *Procureur c Abu Garda*, aff nº ICC-02/05-02/09, décision relative à la confirmation des charges (8 février 2010) au para 79 à la n 111 et para 88 ; référence aux pp 62–68 de l'Étude sur le DIHC (éd française) qui correspondent à la R14 pour préciser le principe de proportionnalité en DIH : *Procureur c Mbarushimana*, aff nº ICC-01/04-01/10, décision relative à la confirmation des charges (16 décembre 2011) au para 142 à la n 290 [CPI, Mbarushimana (charges 2011)] ; référence aux pp 482–484 de l'Étude sur le DIHC (éd anglaise) qui correspondent à la R136 pour soutenir que l'âge minimum pour le recrutement était 15 ans : CPI, *Procureur c Lubanga,* ICC-01/04-01/06, jugement d'appel (1er décembre 2014), au para 277 à la n 526 [Lubanga (appel 2014)] (voir aussi *ibid,* opinion dissidente du Juge Sang Hyun-Song au para 6).

819 P. ex., mention des Commentaires Pictet (1958), *supra* note 8 pour étoffer la définition des conflits armés CPI, Lubanga (charges 2007), *supra* note 813 au para 207. Pour plus de décisions faisant référence aux Commentaires, voir *infra* section 7.4.

820 Voir CPI, Mbarushimana (charges 2011) *supra* note 818 et Lubanga (appel 2014), *supra* note 818.

821 Robert Cryer, « Royalism and the King: Article 21 of the Rome Statute and the Politics of Sources » (2009) 12:3 NCLR 390 à la p 393.

4.5.2 L'article 8(2) du *Statut de Rome* : « le cadre établi du droit international »

L'article 8 du *Statut de Rome* constitue le cœur de la compétence de la Cour et établit en détail le rattachement des règles de DIH à l'institution : il établit la compétence de la Cour pour les crimes de guerre. Le paragraphe 2 de l'article 8 mentionne à deux reprises les limites que pose le « cadre établi du droit international »[822] : la première fois sous l'alinéa *b*) au sujet des crimes de guerre autres que les infractions graves aux Conventions de Genève, nommément les violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux, et une seconde fois à l'alinéa *e*) au sujet des autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international[823].

On peut voir dans cette référence au « cadre établi du droit international » une limitation dans l'interprétation, de façon à exclure les « lectures trop progressistes par rapport à l'état du DIH actuel »[824]. Cette lecture consacre une conception stricte du droit positif selon laquelle sont mises de côté les règles de *lex ferenda*, c'est-à-dire celles qui sont en formation ou qui font l'objet de débats doctrinaux ou jurisprudentiels. En effet, le Statut ne prend pas position par rapport aux aux controverses de théorie du droit. Par exemple, une interprétation de l'interdiction de représailles à l'encontre des populations civiles contenue à l'article 8(2) *b*) qui s'inscrirait strictement dans le cadre établi du droit international se limiterait aux seuls États qui sont liés sans réserve à l'obligation stipulée à l'article 51(6) PAI ; c'est là le reflet du cadre (conventionnel) établi du droit international

---

[822] On retrouve aussi cette référence au « cadre établi du droit international » dans les *Éléments des crimes* à la p 14 (art. 8) en ligne : <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/7730B6BF-308A-4D26-9C52-3E19CD06E6AB/0/ElementsOfCrimesFra.pdf> : « Les éléments des crimes de guerre visés au paragraphe 2 de l'article 8 du Statut doivent être interprétés dans le cadre établi du droit international des conflits armés».

[823] Voir de façon générale, au sujet du chapeau de l'art 8(2) du Statut de Rome : Schabas (2016), *supra* note 671 à la p 231 ; Knut Dörmann, « Article 8 para. 2: Meaning of 'war crimes' » dans Otto Triffterer et Kai Ambos, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observers' Notes: Article by Article*, 3e éd, C.H. Munich/Oxford/Baden-Baden, Beck/Hart/Nomos, 2016 à la p 322 aux paras 56 et suiv [Dörmann (2016)].

[824] Dörmann (2016), *ibid* à la p 354 au para 180 [notre traduction] : « *The chapeau of article 8 para 2 (b)* […] *moreover adds 'within the established framework of international law'. This phrase may have been added to underline that the offenses under article 8 para 2 (b) must be interpreted in line with 'established' IHL, possibly to exclude an all too progressive interpretation of, for instance, offenses derived from Add. Prot. I* ». Nous appliquons cette possible interprétation aussi au para 2 e) de l'article 8 puisque le libellé est identique ; voir Andreas Zimmermann et Robin Geiß, « War crimes : para 2(b)(xiii) » dans Otto Triffterer et Kai Ambos, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observers' Notes: Article by Article*, 3e éd, C.H. Munich/Oxford/Baden-Baden, Beck/Hart/Nomos, 2016 à la p 556 aux paras 915– 916, qui renvoie au texte de Dörmann.

(humanitaire)[825]. On peut aussi comprendre ce cadre établi du droit international comme référant au droit coutumier, comme l'a mentionné le Royaume-Uni dans sa déclaration formulée lors de la ratification du *Statut de Rome*[826]. Dans ce cas, la reconnaissance du fait que les crimes de guerre de droit coutumier sont pertinents pour les conflits armés non internationaux (alinéa *e*) représente un progrès significatif comme l'a affirmé Meron[827] ; en termes de sources, il ne s'agit toutefois que d'un rappel de l'applicabilité du DIC.

Au-delà du DIC, serait-il permis d'aller chercher jusque dans les PG de droit reconnus pour fonder la compétence de la Cour pour les crimes de guerre que sont les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés? Si une réponse négative s'impose à la lecture même de l'article, la décision rendue dans l'affaire *Ntaganda*[828] semble ouvrir cette porte. En guise de conclusion de ce chapitre sur les PG de droit reconnus, nous examinerons donc brièvement cet article 8(2) ainsi que l'interprétation expansive qu'en a fait la Cour.

Initialement, dans *Lubanga*, la CPI s'est penchée sur la définition de ce qu'était « le cadre établi du droit international » au sens de son Statut. À ce moment-là, elle s'est limitée à dire que l'interprétation de l'article 8(2) de son Statut devait être cohérente avec le droit international en général et le DIH en

---

[825] Dörmann (2016), *ibid* à la p 358 au para 192. Voir le même raisonnement pour l'interdiction des représailles contre des objets civils aux seuls États liés conventionnellement par l'article 52(1) PAI : *ibid* aux pp 364–365 au para 214.

[826] Déclaration du Royaume-Uni (4 octobre 2001), en ligne, Nations Unies : <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en> : « *The United Kingdom understands the term 'the established framework of international law', used in article 8 (2) (b) and (e), to include customary international law as established by State practice and opinio iuris. In that context the United Kingdom confirms and draws to the attention of the Court its views as expressed, inter alia, in its statements made on ratification of relevant instruments of international law, including* [API (1977)]. » À noter qu'Amnesty International a considéré que cette déclaration était prohibée sous l'article 120 du Statut qui mentionne que celui-ci n'admet aucune réserve. Cela n'affecte toutefois pas la valeur de déclaration au sujet de la référence au droit coutumier : Amnesty International, *International Criminal Court: Declarations amounting to prohibited reservations to the Rome Statute* (2005) Doc IOR 40/032/2005, en ligne : <https://www.refworld.org/pdfid/45be009d2.pdf> à la p 37.

[827] Meron (2003) *supra* note 302 aux pp 112–183 (« *Criminalization of violations of international humanitarian law* ») à la p 169 : « *Section (e) of Article 8 contains an important and significant list (but far shorter than the list of war crimes drafted for international armed conflicts) of other serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts not of an international character, within the established framework of international law. The recognition that war crimes under customary law are pertinent to non-international armed conflicts represents a significant advance*. »

[828] CPI, *Procureur* c. *Bosco Ntaganda*, aff n° ICC-01/04-02/06 OA5, arrêt relatif à l'appel interjeté par Bosco Ntaganda contre la deuxième décision rendue concernant l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la Défense s'agissant des chefs 6 et 9 (15 juin 2017) [CPI, Ntaganda (appel 2017)].

particulier[829]. Trois ans plus tard, dans l'appel sur la deuxième décision rendue concernant l'exception d'incompétence dans l'affaire *Ntaganda*, elle s'avance davantage et statue que « l'expression 'cadre établi du droit international' permet, en principe, l'introduction d'éléments supplémentaires dans les crimes énumérés dans les articles 8-2-b et 8-2-e »[830]. Elle précise sa pensée en affirmant que :

> [L]orsqu'on examine ledit cadre, il pourrait ne pas être toujours possible de faire une distinction claire entre l'interprétation des éléments existants, d'une part, et l'introduction d'éléments supplémentaires, de l'autre. Si le droit international coutumier ou conventionnel définit un élément supplémentaire pour un crime de guerre visé dans les articles 8-2-b ou 8-2-e, rien n'interdit à la Cour de l'appliquer pour s'assurer de la conformité de la disposition au droit international humanitaire, qu'il faille ou non faire une interprétation particulière d'un terme de la disposition ou y lire un élément supplémentaire.[831]

Par cette décision, la chambre d'appel rejette l'argument de la partie défenderesse allant dans le sens de la retenue judiciaire et de l'exclusion des lectures des articles qui seraient trop progressistes, tel qu'il appert au mémoire d'appel déposé par la défense : « [F]*ar from intending to engineer a revolutionary expansion of the law of armed conflict, the precise enumeration of crimes reflects the intention of States to constrain judicial activism as much as possible* »[832]. De plus, cette décision de la chambre d'appel va aussi au-delà de ce que le bureau du procureur lui-même avait avancé, -en affirmant que la référence au « cadre établi du droit international » ne devait pas être comprise comme introduisant de nouvelles restrictions et de nouveaux éléments qui n'étaient pas prévus expressément dans le Statut ou dans les Éléments des crimes et qu'elle devait simplement aider à l'interprétation des crimes en question. Le procureur a en effet fait valoir qu'introduire des exigences

---

[829] CPI, Lubanga (appel 2014), *supra* note 818 au para 322 : « [The chapeau to article 8 (2) (e) (vii) of the Statute and the introduction to article 8 in the Elements of Crimes] *read together with article 21 of the Statute, make clear that the interpretation of article 8 (2) (e) (vii) of the Statute must be consistent with international law, and international humanitarian law in particular*. ».

[830] CPI, Ntaganda (appel 2017) *supra* 828 au para 55.

[831] *Ibid* au para 54.

[832] CPI, *Prosecutor v Bosco Ntaganda*, aff n° ICC-01/04-02/06, Appeal from the Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9: Defence Team of Mr. Bosco Ntaganda (26 janvier 2017) au para 44. Voir aussi *ibid* aux paras 40– 42, argumentant contre l'interprétation textuelle des crimes de viols et d'esclavage sexuel : « *The Chamber asserts that commentators and drafting history support its textual interpretation that the preambles of sub-parts (b) and (e) impose no status requirements in respect of the crimes enumerated at Article 8(2)(b)(xxii) and 8(2)(e)(vii).* […] *If the Chamber's interpretation is correct, it is inconceivable that commentators who were present during the negotiations would not have commented on the fundamental innovation in the law of armed conflict being engineered.* ».

supplémentaires de cette manière permettrait que le droit international coutumier s'applique même en l'absence de lacunes dans le Statut, ce qui reviendrait à contourner l'article 21 et serait contraire au principe de la légalité[833] ; cette interprétation restrictive du Statut n'a pas été retenue par la Cour. En d'autres mots, la définition adoptée par la Cour dans *Ntaganda* de ce qu'est le « cadre établi du droit international » au sens de son Statut va au-delà du support à l'acte interprétatif ; elle instaure potentiellement le DIH en entier comme étant le cadre établi du droit international — sans toutefois aller jusqu'à l'inclusion de la *lex ferenda*. La Chambre d'appel elle-même dit être « consciente de la nature apparemment sans précédent de sa conclusion », mais réitère que sa conclusion n'est pas permise seulement par les articles 8(2) b) xxii e) vi du Statut, mais qu'elle « s'aligne également sur le cadre établi du droit international »[834]. Il restera à voir si la tendance générale se cristallisera dans ce sens, ou s'il y aura plutôt un repli vers une définition se limitant à une référence au droit coutumier.

4.6 En résumé

La plus importante caractéristique spéciale du DIH par rapport aux PG de droit reconnus est indéniablement l'existence de la clause de Martens, et ce, même si elle est une source matérielle et non formelle. Cela démontre, d'une part, l'appartenance du DIH au DIP et donc son non-affranchissement de la doctrine générale des sources et, d'autre part, le développement particulier de cette branche. Nous avons toutefois choisi d'explorer tout d'abord les modes d'identification et de filiation des PG de droit reconnus. De cette façon, la démonstration s'ancre non pas dans la clause, mais dans la source du droit international que constituent les principes généraux de droit reconnus. Cela nous a permis de décortiquer la clause de Martens en isolant la référence aux « usages entre nations » comme étant une référence au droit coutumier, et en séparant les exigences de la conscience publique des lois d'humanité, n'accordant qu'à ces dernières la fonction de source formelle. En effet, nous mentionnons que les exigences de la conscience publique ne constituent pas à elles seules une source de droit et qu'elles peuvent accéder à ce statut si et seulement si elles représentent une volonté péremptoire de la communauté internationale exprimée, par exemple, dans des résolutions de l'AG adoptées à l'unanimité. En dehors de ce cas de figure, l'opinion publique ne peut pas générer des règles de droit.

---

[833] Extrait du mémoire d'appel du procureur cité dans le jugement d'appel : CPI, Ntaganda (appel 2017), *supra* note 828 au para 36.

[834] CPI, Ntaganda (appel 2017), *ibid* au para 67.

Il ne faut toutefois pas omettre de souligner qu'outre la clause de Martens, à laquelle il est ponctuellement fait référence dans le présent chapitre, le DIH possède d'autres caractéristiques spéciales — quoiqu'elles ne lui soient pas uniques — par rapport aux PG de droit reconnus tels que prévus à l'article 38. La première est son éloignement des modes d'identification traditionnels des PG de droit reconnus. Le fait que le DIH est en grande partie contenu dans des conventions limite les situations de lacune dans lesquelles les PG de droit reconnus trouvent généralement application. Il ne s'agit pas tant d'une spécificité du DIH qu'une conséquence logique de la fonction d'« agent de remplissage » qu'on attribue traditionnellement aux PG de droit reconnus : plus les règles de droit conventionnel et coutumier sont en mesure de répondre aux cas d'espèce, moins il est nécessaire de recourir aux PG de droit reconnus. Une autre caractéristique qui a été mentionnée ici est le fait que la filiation aux règles de droit privé, qui est généralement associée aux PG, ne joue pas un rôle de premier plan en DIH. Ici aussi, l'éloignement des principes de droits nationaux vers des principes fondamentaux n'est pas spécifique au DIH ; c'est toutefois une caractéristique proprement humanitaire. Comme l'affirme Chetail, ces principes « concernent des normes et valeurs essentielles qui transcendent les spécialités et branches du droit international public »[835].

L'application des PG de droit reconnus en DIH passe donc principalement par une conception modernisée de ces PG comme incluant aussi les principes du droit international. L'adéquation entre les principes de DIH (distinction, proportionnalité, précautions, etc.) et les PG comme source de droit n'est pourtant pas automatique. Comme mentionné dans le présent chapitre, les principes de DIH n'ont pas *a priori* une capacité propre de générer du droit et sont tributaires des traités et de la coutume pour fonder leur existence juridique. Nous avons souligné qu'en pratique, le fait de ne pas classer ces principes parmi les sources du DIP n'a pas d'impact significatif sur le DIH, puisqu'ils sont traduits et intégrés dans des règles de droit coutumier ou conventionnel. Il y a toutefois un principe du DIH qui possède cette capacité, et c'est le principe d'humanité. Il se retrouve en effet dans les deux catégories, étant à la fois un principe de DIH et un PG de droit reconnu. Le principe d'humanité est consigné à plusieurs endroits dans les traités et la coutume. Il contribue de façon fondamentale à la compréhension et à l'interprétation des règles existantes. C'est dans cet esprit que nous avons exploré l'approche de la logique intrinsèque, démontrant que le principe d'humanité est logiquement nécessaire au DIH et qu'il a une place particulièrement importante dans le régime des sources. À

[835] Chetail (2013), *supra* note 14 aux pp 49–50.

l'aide de l'exemple d'une émergence éventuelle du principe juridique de contrôle humain significatif dans le contexte de la réglementation des systèmes d'armement autonomes, nous avons démontré que ce principe en tant que source de règle doit être utilisé avec parcimonie et discernement ; la nouvelle règle qui se fonde sur le principe d'humanité doit pouvoir être associée à une règle de DIH déjà existante. Cette association peut être souple, voire indirecte, mais elle doit se faire en respect de la rationalité humanitaire qui existe en DIH.

Nous avons aussi abordé une autre itération du principe d'humanité, soit celle des considérations élémentaires d'humanité qui a été développée par les instances judiciaires internationales. À l'aide d'un survol de la jurisprudence internationale (dans laquelle les décisions s'imbriquent les unes dans les autres, à la façon des poupées gigognes : l'affaire du *Détroit de Corfou* est cité dans l'affaire *Nicaragua*, qui est ensuite cité dans l'avis sur l'*emploi d'armes nucléaires* qui est repris dans l'avis sur l'*édification d'un mur*), nous avons conclu que les considérations élémentaires incluent le principe d'humanité tout en se définissant plus largement que celui-ci. Finalement, nous avons conclu ce chapitre sur les PG de droit reconnus en DIH avec une analyse des dispositions du *Statut de Rome*. Si ce dernier ne nous instruit pas sur les sources du DIH à proprement parler, il permet cependant de situer le langage utilisé autour du concept juridique de source. Tout d'abord, il y a l'article 21 qui énonce le droit applicable par la CPI ; il s'agit de la première codification des sources du droit international pénal. En mentionnant les « principes établis du droit international des conflits armés » au second rang des sources après le Statut lui-même, ce que nous apprend l'article 21, c'est que 1) la difficulté de situer ces principes en droit international public en tant que source s'est fait sentir aussi en droit international pénal (avec un problème spécifique sur la place des règles nationales en matière pénale qu'on ne retrouve pas en DIH) et 2) que le DIH, incluant ses principes, joue un rôle fondamental dans le développement du droit international pénal, sans toutefois être la source des règles qui forment cette branche du droit international. Ce que nous apprend l'article 8 qui se prononce sur la compétence de la CPI sur les crimes de guerre, c'est que ces crimes sont formés des infractions graves contenues aux GCI–IV (1949) ainsi que des autres violations graves des lois et coutumes applicables aux CAI et aux CANI « dans le cadre établi du droit international ». Dans la deuxième décision sur l'exception d'incompétence dans l'affaire *Ntaganda*, la Cour d'appel a interprété extensivement cette référence au « cadre établi », n'appliquant ni la retenue judiciaire exigée par la partie défenderesse, ni l'interprétation restrictive du Statut proposée par le procureur.

Quoiqu'une interprétation suivant le sens ordinaire de l'article 8 à la lumière de l'objet et du but du Statut ainsi qu'une analyse de la doctrine aillent tous les deux plus dans le sens inverse, c'est-à-dire vers une interprétation limitative fermant la porte à une sollicitation du droit plus *lex ferenda* que *lex lata*, *Ntaganda* instaure potentiellement un précédent qui permettrait d'aller chercher jusque dans les PG de droit reconnus un fondement à la compétence de la Cour pour les crimes de guerre que sont les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés. Nous ne concevons pas que cette possibilité se concrétisera vraisemblablement dans le futur, mais il reste pertinent de mentionner son existence pour clore ce dernier chapitre de la première partie consacré aux caractéristiques spéciales du DIH dans l'application des PG de droit reconnus.

DEUXIÈME PARTIE — LES MOYENS AUXILIAIRES DE DÉTERMINATION DU DROIT INTERNATIONAL SONT-ILS ÉRIGÉS EN CRÉATEURS DE DIH ?

Dans cette seconde partie, il est démontré que les décisions des organes judiciaires internationaux et certains moyens auxiliaires de détermination du droit, en tant que sources matérielles (en opposition à formelles) et subsidiaires (parce que soumises ultimement à la volonté de l'État, dans les cas où cette dernière est identifiable) du droit international, ont une valeur particulièrement persuasive en DIH. L'examen de l'application du phénomène d'accroissement des sources à travers une modulation des moyens auxiliaires de détermination du DIH permet en effet de mettre en valeur les caractéristiques spéciales de cette branche du droit international. En effet, si ce phénomène affecte le DIP de façon générale, les caractéristiques particulières du DIH que sont :

- L'existence d'un nombre élevé de règles de DIH conventionnelles ;
- La sollicitation accrue du droit international coutumier dans le but, entre autres, d'atténuer le décalage entre le droit applicable aux CAI et le droit applicable aux CANI ;
- Le libellé large de plusieurs de ces règles conventionnelles et coutumières brouillant la séparation entre l'interprétation du droit existant et la création de nouvelles règles ;
- L'existence de nombreuses contributions au service du développement du DIH proposées par le CICR, en tant qu'acteur non étatique entretenant des liens privilégiés avec les États,

font du DIH une branche du droit international où l'impact de cet accroissement est particulièrement manifeste.

Chapitre 5 <Exploration des sources subsidiaires persuasives>

5.1 Quelques commentaires de contextualisation terminologique

Selon l'itération traditionnelle, les moyens auxiliaires de détermination du droit — que sont les décisions judiciaires et la doctrine — se placent sous la volonté de l'État ; ils ne peuvent pas opérer seuls et ne sont activés que lorsqu'ils sont mis en relation avec les sources primaires auxquelles ils font contrepoids[836], car ce sont encore à travers les sources primaires que se traduit la volonté des États composant la communauté internationale. L'utilisation du terme « auxiliaire », traduction française de « *subsidiary* », confirme que les sources primaires et ces contributions ne sont pas sur un pied d'égalité, ces dernière étant plutôt subordonnées aux premières[837].

5.1.1 Au sujet du terme « source »

Le premier élément de contextualisation est celui de la clarification de l'utilisation du terme « source » pour se référer aux moyens auxiliaires mentionnés à l'article 38. L'expression « sources subsidiaires » existe dans la littérature de droit international, avec les nuances nécessaires qui les distinguent des sources formellement contraignantes[838]. Il est en effet important de qualifier ces sources comme étant subsidiaires, de façon à maintenir la nécessaire inféodation aux sources primaires. Cela étant dit, comme ce fut expliqué dans l'introduction[839], notre conception des sources est telle que nous gardons la porte ouverte au fait qu'elles soient ou non des règles juridiquement contraignantes. Il n'est donc pas contradictoire de concevoir les moyens auxiliaires comme des sources qui ont comme caractéristique de ne pas pouvoir opérer seules. En d'autres mots, les

---

836 Lauterpacht (1927), *supra* note 614 aux pp 8–25.

837 À noter qu'Abi-Saab fait une distinction entre les sources principales, que sont le traité et la coutume, la source subsidiaire ou supplétive, incarnée par les PG de droit reconnus, les sources subsidiaires (appelées aussi sources « interprétatives » ou « cognitives »), que sont la jurisprudence et la doctrine, ainsi qu'une source additionnelle ou plutôt additionnable qui se traduit par l'accord des parties, c'est-à-dire l'équité *ex aequo et bono* : Abi-Saab (1994), *supra* note 57 aux pp 65–66. Au sujet du sens différent du terme « auxiliaire » en français et « *subsidiary* » en anglais, voir Manley Hudson, *Permanent Court of Justice* 1920-1942 (1943) aux pp 612–615, rapporté dans Marjorie Millace Whiteman, dir, *Digest of International Law*, vol I, Washington, US Dept. Of State, 1963.

838 Voir Thirlway (2014), *supra* note 53 aux pp 117 et suiv (qui les qualifient de sources matérielles). Voir aussi Pellet/Müller (2019), *supra* note 53 au para 306 : « *in marked contrast to the sources listed in the previous subparagraphs, jurisprudence and doctrine are not sources of law – or, for that matter, of rights and obligations for the contesting States; they are documentary 'sources' indicating where the Court can find evidence of the existence of the rules it is bound to apply by virtue of the three other subparagraphs*. ».

839 Voir *supra* introduction, « Quelques précisions terminologiques ».

sources subsidiaires ne peuvent pas incarner les règles secondaires de reconnaissance, mais elles peuvent exercer une influence sur celles-ci. Nul besoin d'être une règle juridiquement contraignante pour être une source, alors, *a fortiori*, nul besoin pour être une source non autonome.

5.1.2 Au sujet de la notion de persuasion

Le deuxième élément de contextualisation est en lien avec l'utilisation de la notion de persuasion. Que ce soit à l'aide des analogies où les moyens auxiliaires éclairent la règle comme le ferait un phare[840], ou lorsque ces moyens sont comparés à un « entrepôt » dans lequel on peut aller chercher les règles[841], on voit poindre la force persuasive qu'ils peuvent avoir dans la détermination des règles de droit international. À un bout du spectre de la juridicité des sources du droit international se trouvent les éléments ayant une valeur contraignante et obligatoire, comme les sources primaires. Une compréhension stricte de la lettre *d*) du premier alinéa de l'article 38 nous amènerait à l'autre bout du spectre où se trouveraient les moyens auxiliaires comme étant facultatifs dans l'opération de détermination du droit. La lecture proposée ici est toutefois moins rigide et amène plus vers le milieu dudit spectre où l'on trouve les sources persuasives, c'est-à-dire celles qui, sans être obligatoires, sont particulièrement convaincantes.

Dans les systèmes dualistes comme le système canadien, en droit interne, l'utilisation du droit international en tant que source persuasive à des fins interprétatives dans l'application des chartes nationales garantissant les droits de la personne est consacrée. Par exemple, la Cour suprême du Canada a considéré les « principes généraux et prescriptions des divers instruments internationaux concernant les droits de la personne […] comme des sources pertinentes et persuasives quand il s'agit d'interpréter les dispositions de la Charte »[842] et le Tribunal des droits de la personne du

---

[840] Abi-Saab (1994), *supra* note 57 à la p 66 : « Ce sont la jurisprudence et la doctrine (article 38/1/d) qui sont formellement des sources 'interprétatives' ou 'cognitives', servant à capter et à identifier la matière normative sécrétée ou fournie par les trois premières sources. Ce sont donc des sources qui ne sont pas censées sécréter la matière normative, mais seulement l'éclairer ; des sources au second degré, ce qui ne veut pas dire de moindre importance. ».

[841] Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1920–2005, vol III, 4e éd, Leiden/Boston, Nijhoff, 2006 à la p 1607 [notre traduction] : « *the subsidiary means of Lit. (d) are the store-house from which the rules of heads (a), (b) and (c) can be extracted*. »

[842] Canada, *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act* (Alberta) [1987] 1 RCS 313, 1987 CanLII 88 (CSC) aux paras 57 et 60 : « Le droit international nous donne un bon aperçu de la nature et de la portée de la liberté d'association des travailleurs. Depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, la protection des droits et libertés fondamentaux collectifs et individuels est devenue une question d'intérêt international. Il existe maintenant un droit

Québec a reconnu que sa loi constitutive, la *Charte des droits et libertés de la personne*, « s'interprète à la lumière des textes internationaux, sources pertinentes et persuasives »[843], en raison du caractère quasi constitutionnel de la Charte qui commande une interprétation large et libérale. En tant que méthode d'interprétation, la persuasion joue aussi un rôle important en droit international[844]. Pour convaincre de l'exactitude de leurs propositions, les interprètes peuvent solliciter des valeurs abstraites et universelles : la protection de la vie humaine est une de ces valeurs-phares. Or, dans ce contexte interprétatif, ces valeurs sont invoquées pour leur force de persuasion et non leur aspect contraignant. À titre d'exemple, Perelman cite l'insertion de valeurs universelles dans la DUDH, de façon à permettre la cohabitation d'interprétations variées dans un instrument, et ainsi assurer un dialogue en continu tout en ayant un seul et même document de référence[845]. Dans la même ligne de pensée, c'est en s'appuyant sur la position adoptée par l'administration Carter et sur les écrits de Sohn et de Buergenthal que Simma et Alston ont proposé, à la toute fin des années 1980, d'utiliser la DUDH (1949) en tant qu'interprétation faisant autorité des obligations des États membres des Nations Unies sous la CNU, nommément l'obligation de s'engager à agir, tant conjointement que séparément, pour favoriser le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de

---

international des droits de la personne constitué d'un ensemble de traités (ou conventions) et de règles coutumières, en vertu duquel les nations du monde se sont engagées à adhérer aux normes et aux principes nécessaires pour assurer la liberté, la dignité et la justice sociale à leurs ressortissants. La Charte est conforme à l'esprit de ce mouvement international contemporain des droits de la personne et elle comporte un bon nombre des principes généraux et prescriptions des divers instruments internationaux concernant les droits de la personne. Les diverses sources du droit international des droits de la personne — les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières — doivent, à mon avis, être considérées comme des sources pertinentes et persuasives quand il s'agit d'interpréter les dispositions de la Charte. En somme, bien que je ne crois pas que les juges soient liés par les normes du droit international quand ils interprètent la Charte, il reste que ces normes constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation des dispositions de cette dernière, plus particulièrement lorsqu'elles découlent des obligations internationales contractées par le Canada sous le régime des conventions sur les droits de la personne. » Voir aussi *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*) [1999] 2 RCS 817, 1999 CanLII 699 (CSC) au para 70 : « Les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire. ».

[843] Canada (Québec), « Orientations générales du Tribunal des droits de la personne », *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ, c. C-12, a .106, 2e al) à l'art 1.4, en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/tdp/Orientations_generales.pdf>. Pour un survol des décisions utilisant le droit international comme source interprétative persuasive et, plus généralement, sur la nécessaire relation au droit international comme préoccupation du Tribunal québécois des droits de la personne : Michèle Rivet, « Le droit international: réalité ou utopie? » dans *Le Tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité* (2015) 405, Barreau du Québec, aux pp 14 et suiv.

[844] Iain Scobbie, « Rhetoric, Persuasion, and Interpretation in International Law » dans Andrea Bianchi, Daniel Peat et Matthew Windsor, dir, *Interpretation in International Law*, Oxford, OUP, 2015, pp 61–77 [Scobbie (2015)].

[845] Chaïm Perelman, *Droit, Morale et Philosophie*, Paris, LGDJ, 1968 aux pp 57 et suiv. (« Peut-on fonder les droits de l'homme ? ») ; Scobbie (2015), *ibid* à la p 71.

langue ou de religion. C'est ce qui a été appelé « *the authoritative interpretation approach* »[846], ou autrement dit, une approche interprétative digne de foi et généralement acceptée, ce qui situe sa valeur à mi-chemin entre le péremptoire et le persuasif.

En ce qui a trait à l'application du concept de persuasion aux sources du DIH, elle se situe dans le rapport entre la détermination du droit et l'utilisation des moyens auxiliaires ; la ligne entre interprétation et détermination du droit international étant mince, une interprétation persuasive partage plusieurs caractéristiques avec une source subsidiaire persuasive. Dans les deux cas, la force juridiquement contraignante est inexistante, mais la valeur convaincante est grande. Les moyens auxiliaires identifiés plus bas comme étant des sources subsidiaires sont persuasives en raison de leur sérieux et de leur fiabilité ainsi que de leur influence transversale (c.-à-d. qu'ils interagissent autant avec le droit international conventionnel que coutumier). Il s'agit donc d'un élément qui revient à plusieurs reprises dans la présente partie et qui sera mis en relation avec des documents non contraignants qui sont néanmoins considérés comme persuasifs, allant même jusqu'à « faire autorité » en DIH, comme c'est le cas avec les Commentaires du CICR aux CGIV (1949) et les PA I-II (1977).

5.1.3 Au sujet de la non-exhaustivité et de la hiérarchisation des moyens auxiliaires de détermination mentionnés à l'article 38

Le troisième élément de contextualisation vise les moyens auxiliaires de détermination. Le premier commentaire est relatif à la non-exhaustivité des moyens auxiliaires mentionnés à l'article 38. Au-delà des décisions judiciaires et de la doctrine des publicistes les plus qualifiés, nous considérons en effet qu'il existe d'autres moyens de détermination du droit. Cette position est aussi celle soutenue dans la doctrine et dans les travaux de la CDI[847]. La doctrine ordinaire cohabite en effet avec divers

---

[846] Simma/Alston (1988), *supra* note 16 aux pp 100–102.

[847] Voir p. ex. Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 3e éd, Londres, Stevens, 1957 aux pp 26 et 28 ; CDI, le Projet de conclusions de la CDI sur le *jus cogens* (ONU, CDI, *Rapport de la Commission de droit international*, Doc off CDI NU, 71e sess, suppl no 10, Doc NU A/74/10 (2019) pp 149–220 à la p 152 (concl 9) [CDI, *jus cogens* Projet de conclusions (2019)]), où les travaux des organes d'experts sont mentionnés comme moyens auxiliaires de détermination du droit ; et le Projet de conclusions en DIC (2018), *supra* note 394, à la partie V intitulée « Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier » (concl 11 à 14) qui mentionne les traités, les résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales, les décisions de juridictions et la doctrine.

documents juridiques non contraignants, certains impliquant les États, d'autres étant élaborés par des groupes d'experts. Ces documents ne constituent pas des ouvrages de doctrine ordinaire, quoiqu'ils partagent certaines caractéristiques avec ceux-ci : tout comme la doctrine, ces documents contiennent des interprétations et des modélisations du droit tel qu'analysé par des juristes, contribuant ainsi à la diffusion et à la compréhension — et potentiellement à la critique — de ce droit. En ce qui a trait aux documents juridiques non contraignants émanant ou impliquant des États, ce qui les distingue ne relève pas tant de la qualité du raisonnement exposé que de l'implication des États dans leur élaboration. C'est pourquoi nous en traitons dans la prochaine section (5.2) qui vise les moyens auxiliaires de détermination du droit autres que ceux mentionnés à l'article 38, et non sous le chapitre consacré à la doctrine (chapitre 7), comme c'est le cas pour les manuels internationaux élaborés par des groupes d'experts. En effet, ces derniers acquièrent leur valeur persuasive en raison principalement de la qualité du raisonnement qu'ils exposent, ce qui n'empêche pas qu'ils aient un lien — plus ou moins ténu, plus ou moins informel, dépendant du document dont il est question — avec les États : cette situation nous permet de les classer parmi les ouvrages de doctrine finalisée, concept développé par Oraison que nous expliquerons en introduction du septième chapitre[848].

Cela étant dit, nous soulignons que les distinctions apportées entre ces catégories et sous-catégories ne forment pas des blocs monolithiques immuables : un processus initialement enclenché dans le but de développer un document juridique non contraignant impliquant des États peut, par exemple, se transformer en cours de route pour avoir comme forme finale un manuel international, tout comme il est possible pour les contributions de s'interinfluencer entre elles[849]. Aussi, certains processus sont situés à la frontière entre la doctrine finalisée et les documents non contraignants qui ne constituent pas de la doctrine : c'est le cas par exemple des travaux de la CDI, qualifiés par Oraison de « codification doctrinale officielle du droit international »[850]. Suivant les enseignements de la CDI elle-même, nous avons toutefois choisi de les classer parmi les documents juridiques non contraignants

[848] André Oraison, « Réflexions sur la 'doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations' » 24:2 (1991) RBDI 507–580 [Oraison (1991)].

[849] Sivakumaran (ICLQ 2017), *supra* note 395 à la p 26 ; Carsten Stahn et Eric de Brabandere, « The Future of International Legal Scholarship: Some Thoughts on 'Practice', 'Growth', and 'Dissemination' » (2014) 27 LJIL 1–10 à la p 4 [Stahn / de Brabandere (2014)].

[850] Oraison (1991) *supra* note 848 aux pp 561–565.

impliquant les États en tant que produit d'un organe des Nations Unies (5.2.3 *in fine*), reconnaissant qu'une autre position pourrait aussi être démontrée.

Le second commentaire relatif aux moyens auxiliaires de détermination est que l'article 38 (1) *d*) a évolué de façon telle qu'une hiérarchisation entre les moyens qui y sont mentionnés se matérialise. Rappelons que Cheng, dans l'opération d'identification des PG de droit reconnus, attribuait déjà une préséance implicite à l'examen des décisions et des tribunaux internationaux, reléguant ainsi au second plan les écrits des publicistes et établissant une microhiérarchie implicite entre les moyens auxiliaires de détermination du droit international[851]. Le traitement des deux moyens que sont les décisions judiciaires et la doctrine sur un pied d'égalité a aussi fait l'objet de critiques plus directes, ce qui donne une longueur d'avance à la jurisprudence internationale[852]. Au surcroît, dans le cadre de ses plus récents travaux sur la détermination des normes de *jus cogens,* comme sur la détermination du droit coutumier, la CDI a elle-même reconnu la valeur particulière des décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, en ce qu'elles « constituent un moyen auxiliaire de détermination » (respectivement du caractère impératif des normes du droit international général et des règles de droit international coutumier), reléguant la doctrine des publicistes les plus qualifiés à des moyens auxiliaires « pouvant servir à l'identification »[853]. En prenant la peine de souligner que l'utilisation du terme « auxiliaire » ne « minore » pas l'importance de ces moyens[854], les commentaires du groupe de travail de la CDI sur le *jus cogens* nous apprennent que « les mots 'peuvent aussi servir de' qui contrastent avec le verbe 'constituent' employé pour qualifier les décisions des juridictions internationales […] montrent que

---

851 *Supra* section 4.2.

852 Pellet/Müller (2019), *supra* note 53 au para 309 : « [W] *hile the doctrine has a discrete (but probably efficient) role to that end, the use of the jurisprudence by the Court goes, in fact, far beyond what the expression 'auxiliary means' implies.* » ; Sassòli (2019), *supra* note 15, aux paras 4.72– 4.80 : la jurisprudence internationale, principalement celle en droit international pénal, a eu un impact majeur sur la clarification, l'interprétation et même la création de nouvelles règles de DIH tandis que l'impact de la doctrine, autrefois importante, s'est affaibli en raison de la diversité des opinions exprimées. Voir aussi Fitzmaurice (1958), *supra* note 154 aux pp 153, 174 et 175.

853 CDI, *jus cogens* Projet de conclusion 9 (2019), *supra* note 847 à la p 152 ; et CDI, DIC Projet de conclusion 14 (2018) *supra* note 394.

854 CDI, *jus cogens* Projet de conclusion 9 (2019), *ibid* à la p 181 au para 1.

l'on pourrait accorder moins de poids aux travaux des organes d'experts et à la doctrine qu'aux décisions judiciaires »[855].

5.1.4 Au sujet des concepts d'application, de détermination, d'identification, de création et de développement du droit

Le quatrième élément de clarification en est plus un de différenciation terminologique dans le contexte du *Statut de la CIJ*, entre les concepts d'application, de détermination, d'identification, de création et de développement des règles du droit international. À l'article 38, il est indiqué que la CIJ applique les conventions, les coutumes et les principes généraux, ainsi que les décisions judiciaires et la doctrine, en spécifiant qu'elle applique les décisions judiciaires et la doctrine « comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit ». Mettant de côté la question de cette rédaction qui peut être considérée comme malheureuse[856], il est entendu que le concept d'application qui est au cœur de l'article 38 passe par la détermination. Il faut en effet identifier préalablement les règles, ou autrement dit, vérifier l'existence de celles-ci, pour ensuite les appliquer. Les moyens principaux (ou directs) de détermination qui sont à la disposition d'un tribunal sont l'interprétation d'un traité ou l'application de la méthodologie des deux éléments constitutifs du droit international coutumier. Traditionnellement, ces moyens sont complétés par les moyens auxiliaires que sont les décisions judiciaires et à la doctrine[857].

Cette nécessaire détermination préalable à l'application des règles nous amène sur le terrain de la création des règles de droit international. En anglais, l'expression « *lawmaking* » réfère manifestement aux actions menées dans le but de créer du droit. Il n'existe toutefois pas d'expression équivalente en français : l'expression « législation internationale » serait la plus appropriée, mais elle porte à confusion en empruntant au vocabulaire du droit interne. Qui plus est, l'idée de législation en droit international possède une connotation négative, surtout lorsqu'elle est associée aux fonctions judiciaires ainsi qu'aux actes d'acteurs non étatiques. Le Comité des juristes

---

[855] *Ibid* à la p 183 au para 5.

[856] Pellet/Müller (2019), *supra* note 53 au para 306. Voir aussi Pellet (2018), *supra* note 59 à la p 33 ; MPEPIL, Teachings, *supra* note 395 au para 6 : « *There seemed to be a large consensus – there probably still is – that Art. 38 ICJ Statute was badly drafted, possibly outdated, incomplete, full of theoretical difficulties, yet not problematic in practice*. »

[857] Voir Borda (2013), *supra* note 395 aux pp 650–655.

à l'origine du *Statut de la CIJ* a affirmé qu'il n'y a aucun doute que la jurisprudence ne crée pas du droit[858], et la CIJ a invariablement rappelé qu'elle ne pouvait pas légiférer[859]. Pour éviter l'utilisation de ce terme que d'aucuns qualifient de mot « sale »[860], la position de repli est donc d'utiliser les expressions « élaboration » ou « création » du droit international.

Un problème subsiste, en français comme en anglais : il est difficile de capter le caractère dynamique de l'élaboration du droit international. Le sceau final d'approbation reste la prérogative des États, mais l'élaboration en elle-même compte plusieurs étapes et est nourrie par les contributions de plusieurs acteurs. Le droit fait, élaboré, fabriqué par les États est sans conteste du droit international. Le droit uniquement élaboré par des acteurs non étatiques n'est pas du droit international. Il s'agit toutefois là de prémisses stériles puisque ces deux situations n'existent pas dans la réalité contemporaine : le droit fabriqué par les États est influencé à des degrés variables par les acteurs non étatiques, et les documents élaborés par ces acteurs non étatiques existent dans un système où l'ascendant des États est inévitable. Il n'est pas tant question pour les États de regagner de l'influence[861] que d'occuper la place qui est la leur, car leur influence est une constance, une permanence du droit international. Nombre d'actions influencent le processus d'élaboration d'une règle : souvent, les acteurs non étatiques l'initient en donnant l'impulsion de départ, et en accompagnant le processus d'élaboration jusqu'à l'adoption de la règle… ou aussi loin que les États

---

[858] CPJI, PV (1920), *supra* note 610 à la p 336 (Descamps) : « *Doctrine and jurisprudence no doubt do not create law; but they assist in determining rules which exist. A judge should make use of both jurisprudence and doctrine, but they should serve only as elucidation*. ».

[859] CIJ, *Compétence en matière de pêcheries* (*République fédérale d'Allemagne c Islande*), [1974] CIJ Rec 175 au para 45 : « la Cour, en tant que tribunal, ne saurait rendre de décision *sub specie legis ferendae*, ni énoncer le droit avant que le législateur l'ait édicté. » ; CIJ, Avis sur l'emploi d'armes nucléaires (1996), *supra* note 296 au para 18 : « La Cour ne saurait certes légiférer, et, dans les circonstances de l'espèce, elle n'est nullement appelée à le faire. Il lui appartient seulement de s'acquitter de sa fonction judiciaire normale en s'assurant de l'existence ou de la non-existence de principes et de règles juridiques applicables à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires », renforcé par l'opinion séparée du juge Guillaume : *ibid* à la p 293 au para 14 : « Pour conclure, je souhaiterais réaffirmer solennellement que le rôle du juge ne consiste pas à se substituer au législateur. Au cours des deux dernières décennies, la communauté internationale a fait des progrès sensibles vers l'interdiction des armes nucléaires. Mais ce processus n'est pas parvenu à son terme et la Cour doit se borner à constater l'état du droit sans pouvoir substituer son appréciation à la volonté des États souverains. C'est la grandeur du juge que de rester dans son rôle en toute humilité, quels que soient par ailleurs les débats intérieurs qui peuvent être les siens au plan religieux, philosophique ou moral. » ; CIJ, *Interprétation des traités de paix (deuxième phase),* Avis consultatif, [1950] CIJ Rec 221 à la p 229 : « La Cour est appelée à interpréter les traités, non à les réviser. », qui a été cité dans CIJ, *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, [1952] CIJ Rec 176 à la p 198 et CIJ, affaire du Sud-Ouest africain (1966), *supra* note 693 au para 91.

[860] Pellet (2018), *supra* note 59 à la p 41 [notre traduction].

[861] Shereshevsky (2019), *supra* note 20 à la p 3 [notre traduction].

veulent bien le porter. Pour utiliser une analogie sportive dans l'air du temps, comparons les courses à pied organisées, que l'on retrouve aujourd'hui dans plusieurs grandes villes, au processus de création du droit international humanitaire. En tant qu'acteur non étatique ayant influencé, et continuant d'influencer, l'élaboration du DIH, le CICR est aux États qui adoptent des règles de DIH ce qu'est un lapin de cadence aux participants d'une course organisée : la fonction de ce lapin (qui porte généralement de grandes oreilles comme signe distinctif pour être reconnu même de loin) est de compléter une distance déterminée en un temps prédéterminé ; les participants qui le suivent sont ainsi assurés de terminer la course dans le délai imparti. Le lapin de cadence n'est pas un participant, il fait plutôt partie du comité organisateur. Ici, le lapin est le CICR, les coureurs participants sont les États et l'achèvement de la course est la finalisation d'un processus d'élaboration d'une règle de DIH : si le lapin ne peut pas remporter la course, le CICR ne peut pas lui non plus générer à lui seul une règle. Mais là où le lapin peut influencer les coureurs et le déroulement de la course, le CICR peut aussi contribuer au processus d'élaboration. En fin de compte, les États, comme les coureurs, ont toute la discrétion de mener leur entreprise comme ils l'entendent : en suivant leur propre cadence en solitaire, en progressant en groupe, en suivant le lapin, en le dépassant ou même en trichant. Mais le lapin, comme le CICR, ne déroge pas : il franchira le fil d'arrivée au temps prévu, comme le CICR proposera un agenda résolument humanitaire à chaque occasion qui se présentera à lui.

Cela nous amène sur un autre terrain, soit celui des actions qui contribuent au développement progressif du droit. Dans le préambule du PAI[862], les États ont reconnu à cet instrument conventionnel des fonctions de réaffirmation et du développement du DIH protégeant les victimes, créant ainsi un binôme non régressif : il n'y a pas de développement sans réaffirmation des protections déjà acquises. Le terme « progressif » peut en effet s'entendre de deux façons : en matière de progression dans le temps, c'est-à-dire qui se réalise chronologiquement sur une période plus ou moins longue, et en matière de substance, c'est-à-dire qui marque un progrès, un avancement. Lorsque sont en jeu des règles protégeant la personne humaine (incluant donc des règles de DIH), le concept de régression est intimement lié à un éloignement des valeurs

[862] PAI *supra* note 13, préambule : « Jugeant toutefois nécessaire de réaffirmer et de développer les dispositions qui protègent les victimes des conflits armés et de compléter les mesures propres à en renforcer l'application. » Voir Commentaires PAI (1987), *supra* note 8 au para 26 : « C'est en réalité le présent considérant qui donne la raison d'être de toute l'entreprise de réaffirmation et de développement du droit humanitaire dans ses deux aspects : compléter les règles de fond et renforcer les moyens qui en garantissent l'application ».

humanitaires. C'est dans ce contexte que nous concevons le développement du DIH principalement dans le sens d'une augmentation non régressive du niveau de protection. C'est ce qu'Abi-Saab appelle l'effet de cliquet, ou « *ratchet effect* » / « *non-rolling back effect* » en anglais :

> [W]e *witness an endeavour to ensure a threshold of humanitarian protection in the form of pre-existing norms (whether customary or conventional), so that every new instrument can only have a purely cumulative or supplementary (but no destructive) effect in relation to what preceded it. In other words, this pattern ensures that the evolution of substantive norms, regardless of their formal source (which can change in the course of this evolution) can proceed only in the direction of a higher level of protection*.[863]

Dans cette deuxième partie, nous démontrons, comme l'observe Abi-Saab, que non seulement les nouveaux instruments conventionnels, mais aussi la contribution de certains moyens auxiliaires à la détermination de règles de DIH, s'inscrivent dans la tendance d'un développement non régressif augmentant la protection accordée à la personne humaine, les règles contenues dans les sources primaires formant un rempart en deçà duquel il n'est pas possible d'aller.

[863] Abi-Saab (1984), *supra* note 17 aux pp 276 (voir aussi *ibid* à la p 280).

5.2 La valeur persuasive relative et constante des documents juridiques non contraignants impliquant les États

Considérant que nous défendons la non-exhaustivité des moyens auxiliaires énumérés à l'article 38, la présente section est consacrée à l'examen des documents dans lesquels les États sont impliqués : ceux-ci ne se constituent ni des décisions judiciaires ni de la doctrine, que cette dernière soit ordinaire ou finalisée. Comme mentionné plus haut, la raison de cette classification est due au fait que la valeur persuasive que possèdent ces documents est inhérente au fait qu'ils consignent la volonté étatique. Cette volonté étant toutefois généralement que les États ne veulent pas être liés juridiquement par les documents auxquels ils participent, la valeur persuasive de ceux-ci est relative. Cette catégorie de documents regroupant un spectre large de types de contributions qui sont assez hétérogènes les unes par rapport aux autres, une sous-division est de mise : il est donc tout d'abord question des manuels militaires nationaux (5.2.1), ensuite des processus informels entre les États comme le *Document de Montreux* et les *Principes de Copenhague* (5.2.2), et finalement des travaux de la CDI (5.2.3).

5.2.1 Les documents publiés officiellement par les États : les manuels militaires nationaux

L'objectif des manuels militaires nationaux publiés officiellement pour le compte de l'État est de présenter une vision nationale des contraintes juridiques acceptées par l'État concerné[864]. Les manuels militaires nationaux n'ont donc pas force de loi au même titre que les traités internationaux et la législation nationale. Rappelons que le recours à ces manuels dans la détermination du droit international humanitaire coutumier revêt une importance particulière, ce qui ne veut toutefois pas dire qu'ils ont *de facto* préséance sur les autres formes de pratiques[865]. Si certains manuels évoquent la relativité de l'effet contraignant uniquement aux membres de ses forces armées[866], d'autres

---

[864] Garraway (2014), *supra* note 529 à la p 434 [notre traduction] : « Their purpose is to lay out a national view of the legal constraints accepted by the particular state»

[865] S*upra* chap III, section 3.4.1.2. Comparer avec Shereshevsky (*supra* note 20 à la p 29), qui mentionne que : « *the absence of significant contradicting official US articulations of its legal position, the DoD Manual may become the primary reference point for the US IHL position* ».

[866] P. ex. Canada, LOAC Manual, *supra* note 934 à la p I (preface) : « *The obligations binding on Canada in accordance with Customary International Law and Treaties to which Canada is a party are binding not only upon the Government and the CF but also upon every individual. Members of the CF are obliged to comply and ensure compliance with all International Treaties and Customary International Law binding on Canada. This manual assists CF members in meeting those obligations* ».

comme celui du Royaume-Uni, prennent la peine de spécifier que le manuel « *does not commit Her Majesty's Government to any particular interpretation of the law* »[867], ou celui des États-Unis qui mentionne que « *the views in this manual do not necessarily reflect the views of* […] *the US Government* »[868]. De plus, ici comme en DIH coutumier et comme face aux décisions des tribunaux internationaux, si auparavant les États étaient fiers d'énoncer officiellement leurs positions de façon à s'établir comme des chefs de file mondiaux, ils sont aujourd'hui plus réticents à communiquer des positions claires et à s'engager, même si cet engagement est relatif et non absolu, comme c'est le cas avec les manuels militaires :

> *As international law has become more contentious, states have become reluctant to take firm positions on issues of international law for fear that their position may need to change in the case of new circumstances. It is because of the seeming authoritative nature of national manuals that they are often so feared by politicians*.[869]

Ajoutons qu'il est fréquent que d'éminents experts contribuent aux manuels militaires. Shereshevsky mentionne l'exemple du manuel américain dans lequel il est expressément dit qu'il a fait l'objet d'un examen par des « *distinguished scholars* »[870], tandis que Garraway souligne que le premier manuel britannique était co-écrit par Oppenheim et que la version révisée de 2004 avait bénéficié des commentaires des professeurs Greenwood, Vaughan Lowe et Sir Adam Roberts[871]. Ces contributions permettent de proposer une compréhension commune des questions abordées plutôt qu'une position étatique isolée[872] ; dans le cadre de nos recherches, elles permettent aussi de confirmer que le concept traditionnel de doctrine connaît un certain éclatement et que les entités derrière les sources subsidiaires persuasives que sont la doctrine ordinaire (les publicistes), et les documents juridiques non contraignants (les entités non étatiques : organisations internationales, groupes d'experts, etc.) se croisent et contribuent aux différents types de doctrines.

---

867 G- B, LOAC Manual (2004), *supra* note 934 à la p viii (preface).

868 É-U, DoD Manual (2015), *supra* note 86 (preface).

869 Garraway (2004), supra note 529 à la p 434. Voir aussi Schmitt/Watts (2015), *supra* note 14 à la p 214 : « *The reluctance of States and their legal representatives to communicate and commit to clear views on IHL matters vitiates legal discourse, degrading the functioning and development of a critical aspect of the international legal system*. ».

870 Shereshevsky (2019), *supra* note 20 aux pp 56–57.

871 Garraway (2004), *supra* note 529 à la p 432.

872 Shereshevsky (2019), *supra* note 20 aux pp 56–57.

5.2.2 Les processus informels entre États : *Montreux* et *Copenhague*

Les documents qui émanent de ces processus s'adressent à la communauté internationale dans son ensemble, mais ne sont pas adoptés formellement à travers un processus de signatures et de ratifications : ils sont généralement associés à la *soft law*, comme c'est le cas chez Shelton[873], Sassòli[874] et Thürer[875], par exemple. Les règles contenues dans les documents impliquant les États semblent instinctivement relever plus du domaine juridique que du politique, même s'ils constituent une savante agrégation des deux[876] : leur formulation et leur forme ressemblent en effet à celles des traités, à la différence près, et non la moindre, que les États participants sont explicites au sujet de leur volonté de ne pas être liés juridiquement par les règles qui y sont mises de l'avant.

Le DIH compte deux documents récents dans cette catégorie. Il y a tout d'abord le *Document de Montreux,* qui vise les opérations des sociétés militaires et de sécurité privées pendant les conflits armés[877]. Comme son nom l'indique, il vise à affirmer les obligations internationales des États et à refléter les bonnes pratiques à suivre[878]. Au moment de la rédaction, 56 États et 3 organisations

---

873 Pour l'auteure, ces processus non contraignants sont la *primary soft law*, tandis que la *secondary soft law* est formée par les recommandations et les commentaires généraux des organes de contrôle internationaux, la jurisprudence des tribunaux et des commissions, les décisions des Rapporteurs spéciaux et des autres organes *ad hoc*, et les résolutions des organes politiques des organisations internationales qui appliquent les normes primaires [notre traduction] : Dinah L. Shelton, « Soft Law » dans David Armstrong, Jutta Brunnée, Michael Byers, John H. Jackson et David Kennedy, dir, *Handbook of International Law*, Abingdon, Routledge, 2009, disponible aussi en ligne, GWU Legal Studies Research Paper nº 322 : <http://ssrn.com/abstract=1003387> aux pp 4–5 [Shelton (SSRN 2008)].

874 Sassòli (2019), *supra* note 15 aux paras 4.59–4.71 : avec les manuels résultant des processus d'experts et les documents interprétant le DIH, ces *non-binding documents adopted in informal processes by States* constituent une nouvelle forme d'instruments hybrides de soft law.

875 MPEPIL (Daniel Thürer) *sub verbo* « Soft Law » (2009) aux paras 10–17 [MPEPIL, Soft Law] : la première grande catégorie de *soft law* est formée des résolutions des organisations internationales ; la seconde catégorie est formée des accords interétatiques non contraignants.

876 Cela fait écho à la définition de *soft law* que propose Andrew T. Guzman et Timothy L. Meyer, « International Soft Law » 2 : 1 JLA (2010) 171–225 à la p 174 [Guzman/Meyer (2010)] : « *Specifically, we define soft law as those nonbinding rules or instruments that interpret or inform our understanding of binding legal rules or represent promises that in turn create expectations about future conduct. This definition preserves the doctrinal distinction between binding and nonbinding norms, but also tracks an intuitive difference between quasi-legal rules and purely political rules*. ».

877 « Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les États en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées opérant pendant les conflits armés » tel qu'annexé à la *Lettre datée du 2 octobre 2008, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la Suisse auprès de l'Organisation des Nations Unies* (2008) Doc off AG A/63/467 63e sess, en ligne : <https://undocs.org/fr/A/63/467>, aussi disponible en ligne : CICR <https://www.icrc.org/fr/publication/0996-document-de-montreux-sur-les-entreprises-militaires-et-de-securite-privees> à la p 9 (préface) [Montreux (2008)].

878 Voir la description du document proposée par la Suisse, DFAE Section droit international humanitaire et justice pénale internationale, en ligne : <https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/droit-international-

internationales y apportent leur soutien. Il y a ensuite les *Principes et lignes directrices de Copenhague* qui visent le traitement des détenus dans le cadre d'opérations militaires internationales. Ce document a été accueilli par un groupe de 17 États (incluant 4 des 5 membres du Conseil de sécurité) et a bénéficié de la contribution d'organisations internationales en tant qu'observatrices[879].

Dans ces deux cas, le leadership qu'ont exercé les États dans le lancement de l'initiative et la conduite des discussions menant au document final est crucial. Pour *Montreux*, la Suisse a été l'instigatrice du projet en coopération avec le CICR, auquel 17 experts gouvernementaux ont participé et dans le cadre duquel des représentants de la société civile et d'entreprises militaires et de sécurité privées ont été consultés[880]. Pour *Copenhague*, c'est le Danemark qui en est l'instigateur, avec l'ambassadeur Thomas Winkler comme président du processus, ainsi que 24 États participants en plus de plusieurs entités internationales (majoritairement régionales) observatrices[881]. Dans ces

---

public/droit-international-humanitaire/entreprises-militaires-securite-prives/etats-participant.html>. Voir généralement sur le sujet James Cockayne, « Private Military and Security Companies » dans Andrew Clapham et Paola Gaeta, dir, The *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, OUP, 2014 aux pp 624–655; Corinna Seiberth, *Private military and security companies in international law : a challenge for non-binding norms : the Montreux Document and the International Code of Conduct for Private Security Service Providers*, Cambridge, Intersentia, 2014 ; Louis Balmond, « Observations sur le Document de Montreux relatif aux obligations juridiques internationales pertinentes et aux bonnes pratiques pour les États concernant les activités des sociétés militaires privées » (2009) 113–124 RGDIP 113. Voir aussi, plus généralement sur l'application pratique de certaines des règles du droit international aux activités des sociétés militaires privées, Marie-Louise Tougas, *Droit international, sociétés militaires privées et conflit armé : entre incertitudes et responsabilités*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

879 *The Copenhagen Process on the Handling of Detainees in International Military Operations/The Copenhagen Process: Principles and Guidelines*, en ligne : <http://iihl.org/wp-content/uploads/2018/04/Copenhagen-Process-Principles-and-Guidelines.pdf> [Copenhague (2012)]. Voir généralement Bruce Oswald, «The Copenhagen Process: Some Reflections Concerning Soft Law » dans Stephanie Lagoutte, Thomas Gammeltoft-Hansen et John Cerone, dir, *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, Oxford, OUP, 2017 ; Thomas Winkler, « The Copenhagen Process and the Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations: Challenges, Criticism and the Way Ahead » 5:1–2 JIHLS (2014) 258–288 ; Jacques Hartmann, « Chapter 1: The Copenhagen Process: Principles and Guidelines »16 YHL (2013) 3–32 ; Oswald Bruce et Thomas Winkler, « Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations » (2014) 83:2 NJIL 128–167 ; Jonathan Horowitz, « Introductory Note to the Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations » 51:6 ILM (2012) 1364–1380 [Horowitz (2005)].

880 Nommément, Afghanistan, Afrique du Sud, Allemagne, Angola, Australie, Autriche, Canada, Chine, États-Unis d'Amérique, France, Irak, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sierra Leone, Suède, Suisse et Ukraine : Montreux (2008), *supra* note 877 (version CICR) à la p 9 (préface).

881 Nommément, l'Afrique du Sud, l'Allemagne, l'Argentine, l'Australie, la Belgique, le Canada, la Chine, le Danemark, les États-Unis d'Amérique, la Finlande, la France, l'Inde, la Malaisie, la Nouvelle-Zélande, le Nigeria, la Norvège, le Pakistan, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Russie, la Suède, la Tanzanie, la Turquie, l'Uganda, ainsi que les représentants de l'Union africaine, l'Union européenne, l'Organisation du Traités Atlantique-Nord (OTAN), les Nations Unies et le CICR en tant qu'observateurs : Copenhagen (2012), *supra* note 1091. Voir aussi Horowitz (2005) *supra* note 879.

deux cas, la volonté des États participants de ne pas être liés juridiquement est clairement énoncée[882]. Reste que le fait que les États ont joué un rôle actif et direct dans l'élaboration de ces documents leur attribue une force persuasive très grande. Le revers de la médaille c'est que, justement parce que les États sont directement impliqués, la valeur juridiquement contraignante est presque nulle, les États prenant toujours soin d'exprimer clairement leur volonté de ne pas créer de nouvelles obligations juridiques. En se référant aux *Principes de Copenhague*, Horowitz résume bien comment ces documents peuvent être instrumentalisés par les États qui les ont élaborés, ceux-ci les invoquant pour justifier des pouvoirs qu'ils désirent s'arroger, mais que la *lex lata* ne leur reconnaît pas explicitement, et les écartant pour se rabattre sur le droit conventionnel et coutumier lorsque cela leur permet de rencontrer leurs visées politiques[883].

5.2.3 Les travaux de la Commission de droit international

La Commission de droit international elle-même allant dans le sens de qualifier ses propres travaux comme constituant un moyen auxiliaire de détermination du droit international des plus persuasifs et non comme de la doctrine (ordinaire)[884], nous classons ses travaux dans la catégorie des documents

---

[882] Montreux (2008), *supra* note 877 à l'introduction de la 1re partie : « Les observations suivantes visent à rappeler certaines obligations juridiques internationales existantes qui incombent aux États relativement aux entreprises militaires et de sécurité privées. Ces déclarations sont tirées de divers accords internationaux de droit international humanitaire et de droits de l'homme, ainsi que du droit international coutumier. Ce document et les observations qu'il contient ne créent pas d'obligations juridiques. Il appartient à chaque État de respecter les obligations découlant des accords internationaux auxquels il est partie, sous réserve des interprétations, déclarations et réserves qui ont été faites, et du droit international coutumier. » ; Copenhague (2012), *supra* note 879 au principe II : « *During The Copenhagen Process meetings participants — while not seeking to create new obligations or authorizations under international law — confirmed the desire to develop principles to guide the implementation of the existing obligations* ».

[883] Horowitz (2005), *supra* note 879 à la p 5.

[884] Comparer CDI, DIC quatrième rapport DIC (2016), *supra* note 394 à la p 10 au para 26 : « Certaines délégations ont proposé de consacrer au rôle des textes issus des travaux de la Commission dans la détermination du droit international coutumier une conclusion distincte, ou au moins une mention spécifique dans le commentaire accompagnant le Projet de conclusion 14 ('Doctrine'). On a dit que ces textes ne semblaient pas assimilables à la doctrine étant donné le statut de la Commission et sa relation avec les États en tant qu'organes subsidiaires de l'Assemblée générale. » (avec CDI, *jus cogens* Projet de conclusions, *supra* note 847 à la p 182 au para 6 : « Les travaux des organes d'experts constituent ici la première catégorie de moyens auxiliaires [de détermination du caractère impératif des normes du droit international général]. L'expression 'établis par les États ou les organisations internationales' indique que le paragraphe renvoie aux organes créés par des organisations internationales et aux organes subsidiaires de ces organisations, tels que la Commission du droit international et les organes conventionnels d'experts. » Voir aussi : Gillian Triggs, « The Public International Lawyer and the Practice of International Law » (2005) 24 AYIL 201—218 à la p 205 [Triggs (2005)]: « [T]*he UN's ILC has both codified and stimulated the progressive development of international law over the last nearly 60 years. In so doing, the views of the ILC fall within article 38(1) as a subsidiary means of determination of international law.* » ; MPEPIL, Teachings, *supra* note 395 à la n 13 : « *The ILC's output is often classified as 'teachings', though the ILC itself has declined to qualify it as such.* »

juridiques non contraignants impliquant les États[885]. Même si les membres de la CDI exercent leurs fonctions à titre personnel (suivant la proposition de leurs candidatures par les États)[886], l'existence d'une « boucle de rétroaction » par laquelle la CDI recueille et commente les preuves de la pratique des États consolide la fonction particulière de la CDI dans la recherche d'un consensus sur le développement progressif du droit[887]. Cela lui permet d'occuper une position privilégiée dans son rapport aux États, comme cela a déjà été mentionné dans le cadre d'une analyse plus haut[888].

Nous terminons cette section avec une mention sur les résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité des Nations Unies. Au-delà du fait que les résolutions du Conseil de sécurité, lorsqu'elles sont basées sur le chapitre VII de la Charte, posent des obligations aux États membres des Nations Unies au terme de la CNU[889] et que les résolutions de l'AG contribuent à l'*opinio juris* étatique ce qui en fait une expression péremptoire de la volonté de la communauté internationale[890],

---

[885] Voir dans ce sens, p. ex. Borda (2013), *supra* note 395 à la p 551 « *Specific to the procedure followed by the ILC is the dialogue that the Commission maintains with States and other relevant stakeholders*. » et à la p 656 : « *The international law landscape has developed significantly since sub-paragraph* [38 (1) d)] *was originally drafted in 1920, and today additional instruments may be seen properly to qualify as 'subsidiary means' for the determination of rules of law. These may include the work of the International Law Commission and the work of the International Committee of the Red Cross and Red Crescent, such as its study on customary international humanitarian law*. » L'auteur considère toutefois que cette catégorisation met en péril l'exhaustivité de l'article 38 et y préfère une interprétation plus large de la notion de doctrine comme incluant aussi les travaux ci-dessus mentionnés : « *A more satisfactory approach is perhaps to view such means as falling within the broad rubric of 'the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations'*. » : *ibid* à la p 657 ; comparer avec : Richard Reeves Baxter, « Treaties and Customs » RCADI (1970) 129/I, 99-104 (« The advantages of stimulating the growth of general international law through treaties *»), à la p 100 : « The drafts of the International Law Commission carry weight because of the high reputation of that body and of the jurists that make it up. Since its members do not represent States, its drafts are probably receivable as 'the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations' within the meaning of Article 381 of the Statute of the Court. Moreover, as predictions of the course that the law will take and the obligations that the treaty will be imposed, the drafts cannot fail to influence the conduct of States. If one is to plan for the future, one must always look to the law as it will be, for the law as it is quickly turns to legal history*. ») Pour pour une analyse des travaux de la CDI, plus particulièrement les projets d'articles, comme étant une codification non législative du droit international faisant autorité, voir Bordin (2014), *supra* note 396 à la p 564.

[886] Statut de la CDI, *supra* note 225 aux arts 3 et 10 ; Bordin (2014), *ibid* à la p 549.

[887] Triggs (2005), *supra* note 884 à la p 206. Il ne faut toutefois pas confondre cette boucle de rétroaction et le travail des membres de la CDI, qui siègent à titre personnel, qui ne peut être assimilé à la pratique des États ni à la preuve d'une *opinio juris* : Hugh Thirlway, « The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960–1989: Part Two » 61:1 BYIL (1990) 1–133 aux pp 59–60.

[888] *Supra* section 3.3.1.

[889] Voir, p. ex à ce sujet : Michael C. Wood. « The Interpretation of Security Council Resolutions » (1998) 2 MPYUNL 73-95.

[890] *Supra* section 3.1 pour les résolutions de l'AG en lien avec le DIC. Voir aussi Guzman\Meyer (2010), *supra* note 876 à la p 216 aux paras 108 et 109 : « *Similar soft law norms arise from all manner of international organizations. The United Nations General Assembly, for example, issues resolutions that, though not binding as a matter of international law, are widely acknowledged to impact the legal obligations of states. These resolutions might be relevant because they help in identifying relevant rules of customary international law by providing evidence of state practice, opinio*

les résolutions de ces organes des Nations Unies sont aussi reconnues pour avoir une incidence sur les comportements et les attentes des États en façonnant le sens des règles juridiques existantes. Ces résolutions ont donc une certaine importance en DIH ; leur impact sur la mise en œuvre et le respect du DIH, via, par exemple, le rappel aux États de leurs obligations en vertu du droit international ou la prise en compte des considérations humanitaires des actions visant la sauvegarde ou le rétablissement de la paix et de la sécurité internationale, reste des plus importants[891]. Cela étant dit, nous ne nous attardons pas sur leur valeur en tant que source : il s'agit en effet d'un débat très vaste sur lequel beaucoup a été publié[892], mais qui ne soulève pas, à notre avis, de questions différentes pour le DIH que pour d'autres branches du droit international public.

---

juris, or both. [General Assembly resolutions … appear to affect behavior] *by influencing the expectations of states and shaping the meaning of existing legal rules. In this way, General Assembly resolutions are similar to the rulings of tribunals. They elaborate on what an underlying binding rule of international law requires*. » Voir aussi les ouvrages de Shelton (SSRN 2008), *supra* note 873 et Thürer (2011), *supra* note 639, qui vont dans le même sens.

[891] Pour les résolutions de l'Assemblée générale et le DIH : considérées comme ayant marqué un pas essentiel vers les règles du PAI (1977) sur la conduite des hostilités, les résolutions 2444 (XXIII) et 2675 (XXV) adoptées respectivement en 1968 et en 1970 comptent parmi les plus récentes productions de l'Assemblée générale ayant eu un impact mesurable en termes normatifs sur le DIH. Respectivement : ONU, AG, *Respect des droits de l'homme en période de conflits armés*, Résolution 2444 (XXIII) (1968), *supra* note 634 ; ONU, AG, *Principes fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé*, Résolution 2675 (XXV) (1970), Doc off AG NU, 25e sess, Doc NU A/RES/2675 (XXV) (1970). On note qu'en 2014, l'AG a adopté une résolution mettant sur pied un mécanisme d'enquête internationale pour imputer la responsabilité étatique et individuelle pour la commission de crimes de guerre en Syrie, ce qui, en soit, peut être considéré comme un développement *ad hoc* pour le DIH : ONU, AG, *Mécanisme international, impartial et indépendant chargé de faciliter les enquêtes sur les violations les plus graves du droit international commises en République arabe syrienne depuis mars 2011 et d'aider à juger les personnes qui en sont responsables*, Résolution 71/248 (2016), Doc off AG NU, 71e sess, Doc NU A/RES/71/248 (2016). Autrement, on doit reconnaitre que les positions adoptées par l'AG dans ses résolutions relèvent généralement plus d'une réaffirmation du droit existant : p. ex. les *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Doc off AG NU 60e sess, Doc NU A/Res/60/147 (2005), en ligne : <https://undocs.org/fr/A/RES/60/147> à la p 3. en est un exemple, comme l'indique un de ses attendus : « Soulignant que les Principes fondamentaux et directives n'entrainent pas de nouvelles obligations en droit international ou interne, mais définissent des mécanismes, modalités, procédures et méthodes pour l'exécution d'obligations juridiques qui existent déjà en vertu du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, qui sont complémentaires bien que différents dans leurs normes […]. »

[892] Au sujet de la valeur des résolutions de l'AG en droit international public : Obed Y. Asamoah, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, La Haye, Nijhoff, 1967. Au sujet du rôle de l'AG dans le développement du DIH à travers la confirmation et la réaffirmation de ses principes en mettant l'emphase sur la protection des populations civiles : Thürer (2011) *supra* note 639 aux pp 249–253 ; voir aussi Provost (2002) *supra* note 114 à la p 297. Au sujet de la valeur des résolutions du Conseil de sécurité (principalement sous l'angle de la mise en œuvre du DIH) : voir Sassòli (2019) *supra* note 15 aux paras 5.84–5.88 et Thürer, (2011) *supra* note 639 aux pp 241–244 ; Marco Roscini, « The United Nations Security Council and the Enforcement of International Humanitarian Law »(2010) 43:2 ILR 330–359.

Chapitre 6 <L'encadrement d'une fonction normative appropriée pour les instances judiciaires internationales>

There is a crack in everything, that's how the light gets in.
– Anthem, Leonard Cohen

La portée de la fonction judiciaire dans le système juridique international est un sujet déjà éculé : au-delà de la fonction généralement reconnue du règlement des litiges, la contribution des tribunaux internationaux au développement du droit international est désormais largement reconnue selon un spectre de nuances infiniment variées, comme en témoigne la littérature volumineuse qui existe sur le sujet[893]. Ces ouvrages donnent les clés nécessaires pour cerner les limites des décisions d'instances en droit international, soit que celles-ci doivent rester à l'intérieur des paramètres de l'interprétation admissible et déclarer le droit, sans toutefois le créer[894]. Du même souffle, il est essentiel de reconnaître l'influence considérable de ces décisions qui constituent des déclarations du droit tel qu'appliqué aux faits en l'espèce, prononcées par des juristes faisant autorité qui ne se saisissent pas eux-mêmes des affaires qu'ils entendent. Comme l'affirment Jennings et Watts: « *It is probable in view of the difficulties surrounding the codification of international law, international tribunals will in the future fulfill, inconspicuously but efficiently, a large part of the task of developing international law* »[895].

.

[893] Voir les revues de littérature proposées par Shane Darcy, *Judges, Law and War : The Judicial Development of International Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, 2014, à la p 39 à la n 99 (citant Lauterpacht, Jennings, Oppenheim, Blishchenko, Pellet, Bedi, Charney, Cassese) [Darcy (2014)] et par Cryer (2006), *supra* note 459 à la p 245 à la n 41 (citant aussi Lauterpacht, Jennings, ainsi que Shahabuddeen, Schwarzenberger) ; voir aussi Pellet/Müller (2019), *supra* note 53, au para 307 à la n 915 (citant Abi-Saab, Cahier, Condorelli, Forteau, Guillaume, Kohen, Lauterpacht, Miller, Roeben, Salerno et Sereni).

[894] Voir Robert Y. Jennings, « The Judiciary, National and International, and the Development of International Law » (1996) 45 ICLQ 1 à la p 3 et Robert Y. Jennings, « The Role of the International Court of Justice » (1997) 68 BYIL 1-63 à la p 43 : « *Even where a court creates law in the sense of developing, adapting, modifying, filling gaps, interpreting, or even branching out in a new direction, the decision must be seen to emanate reasonably and logically for existing and previously ascertainable law. A court has no purely legislative competence* […]. ».

[895] Robert Y. Jennings et Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, vol I Peace, 9e éd, Londres, Longman, 1992 à la p 41 [Jennings/Watt's Oppenheim (1992)].

Cette fonction de développement judiciaire du droit international place le travail du juge dans les interstices du droit[896] : le juge international peut exercer ses fonctions avec une grande retenue, mais il peut aussi faire preuve d'un certain activisme judiciaire. On retrouve chez Lauterpacht (comme expliqué par Fitzmaurice) et chez Kooijmans[897] cette conception du développement et de l'enrichissement du droit international par le pouvoir judiciaire, selon un spectre allant de la retenue à l'activisme. L'activisme, s'il s'inscrit un tant soit peu dans une déclaration du droit existant, est donc acceptable à l'intérieur des limites du mandat judiciaire. S'il est plus débridé et agressif, et qu'il s'inscrit dans un effort de création de droit nouveau, il ne sera toutefois pas justifiable.

La littérature sur la valeur des décisions des tribunaux internationaux au-delà de sa fonction de moyen auxiliaire de détermination est abondante[898]. Pour notre part, notre position conçoit que les décisions des tribunaux internationaux contribuent au développement progressif du droit international en s'inscrivant dans la durée, contrairement à l'instantanéité (relative, puisque les négociations préliminaires en droit international peuvent être spectaculairement longues) qui caractérise la création du droit au moment où une convention est adoptée. C'est ce qu'Hernández appelle l'accroissement normatif (notre traduction de *normative accretion*) par lequel le droit est créé de

---

[896] Cette expression est empruntée au juge Wendell-Holmes dans sa dissidence de la décision *États-Unis, Southern Pacific Co. v Jensen,* 244 US 205 à la p 221 : « *I recognize without hesitation that judges do and must legislate, but they can do it only interstitially; they are confined from molar to molecular actions*. ».

[897] Gerald Fitzmaurice, « Hersch Lauterpacht : The Scholar as Judge » (1961) 37 BYIL 1 aux pp 14–15: « *There are broadly two main possible approaches to the task of a judge, whether in the international field or elsewhere. There is the approach which conceives it to be the primary, if not the sole duty of the judge to decide the case in hand, with the minimum of verbiage necessary for this purpose, and to confine himself to that. The other approach conceives it to be the proper function of the judge, while duly deciding the case in hand, with the necessary supporting reasoning, and while not unduly straying outside the four corners of the case, to utilize those aspects of it which have a wider interest or connotation, in order to make general pronouncements of law and principle that may enrich and develop the law. If it be asked which of these two attitudes is the better, the answer may well be 'both', or at any rate that each is defensible; but clearly much depends on the circumstances*. » ; Pieter Kooijmans, « The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy » (2007) 56:4 ICLQ 741–754, spécialement à la p 751 [Kooijmans (2007)], qui énonce qu'un tribunal peut adopter *grosso modo* trois approches dans le traitement d'une affaire dont il est saisi : il peut exercer la retenue judiciaire, il peut faire preuve d'activisme judiciaire ou il peut adopter une approche dite proactive.

[898] Voir p. ex., tel que rapporté dans Darcy (2014), *supra* note 893 à la p 316 : Rudolf Bernhardt, « Article 59 » dans Andreas Zimmermann, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat et Christian J. Tams, dir, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 1re éd, Oxford, OUP, 2006 à la p 1244 ; Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7e éd, Londres/New York, Routledge, 1997 à la p 51 ; Malcolm Shaw, *International Law*, 5e éd, Cambridge, CUP, 2003 à la p 107 [Shaw (2003)] ; Bantekas (2006), *supra* note 709 aux pp 129–132.

manière plus modeste et progressive que dans les processus législatifs, en procédant à la clarification des ambiguïtés et à la résolution des lacunes perçues dans la loi[899].

C'est donc quelque part entre le marteau qu'est le *lawmaking* et l'enclume qu'est le *law-finding* que se situe la fonction normative du pouvoir judiciaire. Elle est en effet encadrée par plusieurs éléments : il y a le besoin de prévisibilité et de cohérence ; il y a les limites posées par les règles relatives à l'interprétation conventionnelle et à l'identification coutumière ; il y a la déférence aux sources primaires associée à l'appartenance des juges à une communauté spécifique ; et enfin, il y a la réactivité aux besoins et aux aspirations de la communauté internationale. Notre conception des décisions des tribunaux internationaux comme une source documentaire particulièrement persuasive ne s'oppose ni à la retenue judiciaire ni à l'activisme judiciaire, ces différentes conceptions pouvant cohabiter. Nous considérons en effet que les décisions judiciaires cumulent la fonction de moyen auxiliaire privilégié et la fonction de source documentaire persuasive[900]. Aussi, l'idée du façonnement

---

[899] Gleider Hernández, « Interpretative Authority and the International Judiciary » dans Andrea Bianchi, Daniel Peat, et Matthew Winds, dir, *Interpretation in International Law*, Oxford, OUP, 2015 aux pp 181–182 [notre traduction] [Hernández (2005)].

[900] Voir dans le même sens Darcy (2014), *supra* note 893 aux pp 25–38, particulièrement à la p 30 : « *While not bound as a matter of law, international courts have, under the rubric of persuasive authority, drawn on a range of jurisprudence from other international courts, human rights bodies and national judicial authorities*. » ; Pellet/Müller (2019), *supra* note 53, aux paras 307–336 spécialement au para 310 : « *The persuasive force of the* [ICJ]*'s case law is all the greater in that it is globally consistent*. » Comparer avec Jennings/Watts' Oppenheim (1992), *supra* note 895 à la p 41 : « [J]*udicial decision has become a most important factor in the development of international law* » et Crawford's Brownlie (2012), *supra* note 34 à la p 37: « *Judicial decisions are not strictly a formal source of law, but in many instances they are regarded as evidence of law*. » Spécifiquement, sur la valeur persuasive des décisions judiciaires internationales dans la détermination du droit international coutumier, voir Étude sur le DIHC, *supra* note 7 à la p L : « Bien que les décisions des tribunaux internationaux soient des sources auxiliaires de droit international, elles ne constituent pas une pratique étatique. Ceci s'explique par le fait que contrairement aux juridictions nationales, les tribunaux internationaux ne sont pas des organes d'État. Leurs décisions ont néanmoins été incluses, car si une telle juridiction conclut à l'existence d'une règle de droit international coutumier, cela constitue un élément probant de poids à cet effet (en anglais : « *constituting persuasive evidence* »). Spécifiquement, sur la valeur persuasive des décisions des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, voir Allison Marston Danner, « When Courts Make Law: How the International Criminal Tribunals Recast the Laws of War » (2006) 59:1 VLR 1–66 à la p 49 [Danner (2006)] : « *The legal decisions rendered by the Tribunals, however, are widely viewed as an authoritative source for interpretations of international humanitarian law. The Tribunals' caselaw has been cited as persuasive authority by other international criminal courts, by domestic courts, by international organizations, by NGOs, and by scholars. These sources treat the Tribunals' jurisprudence as law not merely proposals for what international law should be*. » ; Schmitt (2010), *supra* note 82 à la p 817 : « *Despite the technically unauthoritative nature of their judgments, the dearth of previous judicial decisions interpreting and applying IHL has rendered the holdings of these courts extremely significant*. »

du droit (*law-shaping*) associée au concept de sélectivité judiciaire tel que proposé par Bantekas[901] nourrit notre conception de ce que nous concevons ici comme de l'activisme judiciaire acceptable.

Le présent chapitre aborde l'encadrement approprié d'une fonction normative pour les instances judiciaires internationales sous trois angles : la contribution des tribunaux internationaux au développement du droit, qui est progressive et dans le respect des limites de l'interprétation du droit conventionnel et de la détermination du droit coutumier (6.1), en mentionnant l'importance particulière de la contribution de la CIJ au DIH (6.1.2) ; ensuite, la contribution au développement du droit via l'utilisation persuasive du précédent même en l'absence de *stare decisis* (6.2) ; finalement, la contribution au développement du droit encadrée par la déférence aux sources du droit international public (6.3), en soulignant la particularité de la contribution des instances pénales internationales (6.3.2) et l'indiscipline relative du TPIY (6.3.3).

6.1 La contribution progressive et globale au développement du droit via l'interprétation du droit conventionnel et la détermination du droit coutumier

6.1.1 Quelques généralités

> C'est du pur formalisme artificiel que de dire que [la jurisprudence] ne fait qu'interpréter la matière normative déjà existante, sans ajouter en ce faisant à sa substance.[902]

L'interprétation du droit conventionnel est un élément central de l'activité judiciaire. D'un côté, toute modification ou tout développement du droit effectués par un juge doit être fait à l'intérieur des limites permettant l'interprétation, comme le mentionnent les articles 31 à 33 CVDT (1969) : l'interprétation doit être de bonne foi, selon le sens ordinaire des termes dans leur contexte et en accord avec le but et l'objet du traité visé, avec une prise en compte bien encadrée de la pratique et des accords subséquents, tout comme l'est l'utilisation des moyens auxiliaires d'interprétation que sont les travaux préparatoires et les circonstances de l'adoption, qui peuvent être sollicités en cas de résultat

[901] Bantekas (2006), *supra* note 709.

[902] Abi-Saab (1994), *supra* note 57 à la p 66 (qui qualifie les décisions judiciaires (et la doctrine) de « sources interprétatives »). Voir aussi Georges Abi-Saab, « De la jurisprudence : quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international » dans *Mélanges Manuel Diez de Velazco*, Madrid, Tecnos, 1993, aux pp 1–8.

ambigu, absurde ou déraisonnable, ainsi que pour confirmer un résultat interprétatif. Autrement, le juge perd l'autorité qui lui est conférée par sa connaissance du droit. D'un autre côté, l'interprétation judiciaire comporte un élément important de créativité. Il existe en effet un certain pouvoir discrétionnaire à la disposition des juges dans l'accomplissement même le plus strict et déférent de leur fonction adjudicative.

Comme mentionné plus haut, ce potentiel créatif est exacerbé quand l'interprétation conventionnelle se fait en adoptant une approche humanitaire dynamique[903]. De plus, la latitude inhérente à la chose judiciaire dont disposent les juges est encore plus importante lorsqu'il est question de droit coutumier et de principes généraux de droit reconnus que lorsqu'il est question de droit conventionnel[904]. L'incertitude du droit est présente dans presque toutes les affaires judiciaires. Comme l'affirme la juge Higgins: « *A Court's job is precisely to decide difficult, and often sensitive, points of law* »[905].

Le rapport qui existe dans la réalité entre les décisions judiciaires et les sources capte l'élément dynamique du droit international qui échappe autrement aux approches orthodoxes traditionnelles. En effet, sans l'intervention judiciaire, l'évolution du droit international coutumier et des principes généraux du droit se ferait à une lenteur spectaculaire et avec un niveau d'abstraction élevé[906]. Les tribunaux internationaux contribuent à endiguer cette torpeur ou, en d'autres mots, à stimuler le développement progressif du droit international. Cette contribution peut parfois être perçue par les positivistes comme constituant de l'activisme judiciaire dépassant la compétence accordée aux instances judiciaires internationales. Or, lorsqu'on retrouve dans la doctrine et la jurisprudence des levées de boucliers contre l'activisme judiciaire, c'est surtout à l'encontre d'une approche plus fondée

---

[903] Voir *supra* section 2.3.

[904] Pellet/Müller (2019), *supra* note 53 au para 329 : « [The ICJ] *must decide the disputes submitted to it, but the often uncertain content or scope of the applicable law leaves it wide latitude in its determination - less when it only has to apply and interpret a treaty, more when, in the absence of treaty law, it must find evidence of a customary rule or of general principles of law.* ».

[905] Rosalyn Higgins, « Reflections from the International Court » dans *Themes and Theories*, Cambridge, CUP, 2009, pp 1122—1126 à la p 1123.

[906] Jan Paulsson, « International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty, Arbitration and International Law » (2006) 5 Transnational Dispute Management 880, en ligne : <www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=883>, où l'expression « *glacial speed* » est utilisée pour décrire la vitesse à laquelle évoluent la coutume et les principes généraux. Voir aussi, pour la vitesse d'élaboration du DIC avec les *Grotian moments* de Scharf et les coutumes sages et sauvages de R.-J. Dupuy, *infra* sections 1.6.2 et 3.2 .

sur la morale que sur le droit, et visant la *lex ferenda* plutôt que la *lex lata*. Rien ne semble soulever autant l'ire que l'invocation d'un positivisme de forme[907] qui cache des velléités jusnaturalistes.

L'élaboration du droit par les tribunaux internationaux constitue en effet *a priori* une menace à la souveraineté des États. Généralement, les tribunaux ne s'engageront pas dans cette avenue, optant pour une contribution progressive qui favorise autant que faire se peut le maintien de l'intégrité du droit international public dans le respect du modèle législatif du volontarisme étatique. Il y a toutefois des situations où les tribunaux sont plus enclins à endosser une part d'activisme judiciaire dans l'interprétation et le développement du droit, reléguant au second rang la souveraineté étatique, ce qui nous ramène à l'affranchissement graduel du DIH par rapport au modèle westphalien : il s'agit des affaires dans lesquelles des considérations « morales » sont aussi envisageables sous un angle humanitaire, c'est-à-dire qu'elles augmentent la protection de la personne humaine de façon telle qu'elles peuvent se lire comme étant incluses dans les dispositions existantes du DIH. Comme l'affirme Darcy:

> *In the area of international humanitarian law, it may be that State interests are at times at odds with the advancement of international humanitarian law, and that judicial bodies have proceeded regardless in an attempt to make the law of armed conflict a living reality.*[908]

L'élaboration judiciaire (*lawmaking*) en DIH est en effet suffisamment importante pour remettre en question le mythe persistant selon lequel les tribunaux ne font pas la loi. Les contributions ne sont pas toutes aussi spectaculaires que celles, par exemple, de Cassese au TPIY. Comme nous le verrons plus loin[909], celui qui reconnaît ouvertement que « *State sovereignty is shielded by a positivist approach to international law, to the detriment of justice and humanity* »[910] n'a pas hésité à s'écarter de règles strictes lorsqu'il le jugeait nécessaire. Pour notre part, nous n'allons pas jusqu'à reconnaitre l'existence d'un gouvernement international des juges. Nous reconnaissons toutefois qu'il y a un avancement du droit dans le sens de l'accroissement de la protection, un avancement aussi

---

[907] Robert Cryer, « International Criminal Tribunals and Sources of International Law: Antonio Cassese's Contribution to the Canon » (2012) 10 JICJ 1045 à la p 1048, où il est question de « *presentational positivism* ».

[908] Darcy (2014), *supra* note 893 à la p 20.

[909] *Infra* section 6.3.3.

[910] Selon les propos rapportés par Darcy (2014), *supra* note 893 à la p 318.

dans le sens d'une création judiciaire de droit et du raisonnement juridique progressif, sans toutefois qu'il y ait un avancement de l'utilisation du droit naturel et de la moralité pour compenser les carences perçues du droit positif. Autrement dit, l'évolution progressive du droit vers une protection plus grande de la personne humaine perdure et se renforce à mesure que le temps passe et le type de raisonnement judiciaire qui supporte cette évolution laisse aussi ses marques, sans toutefois que le rattachement au droit naturel et à la moralité « colle » de façon aussi marquée.

C'est dans ce contexte que nous procédons à l'analyse des contributions de la CIJ au développement du DIH. De façon générale, il n'y a qu'à constater l'influence subséquente sur le droit international qu'ont eue, par exemple, les décisions sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (1949), les *Réserves à la Convention sur le génocide* (1951), les *Pêcheries* (1951) et *Nottebohm* (1955)[911], pour confirmer la place privilégiée qu'occupe la CIJ dans l'ordre international. En tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies composé de membres élus et ayant une fonction spécifique de contribuer à la réalisation de la paix et de la sécurité, la CIJ reste à ce jour la seule juridiction internationale dotée d'un champ de compétence général[912]. Comme souligné dans les remarques introductives de la deuxième partie, le rôle particulièrement important des décisions de la CIJ en tant qu'acteur non étatique crédible et prestigieux par rapport aux sources du droit international est généralement reconnu. Si certains juristes éminents vont jusqu'à qualifier la CIJ d'option subsidiaire valable au droit conventionnel[913], on s'entend généralement pour lui reconnaître une force persuasive particulière… tout en prenant de minutieuses précautions pour éviter de s'aventurer sur le terrain de l'acte législatif[914]. La

---

911 Voir le recensement jurisprudentiel effectué par Abdul Ghafur Hamid, « Sources of International Law: A Re-Evaluation » (2003) 11 IIUMLJ 2 à la p 18.

912 CDI, *jus cogens* Projet de conclusions (2019), *supra* note 847 à la p 832 au para 4. Voir aussi Kooijmans (2007), *supra* note 897.

913 Voir Gionata Piero Buzzini, « The Development of International Law: Alternatives to Treaty-Making? Max Planck Institute, 14–15 November 2003 » (2003) 6:1 IL FORUM DI 46–51 à la p 46 [Symposium (2003)] : le rapport de ce symposium indique que Pellet accorde une fonction législative à la CIJ justifiée par la décentralisation de l'ordre juridique international, tandis qu'Abi-Saab et Koroma, qui accordent aussi un rôle important dans le développement du droit international, préfèrent parler d'accroissement normatif (*normative accretion*) inhérent à la fonction judiciaire, évoquant ainsi implicitement la thèse posée par Hernández (2005), *supra* note 899. Voir aussi Pellet (2011), *supra* note 462 aux pp 1065–1083.

914 Voir p. ex. comment l'Assemblée Générale encadre sa demande de sollicitation de la CIJ : ONU, AG, *Administrative and budgetary procedures of the United Nations*, Rés 1731 (XVI) (1961), 16e sess, suppl no 17: « *The General Assembly, Recognizing its need for authoritative legal guidance as to obligation of Member States under the Charter of the United Nations* ». À noter que la traduction française est, à notre avis, inexacte : « [r]econnaissant qu'elle a besoin d'un avis juridique autorisé » [notre emphase]. Voir aussi Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World*

détermination du droit par la CIJ comprend donc une certaine latitude qui va de pair avec la fonction interprétative, sans toutefois se rendre jusqu'à la création pure et simple de règles de droit.

Pour notre part, nous abondons dans le sens de Pellet[915] qui ne conçoit pas les décisions de la CIJ comme des sources du droit international lorsqu'elles sont prises individuellement, mais qui adopte une position plus nuancée lorsqu'elles sont considérées collectivement : ces décisions constituent un corpus[916] qui sert à la détermination des règles de droit à appliquer. Ces décisions émanent non pas d'un législateur, mais d'un développeur progressif du droit international qui doit contenir son action dans le cadre juridique existant. Ce rôle de développeur progressif est partagé avec la CDI (à qui cette fonction est explicitement déférée dans son statut constitutif), à la différence que le livrable de la CIJ est sa jurisprudence, tandis que le livrable de la CDI — qui était à l'origine des ébauches de traités — a désormais des degrés variables de persuasion dépendant de la nature du travail qu'elle dépose (Projet d'articles, rapports, etc.)[917]. Pellet a affirmé que ce qu'il décrit comme étant son rôle en tant que membre de la CDI s'applique aussi probablement aux juges de la CIJ :

> *It is our duty to try to understand the logic of existing rules and to develop them in the framework of this logic, not to change the underlying logic. It is our duty to keep our ears and our eyes and our mind open to the changes in the law of nations and to take note of new trends, not to invent them and certainly even less to impose them.* […] *This probably is the difference between 'lawyers' law' and 'politicians' law': politicians can change the reasons for law; when progressively developing existing law, lawyers cannot.*[918]

Cette position fait écho à l'argument présenté ici selon lequel ce sont davantage le temps et l'effet d'accumulation que les juges eux-mêmes, en vase clos, qui « font » le droit, en plus de faire le lien avec la démonstration proposée plus haut à l'effet que le principe d'humanité est un PG de droit

---

Court, Cambridge, CUP, 1996 à la p 90 [Shahabuddeen (1996)] (au sujet de la retenue exercée par la Cour dans l'utilisation d'expressions « *suggestive of judicial lawmaking* ») et aux pp 238–240 (au sujet de l'« *authoritativeness* » des jugements rendus par la CIJ) ; Christian J. Tams, « The ICJ as a 'Law-Formative Agency': Summary and Synthesis » dans Christian J. Tams et James Sloan, dir, *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford, OUP, 2013 pp 377–396 aux pp 385–386 (au sujet de la « *truly astonishing deference* » attribuée aux décisions de la CIJ) [Tams/Sloan (2013)] ; Shaw (2003), *supra* note 898 à la p 110.

915 Pellet (2018), *supra* note 59, plus spécifiquement aux pp 33–55 ; Pellet (2011), *supra* note 462, p. ex. au para 107.

916 Chez Pellet, l'expression « décisions judiciaires » est synonyme de « jurisprudence » et s'entend comme incluant les jugements, décisions interlocutoires, ordonnances et avis consultatifs : Pellet (2018), *supra* note 59 à la p 55.

917 Voir *infra* section 5.2.3.

918 Pellet (2000), *supra* note 751 à la p 16, repris dans Pellet (2011), *supra* note 462 au para 1077.

reconnu en raison du fait qu'il est inhérent à l'idée même du DIH [919]. C'est dans ce contexte que nous analysons maintenant les contributions de la CIJ à l'interprétation et au développement du DIH.

6.1.2 La CIJ : un apport au cœur de l'accroissement normatif du DIH

La contribution de la CIJ au DIH est particulièrement influente par rapport à d'autres branches du droit international. Les décisions rendues dans les affaires du *Détroit de Corfou* (1949)[920], *Nicaragua* (1986)[921], *RDC (activités armées*) (2005)[922], ainsi que dans les avis sur l'*emploi d'armes nucléaires* (1996)[923] et *sur l'édification d'un mur* (2004)[924], sont identifiées par Zyberi, dans sa thèse, comme constituant les décisions de la CIJ ayant eu l'impact le plus important sur le DIH. Les apports de ces décisions, outre la clarification du champ d'application, y sont identifiés comme suit :

- Avec *Corfou*, la notion de considérations élémentaires d'humanité a été développée ;
- Avec *Nicaragua*, les principes généraux du DIH ont été clarifiés et les règles relatives à l'assistance humanitaire ainsi qu'à la responsabilité étatique pour les actions d'un tiers et au fait d'encourager des actes contraires au DIH ont été développées ;
- Avec l'avis sur l'*emploi d'armes nucléaires*, les principes généraux du DIH (distinction, neutralité et humanité) et les restrictions et limites posées par le DIH relativement à la protection de l'environnement ont été clarifiés ;
- L'avis sur l'*édification d'un mur* a apporté des éclaircissements aux règles à respecter dans la recherche d'un équilibre entre la nécessité militaire, la sécurité nationale, l'ordre public et le respect du DIH, ainsi qu'au droit de l'occupation ;
- Dans l'affaire *RDC (activités armées)*, la notion d'occupation belligérante a été développée, et des clarifications ont été apportées à la responsabilité étatique pour omission, ainsi qu'aux violations du DIH telles que l'atteinte à la vie de la population civile, les traitements cruels et dégradants, l'utilisation de la terreur et l'exploitation illégale de ressources naturelles.[925]

---

[919] S*upra* section 4.4.3.1.

[920] *Supra* note 484.

[921] *Supra* note 80.

[922] CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo* (*République démocratique du Congo c Ouganda*) [2005] CIJ Rec 168–283 [CIJ, Affaire RDC (activités armées) (2005)].

[923] *Supra* note 296.

[924] *Supra* note 500.

[925] Gentian Zyberi, « The Humanitarian Face of the International Court of Justice: Its Contribution to Interpreting and Developing International Human Rights and Humanitarian Law Rules and Principles » 28 *Human Rights Research Series,* Cambridge, Intersentia, 2008 aux pp 259–342.

Ici, nous ne revenons pas sur l'ensemble de ces décisions, la plupart ayant du reste déjà fait l'objet de commentaires ailleurs dans la thèse. Ce résumé de décisions confirme que la contribution de la CIJ au développement du DIH passe principalement par la clarification et le développement des règles et principes de cette branche du DIP. Cela indique aussi que cette contribution s'inscrit souvent, quoique pas exclusivement, dans la tendance d'humanisation du DIH, popularisée par Meron[926], que nous avons déjà analysée pour l'aspect conventionnel avec l'interprétation dynamique humanitaire[927].

L'élément sur lequel nous nous attardons ici est que cette contribution se caractérise aussi souvent par son laconisme. La CIJ a en effet cédé plus d'une fois à la tentation d'affirmer le DIH, tout en omettant de substantifier suffisamment ses déclarations. Malgré les articles 95 (pour les arrêts) et 107 (pour les avis consultatifs) du *Règlement de la CIJ*[928], qui énoncent que le texte de la décision doit comprendre les motifs de droit, le traitement du DIH dans certaines décisions de la CIJ est superficiel ou insuffisant, qu'il soit question de mise en preuve de règles de droit coutumier ou d'interprétation de règles conventionnelles. Ces lacunes dans l'explication des raisonnements juridiques prennent plusieurs formes : raccourcis méthodologiques, silence sur les motifs, absence d'explications sur le déroulement du processus interprétatif qui fonde les conclusions de la Cour ; autant d'éléments qui court-circuitent le raisonnement juridique. Comme l'affirme Kreß:

> *An exhaustive legal commentary on the Court's case law would probably not reveal any clear-cut error of law. It would, however, certainly bring to light a significant number of more or less controversial legal statements, some of which the Court made without much or even any legal reasoning.*[929]

À titre de premier exemple, nous référons ici à l'analyse de l'affaire *Nicaragua* réalisée dans le cadre du chapitre sur le droit coutumier, où il est souligné que 1) l'examen qui y est fait du droit coutumier vise tout d'abord les règles de *jus ad bellum* et 2) qu'en ce qui concerne le DIH, la Cour ne procède pas clairement à l'identification de règles coutumières, se dirigeant plutôt sur le terrain des principes

---

926 Voir Meron (Humanization 2000), *supra* note 123 ; Meron (2006), *supra* note 14 ; et Meron (2003), *supra* note 302.

927 *Supra* section 2.3.

928 CIJ, Règlement de la CIJ, *supra* note 703.

929 Claus Kreß, « The International Court of Justice and the Law of Armed Conflicts » dans Tams/Sloan (2013), *supra* note 914, pp 263—298 à la p 280 [Kreß (2013)].

généraux et des considérations élémentaires dans le cadre d'une discussion sur le DIH conventionnel, plus précisément les articles 1 et 3 communs aux CGI–IV (1949)[930]. Nous faisons donc nôtres les propos de Meron indiquant que :

> *The Court's discussion of the Geneva Conventions is remarkable, indeed, for its total failure to inquire whether opinio juris and practice support the crystallization of Articles 1 and 3 into customary law*. […] *Nevertheless, it is not so much the Court's attribution of customary law character to both Articles 1 and 3 of the Geneva Conventions that merits criticism; rather, the Court should be reproached for the virtual absence of discussion of the evidence and reasons supporting this conclusion*. […]
>
> *Despite the Court's pronouncements on Articles 1 and 3, the status of the Geneva Conventions remains very much as it was before the Judgment.* […I]*t cannot be said that the Court has succeeded in clarifying the status of the Geneva Conventions as customary law.*[931]

Le jugement dans l'affaire *Nicaragua* n'a en effet pas réussi à clarifier le statut coutumier des CGI–IV (1949), tant et si bien que la détermination du caractère coutumier se faisait encore au cas par cas. Cela n'empêche cependant pas que cette apparente consécration de la nature coutumière des articles 1 et 3 communs par la CIJ influence le développement du DIH. On ne peut en effet nier que la démonstration mise de l'avant dans cette affaire, même avec ses lacunes flagrantes dans la mise en preuve des éléments constitutifs des règles de DIC, jette les bases d'une transformation de l'article 3 commun en un régime protecteur résiduel[932].

En ce qui a trait à l'interprétation de règles conventionnelles insuffisamment expliquées, mentionnons l'avis sur l'*emploi d'armes nucléaires*, où l'on dénote des manquements dans les explications relatives au droit applicable à la menace ou à l'emploi desdites armes nucléaires. Nous y reviendrons à la fin de la présente section, en examinant la dissidence de la juge Higgins dans cette affaire qui se fonde justement sur cette insuffisance. En outre, nous retenons ici deux interprétations

---

930 *Supra* section 3.3.3.

931 Meron (1987), *supra* note 556 aux pp 357–358. Voir aussi Kreß (2013), *supra* note 929 aux pp 284–287.

932 Voir *supra* section 4.4.3 à la note 731 pour la notion de « *minimum yardstick* » et son association à l'art 3 commun comme seuil humanitaire minimal pour tous les conflits armés ; Kreß (2013), *ibid* à la p 284.

conventionnelles problématiques, parce qu'incomplètes telles qu'identifiées par Kreß[933], respectivement dans l'affaire *RDC (activités armées)* et dans l'avis sur l'*édification d'un mur*.

En premier lieu, dans *RDC (activités armées)*, la conclusion voulant qu'une occupation belligérante, régie par l'article 42 du *Règlement de La Haye* (1907), présuppose l'exercice d'une autorité réelle par une force étrangère n'est pas erronée à sa face même, mais elle est particulièrement controversée. L'existence de cette controverse aurait justifié une explication détaillée de la position de la CIJ, avec un examen de la doctrine et de la pratique étatique venant étayer le fait qu'elle tranche au détriment de la position, pourtant assez répandue[934], selon laquelle la seule capacité de la force étrangère à exercer une autorité sur une partie du territoire suffit à déclencher l'application du droit de l'occupation belligérante. Or, la Cour affirme simplement qu'elle examine « s'il existe des éléments de preuve suffisants démontrant que ladite autorité se trouvait effectivement établie et exercée dans les zones en question par l'État auteur de l'intervention » et qu'elle doit « s'assurer que les forces armées ougandaises présentes en RDC n'étaient pas seulement stationnées en tel ou tel endroit, mais qu'elles avaient également substitué leur propre autorité à celle du Gouvernement congolais »[935], sans faire aucune mention de la thèse voulant que l'occupation belligérante puisse exister sans réelle substitution.

---

[933] Kreß (2013), *ibid* à la p 280 (voir aussi la p 271).

[934] Voir p. ex. la position de la Grande-Bretagne : *JSP 383 The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, à la p 275 au para 11.3, en ligne : <https://www.gov.uk/government/publications/jsp-383-the-joint-service-manual-of-the-law-of-armed-conflict-2004-editionl> [G-B, LOAC Manual (2004)]: « *To determine whether a state of occupation exists, it is necessary to look at the area concerned and determine whether two conditions are satisfied first, that the former government has been rendered incapable of publicly exercising its authority in that area; and, secondly, that the occupying power is in a position to substitute its own authority for that of the former government*. » [notre emphase] ; et du Canada : *The Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Levels,* 2001*,* à la p 12-1, art 1203 (4), en ligne : <https://www.fichl.org/fileadmin/_migrated/content_uploads/Canadian_LOAC_Manual_2001_English.pdf> [Canada, LOAC Manual (2001)] : « *Valid occupation rests on two conditions: first, the legitimate government should, by the act of the invader, be rendered incapable of publicly exercising its authority within the occupied territory; secondly, the invader should be in a position to substitute his own authority for that of the legitimate government*. » [notre emphase] ; *Contra* É-U, DoD War Manual (2015), *supra* note 86 à la p 765 (art 11.2.2.2) : « *The territorial State must be rendered incapable of publicly exercising its authority in the territory, and the Occupying Power must substitute its authority for that of the territorial State*. » [notre emphase] ; Voir aussi, dans le sens de la possibilité de contrôle, le *Manuel d'Oxford des lois de la Guerre maritime* (1913); Israël, *Tzemel Adv v Minister of Defence and Commander of the Antzar Camp* (1983), tel que rapporté dans MPEPIL (Eyal Benvenisti) *sub verbo* « Belligerent Occupation » (2009) au para 5 [MPEPIL, Belligerent occupation].

[935] CIJ, affaire RDC (activités armées) (2005), *supra* note 922 au para 173 : « En vue de parvenir à une conclusion sur la question de savoir si un État dont les forces militaires sont présentes sur le territoire d'un autre État du fait d'une

La seconde déclaration juridique fondée sur le DIH conventionnel, qui soulève plus de questions qu'elle n'offre de réponses, se trouve dans l'avis sur l'*édification d'un mur*, avec l'utilisation de la notion autrement controversée d'occupation prolongée au sens de l'article 6 (3) GCIV (1949)[936] : cet article statue que l'application de la CGIV (1949) cessera un an après la fin générale des opérations militaires, sauf pour certaines dispositions. N'ayant pas été utilisé depuis la Deuxième Guerre et ayant été renversé par l'article 3 *b*) PAI (1977), il est pour le moins surprenant que la Cour se réfère à cet article sans explication ou référence audit article 3 *b*), par exemple. Il y a en outre lieu de souligner que, dans cette affaire, la Cour a aussi offert une interprétation étonnamment large de l'article 1 commun. En disposant que « tous les États sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé » et qu'ils sont également « dans l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction »[937], la Cour a endossé implicitement une interprétation controversée des obligations des États non-parties aux conflits de respecter et faire respecter le DIH aux termes de l'article 1 commun, sans toutefois que la démonstration soit particulièrement développée ou que l'existence de la controverse soit mentionnée dans la décision[938].

Malgré leur laconisme, ces conclusions mises en avant par la CIJ ont eu une influence importante sur l'évolution du DIH. Les explications, démonstrations et interprétations, même écourtées, incomplètes ou expéditives, ont contribué et contribuent encore à l'accroissement normatif. Lorsque la CIJ parle, toute la communauté juridique internationale écoute, mais surtout, elle commente à son tour. Car la décision judiciaire n'est pas la fin de la discussion, mais bien le début, et c'est là que la CIJ joue pleinement son rôle de développeur progressif du droit. Si son raisonnement n'est pas

---

intervention est une 'puissance occupante' au sens où l'entend le *jus in bello*, la Cour examinera tout d'abord s'il existe des éléments de preuve suffisants démontrant que ladite autorité se trouvait effectivement établie et exercée dans les zones en question par l'État auteur de l'intervention. La Cour doit en l'espèce s'assurer que les forces armées ougandaises présentes en RDC n'étaient pas seulement stationnées en tel ou tel endroit, mais qu'elles avaient également substitué leur propre autorité à celle du Gouvernement congolais. ». Pour l'examen des faits menant à la conclusion qu'en l'espèce, les mouvements rebelles congolais ne se trouvaient pas placés « sous le contrôle » de l'Ouganda, voir *ibid* au para 177.

[936] CIJ, avis sur l'édification d'un mur (2005), *supra* note 500 au para 125.

[937] *Ibid* aux paras 158 et 159.

[938] Pour une analyse de la position adoptée par la CIJ comme reflétant la position défendue dans la doctrine par Pictet par rapport à l'art 1 commun, puis supportée par Condorelli et Boisson de Chazournes, mais s'inscrivant à l'encontre des travaux préparatoires et de la pratique subséquente comme le défend Kalshoven, voir Kreß (2013), *supra* note 929 à la p 281. Au demeurant, soulignons qu'il serait aussi exact de déduire que ce raisonnement se fonde plutôt sur l'art 41 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* de 2001, Doc Off CDI NU 53e sess (CDI) suppl no 10 Doc NU A/56/10 (2001), sans toutefois que la CIJ ne l'ait précisé.

assez étoffé ou s'il est trop simpliste face à la pratique existante ou aux controverses doctrinales, les réactions subséquentes critiquant la décision viendront en endiguer en partie les effets.

C'est ce qui s'est passé avec les deux exemples que nous avons retenus. Au sujet de l'interprétation de l'article 42 *Règlement de La Haye* (1907), à savoir si l'occupation belligérante nécessite une possibilité de contrôle ou plutôt un exercice du contrôle dans les faits, des experts réunis en 2012 se sont exprimés contre l'analyse de la CIJ dans des termes très clairs :

> *The experts unanimously expressed their disagreement with the test proposed by the ICJ, stating that such an interpretation would be too narrow and would not reflect lex lata. For the experts, the ICJ's judgment, by emphasizing actual over potential control, represented a significant change of course with regard to the interpretation and application of the test laid down in Article 42 of the Hague Regulations. The experts asserted that while the ICJ's focus on actual exercise of authority could introduce more certainty as to whether an area was occupied or not, it would also facilitate the creation of more legal black holes that would remain beyond the scope of responsibility of any authority, resulting ultimately in a protection gap for the individuals trapped in such areas.*[939]

On trouve en outre des échos de ce rejet ailleurs dans la doctrine[940].

En ce qui a trait à l'interprétation expéditive et, qui plus est, restrictive de la notion d'occupation prolongée via l'article 6 (3) CGIV dans l'avis sur l'*édification d'un mur,* certains l'ont qualifiée de malavisée[941], d'autres, comme le groupe d'experts mentionné plus haut, l'ont considérée comme « inexacte » en vertu du DIH, en reconnaissant du même souffle qu'avec la résurrection de cet article

---

[939] Tristan Ferraro, dir, *Expert meeting: Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, Genève, CICR, 2012 à la p 19, en ligne, CICR : <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-4094.pdf> [Ferraro (2012)] ; voir aussi Michael Bothe, « Appendix 1: 'Effective Control': A Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation » dans Ferraro (2012), *ibid* aux pp 36–40.

[940] P. ex. Sten Verhoeven, « A Missed Opportunity to Clarify the Modern *Ius Ad Bellum*: Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo » (2006) 45 ML&LWR 355-36, aux pp 361—362 ; Sassòli (2019), *supra* note 15 au para 8.198. Voir aussi MPEPIL, Belligerent occupation, *supra* note 934 au para 5 : « *Although the ICJ gave no reasoning for its position, this matter is all but self-evident* » et Kreß (2013), *supra* note 929 à la p 280.

[941] Voir p. ex. Ardi Imseis, « Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion » (2005) 99 AJIL 102—118 spécialement aux pp 106 et suiv. Voir aussi Kreß (2013), *ibid* aux pp 271 et suiv.

opérée par la CIJ, sa validité ne pouvait être complètement ignorée et qu'on ne pouvait par conséquent pas encore constater formellement cette désuétude[942].

Une remarque sur la contribution des opinions individuelles et dissidentes

Les opinions individuelles (ou dites « séparées ») ainsi que les opinions dissidentes[943] des juges de la CIJ constituent elles aussi un moyen auxiliaire de détermination, mais à titre de contribution à la doctrine, et non en tant que décision judiciaire[944]. Elles restent cependant un moyen privilégié permettant de mieux comprendre la nature des discussions s'étant tenues lors des délibérations menant à la rédaction des décisions majoritaires finales[945], de façon telle qu'elles contribuent à leur hauteur au processus d'accroissement normatif :

> *The statutory institution of the separate opinion* [whether concurring or dissenting] *has been found essential as affording an opportunity for judges to explain their votes.* […T]*he reasoning of the decision itself, reviewed as it finally is with knowledge of opinions, cannot be fully appreciated in isolation from* [the appended opinions].[946]

Or, les opinions distinctes émises par les juges de la CIJ dans des affaires touchant au DIH soulignent principalement le problème mentionné plus haut, soit les insuffisances ou les omissions en ce qui concerne les démonstrations et la méthodologie. Par exemple, dans l'avis sur l'*emploi des armes nucléaires*, la juge Higgins souligne les lacunes de la décision de la majorité à propos des

---

[942] Ferraro (2012), *supra* note 939 à la p 77 : « *Some experts also questioned the ongoing validity of Article 6§3 under the law. They said that this provision had fallen into desuetude until its revival by the ICJ, in its Advisory Opinion on the legality of the construction of a wall in occupied Palestinian territory. Although the experts agreed that the ICJ's statement on this Article was incorrect for the purposes of IHL, they contended that – as a consequence – its validity could not be completely disregarded, and its desuetude not yet established*. ».

[943] Quoique le choix du titre exact soit laissé à son auteur, il est entendu que les opinions dissidentes contiennent les motifs d'un désaccord avec un ou des dispositifs de la décision, les opinions individuelles (ou séparées) visent la présentation de motifs différents ou supplémentaires par rapport à la majorité dans les cas où l'opinion reste favorable et concordante à celle de la majorité, tandis que les déclarations ont comme qualité principale d'être brèves, pouvant exprimer un désaccord comme un dissentiment : manuel de la CIJ, *supra* note 607 aux pp 74–75.

[944] Pellet (2018), *supra* note 59 aux pp 21–22 ; Crawford's Brownlie (2012), *supra* note 34 à la p 43. Voir aussi Michel Virally, « The Sources of International Law » dans Max Sørensen, dir, *Manual of Public International Law,* Londres, MacMillan, 1958 aux pp 153–154.

[945] Donald W. Greig, *International Law*, 2e éd, Londres, Butterworth, 1976 à la p 48 ; Rosenne (2004), *supra* note 395 à la p 44 : « Individual opinions should be regarded as throwing light upon the Court's deliberations in preparing its judgment. ».

[946] ONU, AG, *Publication of the International Court of Justice Note by the Secretary-General Addendum*, Doc off AG NU, 41e sess, Doc NU A/41/591/Add.1 (1986) à la p 6 au para 8.

explications, des précisions et de l'application des « éléments clés du droit humanitaire » identifiés par la Cour, reprochant à celle-ci de conclure « sans avoir procédé à une analyse détaillée »[947]. Elle a aussi tenu un discours semblable lorsqu'elle s'est exprimée individuellement à l'occasion de l'avis sur l'*édification d'un mur* :

> On aurait pensé que, une fois que la Cour aurait décidé que la quatrième convention de Genève était applicable, le droit humanitaire serait au centre de l'avis. […] On se serait attendu à ce qu'un avis consultatif contienne une analyse détaillée, avec des références aux textes, à l'abondante doctrine et aux faits à la disposition de la Cour, indiquant laquelle de ces positions est correcte. Cette démarche aurait suivi la tradition consistant à saisir l'occasion offerte par le prononcé d'avis consultatifs pour élaborer et développer le droit international. Elle aurait également montré, par souci d'équilibre, non seulement les dispositions qu'Israël a violées, mais aussi celles qu'il n'a pas violées. Or une fois qu'elle a décidé lesquelles des dispositions sont en fait applicables, la Cour n'a fait par la suite que mentionner celles qu'Israël a violées.[948]

La dissidence qu'a consignée le juge Kooijmans dans cette même affaire, spécifiquement par rapport à l'analyse de la décision de la majorité sur l'existence d'une obligation positive de veiller au respect du droit en vertu de l'article 1 commun CGI–IV (1949), va dans le même sens. Kooijmans affirme que « la Cour ne dit pas pour quel motif elle conclut que cet article impose des obligations aux États tiers qui ne sont pas parties à un conflit » et que puisque la Cour n'avance aucun argument à ce sujet, il ne peut faire sienne la conclusion de la majorité, ignorant lui-même si « la portée donnée à cet article est exacte en tant que détermination de droit positif »[949].

Les autres dissidences dans les affaires devant la CIJ touchant au DIH ne constituent pas non plus de l'activisme judiciaire pur et dur où un juge défend la protection des droits ou la reconnaissance d'obligations qui ne sont pas autrement consacrées par le DIH. Tout d'abord, dans l'avis sur

---

[947] CIJ, avis sur l'emploi d'armes nucléaires (1996), *supra* note 669, opinion dissidente de la juge Higgins, à la p 584 aux paras 9 et 10 : « À aucun moment la Cour ne s'attelle, dans son avis, à la tâche que lui imposait certainement la question posée, à savoir appliquer systématiquement le droit approprié à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires. Elle conclut sans avoir procédé à une analyse détaillée. Une phase essentielle du processus judiciaire — celle de la motivation juridique — a été omise. […] Ce que la Cour aurait dû faire, d'après moi, c'est expliquer, préciser et appliquer les éléments clés du droit humanitaire identifiés par elle. Comme la Cour, je pense que certains principes généraux résultant des traités sur le droit applicable dans les conflits armés et sur le droit humanitaire sont obligatoires soit à titre d'obligations conventionnelles permanentes soit à titre de prescriptions de droit international coutumier. Ces principes ont pour origine toute une série de sources incontestées. ».

[948] CIJ, avis sur l'édification d'un mur (2004), *supra* note 500, opinion individuelle de la juge Higgins aux paras 22–24.

[949] *Ibid*, opinion dissidente du juge Kooijmans pp 219–234 aux paras 47 et 50.

l'*édification d'un mur*, la dissociation du juge Buergenthal[950] ne vise pas le DIH, mais la décision de la Cour d'examiner l'affaire. Dans l'affaire *RDC (activités armées)*, la seule dissidence vise l'appréciation de la preuve et non les règles des DIH invoquées[951]. Nous reconnaissons cependant qu'il y a un activisme judiciaire beaucoup plus marqué dans les dissidences des juges de la CIJ lorsqu'il est question du rôle et de la responsabilité du pouvoir judiciaire dans la protection et la promotion du caractère humanitaire de règles de droit international, ce qui diffère du DIH à proprement parler. Le juge Weeramantry, qui a été dissident dans plus de la moitié des jugements rendus pendant son mandat, est un exemple patent de ce que nous appelons des « dissidences humanitaires ». L'opinion qui brouille le plus la ligne entre dissidence sur le DIH au fond et dissidence humanitaire est dans l'avis sur l'*emploi d'armes nucléaires* (1996), où il posait explicitement les considérations élémentaires d'humanité comme une source juridique autonome ; nous en avons traité dans le chapitre sur les PG de droit reconnus[952]. La position du juge Weeramantry dans l'affaire *Lockerbie* est, aux dires de son collègue Kooijmans, de l'activisme judiciaire « pur-sang »[953] ; sa position, en faveur des mesures conservatoires pour empêcher l'aggravation ou l'extension du différend résultant de l'emploi de la force par l'une ou l'autre des parties, protégeant ainsi des droits qui ne sont pas autrement consacrés juridiquement dans le but de développer le droit international et de servir la cause de la paix, relevait toutefois du *jus ad bellum* et non du DIH[954].

En résumé, la contribution de la CIJ à l'accroissement normatif du DIH se passe au-delà du texte de ses jugements et mène éventuellement à un renforcement des acquis de protection qu'offre ce droit.

---

950 CIJ, avis sur l'édification d'un mur*, ibid*, déclaration du juge Buergenthal pp 240–245 à la p 240 : « La Cour aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser de donner suite à la demande d'avis consultatif, je me dissocie de sa décision d'examiner l'affaire. Mon vote négatif sur les autres points du dispositif ne doit pas être interprété comme signifiant que je considère que la construction du mur par Israël sur le territoire palestinien occupé ne soulève pas de graves questions au regard du droit international — au contraire. ».

951 CIJ, affaire RDC (activités armées) (2005), *supra* note 922 dissidence du juge Katenka, pp 361–382 à la p 374 aux paras 42–49.

952 Voir *supra* section 4.4.3.2.

953 Kooijmans (2007), *supra* note 897 à la p 743 : « *This is judicial activism pur-sang. This is an urgent appeal to respond to what he saw as the legitimate needs and aspirations of the international community*. ».

954 CIJ, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c Royaume-Uni*), [1998] CIJ Rec 50–72 (opinion dissidente du juge Weeramantry) à la p 71 : « Particulièrement en périodes de tensions, alors que les signaux de danger lancent partout des éclairs, la Cour, semble-t-il, devrait réagir de façon positive en prenant les mesures qui relèvent de sa compétence. Si la Cour a compétence pour protéger des droits qui font l'objet d'une action en suspens — et cela est à mon avis indubitable — une ordonnance interdisant de porter atteinte à ces droits par un conflit doit aussi relever de sa compétence. Si l'on veut que le droit international se développe et serve la cause de la paix comme il est censé le faire, la Cour ne peut se dérober devant une telle responsabilité quand l'occasion de l'assumer se présente ».

Autrement dit, la contribution progressive de la CIJ au développement du DIH ne se fait pas uniquement à travers les décisions qu'elle rend, mais aussi dans la chaîne de réactions qu'elle déclenche une fois qu'elle s'est exprimée. En effet, nous avons démontré, à l'aide des avis sur l'*emploi des armes nucléaires* et *l'édification d'un mur* ainsi que l'affaire *RDC (activités armées),* que lorsque la CIJ rend des jugements contenant des raisonnements laconiques qui peuvent être perçus comme un recul ou un pas de côté par rapport à la protection qu'offre déjà le DIH, les réactions, tout d'abord au sein de la Cour avec l'utilisation des opinions séparées et dissidentes, puis de la part des différents acteurs de la communauté internationale, permettent d'exprimer des préoccupations. Or, ces préoccupations vont généralement dans le sens d'un développement non régressif du DIH.

Le rôle accru que jouent les entités qui s'adonnent à l'interprétation du droit conventionnel et à l'identification du droit coutumier découle du fait que le DIH est, d'une part, lourdement codifié et formé de plusieurs règles aux formulations imprécises ressemblant plus à un principe qu'à une règle justiciable, et d'autre part, dont le sujet principal (c.-à-d. les conflits armés) a évolué de façon exponentielle depuis l'effort de codification *post* Deuxième Guerre mondiale[955]. La CIJ, cette « grande dame respectable »[956], est placée stratégiquement au centre de ce processus pluraliste, gardienne de l'équilibre non seulement entre les deux parties qu'elle entend comme toute autre institution judiciaire, mais aussi entre le maintien de l'intégrité du droit international en tant que système et les besoins de développement de certaines branches comme le DIH.

[955] Voir, dans le même sens, Shereshevsky (2019), *supra* note 20 à la p 10.

[956] Notre traduction du titre de l'article d'Antonio Cassese, « The International Court of Justice: It is High Time to Restyle the Respected Old Lady » dans Antonio Cassese, dir, *Realizing Utopia : The Future of International Law*, Oxford, OUP, 2012 aux pp 239 et suiv.

6.2 La contribution au développement du droit via l'utilisation persuasive du précédent même en l'absence de *stare decisis*

> *Judicial decisions are not strictly a formal source of law, but in many instances, they are regarded as evidence of the law. A coherent body of previous jurisprudence will have important consequences in any given case. Their value, however, stops short of precedent as it is understood in the common law tradition.*[957]

La doctrine du *stare decisis* est l'une des pierres d'assise de la *Common Law,* élaborée dans la tradition anglo-saxonne et selon laquelle le droit est découvert plus qu'il n'est créé. En application de cette doctrine, le tribunal doit suivre les principes juridiques acceptés et établis dans des affaires antérieures jugées par le même tribunal ainsi que par d'autres tribunaux de rang égal ou supérieur en ce qui concerne les questions litigieuses et nécessairement tranchées (en opposition aux *obiter dictum*).[958]

Il est généralement accepté que cette doctrine ne s'applique pas en droit international public, ce système n'étant ni assez centralisé ni suffisamment hiérarchisé pour que soit appliquée une telle doctrine en tant que règle contraignante[959]. Pour les tribunaux internationaux, le précédent n'est pas une source de droit en soi qui dispense de fonder la décision dans le droit coutumier ou le droit conventionnel lorsqu'il y a en l'espèce identité de questions litigieuses antérieurement tranchées. L'utilisation par un tribunal international de sa propre jurisprudence et des décisions d'autres instances est donc discrétionnaire, comme un guide et non comme une obligation[960]. Autrement dit, c'est par souci de cohérence et dans l'objectif de maintenir une unité dans le système judiciaire international en entier que sont utilisées les décisions judiciaires[961]. Comme l'a déjà affirmé Rosenne:

---

[957] Crawford's Brownlie (2012), *supra* note 34 à la p 37.

[958] MPEPIL (Guido Acquaviva et Fausto Pocar) *sub verbo* « *Stare decisis* » (2007) au para 1 [notre traduction] [MPEPIL, *Stare decisis*].

[959] Pour un survol de la littérature à ce sujet en droit international, *ibid* incluant la bibliographie sélective ; Mads Andenas and Johann Ruben Leiss, « Article 38(1)(d) ICJ Statute and the Principle of Systemic Institutional Integration » (2017) 77 ZaöRV 907—972 aux pp 929 et suiv, particulièrement à la n 89, où l'auteur mentionne entre autres les contributions de Fitzmaurice (1958), *supra* note 154, et Shahabuddeen (1996), *supra* note 914 [Andenas / Leiss (2017)].

[960] *Ibid* aux pp 931 et suiv.

[961] Thomas Buergenthal, « Proliferation of International Courts and Tribunals » (2001) 14:2 LJIL 267—275 à la p 274 [Buergenthal (2001)].

« *Precedents may be followed or discarded, but never disregarded* »[962]. C'est dans ce contexte que nous concevons le précédent en droit international comme un outil persuasif, mais discrétionnaire, ce qui le distingue du principe de *stare decisis* qui est traditionnellement contraignant[963].

En ce qui concerne la CIJ, son Statut peut être lu comme constituant un désaveu de la doctrine du *stare decisis*[964]. En plus de l'article 38 (1) *d*), qui situe clairement les décisions judiciaires comme moyen auxiliaire de détermination du droit, l'article 59 mentionne que « la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ». Même s'il est concevable d'affirmer que la raison pour laquelle la CIJ n'est pas liée par les précédents ne se trouve pas nécessairement dans l'article 59 (entre autres parce que ce dernier viserait plutôt la question de l'intervention[965]), il est justifié d'affirmer que cet article va au-delà de l'effet relatif de la chose jugée, effet autrement limité aux situations réussissant le test de la triple identité (même parties, même cause, même objet)[966]. Comme l'affirme Pellet:

> [*T*]*he reference to Article 59 in Article 38(1)(d) sounds like a warning: the Court is not bound by the common law rule of stare decisis, even if some judges of Anglo-Saxon origin seem to have somewhat ignored this guideline. At the same time, this reference clearly encourages the Court to take into account its own case law as a privileged means of determining the rules of law to be applied in a particular case*.[967]

---

962 Shabtai Rosenne, *The International Court of Justice: An Essay in Political and Legal Theory*, Leiden, Sijthoff, 1957 à la p 10.

963 Dans le même sens, voir Robert Kolb, *The International Court of Justice*, Oxford, Hart, 2014 aux pp 1162 et suiv (application du concept de précédent au fait que la CIJ suit sa propre jurisprudence, tout en reconnaissant qu'il n'y a pas de *stare decisis* devant cette instance judiciaire internationale). Voir aussi Andenas/Leiss (2017), *supra* note 959 aux pp 929 et suiv.

964 Darcy (2014), *supra* note 893 à la p 316 : « *The Statute also disavows a doctrine of binding precedent, such as that which operates in the common law, although international courts have tended to follow their own jurisprudence in the interests of consistency and coherency*. » Voir aussi dans le même sens, mais s'appuyant plus sur la pratique de l'institution que son Statut : MPEPIL, *Stare decisis*, *supra* note 958 au para 13 : « *Although to date the ICJ has not laid down rules on the use of its precedents, it has also never explicitly departed from them, preferring instead to distinguish implicitly previous cases and the reasoning behind them*. ».

965 Voir Andenas/Leiss (2017), *supra* note 959 à la p 931, s'appuyant sur Lauterpacht.

966 Pellet (2018), *supra* note 59 aux pp 23–25. Voir aussi Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court of Justice*, vol III, 4e éd, Leiden/ Boston, Nijhoff, 2006 à la p 1571.

967 Pellet (2018), *ibid* à la p 33. Voir aussi CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c Serbie),* [2008] CIJ Rec 412 au para 53 : « [*J*]*urisprudence – jurisprudence constante at least – is not a source of international law properly speaking in that it remains open to challenge and change but there must be cause not 'to follow the reasoning and conclusions of earlier cases'*. »

La situation est similaire, quoique moins clairement définie, pour les instances pénales internationales. Ni le statut du TPIY[968] ni le statut du TPIR[969] ne font mention des moyens auxiliaires de détermination ou de l'utilisation du précédent. Même si le TPIY a rejeté l'argument voulant que la doctrine du précédent soit contraire au principe de la légalité des peines, cela est insuffisant pour conclure qu'il n'est pas lié de façon contraignante au principe du *stare decisis*. Plutôt, la chambre d'appel affirme, dans *Aleksovski,* que « dans l'intérêt de la sécurité et de la prévisibilité, [elle] doit suivre ses décisions antérieures, mais reste libre de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissent le commander dans l'intérêt de la justice »[970]. Cette appréhension du précédent comme étant relativement contraignant avec une part d'exercice de pouvoir discrétionnaire a été reprise par le TPIR dans l'affaire *Semanza*[971]. Si ces tribunaux *ad hoc* suivent leurs propres décisions antérieures, c'est donc par souci d'uniformité, de cohérence et de prévisibilité, mais pas parce que le droit l'exige. La situation diffère encore un peu plus pour la CPI, considérant que son Statut prévoit que « [l] a Cour peut appliquer les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures »[972]. Il s'agit toutefois, là aussi, d'un pouvoir discrétionnaire accordé aux juges de la CPI d'attribuer (ou non) une valeur préférentielle aux principes et règles de droit identifiés préalablement dans sa jurisprudence[973].

---

[968] *Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie* (en date de septembre 2009), en ligne : <https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_fr.pdf> [Statut du TPIY].

[969] *Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda* (en date de 31 janvier 2010), en ligne : <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/100131_statute_en_fr.pdf>.

[970] TPIY, *Procureur c Zlatko Aleksovski*, aff nº IT-95-14/1, appel (24 mars 2000), au para 107. Voir aussi aux paras 126 et 127 : « Or, rien dans ce principe [de légalité] ne va à l'encontre de l'interprétation du droit à travers les décisions d'un tribunal et du recours à ces décisions à l'occasion d'affaires ultérieures dont les circonstances s'y prêtent. […] Ce principe n'empêche pas un tribunal, qu'il soit national ou international, de trancher une question à travers un processus d'interprétation et de clarification des éléments constitutifs d'un crime donné ; il ne l'empêche pas non plus de s'appuyer sur certaines décisions antérieures qui renferment une interprétation du sens à donner à certains éléments d'un crime. » Voir aussi TPIY, *Procureur c Galić*, aff nº IT-98-29-A, appel (30 novembre 2006) au para 117.

[971] TPIR, *Semanza c Le Procureur*, aff nº ICTR-97-20-A, décision en appel (3 mai 2000) au para 92 : « La Chambre d'appel reprend les conclusions de la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire Aleksovski, et rappelle que dans l'intérêt de la sécurité et de la prévisibilité juridiques, la Chambre d'appel doit suivre ses décisions antérieures, mais reste libre de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissent le commander dans l'intérêt de la justice. » Voir aussi, dans la même affaire, devant le mécanisme résiduel : MICT, *Semanza v Prosecutor*, aff nº MICT-13-36-R, Decision on a request for access and review (9 avril 2009) au para 15 : « [W]*hile not bound by the jurisprudence of the ICTR or the ICTY, the Appeals Chamber is guided by the principle that, in the interests of legal certainty and predictability, it should follow previous decisions of the ICTR or the ICTY Appeals Chambers and depart from them only for cogent reasons in the interests of justice.* »

[972] Statut de Rome, *supra* note 234 à l'art 21 (2).

[973] Voir à ce sujet deGuzman (2016), *supra* note 692 aux pp 945–946.

Nous terminons cette incursion dans la valeur du précédent persuasif devant les instances judiciaires internationales en abordant brièvement la possibilité de précédents croisés interinstitutionnels. Il est intéressant de souligner que, dans l'affaire *Hinga*, le tribunal spécial pour la Sierra Leone a interprété son statut constitutif[974] comme ne le liant pas, ni de façon contraignante ni même de façon persuasive, aux corpus jurisprudentiels des autres tribunaux comme le TPIY et le TPIR, ce qui n'empêche toutefois pas que ces décisions soient utiles en tant qu'énonciations de principes de droit judicieux et logiquement exacts[975]. Cela nous ramène en partie à la démonstration au sujet du principe d'humanité comme PG de droit reconnus s'inscrivant dans la logique intrinsèque du DIH : le TSSL n'est pas lié par les précédents des tribunaux pénaux *ad hoc,* mais lorsque ces instances dégagent des principes fondamentaux aux règles qui sous-tendent le DIH de façon générale, cette jurisprudence est la bienvenue et s'avère d'une grande utilité. Elle peut par exemple venir étayer une décision qui s'appuie sur le principe d'humanité tel que formulé ou appliqué par une instance judiciaire sœur[976].

---

[974] *Accord pour et Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone* (2002), UN SCOR, Doc off S/2002/246, à l'art 20 (3) : « Les juges de la Chambre d'appel du Tribunal spécial se laissent guider par les décisions de la Chambre d'appel des Tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda. Lorsqu'ils doivent interpréter ou appliquer la législation sierra-léonaise, ils se laissent guider par les décisions de la Cour suprême de la Sierra Leone. ».

[975] TSSL, *Prosecutor v Samuel Hinga Norman* (2003) aff nº SCSL-2003-08-PT, *Decision on the Prosecutor's Motion for Immediate Protective Measures for Witnesses and Victims and for Non-Public Disclosure* (7 avril 2007), au para 11 : « [*T*]*he use of the formula 'shall be guided by' in Article 20 of the Statute does not mandate a slavish and uncritical emulation, either precedentially or persuasively, of the principles and doctrines enunciated by our sister tribunals. Such an approach would inhibit the evolutionary jurisprudential growth of the Special Court consistent with its own distinctive origins and features. On the contrary, the Special Court is empowered to develop its own jurisprudence having regard to some of the unique and different socio-cultural and juridical dynamics prevailing in the locus of the Court. This is not to contend that sound and logically correct principles of law enunciated by ICTR and ICTY cannot, with necessary adaptations and modifications, be applied to similar factual situations that come before the Special Court in the course of adjudication so as to maintain logical consistency and uniformity in judicial rulings on interpretation and application of the procedural and evidentiary rules of international criminal tribunals.* » Voir aussi TPIY, Kupreškić (2000), *supra* note 323 aux paras 537–542 : Nuremberg ne constitue pas un précédent contraignant, mais a tout de même une grande valeur et les juridictions pénales internationales doivent toujours évaluer avec précaution les décisions d'autres juridictions avant de conclure que leur interprétation du droit en vigueur fait autorité.

[976] Cette image de la fratrie ou de la sororité évoquant une situation de collaboration plutôt qu'un rapport hiérarchisé est utilisée par le juge Buergenthal (2001), *supra* note 961 à la p 274 [notre traduction] : « [*T*] *hey should look to the jurisprudence of their sister institutions as sources from which to draw judicial inspiration and not to view the other institutions as competitors to be treated with disdain or to act as if they did not exist.* » ; et le juge Bankole Thompson dans une de ses décisions (TSSL, *Prosecutor v Morris Kallon* (2003) aff nº SCSL-2003-07-PT, *Decision on the Prosecutor's Motion for Immediate Protective Measures for Witnesses and Victims and for Non-Public Disclosure*, (10 décembre 2003), au para 12)).

En résumé, la valeur persuasive de chaque décision s'évalue au cas par cas, suivant la valeur intrinsèque[977] de chacune d'elles ; il ne s'agit pas d'une valeur coercitive inhérente à l'autorité de l'instance judiciaire, comme c'est le cas avec le principe de *stare decisis*. La limite de cette valeur persuasive se trouve dans la cohérence nécessaire au raisonnement juridique qui est, pour citer la juge Higgins, un des éléments qui différencie le droit de la politique[978]. Le précédent est généralement utilisé comme ayant une valeur persuasive dont le poids relève de la discrétion du juge qui l'invoque. Sur cet aspect, le DIH ne diffère pas particulièrement des autres branches du DIP. Cependant, la prolifération des instances pénales internationales rend la discussion sur la valeur du précédent plus actuelle que pour d'autres branches. Par exemple, la divergence entre la CIJ et le TPIY dans le traitement de la question du contrôle (global *vs* effectif) exercé par les États sur les groupes armés non étatiques est manifeste. En l'absence de *stare decisis* contraignant au sein d'un même tribunal et entre les institutions judiciaires, cette hétérogénéité est beaucoup moins problématique qu'il n'y paraît à première vue. Cela permet aux juges d'utiliser leur discrétion autant dans le sens d'une innovation que d'une retenue. Autrement dit, le droit international ne sera pas aux prises avec une décision trop progressiste ou trop régressive, car il y aura la possibilité pour les tribunaux — et les autres acteurs — de ne pas la suivre[979].

6.3 Le développement du droit limité par la déférence de la communauté judiciaire aux sources du droit international et la réception subséquente des décisions par la communauté internationale

6.3.1 Quelques généralités

Dans le présent chapitre, nous défendons la position que la fonction normative est inhérente à la fonction (interprétative) judiciaire. Avec cette dernière section, nous concluons en ajoutant que cette fonction normative acceptable s'exerce aussi dans le respect et la déférence de la communauté des juges aux sources du droit international. Cette déférence est en effet la garantie relative d'une discrétion mesurée.

---

977 Morris Greenspan, *The Modern Law of Warfare*, Los Angeles, University of California Press, 1959 aux pp 7–8 [notre traduction].

978 Rosalyn Higgins, « The New Challenges and the Role of the International Court of Justice » dans Pablo Antonio Fernández-Sánchez, dir, *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts: In Honour of Professor Juan Antonio Carrillo-Salcedo*, Leiden/Boston, Nijhoff, 2005, pp 243 et suiv à la p 261.

979 Voir dans le même sens Darcy (2014), *supra* note 893 aux pp 30 et suiv.

L'idée d'une communauté de juges

Tout d'abord, l'idée d'une communauté des juges comme une mesure de contrôle de la création juridique par l'instance judiciaire est importante : le fait que les tribunaux soient réticents à légiférer rend justement légitime le fait qu'ils le fassent dans un cadre restreint et de façon ponctuelle. Aucun juge international, aussi progressiste soit-il, ne concevra ses pouvoirs comme étant aussi étendus que ceux du *prætor* de l'époque romaine, cet officiel qui possédait la faculté de juger en équité en l'absence du consul[980]. Les juges des tribunaux internationaux ne peuvent pas affirmer aussi facilement que les professeurs et chercheurs qu'ils n'en ont que faire des sources telles qu'elles sont énumérées à l'article 38 : ils sont les experts de la loi et c'est de là qu'ils tirent leur légitimité. En ce sens, les propos tenus par Pellet et rapportés plus haut au sujet des juges de la CIJ (et des membres de la CDI) s'appliquent aussi de façon générale à tous les juges des instances internationales : ils font tous partie d'une même communauté qui, malgré des éléments hétérogènes, est unie sous la bannière (relativement) apolitique du positivisme[981].

La communauté formée par les juges internationaux agit donc comme une garantie — relative et non absolue — de contrôle de la création de droit par l'instance judiciaire. L'équilibre dynamique et non statique entre la latitude qu'accordent les États aux juges et la retenue dont font preuve ces derniers dans l'exercice de leurs fonctions est le but ultime recherché. Comme l'affirme Danner, « [t]*he relative apolitical nature of international courts* […] *depends both on states' willingness to leave courts alone and on international judges' reluctance to act in ways that upset the apple cart* »[982].

La Cour internationale des prises, mentionnée plus haut[983], constitue une illustration de ce qu'aurait pu être une instance judiciaire de DIH où la retenue et la déférence judiciaire auraient fait contrepoids à un large pouvoir de statuer accordé aux juges par les États. Au cœur de cette cour se trouvait une relation de confiance fondée sur le fait que les magistrats choisis par les Puissances useraient de leur mission avec modération et fermeté, qu'ils agiraient dans le sens de la justice sans la

---

[980] « Prætor » dans *Encyclopedia Britannica* (2019), en ligne : <https://www.britannica.com/topic/praetor>. Les propos tenus dans TPIY, Kupreškić (2000), *supra* note 323 au para 669, confirment la limitation de ce rôle à l'application de la *lex lata*.

[981] *Supra* note 918.

[982] Danner (2006), *supra* note 900, à la p 52.

[983] *Supra* section 2.1.

bouleverser et que la crainte de leurs justes arrêts pourrait être le commencement de la sagesse pour les belligérants[984]. Il s'agit là d'un exemple particulièrement parlant d'activisme judiciaire à l'intérieur de limites acceptées et négociées par les parties intéressées. Cela étant dit, il est impossible de savoir comment ce tribunal se serait comporté et ce qui se serait passé s'il avait agi de façon à bouleverser la justice. Le fait que le traité ne soit jamais entré en vigueur en l'absence de ratifications suffisantes nous donne tout de même à croire que le jeu n'en valait pas la chandelle et que le risque que cette instance joue un rôle normatif trop actif était trop grand pour que les États l'assument.

L'importance de la réception subséquente

Si la qualité du jugement y est pour beaucoup dans la valeur persuasive qui lui est attribuable, nous sommes aussi convaincus le droit est façonné autant par les décisions elles-mêmes que par le temps qui passe et les réactions que celles-ci suscitent. Autrement dit, nous considérons qu'au-delà d'une utilisation persuasive du précédent par la communauté judiciaire, la réception générale subséquente des décisions joue un rôle important dans le processus d'accroissement normatif. Comme le décrit Darcy[985], l'effet cumulatif de la répétition de l'itération judiciaire de règles non seulement par les juges, mais aussi par les États, par le milieu académique ainsi que par les acteurs de la société civile, rendent éventuellement impossible de réfuter les règles ou standards ainsi formulés. Dans l'éventualité où des juges d'une instance internationale rédigeraient un jugement majoritaire allant dans le sens d'une modification en profondeur du droit international sans nuance ni modération, un contrecoup de la part non seulement des autres juges, mais aussi des autres acteurs de la communauté internationale pourrait certainement étouffer, ou à tout le moins contenir, l'effet de la décision.

Il a déjà été mentionné plus haut que les États et leurs représentants légaux sont désormais réticents à communiquer et à s'engager à avoir des vues claires sur les questions de droit international

---

[984] James Brown Scott, The *Proceeding of the Hague Peace Conferences: The Conference of 1907*, vol I, Oxford, OUP, 1920, aux pp 189 et 190 [notre traduction].

[985] Darcy (2014), *supra* note 893, à la p 31: « [*T*]*he cumulative effect of repeated judicial iteration of norms or standards is such that their legal standing can eventually become impossible to refute*. » Voir aussi : *ibid* aux pp 319–320, au sujet de l'état du DIC existant qui n'était pas sans faille (*watertight*) au moment de la décision, mais qui l'est devenu avec le temps.

coutumier, et plus spécifiquement sur des questions de DIHC, ce qui génère un vide relatif dans la contribution des États à la création du droit international et vicie généralement le discours juridique[986]. Cette apathie s'applique aussi aux réactions étatiques face aux décisions des tribunaux internationaux.

Pour contextualiser l'examen des décisions d'instances pénales internationales invoquant le DIH qui conclut ce chapitre, il est pertinent de tracer un parallèle avec un exemple notoire tiré de la jurisprudence nationale des droits de la personne : dans l'affaire *Filartiga v Pena-Irala*[987], les tribunaux américains ont reconnu l'interdiction de la torture comme étant une règle de droit international coutumier. Comme le proposent Simma et Alston, cela peut s'expliquer comme étant un effort concerté pour contrer l'absence de ratification des instruments de protection des droits la personne par l'État américain[988]. Or, même si la décision *Filartiga* a fait couler beaucoup d'encre en doctrine, où elle a été reçue par plusieurs de façon favorable, les 35 années qui se sont écoulées depuis sa publication démontrent que cela n'a pas suffi à établir un recours de droit international individuel généralisé pour les victimes de torture. En cela, nous considérons que l'exercice de la fonction normative par les juges dans *Filartiga,* qui a pu être considéré initialement comme de l'activisme judiciaire, a été subséquemment tempéré par les réactions de la communauté formée par les juges nationaux qui se sont positionnés par rapport à cette décision[989]. Il est vrai que la

---

[986] Schmitt/Watts (2015), *supra* note 14 à la p 174 : « *In particular, a void of State participation, especially with respect to opinio juris, has formed. One no longer finds regular State expressions of IHL opinio juris. Nor does one regularly find comprehensive and considered responses by States to the proposals and pronouncements of non-State IHL participants. In many respects, as this article will demonstrate, the guns of State IHL opinio juris have fallen silent*. » Voir aussi *ibid* à la p 214 : « *The reluctance of States and their legal representatives to communicate and commit to clear views on IHL matters vitiates legal discourse, degrading the functioning and development of a critical aspect of the international legal system.* ».

[987] 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980), on remand, 577 F.Supp. 860 (EDNY 1984).

[988] Simma/Alston (1988), *supra* note 16 à la p 87 [notre traduction] : «*The readiness of the U.S. Courts* […] *to view official torture, arbitrary detentions, disappearances and summary executions as violations of customary international law without feeling any particular need to engage in much serious debate about the prerequisites of that source, is striking*. […] *what we observe* [… in Filartiga] *is essentially a concerted effort by American judges and activist human rights lawyers to compensate for the abstinence of the United States vis-à-vis ratification of international human rights treaties* ». Ils mentionnent aussi la possibilité d'un chauvinisme normatif subconscient selon lequel les États peuvent étendre l'existence de règles de droit national au droit international sans démonstration particulière de la transposition : *ibid* aux pp 94–95.

[989] Voir p. ex. *Tel-Oren v Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984), cert. denied, 470 U.S. 1003 (1985) ; *Argentine Republic v Amerada Hess Shipping Corp.,* 830 F.2d 421 (2d Cir. 1987), rev'd, 488 U.S. 428 (1989); *Sosa v Alvarez-Machain* 542 US 692 (2004); *Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co*., 132 S. Ct. 1738 (2012) comme rapporté dans Karen E. Holt, « Filartiga v Pena-Irala After Ten Years: Major Breakthrough or Legal Oddity? » (1990) 20 GJICL

contribution de cette décision au développement des droits de la personne ne va pas dans le sens d'un progrès, un ajout de protection aux acquis juridiques, tel que nous le présentons ici. Nous distinguons toutefois le développement des droits de la personne dans le sens d'une reconnaissance d'un droit justiciable devant des instances nationales et le développement du DIH. Ce dernier protège les personnes vulnérables dans les conflits armés ; cette protection humanitaire ne rencontre donc pas les mêmes obstacles juridiques que la constitution d'un droit d'action individuel. De plus, nous soulignons, à l'instar de Rosenbaum[990] et Holt[991], que cette affaire a mis en place une importante tribune publique pour discuter de la question de la justiciabilité des droits de la personne. Il s'agit là d'un apport non négligeable ; qui plus est, c'est une des manifestations utiles et acceptables de la fonction normative des instances judiciaires internationales. En d'autres mots, l'impact de *Filartiga* est majeur, et ce, même si son dispositif n'a pas été transposé en droit positif, ce qui démontre l'importance de la communauté que forment les juges internationaux ainsi que les effets de la réception subséquente de la décision sur le développement du droit.

Examinons maintenant l'encadrement de la fonction normative des instances judiciaires internationales dans les décisions de DIH, en nous attardant à celles rendues par des instances pénales internationales *ad hoc*.

6.3.2 L'activisme judiciaire et l'interaction entre le droit international pénal et le DIH

Lors des négociations du Statut du tribunal de Nuremberg, le délégué britannique David Maxwell-Fyfe a affirmé « *We declare what the law is* »[992]. Cette déclaration illustre le pragmatisme doublé de l'urgence d'agir qui régnait à l'époque de la création du premier tribunal pénal international. Ce que le

543 [Holt (1990)] et Curtis A. Bradley, « Alien Tort Statute Litigation » dans *International Law in the U.S. Legal System*, 2e éd, Oxford, OUP, 2015, pp 201–232.

990 Stephen Rosenbaum, « Lawyers Pro Bono Publico: Using International Human Rights Law on Behalf of the Poor » dans Hellen L. Lutz, Hurst Hannum et Kathryn J. Burke, dir, *New Directions in Human Rights,* Philadelphie, Penn Press,1989, pp 109—134 à la p 124.

991 Holt (1990), *supra* note 989 à la p 568.

992 Comme rapporté dans Robert H. Jackson, « Report of United States Representative to the International II Conference on Military Trials London » (1945) *US Representative to the International Conference on Military Trials, Document XVII*, Washington, Office of Public Affairs, 1945 à la p 99 en ligne : <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/jackson-rpt-military-trials.pdf>. La citation complète est la suivante : « *What we want to abolish at the* [Nuremberg] *trial is a discussion as to whether the acts are violations of international law or not. We declare what the international law is so that there won't be any discussion on whether it is international law or not*. »

délégué britannique cherchait à faire, ou plutôt ce qu'il cherchait à éviter, c'était qu'aient lieu toutes ces discussions préliminaires au procès à savoir si les règles sur lesquelles le tribunal allait fonder ses jugements étaient ou non du droit international. Il y a aussi là une évocation de l'adage de Blackstone qui ajoutait après « *we declare what the law is* », « *we don't make it* » ainsi qu'au leitmotiv de Montesquieu qui voit le juge comme étant « la bouche de la loi ». L'affirmation de Maxwell-Fyfe laisse toutefois perplexe puisqu'elle est faite par un représentant politique et non par un juge. Il y a là une volonté d'endiguer en amont (à même le Statut constitutif du tribunal) toute possibilité d'être confronté à un « *hard case* », c'est-à-dire une affaire où le droit applicable est incertain. Or, si les cas difficiles font de mauvaises lois[993], une volonté de neutraliser ces cas est aussi une mauvaise base pour un Statut constitutif qui doit couvrir un plus grand nombre de cas moins extrêmes. Il vaut en effet mieux que le Statut soit écrit pour s'appliquer à la circonstance moyenne, puisqu'elle sera plus couramment rencontrée.

Considérant cette volonté initiale des États de dicter le droit international d'une façon telle qu'il n'y ait qu'une place minime réservée à l'interprétation, cadenassant ainsi le rôle du juge international[994], il est pour le moins ironique que ce soit en grande partie par la lorgnette de ce droit international pénal que les tribunaux internationaux aient contribué le plus au développement du contenu normatif du droit international. Ce développement a été considérable pour le DIH, avec des décisions particulièrement persuasives. Il y a en effet des liens consubstantiels entre le DIH et le droit international pénal , ce dernier se concevant comme un mécanisme spécifique de mise en œuvre du DIH. Autrement dit, le DIH est constitué en grande partie d'un ensemble de prohibitions substantives criminalisées par les dispositions du droit international pénal à travers les crimes de guerre, ce qui donne lieu à des interprétations persuasives de la part des instances pénales internationales qui renforcent, chemin faisant, l'application du DIH[995]. Comme l'a observé Provost:

---

[993] Voir R-U, *Hodgens v Hodgens* (1837) S. C. 11 Bligh N.S. 62, reproduit dans *Reports of cases House of Lords* (1836-1838) vol IV à la p 265, puis dans É-U, *Northern Securities Co. v United States* 193 US 197 (1904). Voir, pour une autre conception de l'acte judiciaire (*adjudication*) qui est plus cohérente avec les idéaux démocratiques que la conception positiviste, Ronald Dworkin, « Hard cases » (1975) 88:6 HLR 1057–1109.

[994] L'expression est empruntée à Jérôme de Hemptinne, « Réflexion sur l'évolution des rôles normatif et judiciaire du juge pénal international » (2011) 83 RTDH 525–544 à la p 525.

[995] Duffy parle de « *strengthening enforcement* » et d'« *authoritative interpretations* » : Helen Duffy, « Trials and Tribulations: Co-Applicability of IHL and Human Rights in an Age of Adjudication » dans Ziv Bohrer, Janina Dill et Helen Duffy, dir, *Law Applicable To Armed Conflict*, Cambridge, CUP, 2020, pp 15–105 aux pp 20–21 : « [*T*]*he ad*

> *the process of change in humanitarian law has shifted from successive multilateral treaties negotiated by states to judicial decision-making. Thus, the jurisprudence of the ICTY and ICTR, joined by the ICC, the Sierra Leone Special Court and other tribunals, have transformed international humanitarian law more in the space of ten years than what had been accomplished in the preceding fifty years. Fundamental principles such as the international criminal responsibility of individuals for violations rules applicable to internal armed conflict were affirmed by courts and broadly accepted, even before being recodified to a significant extent in the Rome Statute of the ICC.*[996]

Cela étant dit, encore aujourd'hui, le DIH et droit international pénal restent deux branches distinctes du droit international. Le droit international pénal se distingue du DIH en raison de l'individualisation de son régime de responsabilité qui a nécessairement des impacts plus directs sur les droits de la personne : l'impérativité de respecter les principes de légalité et de non-rétroactivité des peines ainsi que les règles d'admission de la preuve y afférentes peuvent l'emporter, par exemple, sur les règles d'utilisation de moyens complémentaires d'interprétation consignées à l'article 32 CVDT (1969), ce qui n'est pas nécessairement le cas en DIH[997]. Il n'en reste pas moins que les rapports entre droit international pénal et DIH sont riches et multidimensionnels, comme en témoigne la production particulièrement abondante de littérature à ce sujet coïncidant avec l'avènement des instances pénales *ad hoc* dans les années 1990[998].

Avec ces considérations en tête, nous consacrons la prochaine section à la contribution particulière du TPIY. À noter que nous ne nous attardons pas aux décisions des tribunaux nationaux : l'analyse de ces décisions demanderait une approche complètement différente qui prend en considération la manifestation de la volonté étatique dans les jugements qui émanent de ses tribunaux. Nous ne nous

---

hoc tribunals and the International Criminal Court (ICC) have provided authoritative interpretations on the scope of application of IHL as well as its content, and arguably en route have strengthened its enforcement. » ; Danner parle de donner vie aux CGI–IV (1949) à travers l'adjudication pénale : Danner (2006), *supra* note 900 à la p 41. Voir aussi Damien Scalia, « Droit pénal international » dans van Steenberghe (2013), *supra* note 3 pp 195–224 ; et Sassòli (2019), *supra* note 15 aux paras 9.54–9.72.

[996] René Provost, « The International Committee of the Red Widget? The Diversity Debate and International Humanitarian Law » (2007) 40:2 ILR 614—647 à la p 644 [Provost (2007)].

[997] Voir, au sujet de l'utilisation potentiellement abusive du principe de légalité en droit international pénal pour outrepasser le recours aux moyens complémentaires d'interprétation (travaux préparatoires et circonstances d'adoption) tel que prévu à la CVDT (1969) et opter pour une interprétation favorisant l'accusé, et la non-applicabilité de cette problématique en DIH, Van Steenberghe (2017), *supra* note 241 à la p 902.

[998] Voir p. ex. la recension de Darcy (2014), *supra* note 893 à la p 8, citant Goldstone, Fendrick, Schindler, Danner et Harhoff.

attardons pas non plus aux instances internationalisées ou hybrides[999] ni spécifiquement à la CPI et au TPIR. La raison pour laquelle nous nous attardons plus au TPIY qu'à la CPI est que cette dernière, avec son Statut, est autosuffisante en ce qui a trait à la compétence *ratione materiae,* ce qui limite le besoin de s'appuyer sur les sources non écrites au-delà de ce que nous avons déjà exploré précédemment : nous référons donc à cette section, incluse à la fin du chapitre sur les PG de droit reconnus, pour une analyse plus détaillée de l'impact des décisions des tribunaux internationaux pénaux sur l'évolution du DIH[1000].

En ce qui concerne la jurisprudence du TPIR, l'apport de ces décisions au DIH est moins important que celui du TPIY, considérant tout d'abord le nombre limité de condamnations pour crimes de guerre[1001]. Nous désirons toutefois commenter brièvement ici la nature de cette contribution du TPIR via son Statut[1002]. Le conflit au Rwanda était de nature non internationale ; à la base, les violations associées à un CANI ne sont pas assorties de sanctions pénales individuelles expresses aux termes des instruments conventionnels de DIH. Or, le Conseil de sécurité, auteur du Statut, a choisi d'adopter une approche plus extensive de la compétence *ratione materiae* du TPIR en érigeant en crimes les violations de l'article 3 commun[1003]. Le Conseil a donc sciemment décidé d'aller au-delà du droit existant et de créer un mécanisme, sans même s'appuyer sur des règles coutumières

---

[999] Voir à ce sujet Cesare P. R. Romano, André Nollkaemper et Jann K. Kleffner, dir, *Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia,* Oxford, OUP, 2004.

[1000] *Supra* section 4.5.

[1001] TPIR, *Laurent Semanza v The Prosecutor*, aff nº ICTR-97-20-A, jugement en appel (20 mai 2005) (confirme la condamnation de 1re instance), en ligne : <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-97-20/appeals-chamber-judgements/en/050520.pdf> ; *Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda c le Procureur*, aff nº ICTR-96-3-A, arrêt en appel (26 mai 2003), en ligne: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-3/appeals-chamber-judgements/fr/030526.pdf>, (confirme la condamnation de 1re instance); *Procureur c Ntagerura, Bagambiki & Imanishimwe*, aff nº ICTR-99-46-T, jugement et sentence en 1ere instance, 806 (25 février 2004), en ligne : <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-99-46/trial-judgements/fr/040225.pdf>, (condamnation d'Imanishimwe).

[1002] ONU, CS, *Établissement d'un tribunal pénal international pour le Rwanda, Rés. 955*, Doc off, 3453e sess, Doc NU S/RES/955 (1994), en ligne : <https://undocs.org/fr/S/RES/955(1994)>.

[1003] Résolution fondatrice et premier Statut du TPIR : ONU, CS, *Rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 5 de la Résolution 955 (1994) du Conseil de Sécurité*, Doc NU S/1995/134 (1995) au para 12, en ligne : <https://undocs.org/fr/S/1995/134> : « L'article 4 du statut [du TPIR] inclut donc les violations du Protocole additionnel II [aux Conventions de Genève] qui, dans son ensemble, n'a pas encore été universellement reconnu comme faisant partie du droit international coutumier, et, pour la première fois, érige en crimes les violations de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève. »

préexistantes[1004]. En tant qu'organe politique, c'est une prérogative dont il peut se prévaloir. Si les membres du Conseil de sécurité n'avaient pas été en accord avec cette avancée au-delà du DIH tel qu'il pouvait être constaté au moment de l'adoption du Statut, ils avaient l'opportunité de s'y opposer et de proposer une définition de la compétence de la cour plus modeste et s'alignant plus directement sur le droit existant. Mais ce ne fut pas le cas et le statut du TPIR fut adopté avec cette innovation à l'article 4. N'ayant pas été adopté par les États mais par le Conseil de sécurité et ayant une portée limitée dans le temps et l'espace, la contribution du Statut du TPIR au droit nouveau est relative ; il définit principalement les limites à l'intérieur desquelles le tribunal allait s'acquitter de sa tâche et il s'applique uniquement aux juges du TPIR. Ces derniers ont le devoir de faire respecter le droit international tel qu'il existe dans le cadre de leur mandat, ce qui inclut, par exemple, les principes de la légalité et la non-rétroactivité des peines. Cela étant dit, l'effet du Statut habilitant le TPIR est relatif ; outre cette question de la non-rétroactivité des peines qui doit être appliquée en toutes circonstances, l'élargissement de la compétence *ratione materiae* n'a d'impact que sur des actions précises qui ont été posées sur un territoire déterminé et durant une période définie. Il est donc difficile d'imaginer comment cela pourra se transposer dans tout autre contexte, et ce, même par analogie. On peut tout au plus trouver dans ce Statut, comme dans les autres documents officiels des Nations Unies, une manifestation de la volonté de cette organisation et, dans une certaine mesure, de la volonté des États que constituent ses membres.

[1004] Comme l'affirme Danner (2006), *supra* note 900 à la p 61, le régime juridique applicable aux CANI pré-TPIY/TPIR n'était pas particulièrement étoffé : « *The legal regime governing civil wars remained skeletal and largely ineffectual until the establishment of the ICTY and the ICTR.* »

6.3.3 La contribution exceptionnelle du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie au développement du DIH : inhabituelle et indéniable

There is no question that international humanitarian law has developed significantly since the atrocities in Yugoslavia began. This area of law has grown much more during these last few years than in the half-century following Nuremberg.[1005]

Le TPIY, comme le TPIR, constitue une mesure visant le maintien (ou la restauration) de la paix au sens de l'article 41 de la CNU. La création respective assez rapprochée dans le temps de ces deux tribunaux a donc échappé au long processus associé à la négociation de traités internationaux multilatéraux, comme ce fut par exemple le cas pour le *Statut de Rome*[1006]. L'impact de ce processus où le politique côtoie le juridique s'illustre bien à l'aide de la définition de la compétence *ratione materiae,* comme mentionné précédemment pour le TPIR. Pour le TPIY, la compétence matérielle n'a pas été définie de façon claire dans le Statut[1007], de façon telle que la question du champ d'application a été traitée judiciairement dans sa première décision de 1995, soit l'appel interlocutoire dans l'affaire *Tadić*[1008]. L'impact de cette décision du tribunal est indéniable. Nous considérons que c'est là la contribution la plus significative au DIH de ce tribunal *ad hoc*. Cet arrêt de principe a agi comme un catalyseur atténuant la dichotomie entre CAI et CANI de façon telle qu'il y a eu un avant-*Tadić,* dominé par la souveraineté des États, et un après-*Tadić,* caractérisé par l'« approche axée sur les droits de l'homme »[1009]. En décidant d'élargir l'application des règles de la responsabilité pénale pour crimes de guerre aux conflits armés non internationaux, cette décision marque un moment charnière dans le processus d'affranchissement graduel du modèle westphalien, sans toutefois supprimer complètement l'exercice de qualification juridique des conflits armés. L'impact de la décision sur le DIH s'inscrit donc dans le continuum progressif des nombreuses discussions au cours

---

[1005] Theodor Meron, « The Hague Tribunal: Working to Clarify International Humanitarian Law » (1998) 13:6 AUILR 1511—1518 à la p 1512.

[1006] Voir Theodor Meron, « The Normative Impact on the International Law of the International Tribunal for the former Yugoslavia », dans Yoram Dinstein et Mala Tabory, dir, *War Crimes in International Law*, La Haye, Nijhoff, 1996, pp 211–233.

[1007] Statut du TPIY, *supra* note 968 ; voir aussi Danner (2006), *supra* note 900 aux pp 27–28.

[1008] TPIY, Tadić (1995), *supra* note 89 aux paras 99 et suiv.

[1009] *Ibid* aux paras 95–96.

des XXe et XXIe siècles sur la classification des conflits armés, l'approche dominante CAI/CANI[1010] ayant déjà connu son lot de critiques de la part des États et de la communauté juridique[1011]. C'est donc au bon moment et dans un contexte relativement favorable au changement que la décision de 1995 a été reçue et qu'elle est devenue, selon l'expression de Nouwen et Becker, un « *sign-post* »[1012], c'est-à-dire une balise qui indique dorénavant la diminution de la distinction entre CAI et CANI, qui trace la voie pour le futur et constitue un point de référence général pour ceux qui lisent la décision, la commentent, l'analysent et l'appliquent.

Cela étant dit, nous considérons que l'impact de la démonstration de cette atténuation sur les sources du droit international (incluant sur le DIH), plus précisément le DIC, est moins important et qu'il se situe plutôt à mi-chemin entre la balise « *sign-post* » et le panneau qui informe de l'endroit et du moment où la marée a été exceptionnellement haute (c.-à-d. un « *high-water mark* », pour

---

[1010] Voir *supra* section 1.1.

[1011] Dès 1971, lors des travaux qui allaient mener à la négociation des PAI–II (1977), la délégation norvégienne proposa de remplacer cette classification binaire par un cadre juridique unitaire appliqué à tous les conflits armés : CICR, *Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés: Rapport sur les travaux de la Conférence*, Genève, 1971 à la p 61 (et 92), en ligne, États-Unis, *Library of Congress*:<http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/RC-Report-conf-of-gov-experts-1971.pdf>. La position favorisant ce cadre a eu un écho dans le domaine du droit international pénal, où l'on trouve en effet des pénalistes qui considèrent la classification CAI/CANI comme un dispositif d'exclusion radical qui permet à la majeure partie des conflits armés d'échapper à toute réglementation internationale [notre traduction] : Theodor Meron, W. Michael Reisman, Luigi Condorelli, George H. Aldrich, René Kosirnik et J. Ashley Roach, « Application of Humanitarian Law in Non international Armed Conflicts » (1991) 85 ASILP 83–101 à la p 85 (propos de W. Michael Reisman: « *The terms* ['international' and 'non international'] *are, in effect, a sweeping exclusion device that permits the bulk of armed conflict to evade full international regulation*. ». Pour une autre critique du cadre binaire traditionnel de la qualification dans le contexte de conflits contemporains marqués par des degrés sans cesse changeants d'activités transfrontalières, de contribution d'États tiers et de la participation d'acteurs non étatiques, voir Elizabeth Holland, « The Qualification Framework of International Humanitarian Law: Too Rigid to Accommodate Contemporary Conflicts » (2011) 34 STLR 145, et W. Michael Reisman et James J. Silk, « Which Law Applies to the Afghan Conflict? » (1988) 82 AJIL 459–486 à la p 465, où il est argumenté que cette distinction frustre le but et la mise en œuvre du droit. Pour d'autres propositions remettant en question la classification traditionnelle des conflits armés, p. ex. l'élimination pure et simple de la distinction entre les conflits internationaux et non internationaux, voir James G. Stewart, « Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict » (2003) 85 IRRC 313; Emily Crawford, « Unequal Before the Law: The Case for the Elimination of the Distinction Between International and Non-International Armed Conflicts » (2007) 20 LJIL 441 ; la proposition d'un nouveau droit international applicable aux CANI via la prolongation du concept de belligérance à ce type de conflit : Claus Kreß et Frédéric Mégret, « The regulation of non-international armed conflicts: Can a privilege of belligerency be envisioned in the law of non-international armed conflicts? » (2014) 96:893 IRRC 29–66 aux pp 30–43 ; la suggestion d'élargir le cadre conceptuel binaire pour y inclure les conflits de transnationaux : Geoffrey S. Corn, « Making the Case for Conflict Bifurcation in Afghanistan: Transnational Armed Conflict, al Qaeda, and the Limits of the Associated Militia Concept », 85 (2009) ILS 181.

[1012] Sarah Nouwen et Michael Becker, « Tadić v Prosecutor: International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 1995 » dans *Landmark Cases in Public International Law*, Oxford, Hart, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper nº 17/2017, 2017 en ligne, SSRN : <https://ssrn.com/abstract=2946821> [Landmark case: Tadić (SSRN 2017)].

reprendre l'analogie de Nouwen et Becker)[1013], ce dernier étant une trace du passé mentionnée pour sa valeur historique inhabituelle. Le tribunal *ad hoc* s'est en effet engagé sur le terrain de la méthodologie de détermination du droit international coutumier, en mettant de l'avant une nouvelle approche non conventionnelle, soit celle de la validité substantielle qui permet de moduler l'importance accordée à l'*opinio juris* lorsque l'*usus* est insuffisant ou non concluant. Lorsque le TPIY affirme qu'il est « difficile, pour ne pas dire impossible » d'évaluer la pratique des États en vue d'établir l'existence d'une règle coutumière[1014], il nomme une réalité opérationnelle, mais il remet aussi en cause les préceptes fondateurs de l'approche des deux éléments constitutifs du DIC. Comme l'a affirmé Hakimi: « [t]*he tribunal here is not using an accepted method for finding CIL. It does not even pretend to be methodologically disciplined* »[1015]. Cette approche novatrice de la coutume internationale a suscité des réactions, mais elle n'a pas complètement renversé la vapeur ni instauré une tout autre méthode d'évaluation de la coutume en droit international ; le DIC a aussi été sollicité dans d'autres affaires du TPIY pour (re)définir, par exemple, les notions de précautions, de représailles, d'objectifs militaires et d'attaques indiscriminées[1016], sans que l'approche *Tadić* fasse partie intégrante du raisonnement justificatif. Il y a tout de même un après-*Tadić,* où le droit international coutumier n'est plus tout à fait le même et où la validité substantielle est invoquée, permettant d'accommoder une prise en considération plus grande de l'*opinio juris* et une mise à l'écart de l'exigence de la mise en preuve de la pratique pour établir la coutume.

[1013] Landmark case: Tadić (SSRN 2017), *ibid* [notre traduction]. Voir Danner qui utilise aussi cette analogie, mais qui considère l'affaire Tadić comme étant en soi un « *high-water mark* » d'expansion judiciaire qu'on ne retrouve pas dans les décisions subséquentes du TPIY : Danner (2006), *supra* note 900 à la p 32 : « *The early Tadić decisions represent the high-water mark of judicial expansiveness at the ICTY with regard to the laws of war. The Tribunal's later decisions have been much more modest. The phenomenon of initial activism in the laws of war at the ICTY followed by increasing restraint has not been generally observed or discussed, so there is no commonly accepted explanation for the trend. One suspects that it may result from the changing nature of the ICTY bench.* ».

[1014] TPIY, Tadić (1995), *supra* note 89 au para 99.

[1015] Hakimi (SSRN 2015), *supra* note 338 à la p 25.

[1016] TPIY, Kupreškić (2000), *supra* note 323 aux paras 524 et suiv : notions de précautions et de représailles ; TPIY, *Procureur c Pavle Strugar*, aff n° IT-01-42-T, jugement en 1re instance (31 janvier 2005) aux paras 277–283 : définition d'objectifs militaires ; TPIY, *Procureur* c *Stanislav Galić*, aff no IT-98-29-T, jugement (5 décembre 2003) au para 57 : valeur coutumière de la prohibition d'attaques indiscriminées (voir aussi ICTY, *Prosecutor v Dario Kordić and Mario Čerkez*, aff no IT-95-14/2, decision on the joint defence motion to dismiss the amended indictment for lack of jurisdiction based on the limited jurisdictional reach of articles 2 and 3 (2 mars 1999) au para 31, en ligne : <https://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tdec/en/90302DC56323.htm> : « *It is indisputable that the general prohibition of attacks against the civilian population and the prohibition of indiscriminate attacks or attacks on civilian objects are generally accepted obligations. As a consequence, there is no possible doubt as to the customary status of these specific provisions as they reflect core principles of humanitarian law that can be considered as applying to all armed conflicts, whether intended to apply to international or non-international conflicts.* ».

Un dernier élément de cet appel interlocutoire retenant notre attention est la sollicitation qui est faite du droit naturel et de la morale dans le but de surmonter les lacunes perçues dans le droit positif. Nous considérons que cet usage constitue plutôt un « *high-water mark* » qui n'influence pas particulièrement le cours des choses par la suite[1017]. En effet, la démonstration de l'émergence de principes et règles de DIC applicables aux CANI est précédée d'une analyse juridico-historique du droit régissant les conflits armés. Celle-ci se conclut avec la consécration de la maxime romaine *hominum causa omne jus constitutum* (tout droit est créé au bénéfice des êtres humains) comme « ayant acquis […] un solide point d'ancrage dans la communauté internationale », permettant ainsi au tribunal d'affirmer que : « Si le droit international, tout en sauvegardant, bien sûr, les intérêts légitimes des États, doit progressivement assurer la protection des êtres humains, l'effacement progressif de la dichotomie susmentionnée n'est que naturel »[1018].

L'invocation de ces préceptes naturalistes trahit les failles de la démonstration du DIC : l'élargissement de l'application des règles de la responsabilité pénale pour crimes de guerre aux conflits armés non internationaux ne constituait pas une règle coutumière au sens traditionnel ; il s'agissait d'une nouvelle règle que le tribunal mettait de l'avant. Le recours à des énoncés nobles et fédérateurs aidait à renforcer cette position. Nous considérons toutefois que ceux-ci apportent peu aux règles à proprement parler et, qu'une fois la décision rendue, les maximes romaines et ce qui peut être considéré comme la progression naturelle du droit ne pèseront pas lourd dans la balance du développement du DIH. En définitive, ce que Cryer qualifie d'imbrication du sentiment naturaliste et de la preuve positiviste[1019] dans l'appel interlocutoire de *Tadić* a tout de même été fructueux : après 1995, la distinction entre CANI et CAI s'est atténuée. Comme quoi, la fin justifie parfois les moyens.

L'arrêt rendu en appel dans *Tadić*[1020] en 1999 constitue aussi un jugement qui a changé assez drastiquement le paysage du droit international avec les tests applicables quant au contrôle étatique

---

[1017] Landmark case : Tadić (SSRN 2017), *supra* note 1012 à la p 29.

[1018] TPIY, Tadić (1995), *supra* note 89 au para 97. Voir aussi Landmark case: Tadić (SSRN 2017), *ibid* à la p 21.

[1019] Robert Cryer, « The Philosophy of International Criminal Law » dans Alexander Orakhelashvili, dir, *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, Cheltenham, Elgar, 2011, 232 et suiv à la p 247 [notre traduction de « *interweaving of naturalist sentiment and positivist proof* »].

[1020] TPIY, *Procureur c Dusko Tadić alias Dule*, aff n° IT-94-1, appel (15 juillet 1999) [TPIY, Tadić (1999)].

requis pour différentes applications du droit international. Si le test du contrôle effectif développé par la CIJ dans l'affaire *Nicaragua* ne s'appliquait pas *a priori* au DIH, mais au régime de la responsabilité étatique pour fait internationalement illicite, il a tout de même fait l'objet d'un rejet dans l'affaire *Tadić* (1999). Dans ce jugement, le TPIY a rejeté la validité du test de contrôle étatique effectif développé par la CIJ en l'appliquant à la détermination de l'internationalisation du conflit armé, initialement non international, entre la Bosnie-Herzégovine et les forces armées des Serbes de Bosnie, du fait d'un contrôle exercé par l'armée yougoslave sur ces dernières. Carron a souligné à juste titre quef si le débat entre la CIJ et le TPIY ne portait pas sur le contrôle nécessaire aux fins de l'internationalisation d'un conflit, mais plutôt sur le contrôle aux fins de la responsabilité, le fait que le TPIY ait considéré que ces deux tests de contrôle devaient être les mêmes a eu pour conséquence une contamination de la question de l'internationalisation[1021]. C'est dans ce contexte que le TPIY a développé le test du contrôle global pour l'attribution de l'internationalisation d'un conflit armé. Or, le recensement effectué par Carron démontre que ce test a été adopté par une vaste majorité allant de la CPI jusque dans le *manuel de Tallinn* en passant par les Commentaires CGI (2016), ne laissant presque aucune trace du test du contrôle effectif[1022]. Le développement du droit est ici indéniable ; il est aussi inhabituel puisqu'il ne s'est pas réalisé dans la déférence qui était attendue du tribunal envers les sources et les moyens auxiliaires de détermination du droit, et parce que la réception subséquente de ce jugement par la communauté internationale a été particulièrement favorable.

Cette réception est en partie due à la démonstration assez étoffée proposée par le tribunal selon laquelle le critère de contrôle dégagé dans l'affaire *Nicaragua* ne s'accorde pas avec la pratique judiciaire et étatique[1023]. Cette démonstration établit la distinction entre les groupes militaires et paramilitaires, et ceux qui ne le sont pas, dans le but d'attribuer un critère de contrôle global aux premiers, et un critère de contrôle effectif aux seconds. Nous posons l'hypothèse que c'est avec

---

[1021] Djemila Carron, « When is a conflict international? Time for new control tests in IHL » (2016) 98:3 IRRC 1019–1041 aux pp 1022–1026 et 1033 [Carron (2016)].

[1022] *Ibid*.

[1023] TPIY, *Tadić* (1999), *supra* note 1020 aux paras 124–145 : sont citées comme pratique judiciaire des affaires de la commission générale des différends américano-mexicains (affaire *Stephens*), la tribunal irano-américain des réclamations (affaires *Yeagers* et *Short* (1987), la Cour européenne des droits de l'Homme (affaire *Loizidou* (1996)), une décision des tribunaux allemands (affaire *Jorgic* (1997)) et une affaire de la CIJ (affaire relative au *personnel diplomatique américain à Téhéran* (1980) ; sont citées comme pratique étatique les résolutions et discussions du Conseil de sécurité relatives aux mouvements de libération nationale (raids de l'Afrique du Sud sur la Zambie (1976) et sur le Lesotho (1982), raids d'Israël sur le Liban (1982), ainsi que la documentation produite par les États dans les affaires *Short* (1987), *Cesare Rossi* (1929), *Jacob Salomon* (1935), *Eichmann* (1968) et relative au sabotage à New York (1916).

cette distinction entre, d'une part, les actions d'individus ou de groupes non organisés et, d'autre part, les actions de groupes militaires organisés que le tribunal a fait mouche. En effet, cette distanciation par rapport au test de contrôle effectif développé par la CIJ a répondu à un besoin en droit international. Ce besoin est celui d'avoir des règles qui collent à la réalité contemporaine, avec des conflits qui ne rencontrent pas nécessairement le seuil de déclenchement d'application du DIH, mais qui doivent tout de même être réglementés, jusqu'aux conflits armés, qui eux sont visés par le DIH, mais qui sont désormais presque tous non internationaux ; les parties à ces divers conflits qui ne sont pas des forces armées étatiques ne sont pas toutes réunies sous une même bannière. C'est dans ce contexte que la distinction qu'apporte le TPIY entre les différentes itérations de ces parties au conflit armé, distinguant les parties ayant ou évoquant une structure militaire de celles qui n'en ont pas, trouve un écho favorable dans la communauté internationale. S'ajoute à cela le fait que le tribunal s'appuie de façon générale sur la spécialisation fonctionnelle du DIH en invoquant « la lettre et l'esprit des Conventions de Genève », en diminuant l'importance du formalisme pour ce droit et en insistant sur ses aspects réaliste et efficace qui visent « autant que possible à dissuader quiconque de contrevenir à ses règles »[1024]. Cet appel des fins supérieures et des impératifs catégoriques qu'on retrouve aussi dans *Kupreškić*[1025] trouve souvent écho chez la communauté internationale, surtout lorsque sont évacuées les considérations jusnaturalistes qui font craindre un glissement au-delà des sources formelles. Il est toutefois important de noter que le TPIY instigue plus qu'il ne clôt les débats autour des questions de développement normatif : en effet, on trouve en doctrine différentes positions qui ne s'appuient ni sur le contrôle global ni sur le contrôle effectif, parmi lesquelles se trouve le test du contrôle strict et général proposé par Carron ; ces différentes positions défendues sont importantes, même si elle sont encore minoritaires.[1026].

Il n'en demeure pas moins que le TPIY, ce tribunal pénal sans code pénal[1027], s'est souvent engagé via ses décisions, dans le sens de l'humanité, parfois même au détriment du droit *lex lata*[1028]. La

---

[1024] TPIY, Tadić (1999), *ibid* au para 96.

[1025] TPIY, Kupreškić (2000), *supra* note 323, p. ex. au para 518.

[1026] Voir Carron (2016), *supra* note 990 à la p 1034 à la n 78 qui cite : Dapo Akande, « Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts » dans Elizabeth Wilmshurst, dir, *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford, OUP, 2012, aux pp 61–62 et Robert Kolb, *Ius in bello: Le droit international des conflits armés: Précis*, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2009, aux pp 185–186.. *Ibid* aux pp 1034–1037 pour le test proposé par Carron elle-même.

[1027] Alexander Zahar, « Civilizing Civil War: Writing Morality as Law at the ICTY », dans Bert Swart, Alexander Zahar et Göran Sluiter, dir, *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford, OUP, 2011 à

fonction politique limitée des instances judiciaires pénales évoquées plus haut, et généralement solidement encadrée dans l'écrin de la compétence juridique, sort donc de ses gonds, pour ainsi dire, avec le TPIY. Même si le TPIY a rejeté un rôle de *prætor* dans *Kupreškić*[1029], l'intervention du juge international telle qu'elle est conçue au sein du TPIY se veut bel et bien une réponse à l'impotence législative : « [L]*awmakers are very often utterly impotent. Lawmakers often cannot make decisions, and the judges step in and decide, in lieu of lawmakers*. »[1030].

C'est à Antonio Cassese, éminent juriste, premier président du TPIY de 1993 à 1997 et juge jusqu'en 2000, qu'on doit cette affirmation. La présence de Cassese au TPIY, que le tribunal lui-même qualifie de révolutionnaire[1031], lui a valu le titre d'architecte du droit international pénal[1032] : on peut en effet percevoir son travail, débuté avec la présidence de l'appel interlocutoire dans *Tadić* en 1995, comme un de construction du droit international pénal où l'érection du droit se fait en marge d'un processus « législatif » et où l'acceptation et même l'utilisation de ce droit, une fois construit, constituent des considérations secondaires. La contribution de Cassese à la jurisprudence du TPIY que l'intéressé

---

la p 469 [notre traduction]. Voir aussi, dans le même sens, Matthew Parish, *Mirages of International Justice: The Elusive Pursuit of a Transnational Legal Order,* Cheltenham, Elgar, 2011 à la p 97.

[1028] Antonio Cassese dans Robert Badinter et Stephen Breyer, dir, *Judges in Contemporary Democracy*, New York, NYUP, 2004 aux pp 185–186 [Cassese (2004)].

[1029] TPIY, Kupreškić (2000), *supra* note 323 au para 669 : « Dans le cadre de la recherche et de l'examen des règles de droit pertinentes et de l'énonciation subséquente des principes applicables au plan international, la Chambre de première instance pourrait paraitre élaborer une sorte de *ius praetorium*. Cependant, ses pouvoirs d'établir le droit sont bien moindres que ceux autrefois dévolus au *prætor* romain : en effet, le Statut du Tribunal international limite la Chambre de première instance à l'application de la *lex lata*, c'est-à-dire du droit existant, bien qu'elle dispose de larges pouvoirs afin d'en déterminer le contenu. »

[1030] Cassese (2004), *supra* note 1028 à la p 214. Voir aussi Darcy (2014), *supra* note 893 à la p 33 : « *Antonio Cassese, for example, the first President of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, considered that in the field of international law 'lawmakers are very often utterly impotent. Lawmakers often cannot make decisions, and the judges step in and decide, in lieu of lawmakers.' It is unsurprising therefore that the weight to be attached to decisions of international courts, the scope of the judicial function in international law and the role of customary law are matters which have been subject to much debate in scholarship and practice*. »

[1031] TPIY, communiqué de presse à l'occasion du départ du juge Antonio Cassese (8 septembre 1999) CC/P.I.S./435-E : en ligne [notre traduction de « *a ground-breaking presence* »] : <https://www.icty.org/en/press/judge-antonio-cassese-first-president-international-tribunal-will-leave-early-2000>.

[1032] Voir par ex., sans qu'elle soit la personne à qui la paternité de l'expression peut être attribuée, puisqu'elle a été utilisée auparavant : Mary Fan, « Custom, General Principles and the Great Architect Cassese » (2012) 10 JICJ 1063–1079. De façon générale sur la création du DIC des CANI par Cassese, voir Tamàs Hoffmann, « The Gentle Humanizer of Humanitarian Law: Antonio Cassese and the Creation of the Customary Law of Non-International Armed Conflicts » dans Carsten Stahn et Larissa van den Herik, dir, *Future Perspectives on International Criminal Justice*, La Haye/Cambridge, TMC Asser/CUP, 2010, pp 58–80 (voir p. ex. p 75).

lui-même a qualifiée d'innovatrice, quoique controversée[1033] a contribué à un climat de méfiance à l'égard des juges. Certains représentants participant à la rédaction du *Statut de Rome* ont par exemple craint que les futurs juges de la CPI exagèrent et qu'ils adoptent la dangereuse « approche Cassese » en prononçant des jugements particulièrement novateurs[1034]. Même si le *Statut de la CPI* ne porte pas de marques particulièrement évidentes de cette méfiance (plusieurs éléments attribuables à l'arrêt *Tadić* s'y retrouvent, sans que soit toutefois éliminée complètement la distinction entre CAI et CANI[1035]), une réponse en réaction aux décisions du TPIY se manifeste dans ces négociations.

En résumé, le TPIY n'est pas que le juge Cassese et ce ne sont donc pas toutes les décisions du tribunal *ad hoc* qui constituent une réponse virulente à l'impotence législative. Une tendance se dégage toutefois à faire pencher la balance de la justice en faveur de la protection de la vie humaine[1036]. À l'instar de Danner, nous considérons la fonction du TPIY par rapport au développement du DIH comme étant celle d'un agent sophistiqué de la communauté internationale, en lui étant à la fois fidèle et rebelle[1037]. La tâche principale du TPIY était de punir les coupables des pires crimes, ce qu'il a fait ; il a aussi corollairement altéré ce que Danner appelle ses prémisses juridictionnelles[1038] en faisant plus qu'appliquer le DIH existant tel que le prévoyait le mandat du Conseil de sécurité. Il y a donc un élément rebelle dans les décisions, surtout lorsqu'on constate que cet apport au DIH a entamé les acquis qui avaient été négociés par les États avec les PAI–II (1977) sur le plan des distinctions des types des conflits armés. Ce que les États avaient construit diplomatiquement a été ensuite déconstruit judiciairement. Danner explique que, si les États n'ont pas protesté après *Tadić*, *Kupreškić*, et d'autres décisions, ce n'est pas dû au fait qu'ils étaient

---

[1033] Antonio Cassese, « Soliloquy; My Early Years: Hesitating between Law and Humanities » dans Heikelina Verrijn Stuart et Marlise Simons, dir, *The Prosecutor and the Judge: Benjamin Ferencz and Antonio Cassese — Interviews and Writings* (2009) Amsterdam, Pallas, pp 143–169 à la p 151 [notre traduction].

[1034] Comme rapporté dans Stuart/Simons (2009), *ibid* « The Judge: Interview with Antonio Cassese», pp 47–89 aux pp 52–53.

[1035] Voir Danner (2006), *supra* note 900 aux pp 30–32.

[1036] *Ibid* à la p 32 : « *Geneva Convention IV, like the other 1949 Conventions, balances the needs of individual and state security. In its reinterpretation of the provision forty years later, the ICTY put its own thumb on the scale, coming down heavily in favour of the rights of individuals in wartime and thus limiting states' authority to act in ways that may harm civilians.* ». À lire avec les propos de Blackstone à l'effet qu'un système juridique « [*must*] *keep the scale of justice even and steady, and not liable to waiver with every new judge's opinion* »: MPEPIL, *Stare decisis*, *supra* note 958 au para 6.

[1037] Danner, *supra* note 900 aux pp 44–59 [notre traduction].

[1038] *Ibid* à la p 46 [notre traduction].

d'accord avec ces développements, mais tout d'abord, parce qu'ils n'avaient pas anticipé ce développement, ensuite, parce que les politiciens ne concentraient pas nécessairement leurs efforts sur les effets à long terme que peuvent avoir ces décisions et, finalement, parce que les pays en développement, qui avaient le plus bataillé lors des négociations des PA, n'avaient pas les moyens ni les ressources pour surveiller le travail accompli par les tribunaux internationaux[1039].

Cela étant dit, comme mentionné plus haut, c'est plus dans la réception des décisions que dans les décisions elles-mêmes que sont définies les limites de la fonction normative du TPIY. Avec l'appel interlocutoire dans *Tadić*, le développement judiciaire du DIH s'est fait à la façon d'une « tempête parfaite », avec une décision particulièrement innovatrice et une réception par la communauté internationale généralement favorable, si ce n'est de l'absence de sanction ou de protestations de la part des États, même considérant les *caveats* mentionnés ci-dessus. En tant qu'agent sophistiqué de la communauté internationale, le TPIY reste une entité judiciaire internationale ayant eu une force particulièrement persuasive dans l'interprétation du DIH pour les autres tribunaux, les États, le milieu académique et la société civile. Il y a toutefois de la place pour considérer ses décisions avec un grain de sel, pour emprunter l'expression à O'Keefe[1040], c'est-à-dire à décider de la valeur de chacune des décisions au cas d'espèce.

6.4 En résumé

Les rôles *a priori* traditionnels des instances judiciaires, qu'elles soient nationales ou internationales, sont l'identification du contenu des règles, la clarification des règles et principes et l'application des règles abstraites à des situations concrètes. En droit international, contrairement au droit national qui possède au sommet de sa hiérarchie judiciaire une Cour suprême[1041], le pouvoir judiciaire ne parle pas d'une seule voix, ressemblant plutôt à une polyphonie[1042]. La CIJ n'est pas le TPIY, qui n'est pas la CPI : une conception œcuméniste des tribunaux internationaux nie le haut niveau d'hétérogénéité

[1039] *Ibid* à la p 45.

[1040] Roger O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge CUP, 2006 à la p 317 [notre traduction].

[1041] Aharon Barak, « The Role of a Supreme Court in a Democracy », (2002) 53 Hastings L.J. 1205 à la p 1206 : « *After the judicial determination the law speaks with a single voice. The law was changed. A new meaning was created. The creation of a new norm - to be binding on all courts by the rule of precedent - is the main function of the supreme court in a democracy*. ».

[1042] L'image est empruntée à Bothe (2013) (*supra* note 47 à la p 321) qui l'a évoquée pour illustrer le phénomène de la fragmentation.

entre ces instances judiciaires et ne sert pas les fins du droit international[1043]. Une conception fondée sur la persuasion progressive « à la carte » est plus adaptée à cette réalité. Certaines décisions font jurisprudence tandis que d'autres restent figées derrière : dans une certaine forme de pratique subséquente généralisée, c'est la communauté internationale, dans sa réception ou son rejet des décisions judiciaires internationales, qui trace le droit (ou non-droit) chemin que prend chacune des décisions.

Dans le présent chapitre, nous avons démontré que l'utilisation des décisions des tribunaux internationaux comme des précédents persuasifs et non contraignants, permet de maintenir la cohérence et l'intégrité du système qu'est le droit international. Même avec un caractère persuasif, l'influence des décisions se mesure au cas par cas. Comme Sisyphe, le juge repart de zéro chaque fois qu'il rend un jugement. C'est peut-être là l'une des forces les plus sous-estimées de ces décisions : elles doivent se tailler une place au pinacle des jugements particulièrement persuasifs, car cette place n'est pas acquise. La pratique démontre que les États ne sont pas prêts à laisser aller ni la chasse gardée de la création juridique ni la nécessité de l'obtention de leur accord pour déclencher les mécanismes judiciaires de mise en œuvre du droit international public. En effet, il est difficile de concevoir que les décisions des tribunaux internationaux soient sur un pied d'égalité avec les traités en tant que source de droit. Cependant, un modèle au cas-par-cas semble beaucoup plus acceptable. La pratique démontre qu'une délégation tacite et ponctuelle est possible, mais pas de là à en faire une règle. C'est ce qu'on comprend quand Danner affirme que « *international judicial lawmaking may be the truth of international politics that cannot be named* »[1044]. Il est maintenant de plus en plus fréquent que les États refusent d'engager un changement législatif en profondeur dont la nécessité est pourtant manifeste en raison de changements de conditions ou de circonstances dans la société. Dans ces cas, il est possible que les États laissent une certaine marge de manœuvre à l'instance judiciaire internationale en n'intervenant tout simplement pas, de façon à mettre la table pour un changement plus progressif. En d'autres mots, l'activisme judiciaire trouve plus facilement sa place lorsqu'il est couplé à une inaction étatique. Comme l'a déjà affirmé le juge Kooijmans:

[1043] Voir p. ex. le juge Tullio Treves, qui estime que les risques de fragmentation que comporte l'augmentation d'organes juridictionnels sont souvent surestimés. Il suggère que l'engagement des organes juridictionnels dans un dialogue constructif et un échange de points de vue puisse faire progresser le droit : Symposium (2003), *supra* note 913.

[1044] Danner (2006), *supra* note 900 à la p 47.

> *I am certainly not in favour of judicial activism which may turn into a destructive trap. But neither am I in favour of a form of judicial restraint that closes windows which need to be opened and thus becomes barren.*[1045]

Les décisions judiciaires internationales ne sont pas élevées au rang de source primaire : contrairement aux traités, à la coutume et aux principes généraux de droit reconnus, elles peuvent être mises de côté à la discrétion du juge. Elles se sont cependant émancipées des autres moyens auxiliaires de détermination du droit : une fois qu'elles sont rendues, elles développent des vies normatives propres[1046]. En effet, l'interprétation du droit conventionnel ainsi que la mise en preuve de l'existence des règles coutumières et des principes généraux pouvant être aussi sophistiquées qu'aléatoires, les juges internationaux ont un vaste terrain de jeu pour naviguer entre la détermination du droit existant et la création de droit nouveau. Qui plus est, cette tendance à repousser l'interprétation aux limites de la création judiciaire est exacerbée lorsque sont en cause des situations touchant à la protection de la vie humaine, incluant des règles de DIH :

> *The teleological desire to solidify the humanizing content of the humanitarian norms clearly affects the judicial attitudes underlying the 'legislative' character of the judicial process. Given the scarcity of actual practice, it may well be that tribunal have been guided, and may continue to be guided, by the degree to which certain acts are offensive to human dignity. The more heinous the act, the more willing the tribunal will be to assume that it violates not only a moral principle of humanity but also a positive norm of customary law.*[1047]

Pour les règles de DIH visant la protection de la vie humaine, l'insuffisance partielle du texte est une caractéristique inhérente : même une règle *a priori* clairement édictée (les attaques sur les personnes qui ne participent pas aux hostilités sont prohibées, par exemple) peut nécessiter une intervention des tribunaux lors de son application. L'aspect dynamique et non statique de ce type de règles se manifeste dans cette insuffisance, cette incertitude ; elle est, en fait, au cœur de ces règles. C'est dans ce contexte qu'émerge la particularité de la prise en charge du DIH par les instances judiciaires internationales, comme démontré dans le présent chapitre : cette prise en charge qui, à la base, vise la détermination du droit (*law-finding*) converge plus fréquemment vers la création de droit

---

[1045] Kooijmans (2007), *supra* note 897 à la p 753.

[1046] Andenas/Leiss (2017), *supra* note 959 à la p 932 [notre traduction]: « *precedents develop a normative life of their own which emancipates them from other sources*. ».

[1047] Meron (1998), *supra* note 581, à la p 157.

(*lawmaking*). L'anachronisme de certaines dispositions contenues dans les traités fondateurs du DIH se manifestant à l'occasion d'un litige spécifique peut justifier cette tendance. Le passage de la majorité des conflits armés d'internationaux à non internationaux ; le déplacement des hostilités du champ de bataille vers les zones urbaines densément peuplées ; le délaissement des signes distinctifs permettant l'identification des combattants : autant de changements qui poussent une interprétation dynamique du DIH dans un climat politique indiquant qu'il y a peu de possibilités de révision ou de réouverture des traités selon les canaux diplomatiques[1048].

Comme démontré, la contribution de la CIJ à l'accroissement normatif en DIH est considérable, et ce, malgré l'insuffisance et le laconisme de certaines décisions. La CIJ clarifie et développe les règles et les principes du DIH à l'aide de l'interprétation humanitaire. Elle agit en outre dans un sens doublement intégratif : elle s'efforce d'inscrire et de maintenir le DIH dans le cadre plus large du droit international et elle contribue à conserver l'intégrité du DIH. En d'autres mots, à quelques exceptions près, lorsque la CIJ est appelée à se prononcer sur une question de DIH, elle se montre relativement disciplinée et déférente face au droit international public, incluant les règles gouvernant les sources ; elle cherche aussi une application uniforme pour répondre au besoin de cohérence d'une branche du droit international.

En ce qui concerne l'activisme judiciaire des tribunaux pénaux internationaux, il a été assez important pour que se pose la question d'une délégation implicite du pouvoir législatif de la part des États vers ces tribunaux, principalement les deux tribunaux *ad hoc*. Danner répond à cette question par l'affirmative, en reconnaissant elle-même qu'il est difficile de prouver directement la validité de cette conclusion[1049]. Pour notre part, nous nous limitons à reconnaitre au TPIY une fonction de catalyseur et de stimulateur de discussions sur l'ensemble du DIH[1050], admettant un activisme et même une certaine indiscipline qu'on ne retrouve pas dans les autres instances judiciaires internationales. Il est vrai que la contribution du TPIY au développement du DIH est particulièrement importante, principalement via le truchement du DIC, et que la qualification des décisions comme

[1048] Voir dans ce sens Danner (2006), *supra* note 900, aux pp 50–52.

[1049] Danner (2006), *ibid* à la p 4. *Contra* Hakimi (2015), *supra* note 338 aux pp 21 et suiv, qui qualifie l'argumentaire de Danner comme étant « *unconvincing* ».

[1050] Cassese tel que cité dans Darcy (2014), *supra* note 893 à la p 11 [notre traduction].

moyen auxiliaire de détermination peut sembler *a priori* réductrice[1051]. D'un autre côté, il est important de remettre la contribution du TPIY dans le contexte général du droit international et de souligner que la façon dont ce tribunal a exercé la fonction normative constitue plus une anomalie qu'une règle. Il s'agit en effet d'une contribution exceptionnelle dans les deux sens du terme : elle est unique et elle est hors de la norme.

[1051] Voir dans ce sens Sergey Vasiliev, « The making of international criminal law » dans *Research Handbook* (2016), *supra* note 11 pp 354–394 à la p 386 : « *Describing tribunals simply as 'law-determining agents' and case law as a 'subsidiary means' is a grotesque understatement: a lion's share of the normative content of ICL is an outgrowth of judicial law-ascertainment. The old formalist paradigm does not square with the actual contribution of judges (and judge-academics) to the making of ICL*. »

Chapitre 7 <La doctrine finalisée consignée dans des manuels de groupe d'experts comme une source subsidiaire persuasive de DIH>

[I]*nternational law is hungry of norms.*[1052]

Il a été démontré au chapitre précédent qu'en ce qui a trait aux décisions judiciaires internationales, la ligne qui les sépare des sources formelles primaires est discontinue : comme une marque sur la chaussée qui sert à identifier les usages des voies de circulation, cette ligne peut être franchie à certaines conditions. En effet, si ces décisions ne créent pas du droit, elles possèdent tout de même une fonction normative. Dans le présent chapitre, nous démontrons que la ligne qui sépare la doctrine des sources formelles est continue ; elle ne peut pas être franchie. La doctrine ne crée pas du droit à elle seule et elle n'a pas de fonction normative. Traditionnellement, la doctrine dite ordinaire telle que mentionnée à l'article 38 se définit comme étant les « conception et interprétation du droit présentées par les auteurs dans leurs ouvrages de science juridique »[1053]. Elle constitue donc un moyen de découvrir quelques aspects du droit international, de donner aux principes dégagés une formule satisfaisante, car « [l]e droit international ne nait pas de l'accumulation des opinions et des systèmes », comme l'énonce la formule consacrée dans l'affaire du *Lotus*[1054]*.* Les propos de J.-M. Arbour voulant que « les ouvrages et les articles de doctrine [soient] tout au plus des outils permettant de saisir les données actuelles du droit sur une question donnée » et qu'il « ne viendrait pas à l'esprit de personne de penser que ses conclusions obligent les États ou les tribunaux chargés d'appliquer le droit aux affaires qui leur sont soumises »[1055] font en quelque sorte écho à ceux de Shagufta :

[1052] Kolb (2003) *supra* note 107 à la p 125 à la n 22, s'appuyant sur Georges Abi-Saab « L'éloge du 'droit assourdi' – Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain » dans *Nouveaux itinéraires en droit*, *Essays in Honour of F. Rigaux,* Bruxelles, Bruylant 1993, pp 59 et suiv.

[1053] Basdevant (1959), *supra* note 640 à la p 218 ; voir aussi Gillian Triggs, *International Law : Contemporary Principles and Practices*, 2e éd, Chatswood, LexisNexis / Butterworks, 2011, à la p 1: « *The writings of jurists are important in describing and analysing evolving norms and identifying general principles of law*. » *Contra* Oraison (1991), *supra* note 848 à la p 508, rapporte une autre définition, désormais désuète, rattachant la doctrine aux positions exprimées par des responsables politiques.

[1054] CPJI, Lotus (1927), *supra* note 86 à la p 43.

[1055] Jean-Maurice Arbour, *Droit international public*, 4e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2002 à la p 128.

> *Today, juristic writings are considered a material or evidential source only. Textbooks are used as a method of discovering what the law is on any particular point rather than as the source of actual rules, and the writings of even the most respected international lawyers cannot create law.*[1056]

Matériellement, la doctrine ordinaire se présente sous plusieurs formes : que ce soit une compilation, un recueil, un commentaire, un traité de droit, un manuel, un guide, une monographie ou un article de revue[1057], ces documents ont en commun d'être facilement et physiquement consultables[1058]. Même si en anglais le terme « doctrine » est traduit par « *teachings* » et non par « *writings* »[1059], on peut le comprendre comme référant généralement aux ouvrages scientifiques[1060] produits par des experts du droit international, avec cette connotation au milieu académique qui dénote l'importance accordée à l'aspect éducatif de l'ouvrage.

[1056] Omar Shagufta, « Sources of International Law in the light of the Article 38 of the International Court of Justice » 2011 SSRN (1877123), en ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1877123> à la p 11 [Shagufta (SSRN 2011)]. Voir aussi Bantekas (2006), *supra* note 709 à la p 133 : « *It is plainly obvious that an academic piece of work is more often than not imaginative, literary, polemic, exhortative, aspirational and provocative* […]. *Therefore, reliance on academic writings even as supplementary sources carries with its significant transplanting problems*. ».

[1057] Sivakumaran (ICLQ 2017), *supra* note 395 aux pp 12 et suiv et Oraison (1991), *supra* note 848 à la p 525, distinguent deux groupes d'écrits doctrinaux ordinaires: le premier qui regroupe les ouvrages généraux tels que les répertoires, les traités généraux ainsi que les manuels et précis, et le second qui regroupe les thèses de doctorat et les monographies.

[1058] Voir *infra* sections 7.1 *in fine* au sujet de l'accroissement de l'accès à la doctrine avec la numérisation des publications et la multiplication des plateformes de diffusion, et 7.3.4. pour un rattachement de cet accroissement à la contribution éducative du CICR au DIH.

[1059] Comparer une version antérieure du projet de conclusion 14 de la CDI (Wood), DIC troisième rapport (2015), *supra* note 394 aux paras 62–67 : « La jurisprudence et la doctrine peuvent servir de moyens auxiliaires d'identification des règles du droit international coutumier. / *Judicial decisions and writings may serve as subsidiary means for the identification of rules of customary international law*. » à la version finale (CDI, DIC Projet de conclusions, *supra* note 394) : « La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier. / *Teachings of the most highly qualified publicists of the various nations may serve as a subsidiary means for the determination of rules of customary international law*. ». À ce sujet, Sir Michael Wood, *Remarks on the importance of 'teachings' in international law, with particular reference to the Melland Schill Lecture Series* (notes d'allocution), Manchester International Law Centre, 1er février 2016 [Wood (allocution 2016)] a affirmé que : « *there were good reasons for reverting to the old language.The word 'teachings' was preferred to 'writings' because it more clearly referred to scholarly work, and it could also cover teachings in non-written form, such as lectures and audio-visual materials. The term 'publicists' (*'publicistes' *in French) is a perhaps a curious one to a common lawyer. I believe that in France, and perhaps elsewhere, it refers to those who are qualified in public law. (It sounds to me more like media people). But nowadays it surely refers to all those whose lucubrations shed light on questions of international law. While most will be specialists in public international law, they may include others* ».

[1060] Ceci n'est pas sans rappeler la distinction qu'Hannah Arendt opère entre « *labor* » (travail) et « *work* » (ouvrage) dans sa conception de la *vita activa*, l'ouvrage se distinguant du travail (et de l'action) par sa capacité de durer, formant ainsi les objets dont on fait usage, mais que l'on ne consomme pas ; voir Hannah Arendt (traduction de Georges Fradier), *Condition de l'homme moderne*, coll. Agora, Paris, Calmann-Lévy, 1961 / 1963, préface de Paul Ricoeur à la p 20, et aux pp 187–230.

Parallèlement, ou plus exactement concurremment avec cette doctrine ordinaire dite de réflexion (appelée aussi « *juristic writings* » ou « *textbooks* »[1061]), s'est développée la doctrine finalisée dite d'action évoquée brièvement plus haut[1062]. Cette dernière se définit chez Oraison comme la doctrine produite par les internationalistes qui ne sont pas des théoriciens « exclusivement préoccupés de connaissances abstraites et spéculatives », mais des praticiens « qui sont parfois très proches des centres de décision tout en étant indépendants en raison de leur statut et qui exercent une influence d'autant plus grande qu'ils comptent souvent eux-mêmes au nombre 'des publicistes les plus qualifiés des différentes nations' »[1063]. Nous y classons les manuels internationaux de DIH émanant de groupes d'experts[1064] (7.2), et l'utilisons comme point de départ pour analyser les processus et travaux du CICR (7.3), reconnaissant que plusieurs documents juridiques non contraignants sont le résultat hybride d'une interaction entre les États, les experts indépendants et les institutions non étatiques et qu'il ne s'agit donc pas d'une classification rigide et statique.

Considérant que chacune de ces sources subsidiaires a un potentiel persuasif variable, nous démontrons à l'aide des différentes catégories définies que, de façon générale, la valeur persuasive

---

[1061] Shagufta (SSRN 2011), *supra* note 1056 à la p 11.

[1062] *Supra* section 5.1.3. Dans ce sens : Oraison (1991), *supra* note 848.

[1063] Oraison (1991), *ibid* à la p 547. Voir aussi Stahn/de Brabandere (2014), *supra* note 849 à la p 2 ; comparer avec Serge Sur, « L'influence française sur le droit international », 7 octobre 2019, en ligne, Académie des sciences morales et politiques, Institut de France : <https://academiesciencesmoralesetpolitiques.fr/2019/10/07/7-octobre-2019-serge-sur-linfluence-francaise-sur-le-droit-international/> [Sur (2019)], qui distingue entre la doctrine analytique, qui vise à comprendre le droit et qu'il associe à Spinoza, et la doctrine militante qui vise à transformer le droit et qu'il associe à Kant. À noter que nous appliquons ici le concept de doctrine finalisée uniquement lorsque celle-ci est engagée dans des procédures normatives, contrairement à Oraison qui développe aussi la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse qu'il situe dans les cas où des magistrats des tribunaux internationaux rédigent des opinions séparées : *ibid* pp 547-556.

[1064] Voir dans le même sens, à quelques nuances près, Sivakumaran (ICLQ 2017), *supra* note 395 à la p 4 : «*This article contends that the category of publicist can be broken down into at least three broad sub-categories: entities that have been empowered by States to produce teachings; expert groups; and ordinary writers*.» et Dörmann (2018) *supra* note 20 aux pp 714–715 (le contexte géopolitique actuel laisse plus de place aux entités non étatiques pour agir et faire valoir leurs points de vue, considérant que les États ont de la difficulté à se mettre d'accord sur le développement de nouveaux instruments de DIH, qu'ils soient contraignants ou non, et où les initiatives étatiques visant à répondre aux problèmes contemporains à l'aide du DIH existant, telles que le Document de Montreux ou les Principes de Copenhague, sont relativement rares), 717–723 (le CICR contribue à la clarification, à l'interprétation et à la promotion du DIH en facilitant des processus multilatéraux avec les États, en convoquant des réunions d'experts et des conférences, en élaborant l'Étude sur le DIHC et en mettant à jour les Commentaires aux GCI–IV (1949) et les PA I–II (1977)), et 724–725 (les autres activités d'acteurs non étatiques contribuant au DIH peuvent se classer en deux catégories : des processus dirigés par des experts (les manuels du HPCR et de Tallinn, p. ex.) et les initiatives des secteurs public et privé (le *International Code of Conduct for Private SecurityProviders' Association* (ICoCA), p ex.) [notre traduction].

de la doctrine ordinaire est en déclin, que la valeur des documents juridiques non contraignants dans lesquels les États sont impliqués se maintient (notant au passage que c'est la quantité de ces documents qui augmente) et que la valeur des manuels de groupes d'experts connait un accroissement, quoiqu'elle puisse fluctuer considérablement d'un cas à l'autre, compte tenu entre autres du déroulement du processus de rédaction et de la nature du mandat du groupe pilotant le projet. Pour procéder à cette démonstration, nous analysons tout d'abord l'évolution de l'influence générale de la doctrine ordinaire (7.1), pour ensuite examiner le potentiel persuasif des manuels de groupes d'experts que nous classons parmi la doctrine finalisée (7.2). Avec les démonstrations présentées en début de chapitre relativement aux documents juridiques non contraignants impliquant les États (5.2), nous assoyons notre proposition selon laquelle les contributions du CICR au DIH se démarquent en raison de leur grand potentiel persuasif résultant de la combinaison d'une relation de proximité avec les États et d'une expertise juridique et opérationnelle reconnue (7.3).

7.1 L'évolution de la doctrine ordinaire du droit international public : l'affaiblissement de la valeur persuasive

Survol historique

. L'influence de la doctrine sur la genèse du système juridique international est importante, voire cruciale[1065]. L'âge d'or de la doctrine — et du droit international — a connu au premier plan Vitoria, entre le XV^e^ et le XVI^e^ siècle, puis Grotius, jusqu'au XVII^e^ siècle et même au-delà[1066] ; en compagnie de Suárez, Gentili, Vattel, Pufendorf et Bynkershoek, ils forment le collège des éminents juristes qui, à travers leurs écrits, ont façonné le droit international tel qu'on le conçoit encore aujourd'hui. Cela s'explique du fait qu'au moment de la production de cette doctrine, le nombre de traités de droit international était réduit. Or, minimalement, la fonction généralement acceptée de la doctrine est

[1065] Concernant l'énoncé classique du rôle de la doctrine académique en droit international, voir Parry (1965), *supra* note 662 aux pp 103–108. Voir aussi Abi-Saab (1994), *supra* note 57 à la p 66 ; Shaw (2003), *supra* note 898 à la p 112 ; Shagufta (SSRN 2011), *supra* note 1056 à la p 11 ; MPEPIL, Teachings, *supra* note 395 aux paras 5–8 ; Donald W. Greig, *International Law*, Londres, Butterworth, 1970, aux pp 39–41.

[1066] Voir Oraison (1991), *supra* note 848 à la p 509 : « C'est le cas des précurseurs comme l'Espagnol Vitoria ou le Néerlandais Grotius qui occupent un rang élevé sur le proscenium du panthéon juridique dans la mesure où tous deux ont réussi à faire admettre le principe de la limitation de la souveraineté des États par le droit naturel. ».

celle d'une preuve de l'existence de règles de droit[1067] ; son utilité est donc accrue pour les règles non écrites, principalement celles de DIC. De la même façon qu'on demande aux enfants qui débutent l'apprentissage des additions et des soustractions de laisser des traces des opérations qui ont mené au résultat obtenu pour s'assurer que leur compréhension est complète, lorsqu'un juriste pose dans un ouvrage de doctrine une règle qui est autrement non écrite, il aura pris soin de démontrer comment il arrive à cette conclusion. Ces traces attribuent au texte une valeur persuasive ; plus la démonstration est étoffée et rigoureuse, plus le lecteur sera convaincu de l'existence de la règle posée. À titre d'exemple d'une utilisation classique de la doctrine comme moyen persuasif de preuve de l'existence d'une règle juridique, au-delà de la dissidence maintes fois citée du juge Fuller dans *Paquete Habana*[1068], nous mentionnons l'affaire du *Différend frontalier (El Salvador/Honduras)*[1069] dans laquelle la CIJ s'appuie sur les écrits d'Oppenheim et de Gidel (ainsi que sur l'étude établie par le Secrétariat des Nations Unies à la suite de la Conférence sur le droit de la mer de 1958) pour appuyer la position que le golfe de Fonseca est une baie historique possédant le caractère d'une mer fermée. Outre l'autorité inhérente que possède Gidel et qui lui accorde une grande crédibilité, ses propos sont persuasifs parce qu'ils font état d'une démarche laborieuse mettant en preuve la pratique étatique quant à la reconnaissance des caractéristiques territoriales de ce golfe.

Si l'article 38 pouvait être considéré au début du XX^e^ siècle comme une *biblia pauperum*, les louanges des hommes célèbres[1070] ont donc longtemps été considérées comme parole d'évangile… ou presque. Déjà chez les contemporains des juristes influents, qu'on appelait « les publicistes les

---

[1067] *Ibid* à la p 515 : « Tous reconnaissent nonobstant que le corpus doctrinal est loin d'être sans valeur dès lors qu'il peut être utilisé pour éclairer les gouvernements et les Sages en prouvant l'existence des règles juridiques » ; Wood (allocution 2016), *supra* note 1059 : « *The works of jurists and commentators who by years of labor, research and experience have made themselves peculiarly well acquainted with the subjects of which they treat. Such works are resorted to by judicial tribunals, not for the speculations of their authors concerning what the law ought to be, but for trustworthy evidence of what the law really is*. »

[1068] États-Unis, *The Paquete Habana* 175 U.S. 677 (1900), dissidence du juge en chef Fuller à la p 720, en ligne : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/175/677/> : « [T]*he writers of international law* [such as Ortolan, De Boeck, Heffter and Calvo] *lucubrations may be persuasive, but not authoritative*. »

[1069] CIJ, *affaire du Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador v Honduras)* arrêt [1992] CIJ Rec 351 au para 394. Voir aussi Maurice Mendelson, « The International Court of Justice and the sources of international law » dans Vaughan Lowe et Malgosia Fitzmaurice, dir, *Fifty years of the International Court of Justice: essays in honour of Sir Robert Jennings,* Cambridge, CUP,1996, 63—89, à la p 84 [Mendelson (1996)] : « *Some writers, such as Gidel, do provide useful evidence of state practice etc., which they laboriously assemble*. »

[1070] Gillian Triggs, « The Public International Lawyer and the Practice of International Law » (2005) 24 AYIL 201—218 à la p 205 [notre traduction] [Triggs (2005)].

plus qualifiés », on s'interrogeait sur la valeur des écrits savants pour déterminer les règles de droit international applicables dans les cas d'espèce, comme en témoigne ce passage désormais bien connu de l'affaire *Renard* rendue par la Cour d'amirauté américaine en 1779 :

> *A pedantic man in his closet dictates the law of nations; everybody quotes, and nobody minds him. The usage is plainly as arbitrary as it is uncertain; and who shall decide when doctors disagree?* […] *Bynkershoek, as is natural for every writer or speaker who comes after another, is delighted to contradict Grotius.*[1071]

On retrouve aujourd'hui certes des échos de cet agacement nourri de scepticisme et teinté d'humour[1072], par exemple chez Schlag, qui affirme que « [u]*nlike the courts, when* [legal academics] *declare what the law is, nobody listens* »[1073]. S'il est vrai que ces propos sont rudes, on doit tout de même reconnaître qu'ils identifient la question qui est peut-être la plus délicate et qui domine en fait toutes les autres : comment savoir qui sont les publicistes les mieux placés pour éclairer le droit international ? Il y a en effet lieu de se questionner sur la définition exacte à donner au titre « publiciste ». Le terme a plus de résonnance en français qu'en anglais, puisque la distinction entre le droit privé et le droit public n'existe pas en *Common Law,* comme dans la tradition romano-germanique. Il désigne du reste la personne qui est, du fait de sa profession, spécialiste du droit public ou qui écrit sur ce droit, autrement dit qui consacre son activité professionnelle à l'étude du droit public[1074]. Pour sa part, Serge Sur définit les publicistes en les distinguant des légistes de l'État, ces « juristes organiques » qui élaborent la politique juridique étatique, et des juristes que forment l'ensemble des chercheurs en milieu universitaire :

> Il reste les justes, les prophètes, les visionnaires, les sages, les publicistes, ceux qui réfléchissent, écrivent, agissent sur les affaires publiques [ceux qui] recherchent le bon

---

[1071] George Minot, dir, *Decisions in the High Court of Admiralty, during the time of Sir George Hay, and of Sir James Marriott*, vol I Michaelmas Term, 1776, Hilary Term, 1779, Boston, Little Brown, 1853, « The Renard » (9 décembre 1778), 222—227 à la p 224.

[1072] Dans ce sens, au sujet du passage de l'affaire *Renard* (« The Renard ») : Parry (1965), *supra* note 662 à la p 104 : « *It is difficult not to see truth as well as humour in this*. ».

[1073] Pierre Schlag, « Spam Jurisprudence, Air Law, and the Rank Anxiety of Nothing Happening (A Report on the State of the Art) » (2009) 97 Geo LJ 803—836 à la p 820.

[1074] Terminum, *supra* note 50 *sub verbo* « publiciste ».

> droit et militent pour sa reconnaissance par les autorités, par l'opinion, par la doctrine, par les divers canaux qu'ils peuvent utiliser.[1075]

L'utilisation du terme « publiciste » à l'article 38 sous-entend qu'il s'agit d'internationalistes publicistes, c'est-à-dire se spécialisant en droit international public. Comme Mendelson, on peut aussi se demander ce qui permet de désigner un publiciste comme étant « qualifié » : « *Writers vary considerably in skill, diligence, intellectual honesty, independence and eminence, but it may be thought invidious to distinguish between them* »[1076]. Lors des négociations du *Statut de la CPJI* de 1920, le délégué La Pradelle avait mis sur la table une proposition de classement de la doctrine :

> Si l'on veut classer la doctrine parmi les sources il faudrait du moins se borner à la doctrine concordante des auteurs qualifiés dans les pays en litige. Il serait certainement nécessaire de faire une classification graduée des diverses manifestations de la doctrine, d'après leur importance.[1077]

Si cette proposition n'a pas été retenue, c'est probablement en bonne partie parce que l'exercice comportait son lot de subjectivité. Plus récemment, Helmersen s'est prêté à l'exercice en procédant à l'inverse, c'est-à-dire en recensant toutes les instances dans lesquelles la CIJ cite de la doctrine, et en établissant un classement des quarante auteurs les plus cités[1078]. En mettant de côté Rosenne, qui est en tête de liste en tant qu'auteur du traité de référence sur la procédure devant la CIJ, et Cançado Trindade, qui s'est autocité près de 300 fois, la liste est celle des habitués, ceux (et celles quoique dans une moindre mesure) qui forment les sommités du droit international du XX^{e} siècle : Lauterpacht, Fitzmaurice, Hudson, Oppenheim, Jennings, De Visscher, Brownlie, Watts, Stone, Schwarzenberger, Higgins, Schachter, Guyomar, Aréchaga, Jenks, McNair, Hambro, Brierly, Guillaume, Anzilotti, McDougal, Waldock, Kelsen, Schabas, Cheng, Thirlway, Kolb, O'Connell et Reuter forment le « top 30 », juste au-dessus de Grotius et Vattel qui sont encore fréquemment cités aujourd'hui. Qu'ont en commun toutes ces personnes — outre le fait qu'elles proviennent en majorité

[1075] Sur (2019), *supra* note 1063.

[1076] Mendelson (1996), *supra* note 1069 aux pp 84–85. Voir aussi MPEPIL, Teachings, *supra* note 395 au para 10, citant Mendelson.

[1077] CPJI, PV (1920), *supra* note 610 à la p 336.

[1078] Sondre Torp Helmersen, « Finding 'the Most Highly Qualified Publicists': Lessons from the International Court of Justice » 30:2 EJIL (2019) 509-535 [Helmersen (2019)]. Voir aussi : Jonathan Pratter, « From the Reference Desk: Who Are the Most Highly Qualified Publicists? », 20 février 2020, en ligne, FCIL-SIS : <https://fcilsis.wordpress.com/2020/02/20/from-the-reference-desk-who-are-the-most-highly-qualified-publicists/> qui examine brièvement les articles de Helmersen (2019) *ibid* et de Sivakumaran (ICLQ 2017), *supra* note 395.

de pays occidentaux, ce qui donne un sens restreint à l'expression « toutes les nations » mentionnée à l'article 38[1079] — ? Il s'agit de leur expertise[1080]. Celle-ci est mise à profit dans la qualité scientifique et la fiabilité de leurs raisonnements, et elle est reconnue par leurs pairs et plus généralement par la communauté internationale. Le publiciste dont les écrits ont une valeur persuasive dans la détermination du droit international doit donc être éminent dans son domaine, ce qui ne veut toutefois pas dire qu'il s'agisse d'un concours de popularité ou d'une question de réputation[1081].

À travers les époques, l'éminence des « publicistes des plus qualifiés » tient en effet principalement à leur doctrine, mais aussi au fait qu'ils cumulent d'autres fonctions, souvent officielles, qui rehaussent leur statut de publiciste et donnent plus de poids à leur production doctrinale. Gentili était professeur-tuteur de la reine Elizabeth I et avocat permanent à l'ambassade d'Espagne à Londres[1082] ; Grotius était très impliqué dans la politique hollandaise, étant nommé avocat à La Haye, puis historiographe officiel pour les États de Hollande, et ensuite procureur général des provinces de Hollande, de Zélande et de Frise occidentale, sans jamais occuper de poste académique à proprement parler

---

[1079] Dans le même sens Pellet / Müller (2019), *supra* note 53 au para 340 : « [*O*]*ne must admit that, as unfortunate as it is, the main doctrinal 'production' still comes from the North and more particularly from a handful of countries where international law has gained a rather high degree of sophistication* ».

[1080] Helmersen (2019) *supra* note 1078 aux pp 517–527 considère qu'il s'agit du facteur principal que considèrent les juges de la CIJ lorsqu'ils choisissent de citer un ouvrage, les autres éléments étant la qualité de l'ouvrage cité (pp 517–520), la position officielle qu'occupe l'auteur (pp 520–524) et la concordance d'opinions de plusieurs auteurs sur le sujet visé (pp 526–527).

[1081] Voir p. ex. Wood (allocution 2016), *supra* note 1059 : « *The reference to 'the most highly qualified' publicists emphasizes that attention ought to be paid to the writings of those who are eminent in the field and carry authority* […]. *At the same time, it is the quality of the particular writing that matters, not the reputation of the author. The reference to publicists 'of the various nations' highlights the need to have regard, so far as possible, to writings representative of the principal legal systems and regions of the world (including in various languages)*. » ; Sivakumaran (ICLQ 2017), *supra* note 395 à la p 11 : « *The eminence of an individual publicist, usually based on his or her expertise, but also on associated factors such as title and reputation, can also affect the weight to be given to the work. In this way, the user can rest assured that the propositions stated in the work are reliable*. » Voir aussi, au sujet de l'« égo » comme posant une limite à l'opportunité de la CIJ de citer un ouvrage de doctrine au détriment d'un autre : Pellet / Müller (2019), *supra* note 53 au para 340 : « *International law is a 'small world' not exempt from jealousy and envy and the Court is certainly well-advised not to distribute good or bad marks*.» Voir aussi, au sujet du piège de mettre en avant l'aspect de la commercialisation dans la doctrine ainsi que la course à la publication dans le milieu universitaire : Stahn/de Brabandere (2014), *supra* note 849 aux pp 7–8 : « *The emphasis on marketing features might enhance egocentricity and personality cults and lead to greater conflation between quantity and quality. There is a risk that scholarship might ultimately be judged by popularity factors, such as download numbers on SSRN, impact factors of the respective journal, or number of debates, rather than content. This is a disconcerting prospect*. ».

[1082] *Encyclopedia Britannica* (2015) *sub verbo* Alberico Gentili (Italian jurist), en ligne : < https://www.britannica.com/biography/Alberico-Gentili >.

(quoiqu'il soit diplômé de l'Université de Leiden)[1083] ; Vattel a occupé des fonctions diplomatiques comme conseiller d'ambassade et ministre de l'électeur Auguste III[1084] ; Pufendorf, en plus d'être titulaire de la Chaire de droit naturel à l'Université de Lund pendant plus de 20 ans, a été historiographe royal à Stockholm puis à Brandebourg[1085] ; Bynkershoek siégea pour sa part à la Cour suprême hollandaise pour la majeure partie de sa carrière[1086]. Comme l'a affirmé Wood:

> *What have come down to us are chiefly* [Grotius and Vattel's] *writings, but how influential were those writings as opposed to their work as practitioners? Nevertheless, it is undoubtedly the case that the less certain the law, the more primitive the legal system, the more influential writers are likely to be*.[1087]

En effet, nul n'oserait contester qu'historiquement, Grotius figure parmi les publicistes les plus qualifiés. Il est toutefois plus rarement souligné que cette qualification provient, du moins en partie, d'une pratique développée au sein des institutions étatiques. L'exemple historique de la « bataille des livres » entre ce dernier et Selden va dans ce sens : tel que nous le rappelle Oraison, cet épisode du développement du droit de la mer au XVII[e] siècle opposait le principe de la liberté de la haute mer et la thèse de la souveraineté étatique. Si l'on peut situer ce débat dans un contexte théorique, on ne peut pas complètement évacuer l'influence des positions des États sur le sujet. En effet, le principe de la liberté de la haute mer défendu par Grotius a été formulé à la demande de la Compagnie néerlandaise des Indes orientales, tandis que la thèse de la souveraineté a été développée par Selden selon les recommandations de l'État britannique, ce qui fait dire à Oraison que « [l]a

---

[1083] *Encyclopedia Britannica* (Yasuaki Onuma) *sub verbo* Hugo Grotius (Dutch statesman and scholar) (2020), en ligne : < https://www.britannica.com/biography/Hugo-Grotius >.

[1084] *Encyclopedia Britannica sub verbo* Emmerich de Vattel (Swiss jurist) (1998), en ligne : < https://www.britannica.com/biography/Emmerich-de-Vattel >; Hugh Chisholm, dir, *The Encyclopædia Britannica : a dictionary of arts, sciences, literature and general information*, 11[e] éd, 1911, *sub verbo* « Vattel, Emeric (Emer) de (1714-1767) » à la p 951.

[1085] *Encyclopedia Britannica* (Hans Fritz Welzel*) sub verbo* Samuel, baron von Pufendorf (German jurist and historian) (2010), en ligne : < https://www.britannica.com/biography/Samuel-Freiherr-von-Pufendorf >.

[1086] *Encyclopedia Britannica sub verbo* Cornelis van Bynkershoek (Dutch jurist) (2007), en ligne : < https://www.britannica.com/biography/Cornelis-van-Bynkershoek >.

[1087] MPEPIL, Teachings, *supra* note 395 au para 8. Voir aussi Wood (allocution 2016), *supra* note 1059 : « *One thing you will note when looking at the lecture series is that a good many of the authors were both writers and practitioners. That goes back to a long tradition in international law, and indeed law generally. Gentili advised Queen Elizabeth I, Grotius advised the Dutch East India Company, and so on*. ».

propension des internationalistes à soutenir leurs gouvernements étatiques a donc bien toujours existé »[1088].

C'est dans ce contexte que nous concevons les travaux des publicistes contemporains comme n'étant pas déconnectés du milieu dans lequel ils évoluent. De nos jours, plusieurs des publicistes les plus qualifiés le sont en raison d'un pedigree académique, mais aussi pratique ; cette réalité nous amène à considérer en premier lieu la particularité de la doctrine contemporaine produite par le chercheur polycompétent et polyvalent. Plusieurs facteurs influencent la valeur persuasive à accorder à une contribution de la doctrine en droit international. Pour cette analyse de la doctrine ordinaire, nous nous limitons à démontrer comment certains rattachements des publicistes aux structures étatiques affaiblissent la valeur persuasive de la doctrine produite, en raison d'une situation de partialité, qu'elle soit apparente ou réelle.

La doctrine ordinaire contemporaine en situation de partialité (apparente ou réelle)

> *While the role of jurists as repositories of the doctrine of international law may have declined, their contribution to the practice of international law has significantly increased in other fields.*[1089]

Le fait qu'un chercheur soit aussi un praticien du droit international n'est ni nouveau, comme nous venons de le mentionner, ni *a priori* problématique. Au contraire, comme l'a affirmé Peters, « *legal practice provides the 'reality check' for international legal scholarship* »[1090]. Au demeurant , cette réalité n'est pas unique au DIH, elle n'est même pas unique au DIP, ni même au domaine juridique. L'énoncé qui accompagne aujourd'hui presque systématiquement toutes les contributions aux revues scientifiques indiquant que « l'opinion exprimée n'engage que son auteur » permet à ce dernier d'exercer sa liberté universitaire. Il permet aussi une dissociation de l'analyse que contient la contribution par rapport aux positions qui ont pu être celles des États, gouvernements et organisations auxquels l'auteur a déjà ou est encore affilié. De façon semblable à l'usage qui est fait des opinions séparées par les juges de la CIJ, cette doctrine permet aux avocats-praticiens, aux

[1088] Oraison (1991), *supra* note 848 à la p 570.

[1089] Triggs (2005), *supra* note 884 à la p 207.

[1090] Anne Peters, « Realizing Utopia as a Scholarly Endeavour » 24:2 EJIL (2013) 533—552 à la p 543.

fonctionnaires-jurisconsultes et même aux juges de partager publiquement leurs opinions sur des sujets qui ont été traités différemment par les organes auxquels ils sont ou ont été associés.

En mettant de côté la pression directe et les actes d'intimidation de la part de gouvernements qui s'opposent directement à la nécessaire liberté universitaire[1091], nous nous attarderons ici brièvement aux caractéristiques des contributions faites sous forme d'articles présentés comme faisant état d'opinions de l'auteur exprimées à titre personnel, mais dont l'accès aux données factuelles sur lesquelles s'appuient ces opinions est tributaire de l'État, via un accès à des fonds de recherche ou au théâtre opérationnel. C'est une nouvelle réalité que la sociologie appelle « le capitalisme académique » et qui affecte la recherche scientifique en milieu universitaire de façon intégrale et transversale[1092]. Avec l'approche de la nouvelle gestion publique (*New Public Management*) qui importe le modèle du secteur privé dans un but d'amélioration de l'efficacité, la recherche scientifique de la vérité rencontre la maximisation économique des profits. La gestion du secteur public en devient plus corporative, plus commerciale. Or, il a été démontré que cette mise en œuvre de la nouvelle gestion publique, dans l'allocation de fonds de recherche entre les universités, largement motivée par ces pressions isomorphes qui minimisent toute différence de nature entre le secteur public et le secteur privé[1093], suscite des doutes considérables quant aux connaissances scientifiques[1094]. Elle transforme les universités en entreprises qui se font concurrence pour

---

[1091] Pour une analyse de 341 « *attacks on higher education communities* » dans 58 pays entre le 1er septembre 2019 et le 31 août 2020, voir : Scholars at Risk Network*, Free to Think 2020—Report of the Scholars at Risk Academic Freedom Monitoring Project*, novembre 2020, en ligne : <https://www.scholarsatrisk.org/wp-content/uploads/2020/11/Scholars-at-Risk-Free-to-Think-2020.pdf>. Au sujet des pratiques étatiques répressives imposées aux établissements d'enseignement supérieur, incluant les restrictions à l'engagement universitaire et à la liberté d'expression ainsi que les restrictions sur les étudiants, documentées dans plus de 60 pays : Kirsten Roberts Lyer et Aron Suba, dir, *Closing Academic Space—Repressive State Practices in Legislative, Regulatory and Other Restrictions on Higher Education Institutions*, Washington D.C, International Center for Non-For-Profit Law, mars 2019, en ligne : <https://www.icnl.org/wp-content/uploads/Uni-restrictions-rpt-final-March-2019.pdf>. Voir aussi la série d'articles sur la liberté universitaire publiée sur le blogue « *The Conversation* (UK) » où sont abordées la situation des universités du Kenya, l'interférence gouvernementale dans les universités chinoises et l'arrestation et la détention illégales par les Émirats arabes unis d'un candidat au doctorat dont les recherches portent sur l'évolution de la stratégie de sécurité nationale des Émirats, en ligne : <https://theconversation.com/uk/topics/academic-freedom-series-76963>.

[1092] Voir, de façon générale Richard Münch, *Academic Capitalism : Universities in the Global Struggle for Excellence*, New York, Routledge, 2014.

[1093] Au sujet du processus d'homogénéisation entre un ensemble d'organisations que la sociologie nomme l'isomorphisme institutionnel, voir Paul J. DiMaggio et Walter W. Powell, « The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields » (1983) 48:2 ASR 147–160.

[1094] Voir à ce sujet dans Political Sociology Online, *Oxford Research Encyclopedia* (Richard Münch) (2016) *sub verbo* « Academic Capitalism », en ligne : <https://oxfordre.com/politics/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-15>.

l'accumulation de capital, sous forme d'accès à des fonds de recherche et de déplacements, des budgets de conférences, des bourses, une rémunération pour des stagiaires. Pour les besoins de la présente thèse, nous mentionnons brièvement les conflits d'intérêts institutionnels envisageables en lien avec le financement de la recherche universitaire, en examinant la recherche et la publication scientifique au sujet de la sécurité et de la défense, incluant en DIH.

Notre premier exemple démontre comment l'affectation de ressources financières de la part d'institutions étatiques partisanes contribue à l'affaiblissement de la valeur persuasive de la doctrine (ordinaire). Au début des années 2000, le Forum sur la sécurité et la défense (FSD), prédécesseur de l'actuel Réseau canadien sur la défense et la sécurité, a fait l'objet de critiques acerbes dénonçant l'intrusion du ministère canadien de la Défense nationale dans le financement de la recherche universitaire dans le but de façonner la perception des Canadiens sur l'armée et la guerre sous le couvert d'analyses théoriques. Il a été souligné que plusieurs analystes universitaires et chercheurs membres de ce forum se sont positionnés stratégiquement de façon à rationaliser et à appuyer les priorités du ministère, par exemple, en évitant de contester la validité d'un programme prioritaire du ministère de la Défense tel que l'acquisition, au début des années 2000, des sous-marins *Upholder* pourtant déclassés par la *Royal Navy* en 1993[1095].

L'accès aux fonds de recherche étant crucial en milieu universitaire, une des façons de limiter la politisation des subventions publiques est de centraliser toutes les demandes vers un organisme public qui bénéficie d'une structure de gouvernance représentant autant les intérêts du milieu

[1095] Généralement, au sujet du FDS : <https://www.foreignpolicy.ca/security-and-defence-forum>. Pour un exemple de critique du FDS : Amir Attaran, « When think tanks produce propaganda » *Globe and Mail de Toronto* (21 février 2008) en ligne : <https://www.theglobeandmail.com/opinion/when-think-tanks-produce-propaganda/article718255/>. Voir aussi Jack Granatstein, « Fort Fumble on the Rideau: Just say no to military academics » *Globe and Mail de Toronto* (22 août 2011) en ligne : <https://www.theglobeandmail.com/opinion/fort-fumble-on-the-rideau-just-say-no-to-military-academics/article626407/> : « *What the government seems to want from SDF academics is uncritical support for it partisan policies, and form its bureaucrats a defense against SDF scholars who fail to play along*. »Voir aussi l'intervention du professeur Langille à la Chambre des communes du Canada où il affirme qu'un grand nombre de membres du FDS deviennent l'équivalent de chercheurs attitrés (*embedded scholars*), ceux-ci s'appliquant à faire plaisir à ceux qui les financent en alignant généralement leurs études sur les préférences du ministère : Canada, *Chambres des communes, Comité permanent de la défense nationale et des anciens combattants, témoignages*, 38-1 (15 février 2005) intervention de Howard Peter Langille (à titre personnel) aux paras 1005–1020, <https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/38-1/NDDN/reunion-20/temoignages>. Voir spécifiquement sur l'acquisition des *Holders* (sans mention du silence des membres du FSD à ce sujet) : Albert Legault, « Des submersibles : pour quoi faire? » *Le Devoir de Montréal* (10 novembre 2004), en ligne : <https://www.ledevoir.com/non-classe/68142/des-submersibles-pour-quoi-faire>.

académique que du secteur public, de façon à s'assurer que ses programmes de subventions et de bourses répondent aux besoins de la population. Au Canada, il s'agit du Conseil canadien de recherches en sciences humaines (CRSH). Avec de tels organismes, la question de la partisanerie se voit écartée, mais cela est loin de résoudre tous les problèmes liés au capitalisme universitaire qui s'infiltre dans la production du savoir scientifique. Cette question est toutefois bien au-delà des visées de la présente thèse. Nous nous limitons à souligner que l'apparence de partialité chez les auteurs actifs au sein de structures politiques partisanes vient jeter le doute sur le fondement scientifique de la doctrine produite dans ce contexte, ce qui constitue l'un des facteurs expliquant l'affaiblissement de la valeur persuasive de la doctrine ordinaire au XXIe siècle.

Le second exemple que nous retenons vise plus directement la situation des chercheurs attitrés, les *embedded scholars*, soit ceux qui appliquent la théorie et les méthodes de recherche scientifique à des situations pratiques auxquelles ils prennent part et qui sont aussi leur sujet d'étude[1096]. Lorsqu'il s'agit de chercheurs en DIH, le sujet d'étude étant la guerre, cela implique un arrimage avec au moins une des parties au conflit armé étudié. Le concept d'intégration de corps professionnels *a priori* indépendants dans les structures étatiques a été proposé dans le contexte du conflit armé en Irak en 2003, avec l'intégration de journalistes à même les forces armées américaines. Le concept n'est toutefois pas juridique, le DIH distinguant simplement entre les membres de la presse militaire qui sont considérés comme des combattants, et les journalistes (incluant les correspondants de guerre qui suivent les forces armées sans en faire directement partie, mais ayant reçu l'autorisation des forces armées qu'ils accompagnent, ce qui leur accorde le droit au statut de prisonnier de guerre s'ils tombent au pouvoir de l'ennemi dans le cadre d'un CAI[1097]), qui sont considérés comme étant des civils.

De la même façon que les priorités des forces armées et des journalistes puissent potentiellement être contradictoires[1098], la relation entre les forces armées et les chercheurs universitaires peut être marquée par des tensions qui affectent l'indépendance et l'impartialité de ces derniers, en raison de

---

[1096] Voir, de façon générale, Ernest L. Boyer, Drew Moser, Todd C. Ream, et John M. Braxton, *Scholarship Reconsidered : Priorities of the Professoriate*, San Francisco, Jossey-Bass, 2016.

[1097] Pour la définition de « journaliste » en DIH : PAI (1977), à l'art 79 ; voir aussi l'Étude sur le DIHC, *supra* note 7 à la R34. Pour la définition de « correspondant de guerre » : GCIII (1949) à l'art 4 *a*) (4).

[1098] Voir généralement à ce sujet, Paul, Christopher, et James J. Kim, *Reporters on the Battlefield : The Embedded Press System in Historical Context*, Pittsburgh, Rand, 2004.

la proximité avec une partie au conflit armé. Pour illustrer notre propos, nous mentionnons les deux publications de 2015 du professeur Schmitt et du major Merriam des forces armées américaines analysant la pratique du ciblage par les forces israéliennes[1099]. En l'espèce, les auteurs font preuve d'une totale transparence en indiquant d'entrée de jeu que « [t]*he findings set forth herein are derived in great part from a December 2014 research trip to Israel by the Authors and from a second visit by one of them in February 2015* »[1100]. L'accès sans précédent que leur ont accordé les forces de défense israéliennes leur a en effet permis d'entrer sans ambages dans Gaza, de visiter un tunnel d'infiltration du Hamas ainsi qu'un centre opérationnel israélien, d'assister aux réunions d'information et de transmission d'instructions au personnel effectuant des opérations de ciblage et d'effectuer des entrevues avec le haut commandement israélien.

Notre objectif n'est pas ici de trancher si cette approche mène ou apparaît comme menant à un parti pris pro-israélien : les auteurs nomment eux-mêmes de front ce problème et y répondent en affirmant que le seul but du projet était d'examiner les systèmes, processus et normes de ciblage israéliens dans l'abstrait[1101]. Même si tous ne sont pas convaincus de cette explication[1102], nous n'allons pas sur ce terrain. Nous utilisons plutôt cet exemple pour illustrer comment le savoir produit par la doctrine peut être altéré lorsqu'il passe par le collimateur de l'État. Or, cette situation est particulièrement problématique lorsque le lecteur n'est pas en mesure d'apprécier la teneur de cette déformation. Par exemple, la mention de la visite de terrain sous l'égide des forces de défense israélienne ayant donné l'élan aux publications de Merriam et Schmitt n'apparaît pas dans la publication du *Naval War College Review* : le rattachement de la publication à une institution militaire nationale suffit-il comme *caveat* qu'un biais subjectif puisse teinter les propos tenus par les auteurs ? Mais surtout, qu'en est-il pour toutes les autres publications qui ne divulguent pas nécessairement les rattachements qui pourraient affecter leur indépendance et leur objectivité ? Contrairement à la transparence dont ont fait preuve Merriam et Schmitt, dans un autre contexte où la démarche est

---

[1099] Major John J. Merriam et Michael N. Schmitt, « Israeli Targeting: A Legal Appraisal » (2015) 68 NWCR 15–33 ; « The Tyranny of Context: Israeli Targeting Practices in Legal Perspective » (2015) 37:1 UPJIL 53–138.

[1100] *Ibid* (UPJIL 2015) à la p 56. Voir aussi Shereshevsky (2019), *supra* note 20 à la p 35.

[1101] *Ibid* à la p 56.

[1102] P. ex. Erakat qualifie ces contributions comme étant de louables excuses au nom d'Israël [notre traduction] : Noura Erakat, « Response to Michael N. Schmitt and John J. Merriam: On the Tyranny of Context » (17 juin 2015), en ligne (blogue *INTLAWGRRLS*) : <https://ilg2.org/2015/06/17/response-to-michael-n-schmitt-and-john-j-merriam-on-the-tyranny-of-context/>.

plus opaque, il devient complexe, voire arbitraire, d'évaluer la valeur probante des différentes contributions.

Les effets de la numérisation

Pour terminer cette réflexion sur le déclin de la valeur persuasive de la doctrine ordinaire, une prise en considération des effets de la numérisation des documents est de mise. Si la doctrine ordinaire se présente traditionnellement sous forme matérielle, aujourd'hui, elle est plus prise en charge par la fibre optique que le papier, plus de la moitié des articles et monographies étant disponible en format électronique[1103]. Cette transition n'a pas nui à l'accessibilité de la doctrine, au contraire. Cela a donné lieu à un décuplement des contributions, en ajoutant aux formats déjà existants les billets de blogue, les mises à jour des entrées encyclopédiques et les versions antérieures d'articles à publier (*preprints*) comme on en trouve, par exemple, sur les plateformes SSRN et Academia.

L'accroissement de l'accès via la numérisation des documents augmente la facilité et la rapidité de consultation de toute la panoplie de la documentation juridique à travers le monde. Cette caractéristique n'est pas unique à la doctrine, puisque les décisions judiciaires et les traités sont eux aussi de plus en plus accessibles en format numérique. Toutefois, même si ces derniers n'étaient pas facilement accessibles, ils resteraient le cœur du droit international. La doctrine, pour sa part, peut se tailler une place plus ou moins grande selon la circulation des idées qu'elle contient. Comme l'affirme Triggs: « *Today, international lawyers in government and business, in universities and in non-government organisations are no longer dependent upon commentaries distilling the law when they have immediate access to these sources*. »[1104].

[1103] L'estimation la plus complète et la plus récente au sujet de la proportion globale de la littérature scientifique toutes sciences confondues publiée entre 2011 et 2013 fait état d'une disponibilité de près de 54 % de tous les articles publiés en libre accès numérique; ce chiffre ne comptabilisant pas les publications numériques payantes, on peut donc estimer qu'en 2020, une grande partie de la doctrine est accessible en ligne : Éric Archambault, Didier Amyot, Philippe Deschamps, Aurore Nicol, Françoise Provencher, Lise Rebout et Guillaume Roberge, dir, *Proportion of Open Access Papers Published in Peer-Reviewed Journals at the European and World Levels—1996–2013*, rapport Science-Metrix produit pour la Commission européenne, 2014.

[1104] Triggs (2005), *supra* note 884 à la p 205. Voir aussi Shereshevsky (2019), *supra* note 20 à la p 50 ; Djeffal, au sujet du futur des Commentaires face à la numérisation : Christian Djeffal, « Commentaries on the Law of Treaties: A Review Essay Reflecting on the Genre of Commentaries » (2013) 24:4 EJIL 1223—1238 à la p 1236 [Djeffal (2013)].

De plus en plus, des plateformes de libres accès voient le jour au sein des bibliothèques universitaires[1105]. Les documents disponibles sur ces plateformes sont toutefois souvent limités aux essais, mémoires et thèses produits par les étudiants et professeurs des établissements visés, ainsi que des informations déjà publiques telles que des textes de loi. Il s'agit là d'une infime partie de la doctrine, l'accès à tous les autres articles de revues scientifiques et ouvrages collectifs ou individuels étant protégé derrière un mur payant. Car l'obstacle posé par la numérisation de la doctrine n'est pas le mode de diffusion, mais bien les modalités d'accès. En effet, l'accès à péage intégré constitue le modèle commercial de publication le plus répandu, ce qui instaure un frein important à la circulation des connaissances. De plus, les pays développés du Nord sont favorisés : il existe d'importantes limitations de diffusion de la doctrine dans des langues autres que l'anglais, le français et l'espagnol, et ce, sans compter les limitations d'accès à Internet dont plusieurs pays font les frais. Nous désirons toutefois clore cette section en mentionnant le problème que met en lumière la numérisation des publications, c'est-à-dire celui de l'hétérogénéité des contributions. Les contributions à la doctrine sont en effet sur une échelle variable selon un spectre assez large du superbe au médiocre, pour reprendre les mots de Watts et Schmitt[1106]. Il en découle que le degré de fiabilité des différentes contributions n'ayant en commun que leur hétérogénéité est des plus variables[1107] ; or, l'accès en ligne en mode *free-for-all (… who can pay)* à tous ces articles ne fait qu'exacerber ce problème.

7.2 Le potentiel persuasif des manuels internationaux de DIH émanant de groupes d'experts

Parmi les sources subsidiaires persuasives réunies ici sous le vocable de « doctrine finalisée », on retrouve les manuels émanant de groupes d'experts, ce regroupement de « personnes de haute

---

[1105] P. ex. *l'Archive ouverte UNIGE*, le dépôt numérique du patrimoine scientifique de l'Université de Genève, en ligne <https://archive-ouverte.unige.ch/>; *CorpusUL*, le dépôt institutionnel de l'Université Laval : <https://corpus.ulaval.ca/jspui> (voir Claire Magnoux, « Le libre accès dans les universités québécoises : l'exemple de la Bibliothèque de l'Université Laval » (11 janvier 2017) (blogue *droiteuropeen*) en ligne : <https://blogdroiteuropeen.com/2017/01/11/le-libre-acces-dans-les-universites-quebecoises-lexemple-de-la-bibliotheque-de-luniversite-laval-claire-magnoux/>) ; *Do.Gi*, la base de données de références bibliographiques d'articles publiés dans des revues juridiques italiennes : <http://www.ittig.cnr.it/dogi/Index.php> (voir Deborah Grbac, « L'accès ouvert en ligne à la doctrine juridique en Italie et en France : la confrontation de deux traditions d'informatique juridique », Working Paper 3/2018 (blogue *droiteuropeen*) (26 juillet 2018), en ligne : <https://blogdroiteuropeen.files.wordpress.com/2018/07/paper-deborah.pdf>.

[1106] Schmitt/Watts (2015), *supra* note 14 à la p 192 [notre traduction de : « *from superb to substandard* »].

[1107] Stahn/de Brabandere (2014), *supra* note 849 à la p 9. Voir aussi dans le même sens : Sassòli (2019), *supra* note 15 au para 4.80 : « *The increasing number of publications on every imaginable IHL problem* [and] *the race in the academic world towards a quantitative evaluation of research output useful for a career* […] *all reinforce* [the] *tendancy* [of a weaker impact of scholarly writings to understand IHL]. ».

stature et compétence, agissant à titre privé et non en tant que représentants d'États, et poursuivant des méthodes scientifiques rigoureuses, en d'autres termes politiquement neutres et scientifiquement objectives »[1108]. L'objectif déclaré de ces groupes d'experts est que la production de manuels internationaux clarifiera l'état du droit existant[1109] ; c'est une caractéristique qu'ils partagent avec les documents juridiques non contraignants impliquant des États[1110], et qui n'est pas, au demeurant, unique au DIH.

La codification privée joue un rôle important en tant que source subsidiaire persuasive du droit international en raison de son positionnement dans le système : la réaffirmation qui y est faite du droit existant y est considérée comme fiable puisque menée par des spécialistes, des experts du sujet qui appliquent une méthodologie scientifique rigoureuse. L'imputabilité de ces experts n'est pas envers un client, ou un État, mais envers les idéaux conceptuels que sont la communauté scientifique, la vérité, et le public, ce que Peters qualifie judicieusement d'« *ideational accountability* », en ajoutant que c'est précisément cette absence d'imputabilité formelle qui constitue la contrepartie de l'absence de pouvoir de création de droit par le groupe d'experts[1111]. Autrement dit, c'est précisément parce que la codification privée n'a pas de valeur contraignante, mais plutôt une valeur scientifique, qu'elle peut prétendre à être une source persuasive du droit international.

[1108] George Abi-Saab, « Le système du droit international ou le droit international en tant qu'ordre juridique » (1987) 207 RCADI 105–317 aux pp 146–148 [Abi-Saab (1987)], repris dans Abi-Saab (1998), *supra* note 350 à la p 88.

[1109] P. ex. dans le Rapport de la XXXI[e] Conférence internationale (2011), *supra* note 139, le résumé analytique informe que les États, pour répondre aux préoccupations humanitaires soulevées, considèrent que « toutes les options doivent être examinées, notamment l'élaboration d'instruments de 'soft law', l'identification de bonnes pratiques ou encore la facilitation de processus d'experts visant à clarifier les règles existantes. » [notre soulignement] (à la p 6). Il est intéressant de noter que dans le rapport détaillé, il est aussi fait mention de la possibilité de développement du droit conventionnel (aux pp 9, 34 et 35), qui n'est toutefois pas reprise dans le résumé.

[1110] Garraway (2004), *supra* note 529 aux pp 427–431. Voir aussi MPEPIL, Manuals *supra* note 531 au para 4 : « […l]*nternational manuals are intended to provide an agreed version of the law of armed conflict* […]. ».

[1111] Anne Peters, « International Law as a Profession » dans Jean d'Aspremont, Tarcisio Gazzini, André Nollkaemper, Wouter Werner, dir, *International Law as a profession* Cambridge, CUP, 2017, pp 117–159 aux pp 147–148 [notre traduction] [Peters (2017)] : « *Scholars are not and should not be accountable to real clients, but only to ideal entities such as the scientific community, the truth, the public, with this ideational accountability being in no way formalized. It is exactly this lacking accountability which is the counterpart to the scholar's lack of law-making power. And this, in turn, is a precondition for thinking freely and out of the box. Only because academic treatises do not have direct legal consequences (as 'law'), an only because scholars are devoid of formal and institutional responsibility (which does not exclude a broader 'responsibility' towards society at large), can they devote themselves to thought experiments and speculation.* »

La codification privée n'est pas un phénomène récent, la réception des premiers efforts de codification privée ayant cependant été par moments des plus timorés, comme ce fut le cas, par exemple, avec le *Droit international Codifié* en 862 articles de Bluntschli en 1868[1112]. Les *manuels d'Oxford* que nous examinons plus bas ou les initiatives du *Harvard Research in International Law* entre 1927 et 1940[1113] ont, pour leur part, connus un meilleur accueil. La réticence face à ces manuels tient au simple fait qu'ils demeurent des œuvres doctrinales, et que l'exercice d'y départager la *lex lata* de la *lex ferenda* est particulièrement difficile. Comme l'affirme Abi-Saab, c'est la nature même du droit international qui est en cause :

> Il existe trop de lacunes et la pratique disponible se prête à trop d'interprétations pour qu'il soit possible d'en tirer des formules générales, des propositions normatives, sans opérer beaucoup de choix interprétatifs et d'ajouts de pièces manquantes. Par ailleurs, même avec les meilleures intentions au monde et l'emploi de la méthode la plus scientifique, il subsiste une part de jugement subjectif qui est conditionnée par l'environnement et la vision du monde des auteurs.[1114]

Autrement dit, si l'aboutissement des efforts de codification dite privée ou scientifique doit « fournir une transcription fidèle, une sorte d'instantané photographique de la *lex lata* » [1115], il y a fort à parier qu'on y trouvera toujours une part de droit prospectif. La valeur persuasive du manuel sera donc augmentée si, en plus de fonder les conclusions sur des démonstrations scientifiques exhaustives et sérieuses, une distinction intelligible et rigoureuse entre l'énoncé du droit existant et les propositions de droit projeté est faite.

[1112] Oraison (1991), *supra* note 848 à la p 557, qui mentionne les propos acerbes qu'a tenus Schwarzenberger sur la codification de Bluntschli qu'il a qualifiée de vision individualiste de la société interétatique : « Rien n'a terni davantage le crédit de la doctrine en droit international que l'inclination de quelques-uns de ses représentants à faire accepter des *desiderata de lege ferenda* sous le couvert de propositions de *lege lata*.» Voir aussi Abi-Saab qui mentionne cet ouvrage : Abi-Saab (1987), *supra* note 1108 à la p 147.

[1113] Voir James T. Kenny (1977) « Manley O. Hudson and the Harvard Research in International Law 1927-1940 » 11:2 The International Lawyer (1977) 319–329.

[1114] Abi-Saab (1987), *supra* note 1108 à la p 147.

[1115] *Ibid* à la p 146, repris dans Abi-Saab (1998) *supra* note 350 à la p 88. Il est pertinent de noter que l'analogie de la photographie est reprise dans l'Étude sur le DIHC (2005) *supra* note 7 à la p ixi (préface, Jacob Kellenberger) : « Le CICR a tenu à respecter la liberté académique des auteurs, comme celle des experts consultés, puisqu'il s'agissait avant tout d'un travail scientifique : établir une photographie aussi rigoureuse que possible de l'état actuel du droit international humanitaire coutumier.» Voir aussi *ibid*, p xxviii (préface, Yves Sandoz) : « C'est une photographie de la réalité, qui a été réalisée avec un très grand souci d'honnêteté et sans chercher à faire dire au droit ce que l'on souhaiterait qu'il dise. »

Avant d'analyser les principaux manuels internationaux dans le paysage juridique des sources du DIH, nous désirons souligner que la valeur persuasive de ceux-ci est de plus en plus reconnue, ce qui va dans le sens de la confirmation du postulat de la non-exhaustivité des moyens auxiliaires de détermination du droit international comme prévu à l'article 38[1116]. En effet, dans le cadre de son *Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités,* la CDI a reconnu les prononcés d'organes conventionnels d'experts comme constituant un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 CVDT (1969)[1117]*.* Les commentaires au Projet de conclusions nous apprennent que sont visés par cette disposition « les organes composés d'experts siégeant à titre individuel qui sont chargés de surveiller ou de favoriser par divers moyens la bonne application [des] dispositions [des traités qui les ont créés] » ; par exemple, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, le Comité des droits de l'homme, le Comité contre la torture ou l'Organe international de contrôle des stupéfiants[1118]. Dans ce contexte, les prononcés d'une entité telle que le CICR ne se qualifient pas comme émanant d'un organe conventionnel d'experts aux fins de l'interprétation des CGI–IV (1949) et des PAI–II (1977) ; nous reviendrons sur cet aspect dans le cadre de l'analyse des Commentaires. Pour les besoins de la présente section, nous soulignons tout de même l'importance de voir cette conclusion incluse dans un Projet d'articles de la CDI. En effet, la reconnaissance de l'importance des prononcés d'organes d'experts envoie un signal important quant à l'évolution des sources subsidiaires ayant une valeur persuasive en droit international au-delà de la doctrine ordinaire.

[1116] *Supra*, section 5.1.3.

[1117] ONU, CDI (Georg Nolte), *Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités*, Doc CDI NU, 70e sess, Doc off A/73/10 (2018) reproduit dans Annuaire CDI 2018, vol 2, partie 2, pp 2–5, à la conclusion 13 [CDI, interprétation Projet de conclusions (2018)].Il est vrai que ce Projet de conclusions considère les prononcés d'organes conventionnels comme ayant une influence sur la pratique par rapport à l'interprétation de traités ; le Projet ne les classe donc pas parmi les ouvrages de doctrine. Si la distinction que nous apportons entre doctrine ordinaire et doctrine finalisée aux fins de la détermination et du développement du DIH – distinction qui nous permet d'inscrire les manuels de groupe d'experts dans cette dernière catégorie de la doctrine finalisée – n'est pas appuyée par le Projet de la CDI sur l'interprétation, ce dernier étoffe cependant la proposition selon laquelle les moyens auxiliaires de détermination du droit dépassent la nomenclature « décision judiciaires / doctrine des plus grands publicisites » de l'article 38.

[1118] ONU, CDI (Georg Nolte), *Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs*, Doc CDI NU, 70e sess, Doc off A/73/10 (2018) reproduit dans Annuaire CDI 2018, vol 2, partie 2, pp 16–122 aux pp 112–113 [CDI, interprétation Projet de conclusions commenté (2018)]. Voir aussi *ibid*, conclusion 4(2) qui mentionne qu'« [i]l peut être fait appel à toute autre pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32. »

De plus, la CDI s'est engagée dans la même direction avec ses travaux sur l'identification des règles de *jus cogens* : elle a proposé qu'en plus des décisions de juridictions internationales et de la doctrine, les « travaux des organes d'experts établis par les États ou les organisations internationales » puissent aussi servir de moyens auxiliaires de détermination (du caractère impératif des normes du droit international général, dans le cas qui occupe en l'espèce la CDI)[1119]. Les commentaires au Projet de conclusions nous apprennent que les documents n'émanant pas (directement) des États facilitent la détermination des preuves de l'acceptation et de la reconnaissance en leur donnant un contexte, sans qu'ils soient eux-mêmes les preuves de cette acceptation[1120]. Les organes d'experts visés par le Projet de conclusions sur le *jus cogens* ne visent cependant pas les groupes privés qui n'ont pas de mandat intergouvernemental : l'Institut de droit international (IDI) ou l'Association de droit international (ADI) sont exclus, étant plutôt classés parmi les contributions à la doctrine. Les documents visés sont plutôt les travaux de la Commission elle-même ainsi que ceux des organes conventionnels d'experts, mais aussi, par exemple, les observations générales du Comité des droits de l'homme, les opinions du Haut-Commissaire aux réfugiés, les rapports des Rapporteurs spéciaux et les observations de la Commission interaméricaine des droits de la personne[1121]. Malgré cette définition relativement étroite, l'utilisation du même langage qu'on retrouve à l'article 38 dans la référence aux moyens auxiliaires de détermination du droit envoie un autre signal quant à l'importance contemporaine des travaux d'organes d'experts – même limitée aux organes conventionnels – comme sources subsidiaires persuasives de détermination du droit.

Les manuels internationaux en DIH

Comme pour les autres branches du droit international, les manuels internationaux de DIH sont développés sous l'égide d'une institution non étatique bien établie et souvent rattachée à un établissement universitaire, mettant à contribution des experts agissant en leur capacité individuelle, mais possédant une connaissance appréciable de la pratique de leur État de rattachement. Les

[1119] CDI, *jus cogens* Projet de conclusions 9 (2019), *supra* note 847 à la p 152. Voir aussi les commentaires *ibid* aux paras 84–87.

[1120] ONU, CDI (Dire Tladi), *Deuxième rapport sur le jus cogens*, Doc off CDI NU, 69e sess, Doc NU A/CN.4/706 (2017) au para 84 [CDI, ju*s cogens* deuxième rapport (2017)]; CDI, *jus cogens* Projet de conclusions (2019), *ibid* à la p 181.

[1121] ONU, CDI, ju*s cogens* deuxième rapport (2017) *ibid* au para. 84 ; CDI, *jus cogens* Projet de conclusions (2019), *ibid* aux pp 183–184.

principaux manuels internationaux en DIH sont les suivants[1122] : le *manuel de San Remo* de 1994[1123] ainsi que ses prédécesseurs les *manuels d'Oxford* de 1880[1124] (toutefois applicable à la guerre sur terre) et de 1913[1125], ainsi que le *manuel du HPCR* de 2009[1126], les manuels de Tallinn[1127] et le MILAMOS[1128] avec cependant certains *caveat* qui sont mentionnés ci-dessous.

Parmi ces manuels, le *Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés en mer* de 1994[1129] est probablement le plus connu. La guerre navale est un sujet qui se prête particulièrement bien à la codification privée ; à ce jour, les règles gouvernant la conduite de celle-ci ne sont toujours pas consignées dans un traité, la CGII étant consacrée uniquement au traitement des blessés, malades et naufragés des forces armées sur mer. Le *manuel de San Remo* a été élaboré par un groupe d'experts du droit international et d'experts navals qui ont participé, à titre personnel, à une série de tables rondes organisées par l'Institut international de droit humanitaire

---

[1122] Dans son ouvrage *Expert Law of War*, Petrov propose une recension détaillée des manuels internationaux en DIH : il identifie le *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* de 2010 (aux pp 37–44), l'*Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian* Law de 2009 (aux pp 44–51), le *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* de 2013 (aux pp 51–62) le *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflict at Sea* de 1994 (aux pp 63–65), l'[ICRC's] *Customary IHL Study* de 2005 (aux pp 65–68), le *Manual on the Law of Non-international Armed Conflict* de 2006 (aux pp 68–69), le *UNESCO's Manual* de 2016 (à la p 69), le *Leuven Manual on Peace Operations* de 2017 (à la p 70), ainsi que les projets en cours des Universités McGill (*Military Uses of Outer Space* (MILAMOS)) et Adélaïde (*Woomera*) (aux pp 71–72). Il mentionne en outre des travaux connexes dans le domaine du droit humanitaire [notre traduction] tels que : le *Document et le Code de conduite de Montreux* (2008 /2010), le *Rapport Goldstone* des Nations Unies (2009), le rapport de 2012 *Living Under drones* (2012), le rapport *Losing Humanity – The Case against Killer Robots* (2012), les Commentaires aux CGI–IV (1949) et aux PAI–II (1977) et le *Handbook of International Humanitarian Law* du CICR (2013, pp 72–78) : Anton Orlinov Petrov, *Expert Law of War*, Cheltenham, Elgar 2020 [Petrov (2020)].

[1123] *Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés en mer* - texte complet préparé par des juristes internationaux et des experts navals réunis par l'Institut international de droit humanitaire, adopté en juin 1994 77:816 RICR (1995) 649–694 [manuel de San Remo (1994)].

[1124] *Manuel des lois de la guerre sur terre* (1880) Institut de Droit international, Tableau général des résolutions (1873-1956), Bâle, Hans Wehberg, 1957, pp 180–198, avant-propos de Gustave Moynier. <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?documentId=385327CC858DD0CBC12563140043A18E&action=openDocument> [manuel d'Oxford de 1880].

[1125] Manuel d'Oxford de 1913, *supra* note 222.

[1126] Pour un survol des différents éléments contenus dans le *HPCR Manual* et incluant ce qui constitue du développement du droit, voir Ian Henderson, « Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare : A Review » 49 :1–2 ML&LWR (2010) 169–184 [HPCR Manual (2009)] ; Petrov (2020), *supra* note 1122 aux pp 37–44.

[1127] Michael Schmitt, dir, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, 2e éd, Cambridge, CUP, 2017 [Tallinn Manual 2.0].

[1128] Page officielle du projet sur le site de l'Université McGill : <https://www.mcgill.ca/milamos/about>.

[1129] Manuel de San Remo (1994), *supra* note 1123.

(IIDH), avec le soutien du CICR. Comme l'affirme Garraway, ce manuel, quoique non contraignant, possède une grande valeur persuasive :

> *The Manual is not legally binding but, through the authoritative nature of its drafters and the increasing acceptance of its text amongst nations, it is exercising a considerable influence both as to the existing state of the law and as to its future development. A number of states have adopted it verbatim as their 'national' text* […].[1130]

Le *manuel de San Remo* n'est pas exempt de dispositions allant au-delà de la réaffirmation du droit existant : l'introduction au manuel lui-même mentionne ce fait, en prenant soin d'identifier quelles sont quelques-unes de ces innovations[1131]. Ce manuel est considéré comme l'équivalent moderne du *manuel d'Oxford des lois de la guerre maritime* de 1913[1132]. Son instigateur, l'Institut de droit international (IDI), a joué un rôle important dans le développement général du droit international au tournant du XX[e] siècle. Cette association scientifique a, depuis 1873, pour but de favoriser le progrès du droit international en travaillant à formuler les principes généraux, en poursuivant la consécration officielle des principes reconnus et en donnant son concours à toute tentative sérieuse de codification graduelle et progressive du droit international[1133]. L'élaboration du manuel allait de pair avec la troisième Conférence internationale de la Paix, conférence qui n'a finalement jamais eu lieu. C'est en effet la commission de l'IDI, « chargée de rechercher et de choisir les études ayant la plus grande utilité pour la préparation de la troisième Conférence de la Paix de La Haye » qui a préparé le manuel de 1913, avec comme rapporteur le professeur Fauchille. Ce manuel s'adressait directement aux États et aux gouvernements, dans le but de faire avancer le plus possible la préparation des négociations diplomatiques. En effet, jusqu'en 1912, aucun comité préparatoire à la troisième Conférence n'avait été mis sur pied. L'IDI posant l'hypothèse (réfutée par la suite) que « de […]

[1130] Garraway (2004), *supra* note 529 à la p 429.

[1131] Louise Doswald-Beck, « The San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea» 89:1 AJIL (1995)192—208 à la p 196 « *Much of the law on this subject is fragmentary and incomplete in existing treaties and other authorities, and therefore some of the provisions are in the nature of progressive development* », nommant plus loin ces développements, p. ex. l'inclusion des navires conçus ou adaptés pour lutter exclusivement contre la pollution de l'environnement marin parmi les navires exempts d'attaques (art 47*g*), le recours au détournement au lieu de la visite et de la perquisition ainsi que l'interdiction de la destruction des navires de passagers lorsqu'ils transportent exclusivement des passagers civils (art 47 *e*) : *ibid* à la p 202).

[1132] Manuel d'Oxford (1913), *supra* note 222.

[1133] IDI, *Statuts*, art 1, en ligne : < https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/Statuts-de-lInstitut-de-Droit-international.pdf >.

nouvelles grandes assises internationales seraient à prévoir pour l'année 1915 », elle élabora un manuel dans le but de faciliter et de canaliser les éventuelles délibérations[1134].

Il est, du reste, pertinent de noter que le *manuel d'Oxford* de 1913 constitue une réitération des efforts de développement progressif du droit international déployés par l'IDI quelques décennies plus tôt. À la suite de l'échec de la *Déclaration de Bruxelles* de 1874, l'IDI avait adopté à l'unanimité le *manuel d'Oxford* des lois de la guerre sur terre de 1880, rédigé par nul autre que Gustave Moynier, un des fondateurs de l'IDI, mais aussi du CICR. Ce manuel constitue une position de repli, de façon à offrir aux gouvernements — qui n'avaient pas su s'entendre en 1874 — « un 'Manuel', propre à servir de base, dans chaque État, à une législation nationale, conforme à la fois aux progrès de la science juridique et aux besoins des armées civilisées »[1135]. Dans sa démarche scientifique et privée, l'IDI s'est bien gardé d'aller au-delà de la *lex lata* :

> On n'y trouvera pas, au surplus, de téméraires hardiesses. L'Institut, en le rédigeant, n'a pas cherché à innover ; il s'est borné à préciser, dans la mesure de ce qui lui a paru admissible et pratique, les idées reçues de notre temps et à les codifier.[1136]

Le fait que l'IDI donne son concours à toute tentative sérieuse de codification graduelle et progressive du droit international illustre la grande déférence qu'elle avait envers les États. Comme l'affirme Petrov, les manuels internationaux de la fin du XIX^e^ et du début du XX^e^ siècle réaffirment la *lex lata* en temps d'impasse dans l'élaboration des traités[1137]. Étant réceptifs aux observations faites par Oraison pour expliquer l'effritement et la sclérose de l'IDI[1138], nous ajoutons que cette déférence explique en partie sa gloire au début du XX^e^ siècle, mais aussi le déclin que connaît aujourd'hui cette institution. Dès ses débuts, elle s'était taillée une place privilégiée, comme en témoigne la proposition (toutefois rejetée) de La Pradelle de tenir compte dans une mesure assez large des résolutions de cette institution comme une des diverses manifestations de la doctrine[1139]. L'apathie grandissante

---

[1134] IDI, Annuaire IDI 25 (1912) session de Christiania, 23–374 aux pp 23–25.

[1135] Manuel d'Oxford de 1880, *supra* note 1124, avant-propos de Gustave Moynier.

[1136] *Ibid*.

[1137] Petrov (2020), *supra* note 1122, à la p 11.

[1138] Oraison (1991), *supra* note 848, aux pp 560-561 : il nomme l'absentéisme, le dédoublement fonctionnel, la cooptation à vie et l'occidentalisme excessif de l'institution comme facteurs du déclin de l'IDI.

[1139] CPJI, PV (1920), *supra* note 610, à la p 336.

des États et leur réticence générale à adopter de nouveaux traités entrainent dans son sillage les institutions qui calquent leur plan de travail sur les actions et volontés des États.

La déférence aux États est encore présente aujourd'hui, mais se manifeste différemment dans les manuels. Par exemple, le *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* de 2010 a un lien particulier avec les États en raison de *l'Alabama process,* ce forum structurant les discussions informelles entre plus de 40 États dans le but d'identifier les priorités en ce qui concerne le développement et la clarification du DIH[1140]. C'est en effet au terme de ce processus qu'a été déterminé le besoin de mettre sur pied un processus d'experts indépendants pour consigner les règles de la guerre aérienne, incluant l'usage des missiles. Nous n'avons pas inclus ce manuel dans les documents qui sont le résultat de discussions entre États, puisque ces discussions n'étaient pas sur le contenu du manuel, mais uniquement sur l'opportunité de le créer. Il y a aussi le *manuel de Tallinn* (dans sa version initiale de 2013 et dans sa version 2.0 de 2017), qui, comme le souligne Sassòli, est un cas spécial[1141]. Composé *grosso modo* à 80 % de règles de DIH et à 20 % des règles sur l'usage de la force, ce manuel qui vise à réaffirmer les règles applicables à la cyberguerre[1142] a été rédigé par les représentants de l'OTAN, mais en leur capacité personnelle. Quoique le processus revendique l'impartialité propre à un groupe d'experts, le rattachement institutionnel reste très fort[1143]. De plus, le domaine de la cyberguerre est si récent qu'il n'y a pas encore de droit conventionnel applicable et qu'il est difficile de dégager des règles de DIC ; il est donc compliqué de faire autre chose que d'adapter les règles déjà existantes à une nouvelle réalité. Le manuel a tout de même connu un succès considérable (que Petrov attribue en partie à une bonne opération marketing[1144]). Même les États — qui étaient de prime abord réticents — ont accepté le manuel comme un outil supplémentaire plutôt qu'une menace à leur souveraine volonté.

La consignation des règles applicables à l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique à des fins militaires suit aussi un processus similaire, celui-ci hébergé par l'Université McGill, avec MILAMOS

[1140] Claude Bruderlein, « Introduction » (2012) 47 TILJ (2012) 261-264 à la p 262 [notre traduction]. Comme l'a souligné Sassòli, il est remarquable que les groupes armés non étatiques aient été complètement exclus de ce processus : Sassòli (2010), *supra* note 564, à la p 24.

[1141] Sassòli (2019), *supra* note 15 au para 4.63.

[1142] Tallinn Manual 2.0, *supra* note 1127.

[1143] Petrov (2020), *supra* note 1122 à la p 53.

[1144] *Ibid* à la p 61.

(*The McGill Manual on International Law Applicable to Military Uses of Outer Space*). Embrassant d'emblée autant le *jus in bello* que le *jus ad bellum*, l'objectif déclaré de ce manuel est

> [d']articuler et clarifier objectivement le droit existant applicable à l'espace extra-atmosphérique en ce qui concerne les activités militaires en temps de paix tout en soulignant les limites que le droit international impose à la menace ou à l'utilisation de la force dans l'espace extra-atmosphérique.[1145]

Ce projet connaît toutefois certaines difficultés : la plupart des experts qui y ont contribué initialement l'ont quitté pour rejoindre un autre groupe d'experts hébergé à l'Université d'Adélaïde travaillant sur le même sujet avec le *Woomera Manual*, les divergences d'opinions semblant motivées par des intérêts militaires[1146]. Comme le note Sassòli, cette scission affaiblira certainement les deux processus[1147].

Ce survol des manuels internationaux de DIH met la table pour une analyse de la valeur persuasive des contributions du CICR que sont l'Étude sur le DIHC et les Commentaires en tant que sources subsidiaires du DIH. En guise de transition, nous concluons cette section avec le *Mulinen Handbook*[1148] qui, aux dires du CICR, « reste une pierre angulaire des manuels de DIH et l'épine dorsale des activités de diffusion et d'intégration du CICR dans le monde »[1149]. Ce manuel a fait l'objet de deux mises à jour, respectivement en 2009 et en 2013[1150], la deuxième version étant insatisfaisante, même aux dires du CICR et d'un de ses auteurs[1151]. Ce document n'est pas classé

[1145] Page officielle du projet sur le site de l'Université McGill : <https://www.mcgill.ca/milamos/about> [notre traduction]. Il est en outre intéressant de noter qu'en exergue de la page d'accueil du manuel se trouve une citation de Gustave Moynier extraite du préambule du manuel d'Oxford de 1913 à l'effet qu'il ne s'agit pas d'une proposition de traité et sur son rôle d'appui aux gouvernements et aux États.

[1146] Page officielle du projet sur le site de l'Université d'Adélaïde : <https://law.adelaide.edu.au/woomera/>.

[1147] Sassòli (2019), *supra* note 15 au para 4.63.

[1148] Frédéric de Mulinen, *Handbook on the Law of War for Armed Forces*, Genève, CICR, 1987 / Frédéric de Mulinen, *Règles élémentaires du droit de la guerre : résumé pour les commandants, règles pour le comportement dans l'action, programme d'instruction*, Genève, CICR, 1993.

[1149] François Sénéchaud, « Military Manuals, An ICRC Perspective » dans Nobuo Hayashi, dir, *National Military Manuals on the Law of Armed Conflict*, Oslo, FICHL / PRIO, 2008, pp 139—146 à la p 145, en ligne : <http://www.prio.no/ficjc> [notre traduction] [FICHL Report (2008)].

[1150] Anthony P. V. Rogers et Paul Malherbe, *Fight It Right: Model Manual on the Law of Armed Conflict for Armed Forces*, Genève, CICR 1999; CICR (Andrew Carswell), *Handbook on international Rules Governing Military Operations*, Genève, CICR 2013, en ligne : <https://www.icrc.org/sites/default/files/topic/file_plus_list/0431-handbook_on_international_rules_governing_military_operations.pdf> [ICRC Handbook (2013)].

[1151] Sénéchaud dans FICHL Report (2008), *supra* note 1149 aux pp 141 et 149 : « *In 1999*, […] *the ICRC presented its Model Manual to all states attending the XXVII International Conference of the Red Cross and Red Crescent. This model manual was meant for adoption as it stood or for adaptation and completion by national authorities. It did not*

parmi les documents émanant de groupes d'experts en raison de son côté hautement technique et opérationnel. Il fait en effet état des méthodes d'application et des orientations stratégiques compatibles avec le DIH régissant les opérations militaires. Il se distingue aussi des manuels militaires nationaux puisqu'il n'est pas un manuel de mise en œuvre à proprement parler[1152]. C'est donc d'abord et avant tout un outil de diffusion et de vulgarisation auprès des forces armées. Qui plus est, ce sont les États parties à la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du DIH de 1977 qui ont invité le CICR à concourir activement à l'effort de diffusion du droit international humanitaire, notamment :

> a) en publiant du matériel destiné à faciliter l'enseignement du droit international humanitaire et en faisant circuler toutes informations utiles à la diffusion des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels ;
> b) en organisant de son propre chef ou à la demande de gouvernements ou des Sociétés nationales des séminaires et des cours sur le droit international humanitaire et en collaborant à cet effet avec les États et les institutions appropriées.[1153]

Si l'on met de côté le mandat qu'a attribué la Conférence internationale pour la préparation de l'Étude sur le DIHC[1154], il s'agit là du seul autre exemple d'une demande formelle des États au CICR d'utiliser son expertise pour publier du matériel et organiser des séminaires. Le cadre de cette action est toutefois bien défini : il n'est question que de diffusion du DIH existant et de facilitation à l'enseignement, évacuant ainsi toutes les démarches pouvant contribuer au développement du droit. Au demeurant, cette résolution n'est pas problématique, elle ne soulève aucune controverse

---

meet with the expected success, however. », « *Sénéchaud conceded that the ICRC Model Manual had shortcomings. It had been prepared in a hurry*. » et P.V. Rogers, *ibid* à la p 147 : « *As a co-author of the disappointing ICRC Model Manual, Rogers nevertheless considered that it was salvageable and could in fact contribute to the preparation of another manual. It was, in effect, put together at the last minute and suffered from the many authors having conflicting views*. ».

[1152] Dans ce sens, voir ICRC Handbook (2013), *supra* note 1146, foreword de Bill Nott, aux pp 3–4 : « *The Handbook will not replace national military manuals, which are required to comprehensively cover the international rules governing military operations and applicable to a State. However, it will supplement such manuals by putting the law into a practical and workable framework for military operations*. » ; William Fendrick dans « Minutes of the Discussion reported by Erika Ellyne » dans FICH Report (2008), *ibid* pp 147–150 à la p 147 : « *Fendrick also cautioned against adopting De Mulinen's Handbook as a substitute for other manuals such as the UK Manual. The former is more a compilation of checklists than a book of legal interpretation*. ».

[1153] *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Genève (1974-1977), 55e séance plénière, 1977, vol I à la p 216, « Résolution 21(IV) sur la Diffusion du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés », au para 4.

[1154] *Supra* section 3.3.2.1.

particulière et n'est pas invoquée pour justifier des actions du CICR dépassant les efforts de diffusion. Elle intervient toutefois dans l'évaluation de la contribution du CICR au développement du DIH.

7.3 Point de mire sur le Comité international de la Croix-Rouge

Comment préférer l'organisation d'une conférence d'experts à l'envoi de sacs de farine ?[1155]

Le CICR a été défini comme une entité unique[1156], « un cas particulier »[1157], l'organe le plus influent en DIH[1158]. C'est une organisation plus humanitaire qu'internationale ; elle est privée et non publique ; elle n'est pas intergouvernementale, mais pas complètement non gouvernementale non plus ; elle possède une personnalité juridique (limitée) en droit international et une immunité de témoignage de ses délégués devant certaines instances judiciaires internationales[1159]. Comme le résume habilement Rufin : « Suisse et universelle, neutre et traitant avec des États, puissante, mais dépendante de la parole donnée, telles sont les ambiguïtés de la Croix-Rouge internationale »[1160].

Le rapport entre le CICR et le DIH en est aussi un cas d'exception. L'organisation humanitaire possède une fiche impressionnante sur le plan de l'expertise en DIH. Son département du droit international et de la politique — auquel est intégrée l'équipe juridique — fournit une expertise pour soutenir les activités opérationnelles du CICR et « renforcer la position de l'organisation dans le

---

[1155] Étude sur le DIHC, *supra* note 7 à la p xxiv (préface de Yves Sandoz).

[1156] TPIY, *Procureur c Simić*, aff n° IT-95-9-PT, décision sur la Règle 73 (27 juillet 1999) au para 72 [TPIY, Simić (1999)], repris par Tarcisio Gazzini pour intituler son article « Unique Non-State Actor: The International Committee of the Red Cross » 4:1 (2010) HR&ILD 32–46 [Gazzini (2010)].

[1157] CDI (Georg Nolte), *Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités*, 65e sess, Doc off A/CN.4/660 (2013) au para 141 [CDI, interprétation premier rapport (2013)].

[1158] Schmitt / Watts (2015), *supra* note 14 à la p 192 [notre traduction].

[1159] Sur ce dernier point, voir TPIY, *Simić* (1999), *supra* note 1156 au para 146; CPI, *Règlement de procédure et de preuve*, 2002 (ICCASP/1/3 et Corr.1), deuxième partie, art 73(4). Voir aussi : Gabor Rona, «The ICRC privilege not to testify: confidentiality in action » (2002) 845 IRRC 207-219. De façon générale sur l'historique, le statut et le caractère juridique du CICR : MPEPIL (Hans-Peter Gasser) *sub verbo*, « International Committee of the Red Cross (ICRC) »(2016) aux paras 3–16 et 43–45 [MPEPIL, ICRC]. Voir aussi de façon générale sur le CICR : Thürer (2011) *supra* note 639 aux pp 236–239; Rotem Giladi et Steven R. Ratner, «The Role of the International Committee of the Red Cross » dans Academy Commentary CGI-IV (2015) *supra* à la note 631 aux pp 525–548 [Giladi/Ratner (2015)] .

[1160] Jean-Christophe Rufin, *L'aventure humanitaire*, Paris, Gallimard, 1994 à la p 53.

paysage mondial de la diplomatie et de la politique humanitaires »[1161]. Il travaille sur des sujets variés comme la conduite des hostilités, le DIH et le terrorisme et la violence basée sur le genre, et fournit des conseils d'experts sur des questions spécifiques, telles que l'utilisation des armes et les nouvelles technologies. Ce département inclut aussi les services consultatifs en matière de DIH qui interpellent les gouvernements sur les moyens d'améliorer l'acceptation et le respect du DIH au niveau national[1162]. Il est donc possible de partir de la prémisse qu'aux fins des sources du DIH, les documents élaborés par le CICR sont en partie assimilables aux manuels émanant de groupes d'experts. Mais il faut poursuivre l'analyse pour mieux définir l'identité multidimensionnelle de cette organisation; c'est ce que nous réalisons dans les prochaines sections, en examinant successivement la nature du rattachement du CICR avec les États (7.3.1), son rôle dans l'avancement de la protection juridique humanitaire (7.3.2), sa contribution au DIH via ses opérations (7.3.3) et via son travail d'éducation et de diffusion (7.3.4.).

7.3.1 Le rattachement statutaire du CICR aux États

En ce qui a trait à la fonction de réaffirmation du DIH dans le sens d'un développement progressif favorisant la protection de la personne humaine, on considère généralement que cette fonction du CICR prend sa source dans les *Statuts du Mouvement*[1163]. L'article 5 qui est pertinent en l'espèce :

> Selon ses Statuts, le Comité international a notamment pour rôle :
> […]
> *c)* d'assumer les tâches qui lui sont reconnues par les Conventions de Genève, de travailler à l'application fidèle du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et de recevoir toute plainte au sujet des violations alléguées de ce droit ;
> […]
> *g)* de travailler à la compréhension et à la diffusion du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et d'en préparer les développements éventuels ;
> *h)* d'assumer les mandats qui lui sont confiés par la Conférence internationale.[1164]

[1161] CICR, *Annual Report 2019*, vol I à la p 70 < https://library.icrc.org/library/docs/DOC/icrc-annual-report-2019-1.pdf > [notre traduction].

[1162] *Ibid* aux pp 70–77 [notre traduction].

[1163] Voir p. ex. Sivakumaran (ICLQ 2017), *supra* note 395 aux pp 5–6 ; Robin Geiß et Andreas Zimmermann, « The International Committee of the Red Cross: A Unique Actor in the Field of International Humanitarian Law Creation and Progressive Development » dans Robin Geiß, Andreas Zimmermann et Stefanie Haumer, dir, *Humanizing the Laws of War : The Red Cross and the Development of International Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, pp 215—255 à la p 223 [Geiß / Zimmermann (2017)]; Dörmann (2018) *supra* note 20 à la p 716.

Le rôle de préparation des développements éventuels du DIH prévu à l'alinéa *g)* est en effet invoqué pour fonder les mandats assumés par le CICR relevant plus du développement normatif que des opérations humanitaires. Nous concevons nous aussi qu'il s'agit là d'un fondement valide pour expliquer — voire justifier — l'implication du CICR dans le développement du DIH. Nous n'évaluons toutefois pas que les *Statuts du Mouvement* constituent une habilitation formelle et officielle de la part des États, et ce, même s'ils ont été adoptés par la Conférence internationale. Comme l'affirment Giladi et Ratner: « [*a*]*lthough the ICRC is governed by Statutes approved by, among others, the states parties to the Conventions, it is not an agent of states* »[1165]. Un Statut constitutif reste un document de régie interne dont l'opposabilité est limitée aux membres. Or, Le Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge est différent de la Conférence internationale, même si cette dernière a participé à l'adoption de l'instrument ; les États parties aux CGI–IV (1949) font partie de la seconde, mais pas de du premier. L'article 2 des Statuts pose justement la nature du rapport entre ces États et le Mouvement en le qualifiant de collaboratif, et en spécifiant que « [l]a mise en œuvre des présents Statuts par les composantes du Mouvement n'affecte pas la souveraineté des États, dans le respect du droit international humanitaire »[1166]. Il reste donc la Résolution 21 : le fait qu'elle ait été adoptée directement par la Conférence diplomatique offre une base plus solide d'un mandat au CICR de la part des États. Or, la volonté manifestée par les États dans cette résolution se limite strictement aux efforts de diffusion et d'éducation[1167]. Il est donc difficile d'ancrer dans cette

---

[1164] *Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, adoptés par la XXV[e] Conférence internationale de la Croix-Rouge à Genève en 1986 (amendés en 1995 et 2006), art 5(2) *g)*, en ligne : < https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/statutes-fr-a5.pdf > [Statuts du Mouvement]. Voir aussi, *ibid* art 6(4) j) : « Pour atteindre l'objet général, […] la Fédération […] exerce notamment les fonctions suivantes : *j)* aider le Comité international dans la promotion et le développement du droit international humanitaire et collaborer avec lui dans la diffusion de ce droit et des Principes fondamentaux du Mouvement auprès des Sociétés nationales. ».

[1165] Giladi / Ratner (2015), *supra* note 1159 au para 10. Voir dans ce sens la conclusion de Mühlrel à l'effet que les commentaires du CICR ne peuvent être utilisés comme un moyen supplémentaire d'interpréter des traités en vertu de l'art 32 CVDT (1969) : Linus Mühlrel, « Die Kommentare des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz, ihre Autorität und ihr Einfluss auf die Entwicklung des Humanitären Völkerrechts im Wandel der Zeit » dans Isabella Risini, Felix Boor, Stefan Lorenzmeier, et Sebastian Wuschka, dir, *Zeit und Internationales Recht: Fortschritt - Wandel - Kontinuität*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, pp 139–172 à la p 165 [Mühlrel (Die Kommentare 2019)] ; on peut en outre inférer cette position chez Gasser qui, dans son entrée sur le CICR dans l'Encyclopédie Max Planck, mentionne l'article 5 des Statuts pour fonder les différents mandats du CICR, et mentionne aussi son rôle dans le développement du droit, sans toutefois associer le premier au second : MPEPIL, ICRC, *supra* note 1159 aux paras 20 et 26.

[1166] Statuts du Mouvement, *supra* note 1164 à l'art 2(5).

[1167] Voir dans ce sens le livret de référence à l'attention des États relativement au processus de transposition des règles juridiques en mesures concrètes pour en assurer le respect, où la Résolution 21 est citée intégralement dans la section consacrée à la définition du rôle du CICR : CICR, *Integrating Law*, Genève, CICR, 2007 à la p 41.

Résolution un mandat relatif au développement, aussi peu progressif soit-il, du DIH dans le cadre des activités du CICR.

Le mandat, ou plus exactement les mandats que possède le CICR sont donc plus ambigus qu'il n'y paraît à première vue. Si les prérogatives du droit de visite rattachées au mandat de protection du CICR sont inscrites directement aux articles 126 de la CGIII et 143 de la CGIV, le mandat régissant les opérations d'assistance humanitaire ne désigne pas aussi clairement le CICR pour être le « gardien du DIH », expression qui du reste ne se trouve pas dans les CGI–IV (1949)[1168]. On infère généralement ce mandat des dispositions de l'article 3 et des articles 9/9/9/10 communs, ainsi que des articles 5(3) et 81 du PAI (1977) qui mentionnent la possibilité pour le CICR d'offrir ses services humanitaires impartiaux[1169] : ce sont sur ces dispositions que s'appuie le CICR lorsqu'il affirme dans son énoncé de mission officielle que « [l]es quatre Conventions de Genève et le Protocole additionnel I confèrent au CICR le mandat spécifique d'agir en cas de conflit armé international. […] Les Conventions lui accordent également un large droit d'initiative »[1170]. Nous ne nous engageons pas davantage dans la vérification de cette partie de l'hypothèse — tout de même féconde — de Giladi sur l'ambiguïté de l'existence du mandat opérationnel. Nous reconnaissons toutefois que l'autre mandat, celui de la contribution au développement progressif, est, quant à lui, des plus équivoques[1171].

7.3.2 Un lobbyiste pour l'humanité ?

L'ambiguïté dans l'habilitation étatique n'est pas une fin de non-recevoir en soi. Avec ou sans mandat clair de la part des États, nul ne peut contester que le CICR joue un rôle unique dans le

---

[1168] Rotem Giladi, « The Utility and Limits of Legal Mandate: Humanitarian Assistance, the International Committee of the Red Cross and Mandate Ambiguity » dans Andrej Zwitter, Christopher K. Lamont, Hans-Joachim Heintze et Joost Herman, dir, *Humanitarian Action: Global, Regional and Domestic Legal Responses*, Cambridge, CUP, 2015, pp 81–106 à la p 87 [Giladi (2015)] : « *Nonetheless, the ICRC conventional assistance mandate is not a straightforward proposition. It is far more ambiguous than statutory or other public assertions suggest. Anchoring such assertions in actual treaty text proves elusive: a wide gap separates broad asserted mandate from the meagre language of provisions mandating ICRC assistance (and protection) activities*. »

[1169] Voir aussi CGIII (1949) aux arts 123, 125 et 126 ; pour le droit d'initiative humanitaire : CGI–IV (1949) aux arts 3, 9, 10 et 11 communs pour les Puissances protectrices. De façon générale, voir MPEPIL, ICRC, *supra* note 1159 aux paras 21–22.

[1170] CICR, « Notre mandat et notre mission », en ligne : <https://www.icrc.org/fr/notre-mandat-et-notre-mission>.

[1171] Voir, en plus des écrits de Giladi (2015) *supra* note 1168 : Cryer (2006) *supra* note 459 à la p 240.

développement du DIH. Même Petrov, qui fait une critique acerbe des manuels internationaux d'experts, reconnaît la place particulière qu'occupe le CICR dans le paysage du DIH :

> *The ICRC provides a particular case of expert work.* […It] *publishes the restatements and interpretations as its own institutional position. This allows drafting Expert laws of war concise and stringent documents. The ICRC is also most transparent as regards the sources and methodology used. Nonetheless, or because of that, the products of the ICRC have faced most and harshest criticism, yet also made their way into national and international court decisions as well as domestic military manuals*.[1172]

C'est justement là que réside une nuance importante : le CICR joue un rôle de premier plan dans le monde du DIH, il promulgue sa propre interprétation du droit, il s'efforce de clarifier le statut et le contenu des règles, il encourage et aide les États à ratifier les traités de DIH, il diffuse la connaissance du DIH aux États et aux autres parties aux conflits armés, il surveille même la mise en œuvre et rappelle aux parties leurs obligations[1173]. Il fait tout cela, sans pourtant avoir un mandat clair lui attribuant explicitement et exclusivement ce rôle. Ajoutons à cela que, contrairement à d'autres traités multilatéraux fondamentaux de droit international, il n'y a pas d'organe des Nations Unies composé d'experts indépendants désignés et élus par les États parties pour des mandats de quatre ans renouvelables créés en vertu des CG I–IV (1949) pour en surveiller l'application; la Conférence internationale est ce qui s'en rapproche le plus, mais le fonctionnement diffère grandement, celle-ci ne disposant pas, par exemple, de la possibilité de recevoir et d'examiner des rapports périodiques des États parties ou des plaintes émanant de particuliers.

C'est dans ce contexte que, du point de vue de la contribution au développement du DIH, nous définissions le CICR comme étant une organisation rattachée, mais pas strictement habilitée par les États. Ce rattachement aux États reste toutefois très fort. Cela est dû au fait qu'une des contributions du CICR au développement du DIH se fait en assumant un rôle auxiliaire face aux États : les travaux du CICR font en effet partie du processus de vérification de l'existence des règles formulées par les États, leur fonction initiale étant de confirmer l'existence de règles qu'on cherche à démontrer[1174]. En

---

[1172] Petrov (2020), *supra* note 1122 aux pp 237–238.

[1173] Giladi (2015) *supra* note 1168 à la p 84 [notre traduction] et de façon générale, Giladi / Ratner (2015) *supra* note 1159.

[1174] Dans le cas qui nous intéresse, le terme « auxiliaire » est utilisé dans le sens général de « complémentaire » tel qu'on le retrouve p. ex. à l'article 38(1) *d)*. Il n'est pas ici question ici du rôle d'auxiliaire des pouvoirs publics dans le

plus d'avoir la Conférence internationale comme organe suprême de délibération du Mouvement auquel il appartient, le CICR a toujours été présent et actif dans les efforts de codification du DIH. Dès sa création, le second volet du projet d'Henry Dunant avec le CICR était l'adoption d'un traité international qui protégerait les soldats hors combat et garantirait la neutralité du personnel médical sur le champ de bataille[1175]. Les États l'ont volontairement suivi dans ce projet, avec dans les mains l'ébauche de ce qui allait devenir la *Convention de Genève* de 1864, qui avait été préparée non par les représentants gouvernementaux, mais pas le « Comité de Genève »[1176]. En poursuivant toujours en parallèle ses opérations humanitaires, le CICR a convoqué les conférences d'experts gouvernementaux qui ont donné comme résultat les CGI–IV (1949), pour lesquelles il avait aussi formulé des recommandations[1177]. Aussi tôt que 1955, le CICR a pris l'initiative de mettre sur pied un groupe de travail pour préparer les ébauches des règles ayant pour but d'améliorer et de développer les dispositions qui protègent les victimes des conflits armés ; celles-ci sont devenues les bases des PAI–II (1977)[1178]. À toutes ces étapes, le CICR a travaillé avec les États, leur laissant le dernier mot d'adopter ou non les instruments. Vers la fin du XX^e^ siècle, le CICR a cependant modifié sa stratégie : plutôt que de proposer d'élargir le champ d'application du DIH en développant de nouveaux instruments normatifs formels, il a investi le potentiel d'approfondissement substantiel des protections juridiques existantes[1179] ; c'est en application de cette nouvelle approche qu'ont été élaborées les deux contributions analysées plus bas, soit l'Étude sur le DIHC et les Commentaires actualisés. Comme l'affirme Wellens: « *The current stage of development of the law of armed conflict*

---

domaine humanitaire que jouent les sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge dans leur pays respectifs et qui se caractérise par un statut juridique spécifique fondé entre autres sur la législation nationale de chaque État. Ce rôle d'auxiliaires renvoie à des activités à caractère essentiellement national (voir XXVIII^e^ Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *Les Sociétés Nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge en tant qu'auxiliaires des pouvoirs publics dans le domaine humanitaire : Conclusions de l'étude effectuée par la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, Doc. 03/IC/12, 2003).

[1175] Le premier volet étant la création d'une organisation privée pour venir en aide aux blessés sur le champ de bataille : MPEPIL, ICRC, *supra* note 1159 au para 3.

[1176] MPEPIL, ICRC *ibid* au para 28 ; Geiß / Zimmermann (2017), *supra* note 1163 aux pp 220–223. Voir aussi, en général sur l'influence qu'exerce le CICR dans la négociation de traités dans le cadre d'une analyse du rôle des acteurs non-étatiques dans le *law-making* : Boyle / Chinkin (2007), *supra* note 35 aux pp 62–64.

[1177] P. ex. *Rapport sur les travaux de la conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des conventions protégeant les victimes de la guerre*, Genève, 1947 à la p 8.

[1178] Voir Bosko Jakovljevic, rapporteur, « Report of Commission I » dans *the Reaffirmation and Development of international Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Conference of Government Experts, Genève, 1971 à la p 23 au para 40.

[1179] L'expression vient de Geiß/Zimmermann (2017), *supra* note 1163 aux pp 222 et 231 [notre traduction de : « *substantive deepening of existing legal protections* »].

could not have been reached by the governments involved without the decisive role as initiator and participant by the ICRC ».[1180]

Certains voient le CICR comme un *norm entrepreneur*[1181]. Dans ses rapports avec les États, ceux-ci étant les entités possédant tout le pouvoir de faire le droit international, nous considérons que le travail du CICR en est un d'incitation… et de persévérance. Sans être dans une position d'imposer quoi que ce soit aux États, il a toujours maintenu une relation de confiance et de proximité avec ceux-ci, mettant à leur service une expertise établie en DIH. En tant qu'acteur crédible et accepté, le CICR a exercé une influence considérable sur l'établissement d'agendas des négociations internationales. Il a aussi la possibilité (et non le pouvoir, ce qu'il utilise à son avantage) d'interroger les gouvernements des États membres de la Conférence internationale sur leurs pratiques et leurs points de vue respectifs, de façon à recueillir une large approbation de leur part le temps venu. On pourrait associer ces actions à du lobbying : le CICR est en quelque sorte le porte-voix, non pas d'un client privé, mais de l'humanité qui chuchoterait aux oreilles des dirigeants mondiaux. L'humanisation du DIH comme une réponse au processus nécessairement politisé de la formation du droit international pour accélérer une nécessaire mutation est un projet noble, mais il y a lieu de se questionner sur les motifs qui poussent le CICR à s'investir de ce mandat. La réponse se trouve en partie dans les opérations du CICR.

7.3.3 Une contribution opérationnelle au développement du DIH

Quand Boyle et Chinkin affirment que « [*p*]*art of the ICRC' role* […] *is to keep the treaties up-to-date*, *based on its experience in the field and its understanding of developments in modern warfare* »[1182], on comprend que le travail sur le front juridique nourrit le travail sur le front humanitaire, et vice-versa. Sans revenir sur le fondement du mandat de l'organisation pour cet aspect de son travail, rappelons que le CICR mène des activités humanitaires de façon ininterrompue depuis la Première Guerre mondiale et la guerre civile d'Espagne, jusqu'aux conflits armés du XX^e^ et du XXI^e^ siècle

[1180] Wellens (1994), *supra* note 63 à la p 14.

[1181] P. ex. Geiß/Zimmermann (2017), *supra* note 1163 aux pp 218 et suiv ; Provost (2007), *supra* note 996 aux pp 642–643, qui semble toutefois y attribuer une connotation négative, voyant la contribution du CICR dans la formation du droit comme participant à une négation de la diversité culturelle.

[1182] Boyle/Chinkin (2007) *supra* note 35 à la p 204.

faisant rage au Moyen-Orient et en Afrique, en passant par la crise des missiles de Cuba et la guerre entre le Nigéria et le Biafra dans les années 60 et 70[1183]. Pour bien comprendre où se place le CICR sur l'échiquier humanitaire, nous évoquerons brièvement comment le travail de protection et d'assistance du CICR contribue lui-même au DIH, d'une part, via la détermination du droit coutumier et, d'autre part, via l'interprétation du droit conventionnel.

Tout d'abord, les activités du CICR n'étant pas étatiques, elles ne peuvent pas contribuer de façon constitutive à une règle de droit coutumier. Elles peuvent cependant contribuer au développement et à la détermination du DIC, tout comme peuvent le faire les déclarations officielles telles que les appels en faveur du respect du DIH, les études et les publications en tant que registres utiles de la pratique pertinente. C'est ce que nous apprend le Projet de conclusions sur le DIC 4(3) de la CDI, avec ses notes afférentes[1184]. Cette position est, somme toute, similaire à celle adoptée par le TPIY dans l'affaire *Tadić* (1995). Lorsqu'est venu le moment d'évaluer l'apparition des règles de DIC relatives aux CANI, le tribunal a mentionné l'action du CICR comme un facteur ayant contribué à la formation des règles de DIC en cause, « en plus du comportement des États belligérants, des gouvernements et des rebelles » :

> On le sait, le CICR a été extrêmement actif en encourageant l'élaboration, l'application et la diffusion du droit international humanitaire. Sous l'angle qui nous intéresse, à savoir l'apparition de règles coutumières concernant les conflits armés internes, le CICR a apporté une contribution remarquable en demandant à toutes les parties aux conflits armés de respecter le droit international humanitaire. Il est notable que, lorsqu'il s'est trouvé confronté à des conflits armés non internationaux, le CICR ait encouragé l'application des principes fondamentaux du droit humanitaire par les belligérants. De plus, dans toute la mesure du possible, il s'est efforcé de persuader les Parties au conflit de respecter les Conventions de Genève de 1949 ou, au moins, leurs principales dispositions. Quand les Parties, ou l'une d'elles, ont refusé de respecter l'essentiel du droit international humanitaire, le CICR a indiqué qu'elles devraient, au minimum, respecter l'article 3 commun. Cela montre que le CICR a encouragé et facilité l'application des principes généraux du droit humanitaire aux conflits armés internes. Les résultats pratiques ainsi obtenus par le CICR en incitant au respect du droit

[1183] Pour un résumé succinct des activités opérationnelles du CICR depuis sa fondation, voir MPEPIL, ICRC, *supra* note 1159 aux paras 3–16.

[1184] CDI, DIC Projet de conclusion 4 (3), *supra* note 394 : « La conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2. » Voir aussi Wood (2018), *supra* note 406 à la p 732, qui cite à l'appui le rapport de 2016 de la CDI à l'AG, A/71/10 à la p 95 au para 10.

> international humanitaire doivent, par conséquent, être considérés comme un élément de la pratique internationale effective ; c'est un élément qui a nettement contribué à l'apparition ou à la cristallisation de règles coutumières.[1185]

Le passage souligné révèle que, si les résultats pratiques obtenus par le CICR ne constituent pas de la pratique, ils peuvent cependant provoquer de la pratique étatique, ce qui s'aligne avec la position adoptée par la CDI dans le Projet de conclusions relativement à la contribution à la détermination et au développement du droit international coutumier.

En outre, dans l'avis de la CIJ *sur l'édification d'un mur*, la question de l'applicabilité de la CGIV (1949) dans le territoire palestinien occupé a donné lieu à une prise en considération des positions prises par le CICR, cette fois-ci dans le contexte, non pas de la détermination du DIC[1186], mais de l'interprétation d'un traité, tel que l'avons conclu plus haut[1187] :

> De plus, la Cour observera que le CICR, dont la situation particulière en ce qui concerne l'exécution de la quatrième convention de Genève doit être « en tout temps reconnue et respectée » par les parties conformément à l'article 142 de la convention, a, lui aussi, pris parti sur l'interprétation à donner à la convention. Par la déclaration du 5 décembre 2001, il a en effet rappelé que « le CICR a toujours affirmé l'applicabilité *de jure* de la IVe convention de Genève aux territoires occupés depuis 1967 par l'État d'Israël, y compris Jérusalem-Est.[1188]

Ce second type de contribution du CICR, soit celle via l'interprétation du droit conventionnel[1189] nous permet de faire une incursion dans le Projet de conclusions de la CDI sur les accords et les pratiques ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. Plus précisément, le projet de conclusion 13(3) nous apprend qu'un « prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut donner naissance ou faire référence […] à une pratique ultérieure au sens de l'article 32 », c'est-à-dire la conduite d'une ou

---

[1185] TPIY, Tadić (1995), *supra* note 89, aux paras 108 et 109 [notre soulignement]. Voir aussi Gazzini (2010), *supra* note 1152, aux pp 44 et 45.

[1186] *Contra* Schlütter (2010), s*upra* note 5 à la p 165: « *Following the findings of the opinion, it may be concluded that the work of the ICRC may count as additional evidence of 'opinio juri'* [sic] *leading to the formation of a certain customary rule of international humanitarian law. At the least, it was cited to buttress conclusions that were reached on the basis of the other evidence cited*. »: nous ne nous rallions pas à cette adéquation entre prise en considération des positions du CICR et élément contributoire au DIC en tant qu'*opinio juris*.

[1187] *Supra* section 3.3.3.

[1188] CIJ, avis sur l'édification d'un mur (2004), *supra* note 500 au para 97.

[1189] Voir, en plus de l'extrait cité, *ibid*, au para 94, citant l'art 31 CVDT (1969).

de plusieurs des parties dans l'application du traité[1190]. Après analyse, nous concluons que les prononcés du CICR n'entrent pas dans cette catégorie à des fins d'interprétation des CGI–IV (1949) et des PAI–II (1977). En effet, l'organe d'experts visé doit être « institué en vertu d'un traité » et ne doit pas être une organisation internationale[1191]. La conduite d'acteurs non étatiques comme le CICR reste cependant pertinente. En effet, le projet de conclusion 2(4) prévoit que la conduite ultérieure dans l'application du traité qui n'est ni n'authentique au sens de l'article 31 CVDT (1969) ni une autre pratique ultérieure au sens de l'article 32, peut tout de même être utilisée comme moyen complémentaire d'interprétation. La CDI spécifie en effet que :

> Toute autre conduite, y compris d'acteurs non étatiques, ne constitue pas une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32. Une telle conduite peut toutefois être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité. [1192]

Autrement dit, la CDI ouvre la porte à une prise en considération des conduites qui n'émanent pas des États pour contribuer à la détermination d'un sens autrement aigu ou obscur d'une disposition conventionnelle. Pour illustrer cette conclusion, Nolte utilise deux exemples tirés des activités du CICR pour interpréter l'obligation de rapatriement prévue à l'article 118 CGIII (1949) comme étant relative et non absolue : 1) la pratique du CICR contraire à une interprétation dans le sens de l'obligation absolue ; et 2) la formulation de la R128A) de l'Étude sur le DIHC qui porte à croire à une acceptation par les États de la relativisation de l'obligation[1193]. De plus, dès son premier rapport, Nolte a pris soin de mentionner le rôle particulier du CICR : le Rapporteur spécial reconnaît que sa pratique en tant qu'organisation internationale peut être à l'origine de la pratique ultérieure des parties. Sans la confondre avec la pratique que suivent les parties au traité elles-mêmes, la CDI reconnait explicitement que les prononcés du CICR interprétant les CGI–IV (1949) et les PAI–II

[1190] CDI, interprétation Projet de conclusions (2018), *supra* note 1117 . Voir aussi CDI, interprétation Projet de conclusions commenté (2018), *supra* note 1118 à la p 21 au sujet de la conclusion 2(4) qui prévoit que la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité qui n'est pas authentique (c.-à-d. celle qui est une preuve objective de la conduite des toutes les parties au sens de l'article 31 CVDT (1969) peut tout de même être utilisée comme moyen d'interprétation complémentaire au sens de l'article 32 CVDT (1969).

[1191] *Ibid* à la conclusion 13(1) ; voir dans le même sens Mührel (Die Kommentare 2019), *supra* note 1165.

[1192] CDI, interprétation Projet de conclusions commenté (2018), *supra* note 1118 à la p 21.

[1193] *Ibid* à la conclusion 5(2) ; à la p 42 aux paras 15–17 et à la p 50 aux paras 15–16.

(1977), comme les *Lignes directrices sur la participation directe aux hostilités* (Guide sur la PDH), peuvent avoir une incidence sur la pratique ultérieure des États[1194].

En résumé, en suivant les indications posées par la CDI dans ses projets de conclusion, la conduite du CICR peut donc contribuer au DIH via le DIC et l'interprétation conventionnelle, mais le niveau de pénétration est faible : subordonnée aux actions des États, elle se retrouve au bas de la liste des éléments contributifs accessoires, ne faisant l'objet d'aucune mention expresse comme c'est le cas par exemple pour les décisions judiciaires internationales et la doctrine ordinaire (en ce qui a trait à la détermination du DIC[1195]) ainsi que les travaux et prononcés d'organes conventionnels d'experts (en ce qui a trait à la contribution à la pratique ultérieure visant l'interprétation conventionnelle). Comment se fait-il alors que la doctrine, les tribunaux, les Nations Unies et même les États s'appuient et citent autant l'Étude sur le DIHC et les Commentaires aux Conventions et aux Protocoles additionnels ? À quoi tient cette valeur persuasive ? Avant de répondre à ces questions, nous terminons cette section avec un aspect qui ajoute à la popularité de ces deux documents : le fait qu'ils soient si facilement accessibles.

7.3.4 Une contribution éducative au développement du DIH : le CICR, la diffusion du DIH et l'avantage numérique

Le CICR offre, via son site Internet, un accès gratuit et facile à ses ressources, incluant l'Étude sur le DIHC et la base de données afférente, tous les Commentaires aux CGI–IV (1949) et aux PAI–II (1977), ainsi qu'une sélection d'articles en français et en anglais de la RICR / IRRC[1196]. Le fait que les chercheurs, les États et les tribunaux traitent différemment les Commentaires du CICR des Commentaires de l'Académie[1197], ou ceux de Bothe, Partsch, Solf et Eaton[1198], n'est certainement

---

[1194] CDI, interprétation premier rapport (2013), *supra* note 1157 aux paras 135, 141–143 ; Nils Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire* (trad. de l'anglais) Genève, CICR, 2010, en ligne : <https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/icrc_001_0990.pdf> [Guide interprétatif PDH (2010)].

[1195] CDI, DIC Projets de conclusions 13 et 14 *supra* note 394.

[1196] Il faudra voir si le fait que la IRRC / RICR soit maintenant hébergée dans la base de données de Cambridge University Press, qui génère un usage à péage, aura des conséquences sur le rayonnement de ces publications. Il est toutefois à noter que les Commentaires restent disponibles en ligne, tout comme l'Étude sur le DIHC, même si celle-ci est publiée conjointement avec la CUP.

[1197] Academy Commentary GCI–IV (2015), *supra* note 631.

[1198] Bothe / Partsch / Solf / Eaton Commentary (2013), s*upra* note 639.

pas parce que leurs auteurs sont des publicistes moins qualifiés[1199]. C'est peut-être en partie en raison du caractère particulier du CICR ; c'est peut-être aussi parce qu'il s'agit de documents facilement accessibles. En effet, bon nombre d'individus, associés ou non à une organisation internationale, n'ont pas d'affiliation leur permettant de bénéficier d'un accès aux collections numériques comme le permettent les bibliothèques universitaires. Il en va de même pour les juristes et chercheurs affiliés à des institutions ayant un catalogue (virtuel et papier) limité, voire inexistant, ou même pour les juristes, chercheurs et professeurs qui possèdent un accès payant, mais qui ne désirent pas, pour des raisons pratiques de temps, d'utilisation de bande passante et d'alphabétisation numérique, passer à travers tous les obstacles techniques qui les séparent de la consultation d'un document protégé derrière un *paywall* institutionnel. Ainsi, une fois l'habitude prise de consulter les ressources qui sont plus aisément accessibles, cette consultation pourra devenir plus régulière, plus systématique, simplement parce que c'est plus facile[1200].

Cette précision ayant été apportée, nous consacrons les deux prochaines sections à l'analyse de deux contributions du CICR, soit l'Étude sur le DIHC de 2005 et les Commentaires aux Conventions et ses Protocoles additionnels, pour analyser de quelles façons et pour quelles raisons ils sont des sources subsidiaires du DIH qui possèdent une grande valeur persuasive.

7.4 L'Étude sur le DIHC comme un document hybride qui consigne ce que le CICR considère comme étant les règles de droit coutumier

Depuis sa publication en 2005, l'Étude sur le DIHC a connu un succès que nous qualifions de retentissant. Ce succès se définit principalement par son existence incarnée au sein de la communauté du DIH. En moins d'un quart de siècle, on retrouve une multitude d'instances qui citent les règles ainsi que la pratique consignée dans l'Étude. En plus des organisations non gouvernementales comme *Human Right Watch* (HRW) et *Amnesty International* (AI) qui invoquent

---

[1199] Voir dans le même sens Sassòli (2019), *supra* note 15 au para 4.68.

[1200] À noter que c'est dans la même optique d'une diffusion « grand public » menant à une plus grande circulation au-delà de l'auditoire primaire que sont les forces armées américaines qu'a été publiée la plus récente mouture du DoD Manual des États-Unis (à la différence qu'il s'agit là d'une contribution à la pratique étatique et non d'un ouvrage de doctrine) : Kenneth Watkin, « The ICRC Updated Commentaries: Reconciling Form and Substance » Part I (24 août 2016) en ligne (blogue *Just Security*) : < https://www.justsecurity.org/32538/icrc-updated-commentaries-reconciling-form-substance/> [Watkin (Part I 2016)].

régulièrement l'Étude pour dénoncer des violations du droit international, les Nations Unies se trouvent aux premiers rangs des acteurs de la communauté internationale qui invoquent l'Étude dans leurs prononcés[1201] : les commissions d'enquête sur le conflit de Gaza de 2009 et sur l'incident de la flottille du 31 mai 2010, le groupe d'experts sur la responsabilité au Sri Lanka et la commission internationale d'enquête sur la Syrie se sont tous largement appuyés sur l'Étude dans leurs rapports respectifs, tout comme l'a fait la commission d'enquête internationale sur la Lybie en 2011 ; les références aux règles consignées dans l'Étude sont aussi nombreuses dans les rapports des Rapporteurs spéciaux saisis de la question des personnes déplacées au Liban et en Israël ainsi que dans plusieurs rapports du Haut-Commissaire aux droits de l'homme se rapportant à la situation en Colombie. L'Étude conjointe de 2010 sur les pratiques mondiales en ce qui concerne la détention secrète dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et le rapport du représentant spécial du Secrétaire général de 2009 sur les enfants et les conflits armés accordent aussi une place importante aux règles consignées dans l'Étude. Les États ont eux aussi cité abondamment l'Étude depuis les quinze années qui se sont écoulées depuis sa publication : en plus de références explicites aux règles de l'Étude dans les communications officielles des ministères de la Défense britannique et israélien (ce dernier indiquant cependant son désaccord face à la position consignée dans l'Étude), la Colombie la cite dans son manuel de droit opérationnel ainsi que dans un jugement de son tribunal constitutionnel ; Israël nomme explicitement ses règles dans plusieurs jugements (tout comme l'ont fait les tribunaux américains, allemands, néerlandais et de Bosnie-Herzégovine); le TPIY et la Commission Éthiopie-Érythrée se sont appuyés à plusieurs reprises sur l'Étude dans leurs jugements et décisions.

Comme l'affirme Hakimi, « [t]*he study has a reinforcing effect on* [the] *rules. As global actors repeatedly endorse a CIL claim, it grows stronger and more difficult to refute. It solidifies as CIL* »[1202]. Mais qu'est-ce qui explique ce succès ? D'où provient le caractère persuasif qui est associé à l'Étude ? Ses carences méthodologiques, qui ont déjà fait l'objet d'une analyse dans le cadre du chapitre sur le droit international coutumier[1203], ne semblent pas, en fin de compte, constituer un défaut fatal. Cette analyse démontre entre autres que le mandat provenant des États membres de la

[1201] Toutes les références aux documents cités ici se trouvent dans : Jean-Marie Henckaerts et Els Debuf « The ICRC and the clarification of Customary Humanitarian Law » dans Lepard (2017) *supra* note 604, 161–188 aux pp 168–178.

[1202] Hakimi (SSRN 2015) *supra* note 338 à la p 16.

[1203] *Supra* section 3.3.2.

Conférence internationale est la raison d'être de l'Étude. Cela n'en fait pas pour autant une source formelle du DIH : même si les États ont demandé au CICR de la réaliser et que ceux-ci ont été consultés en cours de préparation, elle n'est pas un instrument de DIH conventionnel, n'étant pas passée par les canaux officiels d'élaboration et d'adoption du droit des traités en droit international.

La définition exacte du statut de l'Étude est en effet plus complexe qu'il n'y parait à première vue[1204]. En application des catégories proposées dans la présente contribution, nous qualifions l'Étude sur le DIHC de document hybride assimilable à certains égards à un manuel émanant d'un groupe d'experts[1205]. L'Étude partage plusieurs caractéristiques avec les manuels internationaux : elle est le résultat de larges consultations d'une centaine d'experts, de la mobilisation institutionnelle de l'équipe juridique du CICR et de la mise sur pied d'un comité directeur regroupant des experts de réputation internationale; son format « règle – commentaire » est celui qu'on retrouve dans les autres manuels de codification privée; finalement, l'identification de certaines règles ressemble plus à des propositions normatives qu'à une consignation du droit existant, ce qui est aussi dans la plupart des manuels internationaux[1206]. En ce qui a trait à l'aspect hybride de l'Étude, il est attribuable à un double rattachement : d'une part, un rattachement aux documents juridiques non contraignants impliquant les États et, d'autre part, un rattachement à la doctrine ordinaire. Premièrement, l'Étude sur le DIHC bénéficie de la valeur persuasive qu'on retrouve dans les documents juridiques non contraignants impliquant les États, en raison du mandat initial provenant des États parties à la Conférence internationale. Cette valeur est cependant plutôt faible, puisqu'il n'y avait pas formellement de représentants des États directement impliqués dans le processus de recherche et de rédaction. En effet, les équipes nationales de recherche des sources nationales mobilisées dans 47 pays ont produit des rapports sur la pratique de leurs États respectifs[1207] ; ces contributions ne constituent donc pas une formulation de la volonté des États, même si elles consignent leur *opinio juris* et leur *usus*. C'est là une distinction importante entre un document politique (qui consigne la volonté de l'État sans le lier juridiquement), un document juridique (qui consigne la volonté de l'État en le liant juridiquement) et un document scientifique (qui documente, entre autres, la pratique des États). En ce qui a trait au second rattachement, l'Étude sur le DIHC bénéficie de la valeur

[1204] Voir dans ce sens Cryer (2006), *supra* note 459 à la p 240.

[1205] Voir dans le même sens, avec certaines nuances, Sassòli (2019) *supra* note 15 au para 4.64.

[1206] Voir *supra* note 459 pour une liste d'articles critiquant l'Étude.

[1207] Étude sur le DIHC, *supra* note 7, aux pp xxix–xxx .

persuasive qui est associée à la doctrine ordinaire. Même si, de façon générale, cette doctrine classique a connu un recul pour les motifs énoncés plus haut, les qualités qui en ont fait une source subsidiaire du droit international se retrouvent dans l'Étude sur le DIHC. Une contribution utile et pertinente à la doctrine en droit international, c'est d'abord et avant tout une démonstration rigoureuse, documentée et approfondie de l'existence des règles juridiques invoquées. Des lacunes dans la méthodologie utilisée par le CICR dans la détermination des règles de DIHC telles que consignées dans l'Étude ont été identifiées dans l'analyse réalisée plus haut. Cela étant dit, la démonstration reste généralement convaincante ; à preuve, la qualité de l'effort déployé et le sérieux de cette étude sont généralement reconnus[1208]. De plus, comme démontré dans les sections précédentes, le CICR possède non seulement une connaissance aiguë, approfondie et reconnue du DIH, mais aussi une expertise terrain incomparable avec la poursuite d'opérations humanitaires ininterrompues depuis plus de 150 ans, ainsi qu'une capacité de diffusion et d'éducation du DIH auprès des forces armées et des groupes armés non étatiques. Cette expertise multidimensionnelle est complétée par le principe d'indépendance qui constitue un point d'ancrage fondamental sur lequel repose l'action du CICR[1209] : le CICR n'a pas besoin d'être « intégré » aux parties au conflit armé pour avoir accès au théâtre opérationnel et il ne fait pas les frais du capitalisme universitaire, n'étant pas une institution d'enseignement supérieur. Il ne faut toutefois pas accorder une importance exagérée à cet aspect, le CICR n'étant pas exempt de critiques telles que la gestion de plus en plus néolibérale et les rapports délicats avec les donateurs, qu'ils soient privés ou publics[1210], ou même le tropisme disciplinaire[1211]. Nous pouvons toutefois relever qu'avec l'Étude sur le DIHC, le CICR offre un produit qui évite certains des pièges qui font décliner l'influence de la doctrine ordinaire, reconnaissant du même souffle qu'il existe tout de même d'autres problèmes potentiels.

En résumé, l'effet cumulatif décrit ici permet de voir comment l'Étude sur le DIHC tire son épingle du jeu. Elle connait un succès comparable aux manuels internationaux, essuyant des critiques et

---

[1208] Voir *supra* note 427.

[1209] Pour consulter la *Proclamation des principes fondamentaux de la Croix-Rouge*, voir *supra* note 103.

[1210] Stéphane Bussard, « Stratégie du CICR : le malaise des collaborateurs » *Le Temps de Genève* (8 juin 2018) en ligne : <https://www.letemps.ch/monde/strategie-cicr-malaise-collaborateurs> ; David P. Forsythe, « A new International Committee of the Red Cross? » (2018) 17:5 JHR 533–549.

[1211] Chetail (2013), *supra* note 14 à la p 43 : « L'Étude du CICR a commis un péché d'orgueil en surestimant les vertus de sa propre discipline et en revisitant une pratique internationale variée à travers le seul prisme du DIH. Ce tropisme disciplinaire est particulièrement criant dans son usage pour le moins ésotérique de la pratique relative au droit international des droits de l'homme. ».

recevant des accolades. Ce succès est accentué à la fois par ses qualités attribuables aux ouvrages de doctrine ordinaire, et par une certaine valeur persuasive qui est ajoutée par la proximité du CICR avec les États. Nous faisons nôtres les propos de Shereshevsky qui souligne avec une grande justesse que l'Étude, malgré le fait qu'elle ait fait l'objet de vives critiques, reste un document extrêmement influent, cela pouvant être dû au fait que le produit est facilement disponible, et qu'il rend visibles les règles ainsi formulées :

> *Without a viable alternative, there is little incentive for international law actors to refrain from using the study as the main reference point in the context of customary IHL.*
> […]
> *When States fail to put forward their own assessments of customary IHL, the ICRC initiative will remain the only significant account and will likely be used by the relevant actors due to the tendency to use such reference points* […].[1212]

Avant de passer à la dernière section, soit celle qui traite des Commentaires aux CGI–IV (1949) et PAI–II (1977), nous désirons conclure avec une mention sur la base de données associée à l'Étude. Cette base de données hébergée sur le site du CICR est l'endroit virtuel où sont colligées toutes les pratiques touchant à chacune des 161 règles contenues dans l'Étude. C'est le répertoire le plus important de sources matérielles de droit international humanitaire coutumier. Pour chaque règle, la pratique étatique est présentée en référant au document pertinent, mais aussi en inscrivant l'extrait du document visant la règle en l'espèce. En plus de la pratique trouvée dans les législations nationales, les décisions judiciaires, les manuels militaires et autres prises de positions nationales, on retrouve dix sections pour autant de types de pratiques, incluant la pratique des Nations Unies et des autres organisations internationales ainsi que celle des tribunaux judiciaires, quasi judiciaires et hybrides internationaux. Comme mentionné plus haut[1213], le fait que le CICR inclut cette pratique dans la base de données n'est pas une reconnaissance que celle-ci est constitutive de droit coutumier. Elle y est consignée pour donner le portrait le plus exact possible de l'environnement dans lequel évolue la règle formulée dans l'Étude. À ce jour, on évalue que la base de données contient 80 % plus de pratique que celle qui a été consignée dans le volume II de l'Étude[1214].

[1212] Shereshevsky (2019), *supra* note 20 aux pp 41–42.

[1213] *Supra* section 3.4.3.

[1214] Mührel (chap prélim 2019), *supra* note 418 à la p 25.

Nous considérons que la grande valeur persuasive qui est attribuée à l'Étude est due en partie à l'ampleur objective du travail accompli ; c'est cette ampleur que capte la base de données. La pratique étatique documentée est, pour sa part, objectivement constitutive de DIC. Si les autres pratiques colligées n'ont pas le même statut selon l'approche traditionnelle du DIC, le fait qu'elles soient incluses dans la base de données leur donne de la visibilité, ce qui, en soi, pourrait faire évoluer ladite approche traditionnelle. En effet, le fait d'avoir extrait ces éléments, de les avoir colligés et classés selon les règles proposées dans l'Étude contribue grandement au DIH. La pratique est mise à jour régulièrement à travers des partenariats universitaires ; le travail d'identification des documents qui est fait ne sera pas à refaire ; il bénéficiera à tous ceux qui passeront après et ce, même si la nature de ces contributions au développement du DIH pourra varier et évoluer avec le temps. Si l'objectivité (ou la subjectivité) de l'utilisation qu'en fait le CICR pour appuyer les règles contenues dans l'Étude sur le DIHC peut être discutée, l'identification qui se veut aussi exhaustive que possible ainsi que le classement de ces documents selon différents thèmes et sujet du DIH est selon nous l'héritage le plus utile que laisse le CICR aux futures générations d'internationalistes.

7.5 Les Commentaires aux Conventions de Genève de 1949 et aux Protocoles additionnels : la contribution déterminante de Jean Pictet et du CICR au développement du DIH

Nous terminons cette thèse avec l'analyse des Commentaires aux CGI–IV (1949) et au PAI–II (1977)[1215] : ceux-ci constituent la source subsidiaire ayant une valeur persuasive si grande en DIH qu'on s'y réfère parfois comme constituant le commentaire officiel ou faisant autorité[1216], comme ce fut le cas dans les affaires *Tadić* (1999)[1217], *Hadžihasanović*[1218] ou dans l'opinion individuelle

[1215] Pour une référence complète à ces documents, voir *supra* note 8.

[1216] P. ex. É-U, *Hamdam v. Rumsfeld* 548 U.S. 557 (2006), à la p 56 ; TPIY, *Prosecutor v Milan Milutinović,* aff nº IT-05-87-T, jugement (vol 1 de 4) (26 février 2009) à la p 166 à la n 309, où ils sont qualifiés de « *official commentary* ». Voir aussi Meron (1998), *supra* note 581 à la p 164, où il utilise « the *authoritative ICRC Commentary* » sur l'article 71 CG IV (1949) pour appuyer la position que les garanties de procédures contenues dans la GCIV (1949) constituent des PG de droit reconnus au sens de l'art 38(1) *c)*.

[1217] P. ex. *Tadić* (1999), *supra* note 1020 au para 93 : « On est loin ici de savoir ce que signifie précisément 'l'appartenance à une Partie au conflit'. Le Commentaire du CICR, qui fait autorité, n'apporte guère d'éclaircissements. ».

commune aux juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal de la CIJ dans l'affaire *Yerodia*[1219]. Le succès et la popularité des Commentaires sont indéniables. Comme un écho à Parks qui reconnaît que :

> *In the development of any legal advice regarding the 1949 GC, they are the first reference to which one resorts; and more than one meeting or discussion has been shortened by the question, 'What does Pictet say about this'*?[1220]

Sassòli affirme:

> *no one uses IHL treaties without consulting the* [ICRC] *Commentaries, and practitioners follow their interpretation, except if they have very strong national interest reasons not to do* so.[1221]

En effet, non seulement les Commentaires sont fréquemment utilisés par les chercheurs, mais ils sont cités dans de nombreux manuels militaires nationaux, autant pour en tirer des exemples, des définitions et des interprétations, que pour apporter des détails sur le but des dispositions ainsi que le

---

[1218] TPIY, *Procureur c Enver Hadžihasanović*, aff nº IT-01-47-AR72, décision relative à l'exception d'incompétence (responsabilité du supérieur hiérarchique) (16 juillet 2003) au para 15 : « Énumérant les conditions à examiner pour déterminer s'il existait un 'conflit armé ne présentant pas un caractère international' au sens de cette disposition, le Commentaire du CICR parle avec autorité d'une partie rebelle possédant 'une force militaire organisée, une autorité responsable de ses actes, agissant sur un territoire déterminé et ayant les moyens de respecter et de faire respecter la Convention'. ».

[1219] CIJ, Yerodia (2002), *supra* à la note 484 pp 63–91 à la p 72 : « Mais le commentaire Pictet, qui fait autorité, donne une interprétation différente ». *Contra* CIJ, opinion dissidence du juge Kooijmans dans l'avis sur l'édification du mur, *supra* note 918 à la p 233 au para 48 : « Certes, il est vrai que, très tôt, le Comité international de la Croix-Rouge, dans ses commentaires (qui ne font pas autorité) sur la convention de 1949 […] » et TPIY, *Procureur c Slobodan Milosević*, aff nº IT-02-54-T, décision relative à la demande d'acquittement (16 juin 2004) au para 19 : « À cet égard, la Chambre de première instance observe que les Commentaires du CICR sont seulement, comme leur nom l'indique, des commentaires, dépourvus de force obligatoire. / *Trial Chamber observes that the ICRC Commentary is nothing more than what it purports to be, i.e., a commentary, and only has persuasive value'*. ».

[1220] W. Hays Parks, « Pictet's Commentaries » dans Christophe Swinarski, dir, *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge,* La Haye, Nijhoff, 1984, 497. Voir aussi Sean D. Murphy, « Joint Series: The Role of the ICRC Commentaries in Understanding International Humanitarian Law » (6 juillet 2016) en ligne (blogue *Intercross*) : <http://intercrossblog.icrc.org/blog/joint-series-the-role-of-the-icrc-commentaries-in-understanding-international-humanitarian-law> [Murphy (blogue 2016)] : « *The second work off the shelf was typically Jean Pictet's four-volume commentaries on the four 1949 Conventions, an insightful, albeit already somewhat dated, analysis of those treaties with a particular eye on their negotiating history. Being a relative novice to the field, I doubt I asked why the Pictet commentaries, published from 1952 to 1959, were relevant; they happened to be at hand, they seemed well-crafted, and time was short to advise policy-makers on breaking developments with respect to treatment of prisoners, occupation of territory, and other matters*. ».

[1221] Sassòli (2019) *supra note* 15 au para 4.68.

contexte historique d'adoption y incluant sur les travaux préparatoires[1222]. Les interprétations proposées par les Commentaires, autant ceux de Pictet que ceux des PAI–II (1986), sont souvent retenues par les tribunaux internationaux[1223] : devant le TPIY, dans l'affaire *Delalič*, une grande partie du raisonnement relatif à la notion de traitements inhumains s'appuie sur les Commentaires Pictet[1224]. Dans les affaires *Martić*[1225] et *Dorđević*[1226], les Commentaires du PAI ont été examinés afin de clarifier le concept de civil tel qu'on le retrouve à l'article 50 (1) PAI, de façon à inclure aussi les CANI. Plus récemment, dans l'affaire *Ntaganda* devant la CPI, les nouveaux commentaires ont été invoqués dans le contexte de discussions sur l'article 3 commun comme un « seuil minimum » dans tous les conflits armés[1227]. En appel de cette décision, la Cour a confirmé le raisonnement de première instance à l'effet que les membres de forces armées contre lesquelles des crimes de viol et d'esclavage sexuel sont commis par des membres de la même force sont inclus au terme de l'article 3 commun. Le banc d'appel s'est rallié à l'interprétation proposée dans les nouveaux commentaires plutôt que celle du TSSL dans les termes suivants :

> La Chambre d'appel rappelle à ce propos que la Chambre de première instance a jugé 'intéressant' que, dans la version mise à jour de son commentaire, le […] CICR relève spécifiquement que l'article 3 commun protège les membres de forces armées contre les violations commises par la force armée à laquelle ils appartiennent. La Chambre d'appel n'est pas convaincue par l'argument de Bosco Ntaganda selon lequel la Chambre de première instance a commis une erreur en se fondant sur ce commentaire. S'il est vrai que les références sur lesquelles se fonde ce commentaire sont limitées et comprennent une décision de la Chambre préliminaire dans la présente affaire et que la chambre de première instance du […] TSSL est parvenue à une

[1222] Voir, pour une analyse exhaustive des références aux Commentaires Pictet ainsi que, dans une moindre mesure, les Commentaires PAI–II (1986) dans les manuels militaires, Mührel (chap prélim 2019), *supra* note 418 aux pp 5–6 (Commentaires Pictet) et aux pp 13–14 (Commentaires PAI–II (1986)).

[1223] Voir Mührel (chap prélim 2019), *ibid* pour une liste exhaustive de toutes les décisions des tribunaux internationaux dans lesquelles sont rapportés les Commentaires Pictet (pp 2–5), les Commentaires PAI–II (1986, pp 11–13) et les nouveaux commentaires (pp 39–40).

[1224] TPIY, Delalič (1998), *supra* note 241 aux paras 519–532.

[1225] TPIY, *Prosecutor v Milan Martić*, aff n° IT-95-11-A, arrêt (8 octobre 2008) au para 300.

[1226] TPIY, *Procureur v. Vlastimir Dorđević* aff n° IT-05-87/1-T, arrêt public avec une annexe confidentielle (23 février 2011 t 1 et 2) au para 2066 à la n 7110.

[1227] CPI, Ntaganda (2017), *supra* note 731 au para 50.

> conclusion contraire, cela, en soi, n'indique pas que la conclusion du CICR soit erronée.[1228]

Nous considérons qu'un double rattachement doctrinal est en grande partie responsable de ce succès et cette popularité. Si nous classons les Commentaires parmi les manuels de groupes d'experts, nous considérons en effet qu'ils s'inscrivent aussi dans la longue tradition d'une certaine doctrine ordinaire, ce qui les rend doublement persuasifs. Nous débutons donc notre démonstration en situant le commentaire comme genre juridique (7.5.1), pour ensuite aborder l'importance que joue la paternité du document en question (7.5.2), en nous attardant plus particulièrement aux Commentaires Pictet. Nous nous concentrons ensuite sur les Commentaires actualisés, en analysant en premier lieu la place qui y est faite aux règles d'interprétation du droit international public (7.5.3), ce qui nous amène à nous positionner sur la valeur juridique de cet ouvrage (7.5.4), en établissant au passage une comparaison avec le *Guide interprétatif sur la participation directe aux hostilités* (7.5.5). Nous concluons ensuite avec une prospection sur la nature de la contribution des Commentaires actualisés sur l'interprétation et le développement du DIH dans les années à venir (7.5.6).

7.5.1 Le commentaire comme un genre juridique : s'inscrire dans la tradition

Dès le Moyen-Âge, on retrouve parmi les juristes deux archétypes de commentateurs juridiques soit les glossateurs et les commentateurs. Les glossateurs optaient pour des explications littérales « mot pour mot » des termes contenus dans les lois ; parce qu'ils étaient des praticiens, les commentateurs prenaient plus de libertés dans les définitions qu'ils proposaient, allant même jusqu'à appliquer des raisonnements juridiques déductifs à des faits précis :

> *They accorded less importance to the text, their method allowed for much wider inferences. Adapting the* [law] *to present societal circumstances, they included broad and narrow interpretations as well as analogies in order to deal with problems occurring in practice. They aimed at developing the purpose of the respective provision instead of*

[1228] CPI, Ntaganda (appel 2017), *supra* note 828 au para 61. À noter aussi que les nouveaux commentaires ont été mentionnés à la rubrique des autorités consultées dans : CPI, *Procureur c Jadranko Prlić et al*. aff n° IT-04-74-A, jugement en appel (29 novembre 2007), vol III, section XVI : annexe B, à la p 28.

> *only focusing on its wording. For the commentators, the genre of the commentary was a form of academic self-empowerment. One could say that they acted like emperor*s.[1229]

Selon Djeffal, la production de commentaires a repris du service avec l'augmentation de la codification du droit international, les premiers efforts de codifications privées étant souvent accompagnés de commentaires[1230]. Le commentaire offre un avantage considérable lorsqu'il accompagne un texte de loi : c'est un outil structurant. Tout s'organise autour du texte, offrant plusieurs niveaux de lecture en même temps, ce qui donne l'impression de pouvoir lire la Convention en trois, voire quatre, dimensions. Le premier niveau est le cœur, l'article de loi qui est commenté : il chapeaute le commentaire et facilite un retour à la source d'origine lorsque nécessaire. Le deuxième niveau de lecture est celui de l'interprétation textuelle plutôt littérale qui rappelle le travail des glossateurs. Le commentaire aspire aussi à consigner toutes les interprétations qui existent au sujet de cet article ; c'est là que se situe le troisième niveau de lecture. Lorsque le Commentaire est bien confectionné, le quatrième niveau de lecture se place de lui-même : c'est l'appréciation des différentes interprétations qui se dégage. Lorsque la matière est présentée de façon claire et percutante, une interprétation peut être favorisée et une autre mise de côté sans toutefois qu'aucune soit tue ou omise. C'est de ce point de vue que le Commentaire déploie son potentiel persuasif sur le discours juridique. Le Commentaire n'est pas l'endroit pour faire des propositions de réforme ou pour explorer les avenues du droit prospectif, mais il y a de la place pour faire état de critiques du droit existant.

Le DIH connaît son lot de commentaires au sens traditionnel du terme. En plus des Commentaires du CICR qui nous occupent ici, on retrouve par exemple le Commentaire sur les deux PAI–II de Bothe, Partsch et Solf ainsi que le Commentaire de l'Académie de Genève sur les CGI–IV (1949) publié en 2015[1231]. À quoi tient donc le caractère quasi péremptoire du Commentaire Pictet et de sa version actualisée ? La réponse est dans la question.

[1229] Djeffal (2013) *supra* 1104 à la p 1232. La comparaison entre le commentateur qui agit comme un empereur n'est pas sans rappeler le titre de « monarque humanitaire » dont Nicholls affuble le CICR en parlant de la publication de l'Étude sur le DIHC : Nicholls (2006), *supra* note 459.

[1230] Djeffal (2013), *ibid* à la p 1232.

[1231] Respectivement : Bothe / Partsch / Solf / Eaton Commentary (2013) *supra* à la note 639 et Academy Commentary CGI–IV (2015) *supra* à la note 631.

7.5.2 La paternité des Commentaires du CICR : Pictet et les autres

L'idée de produire un commentaire au lendemain de l'adoption des CGI–IV (1949) ne vient pas des États, mais du CICR, tout comme il l'avait fait avant avec Paul Des Gouttes et le Commentaire à la *Convention de Genève* de 1929[1232]. Cela s'inscrit donc exactement dans le mandat que s'est donné le CICR dans les Statuts du Mouvement de « travailler à la compréhension et à la diffusion du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés ».

La tâche de rédiger des explications sur les points faibles et les ambiguïtés des Conventions a donc été confiée à un groupe de personnes qui avaient déjà travaillé à la rédaction des Conventions[1233]. À la tête de ce groupe se trouvait Jean Pictet. Vice-président du CICR de 1971 à 1979, son pedigree « Croix-Rouge » témoigne d'une lignée présidentielle parfaite : il a été formé par Paul Des Gouttes mentionné plus haut comme l'auteur du Commentaire de la CG 1929 (et vice-président du CICR entre 1918 et 1943), qui lui-même avait été formé par Gustave Moynier (membre fondateur et président du CICR de 1864 à 1910)[1234]. L'expertise de Pictet allait de pair avec son expérience ; le fait qu'il avait été témoin des travaux préparatoires était en effet un élément important pour lui confier le mandat des Commentaires.

Dans la période juste après leur adoption, l'approfondissement de la compréhension des CGI–IV (1949) au-delà d'une lecture littérale se jouait sur deux fronts : les Actes de la conférence pour préciser les positions des États, et les Commentaires pour une analyse doctrinale rehaussée par une référence au contenu des négociations. Dans ce sens, les Commentaires Pictet offrent une longue visite guidée dans les coulisses des Conventions. S'ils jouent une fonction de complément, voire d'optimisateur des travaux préparatoires, les Commentaires ont toutefois une fonction distincte des Actes de la conférence. Puisque les Commentaires sont présentés comme étant un travail personnel des auteurs, ils peuvent aller au-delà des énoncés des États et se positionner de façon plus critique

---

[1232] Paul Des Gouttes, *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne du 27 juillet 1929. Commentaire*, Genève, CICR, 1929 [Commentaires CG (1929)].

[1233] Sean Watts, « The Updated First Geneva Convention Commentary, DOD's Law of War Manual, and a More Perfect Law of War, Part I » (5 juillet 2016), en ligne (blogue *Just Security*) : <https://www.justsecurity.org/31749/updated-geneva-convention-commentary-dods-lowm-perfect-law-war/> [Watts (Part I, 2016)] ; Mührel (chap prélim 2019) *supra* note 418 à la p 1.

[1234] Voir, de façon générale, sur l'histoire du CICR : Jean-Georges Lossier, « Hommage à Jean Pictet » (1979) 61:717 IRRC 115—129 à la p 118 et suiv.

par rapport aux conclusions des négociations telles que consignées dans l'instrument conventionnel. En effet, le caractère doctrinal de ce document est consacré dans sa préface[1235]. Cette séparation entre l'entité qui a commandé l'étude et les personnes qui l'ont écrit est un *modus operandi* pour bon nombre de publications du CICR : on la retrouve dans l'Étude sur le DIHC[1236] et dans les Commentaires PAI–II (1986)[1237]. Pourtant, les Commentaires eux-mêmes cherchent la proximité avec le CICR, avec la mise en page et la proéminence du logo de l'organisation, ainsi que des préfaces signées de la main du président en fonction au moment de la publication incluant des rappels du rôle du CICR en tant que gardien du DIH[1238].

Pour les commentaires actualisés, la filiation est plus claire. Il y a maintenant une équipe de projet qui œuvre à la rédaction (et à la révision des sections ayant été réalisées par des experts externes) ; quoique les membres de cette équipe soient identifiables dans les notices bibliographiques de la version numérique et dans la page des remerciements[1239], leurs noms n'apparaissent pas comme auteurs. Avec un comité éditorial, un comité externe de lecture et un processus de révision par les pairs selon une représentativité géographique, tout cela sous l'égide du CICR et sans consultation directe des États, on comprend pourquoi les nouveaux commentaires sont identifiés comme étant les Commentaires du CICR et non les Commentaires Henckaerts. Ce changement d'approche quant à la paternité des commentaires ne valide pas pour autant l'obsolescence des Commentaires Pictet, ceux-ci restant pertinents. On pourrait plutôt parler d'une multiplication des influences : les premiers Commentaires sont déjà bien établis et leur actualisation apporte les nuances et ajustements que décèlent les 60 années de pratique écoulées depuis l'adoption des CGI–IV (1949). Le CICR est tout de même équivoque sur le lien entre les nouveaux et les anciens commentaires : on trouve certaines références à une « deuxième édition », mais le vocable préféré semble être celui de la mise à jour, de l'actualisation, qui a pour objectif d'« intégrer l'expérience de décennies d'application des

---

[1235] Commentaires Pictet, *supra* note 8 à la p 7. Voir aussi Commentaires CG (1929), *supra* note 1232 à la préface : « Bien que publié par le Comité international, il demeure un travail personnel à l'auteur. » Voir aussi Mührel (chap prélim 2019), *supra* note 418 à la p 8.

[1236] Voir *supra* note 436.

[1237] *Supra* note 8 à la préface: « Mais le CICR a également tenu à laisser leur liberté académique aux auteurs, considérant le Commentaire avant tout comme un travail scientifique et non comme un ouvrage destiné à répandre les opinions du CICR »; voir aussi *ibid*, à la note d'édition : « La responsabilité des textes de cet ouvrage est essentiellement celle de leurs auteurs. ».

[1238] Voir, dans le même sens, Mührel (chap prélim 2019), *supra* note 418 à la p 16 ; de façon générale sur la réputation du CICR et la paternité des nouveaux commentaires, voir *ibid,* à la p 42.

[1239] Commentaires CGI (2016), *supra* note 8, en ligne : <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentaryAckAbb>.

Conventions et des Protocoles, tout en préservant les éléments de l'édition initiale qui sont toujours d'actualité » de façon à refléter « la réalité contemporaine et l'interprétation juridique qui prévaut aujourd'hui »[1240].

Un des changements principaux par rapport aux Commentaires initiaux, c'est le positionnement de cette contribution au DIH explicitement comme un acte interprétatif. Lors de la rédaction des Commentaires Pictet, la CVDT (1969) n'était pas encore adoptée. La méthodologie derrière l'ouvrage était donc relativement hétérogène et instinctive. De plus, comme l'observe Mühlrel, *« the interpretations of the Pictet Commentaries often build on humanitarian considerations and refer to the spirit of the time after the Second World War, using passionate language* »[1241]. Aussi, malgré le fait que la CVDT (1969) ait été en vigueur lors de la préparation du Commentaire aux PAI–II, on n'y trouve pas de référence aux règles interprétatives qui seraient applicables. Le travail de mise à jour des commentaires aux CGI–IV et aux PAI–II se distingue donc de ses prédécesseurs en inscrivant sa méthode d'interprétation explicitement dans les règles de droit international prévues à la CVDT (1969).

7.5.3 La place des règles d'interprétation du droit international général : une confirmation *in abstracto* de l'application des règles d'interprétation

De la même façon qu'il a été affirmé que les enseignements de l'affaire du *Plateau continental* ont été suivis dans le travail d'identification de la coutume de l'Étude sur le DIHC, le CICR inscrit l'actualisation des Commentaires comme étant acte interprétatif en application des règles prévues à la CVDT (1969). Les Commentaires sont introduits avec une déclaration générale indiquant que les règles d'interprétation des traités prévues aux articles 31 et 32 de la CVDT (1969) avaient été suivies[1242] ; 36 paragraphes sont consacrés à la méthodologie, avec quelques références en notes

---

[1240] Jean-Marie Henckaerts, « Adapter les Commentaires des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels au XXIe siècle » (2012) 94 RICR 375–380 à la p 377 [Henckaerts (2012)]. Voir aussi Mühlrel (chap prélim 2019), *supra* note 418 à la p 43.

[1241] Mühlrel (chap prélim 2019), *ibid* à la p 2.

[1242] Commentaires CGI (2016), *supra* note 8 aux paras 16–52 (introduction). Voir Lindsey Cameron, Bruno Demeyere, Jean-Marie Henckaerts, Eve La Haye et Heike Niebergall-Lackner, « The updated Commentary on the First Geneva Convention—a new tool for generating respect for international humanitarian law » (2015) 97:900 IRRC 1209–1226 à la p 1212 (version anglaise) / « Le Commentaire mis à jour de la Première Convention de Genève – un nouvel outil pour générer le respect du droit international humanitaire » (2015) 97:4 RICR 161–179 à la p 164 (version française)

de bas de page aux travaux de la CDI sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités auxquels nous avons déjà fait allusion[1243]. En plus d'être mené collectivement — nous rappelons la composition des équipes et des comités de rédaction et de révision —, l'effort interprétatif contemporain et actualisé[1244] se veut étayé de nombreuses sources matérielles telles que les travaux préparatoires et les Actes de conférences des CGI–IV (1949), les Commentaires précédents, les autres traités, le droit coutumier, la doctrine, la pratique étatique, la législation et la jurisprudence nationale.

Une utilisation plus systématique des travaux préparatoires

Au sujet de l'utilisation des travaux préparatoires, les notes introductives aux Commentaires indiquent que la règle de les utiliser surtout lorsque les règles ordinaires donnent un résultat insatisfaisant n'ont pas scrupuleusement appliquées[1245]. Un recours plus fréquent aux Travaux a été jugé nécessaire lorsqu'aucune pratique récente n'était documentée, par exemple. Le sort des bâtiments et du matériel des unités sanitaires des forces armées et des sociétés de secours après qu'ils sont tombés aux mains de l'ennemi[1246] et le tonnage des navires-hôpitaux ont été donnés en exemple[1247]. Le recours aux travaux préparatoires même quand l'interprétation ordinaire donne un résultat satisfaisant est aussi mentionné pour les articles 15 et 17 CGII (1949). Dans ces articles, les termes « lorsque le droit international l'exige » sont utilisés pour référer au droit de la neutralité, plus précisément à la portée des obligations des autorités neutres en ce qui a trait à l'internement des

---

[Cameron (2015)] : « Les auteurs du Commentaire ont appliqué, pour le préparer, les règles d'interprétation des traités énoncées dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, en particulier les articles 31 et 32. Ils ont notamment examiné le sens ordinaire des termes des dispositions et leur contexte, les travaux préparatoires de la Première Convention, la pratique ultérieurement suivie en prenant en compte la pratique des États (ou, le cas échéant, l'absence de pratique) et la jurisprudence, ainsi que d'autres règles pertinentes de droit international. ».

[1243] Le Projet de conclusion sur les pratiques ultérieures (CDI, interprétation Projet de conclusions (2018) *supra* note 1117) n'avait pas été finalisé au moment de la publication des Commentaires CGI (2016); nous référons donc au Projet dans sa plus récente version, en appliquant une mise à jour par rapport aux références contenues dans les Commentaires.

[1244] Henckaerts (2012), *supra* note 1240 à la p 380 ; Cameron (2015), *supra* note 1242 (version anglaise) aux pp 1210–1211 / (version française) aux pp 163–164.

[1245] Commentaires CGI, *supra* note 8 à l'introduction : CGI (2018 version française) au para 49 ; CGII (2017) au para 63 et CGIII (2020) au para 120 : « En effet, afin d'examiner soigneusement toutes les questions, il semble logique d'étudier les travaux préparatoires même si la règle générale d'interprétation aboutit à un résultat satisfaisant. Les travaux préparatoires aident également le commentateur à comprendre 'les termes du traité dans leur contexte', ce qui est un critère énoncé dans la règle générale (voir les paragraphes 1 et 2 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). Le recours aux travaux préparatoires est particulièrement important. ».

[1246] GCI (1949) aux arts 33 et 34.

[1247] GCII (1949) à l'art 26.

blessés, malades ou naufragés qui sont sous leur autorité. Les exigences du droit international en l'espèce sont consignées dans la *Convention V* de 1907[1248], à l'article 11 (1) : « La Puissance neutre qui reçoit sur son territoire des troupes appartenant aux armées belligérantes, les internera, autant que possible, loin du théâtre de la guerre ». L'interprétation ordinaire de cet article devrait mener à la conclusion que les malades ou les naufragés recueillis par des autorités neutres doivent être internés[1249]. Cependant, le Commentaire ne va pas dans ce sens : le CICR affirme que le droit de la neutralité prévoit plutôt un examen au cas par cas. Pour appuyer son interprétation, il utilise les Actes de la conférence diplomatique de 1949 qui énoncent que ces personnes ont le droit de poursuivre leur voyage vers leur propre pays[1250]. L'utilisation de ces travaux a été justifiée par le CICR parce que les États n'ont pas réexaminé le statut de cette règle depuis 1907 et qu'il est au-delà de la portée du Commentaire d'examiner le statut juridique de l'article 11[1251]. Le CICR a donc fait le choix de ne pas examiner le statut de l'article 11 (1) de la *Convention V* de 1907 : cela aurait toutefois été la chose à faire s'il avait voulu appliquer en premier lieu les règles générales d'interprétation, telle que la prise en compte d'« une règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties » en vertu de l'article 31 (3) *c*) CVDT (1969).

Le CICR est toutefois transparent dans sa démarche : il affirme d'emblée qu'il utilise les travaux préparatoires plutôt que le sens ordinaire lorsque la pratique est inexistante. Cette application non orthodoxe de la CVDT (1969) est bienvenue. On peut en effet se réjouir d'une utilisation plus décomplexée de l'histoire comme source de sens[1252]. Comme le démontre habilement Mortenson, « [*t*]*he modern view that Article 32 relegated travaux to an inferior position is simply*

[1248] *Convention (V) concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre* (1907) NRGT, 3e sér, vol 3, aux pp 504–532.

[1249] Voir, dans le même sens, MPEPIL (Michael Bothe) *sub verbo* « Neutrality, Concept and General Rules » (2015) au para 52 : « *The treatment of military personnel and war material of the parties to the conflict found on neutral territory is unclear in many respects. If whole units of the armed forces of a party to the conflict arrive on neutral territory, it would be a violation of the duty of non-participation if the neutral State permitted them to take part again in hostilities. Therefore, those troops must be interned*. » ; Sassòli (2019), *supra* note 15 au para 9.142 : « *In land warfare, a neutral State may, but is not obliged to, admit forces of one of the party to the conflict feeing their enemy to its territory. If it receives them, it must intern them to prevent then from joining their own forces by travelling through neutral territory* ».

[1250] *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, tome II-B à la p 220, tel que rapporté dans : Commentaires CGII (2017), *supra* note 8 au para 1552 (art 15) [notre traduction].

[1251] Commentaires CGII (2017), *ibid* au para 1554 (art 15) [notre traduction].

[1252] Julian Davis Mortenson, «The Travaux of Travaux : Is the Vienna Convention Hostile to Drafting History? » (2013) 107:4 AJIL 780—822 à la p 780 [notre traduction].

wrong. The VCLT drafters were not hostile to travaux. They meant for treaty interpreters to assess drafting history for what it is worth in each case: no more, but certainly no less »[1253]. Cela étant dit, dans le cas des articles 15 et 17 CGII (1949), la pratique inexistante n'est pas celle de la CGII, mais celle du droit de la neutralité tel que consigné dans la *Convention V* de 1907. Dans ce cas, il aurait été logique et opportun de prioriser les règles d'interprétation à l'article 31 (2) *c*) plutôt qu'un moyen complémentaire d'interprétation prévu à l'article 32 CVDT (1969).

Ici, l'utilisation des travaux préparatoires se fait pour appuyer une position plus humanitaire limitant l'internement. Ce n'est pas une démonstration fallacieuse, loin de là. Il y a toutefois lieu de se questionner à savoir si, dans le cas des 15 et 17 CGII (1949), le CICR n'a pas justement fait ce qui est reproché aux chercheurs qui sollicitent trop le sens ordinaire du texte de loi comme un véhicule permettant de substituer leurs propres préférences politiques à la volonté des États[1254] . En effet, cette conclusion d'un examen au cas par cas plutôt que l'application des règles de l'internement n'est pas sans rappeler une des recommandations du CICR formulées sous forme de principe à l'effet que « l'internement, ou la détention administrative, ne peuvent être ordonnés qu'au cas par cas, à titre individuel et sans discrimination aucune »[1255].

[1253] *Ibid* à la p 781.

[1254] Ce reproche envers les chercheurs, lorsqu'il a été formulé par Heller, ne visait pas la sursolliciation des travaux préparatoires, mais plutôt l'appui sur le « sens ordinaire »; nous en reprenons ici la substance en l'appliquant à un cas de figure différent : Kevin John Heller, « Multi-Blog Series: First Thoughts from Academia on the Updated GCI Commentary » (22 juillet 2016) en ligne (blogue *OpinioJuris* en association avec la Commission internationale des juristes) : <http://opiniojuris.org/2016/07/22/multi-blog-series-first-thoughts-on-the-updated-gci-commentary-from-academia/> [Heller (blogue 2016)] [notre traduction] : « *Indeed, scholars all too often use a treaty's supposed 'ordinary meanings' as a vehicle to substitute their own political preferences for the will of the states that drafted and concluded it.* » : à noter que la position d'Heller va dans le même sens que celle de Mortenson et qu'il qualifie l'utilisation libérale des travaux préparatoires de « *refreshing deviation from VCLT orthodoxy* ».

[1255] Voir Jelena Peijc, « Principes de procédure et garanties pour l'internement / la détention administrative dans les conflits armés et autres situations de violence » 87:858 (2005) IRRC 375-391 à la p 381. Aussi, comparer l'interprétation du CICR des arts 15 et 17 CGII et celle des garanties exigées dans les CANI pour prévenir la détention arbitraire en dehors d'une procédure pénale en application de l'art 3 commun : dans ce dernier cas, le CICR met de l'avant les lignes directrices institutionnelles de 2005 citées ici « [p]our pallier les incertitudes résultant du silence du droit humanitaire conventionnel sur les procédures conduisant à la privation de liberté dans les conflits armés non internationaux » (Commentaire CGI (2018)*, supra* note 8 au para 722 (art 3 commun)), admettant que « la question de savoir quelles normes et quelles garanties sont exigées dans le cadre des conflits armés non internationaux pour prévenir la détention arbitraire fait encore l'objet de discussions et nécessite d'être davantage clarifiée » (*ibid* au para 725) et que « [l]a question de savoir si le droit humanitaire prévoit ou non un droit ou un pouvoir de détenir demeure cependant toujours l'objet de discussions » (*ibid* au para 727) ; à noter qu'aucun document autre que ceux émanant de la Croix-Rouge (p. ex. travaux préparatoires, pratique étatique, etc.) n'est invoqué au soutien de l'interprétation retenue par le CICR.

Les autres formes de pratiques ultérieures comme moyens d'interprétation

Parmi les moyens d'interprétation supplémentaires, l'introduction des Commentaires fait mention des formes de pratiques ultérieures que sont les conduites d'une ou plusieurs (mais pas toutes) parties à la Convention[1256]. Selon le Projet de conclusions de la CDI sur la pratique ultérieure (dont les travaux sont cités dans l'introduction des Commentaires actualisés), ces autres pratiques ultérieures ne sont pas des moyens d'interprétation authentiques comme prévu à la conclusion 4 (2), mais peuvent jouer le rôle de moyens complémentaire d'interprétation, comme prévu à la conclusion 4(3)[1257]. Le Commentaire reprend l'essence de la conclusion 9(3) en indiquant que le poids de ces autres pratiques dépend de leur clarté, leur spécificité et leur fréquence[1258]. Un billet de blogue de Henckaerts complète cette pensée en affirmant que :

> *Other subsequent practice—for example conduct by one or more (but not all) Parties in the application of the treaty after its conclusion—may also be relevant as a supplementary means of interpretation* [hyperlien vers le document de travail de la CDI suppl nº. A/70/10 (2015)]. *In the case of the Geneva Conventions, such practice—identified for example through military manuals, national legislation, case-law, reports of practice and official statements—has proved particularly useful in confirming or determining the meaning of a rule. ICRC experience and scholarly writings have also proved useful in informing the interpretation of the Conventions*.[1259]

Henckaerts cite à l'appui un document de travail de la CDI qui est devenu par la suite le Projet de conclusion 5 (1) dans lequel il est confirmé qu'une « pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32 peut être constituée par toute conduite dans l'application d'un traité suivie par une partie, dans l'exercice de ses fonctions exécutives, législatives, judiciaires ou autres »[1260]. On comprend donc que toutes les références faites dans les Commentaires aux manuels militaires, aux décisions des tribunaux nationaux et aux déclarations officielles, font leur entrée dans l'interprétation des CGI–IV (1949) par cette porte ouverte sur autres pratiques ultérieures. Ce type de pratique peut provenir

---

[1256] Commentaires CG, *supra* note 8, introduction : CGI (2016 / 2018) au para 34 ; CGII (2017) au para 34 et CGIII (2020) au para 93.

[1257] CDI, interprétation Projet de conclusion 4(3) (2018) *supra* note 1117.

[1258] Commentaires CG *supra* note 8, introduction : CGI (2016) au para 34 ; CGII (2017) au para 34 et CGIII (2020) au para 93.

[1259] Jean-Marie Henckaerts, « Joint series: Locating the Geneva Conventions Commentaries in the international legal landscape » dans *Humanitarian Law & Policy* (29 juin 2016) en ligne (blogue du CICR) : <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2016/06/29/locating-geneva-conventions-commentaries/> [Henckaerts (blogue 2016)].

[1260] CDI, interprétation Projet de conclusion 5 (1) (2018), *supra* note 1117.

uniquement d'un État partie aux Conventions sur un potentiel de 197. Pour qu'elle soit persuasive, il est donc nécessaire qu'elle soit subsidiaire à la pratique ultérieure authentique, c'est-à-dire celle à laquelle tous les États parties ont participé, ou qu'il n'y ait tout simplement pas de pratique ultérieure authentique.

Le CICR utilise *grosso modo* pour les Commentaires les mêmes documents que ceux colligés dans le volume II de l'Étude sur le DIHC. Cependant, la valeur et la place de ces documents ne sont pas les mêmes dans la détermination de l'existence d'une règle de droit international humanitaire coutumier et dans l'interprétation du DIH conventionnel. Or, la distinction entre les documents qui consignent des pratiques authentiques et ceux qui ne le font pas n'est pas systématiquement mentionnée dans les Commentaires. Cela donne l'impression que les manuels militaires, les travaux préparatoires et la jurisprudence contribuent tous de façon plus ou moins égale à l'interprétation des CG. C'est le cas par exemple pour l'interprétation de l'article 3 commun comme ne traitant pas de la conduite des hostilités : le Commentaire mentionne que « [c]ette interprétation est étayée par les travaux préparatoires des Conventions de Genève, les manuels militaires et la jurisprudence », citant les déclarations de 5 États dans les Actes de la conférence diplomatique de Genève de 1949, le manuel militaire du Royaume-Uni et une décision de la Commission interaméricaine des droits de l'homme[1261]. Quoique cette interprétation ne soit pas problématique en soi, la fin ne justifie pas les moyens : avec aucun accord ou pratique authentique ultérieure soumise au soutien de l'interprétation et un nombre minime d'autres pratiques ultérieures qui ont, selon le droit des traités, une valeur assez faible, la démonstration du bien-fondé de cette interprétation selon les préceptes des règles du droit international sur l'interprétation des traités présente bel et bien des lacunes. Nous ne nous attardons pas davantage à recenser d'autres instances similaires dans les Commentaires[1262]. Nous soulignons toutefois, comme ce fut le cas avec l'Étude sur le DIHC par rapport à l'approche traditionnelle du droit coutumier, que les Commentaires actualisés s'inscrivent *in abstracto* dans le cadre de la CVDT (1969) ce qui est une nette amélioration méthodologique par rapport aux Commentaires précédents, mais qu'il y a toutefois un relâchement dans le rattachement des règles d'interprétation du droit international aux interprétations proposées par le CICR.

[1261] Commentaires CGI (2018 en français), *supra* note 8 au para 540 (art 3).

[1262] Voir p. ex. une référence uniquement aux manuels militaires via la base de données de l'Étude sur le DIHC pour appuyer une interprétation large de l'obligation de protection de blessés et des malades indistinctement qu'il s'agisse d'un CANI ou d'un CAI (Commentaires CGI (2018 en français), *ibid* au para 735 (art 3)).

En outre, le lecteur attentif remarquera qu'Henckaerts, dans son billet de blogue, mentionne que « l'expérience CICR » et la doctrine se sont également avérées utiles pour éclairer l'interprétation des CG I–IV (1949), sans toutefois spécifier en vertu de quelle disposition du droit des traités ces moyens peuvent être utilisés à des fins interprétatives. Au terme de l'analyse menée plus haut[1263], nous considérons qu'il s'agit là de moyens complémentaires au niveau de pénétration faible : l'expérience opérationnelle du CICR – lorsqu'elle s'entend comme n'étant pas de la pratique étatique –, tout comme la doctrine ordinaire, se retrouve en bas de la liste, évidemment après les actions des États parties (pratiques ultérieures authentiques et autres pratiques ultérieures), mais aussi généralement après les décisions judiciaires internationales, et les travaux et prononcés d'organes conventionnels d'experts. Cette observation nous amène sur le terrain de la valeur du Commentaire dans les efforts d'interprétation des CGI-IV et des PAI-II.

7.5.4 La valeur de l'acte d'interprétation : le Commentaire, c'est canon ?

Le CICR n'aborde pas de front la question de la valeur des Commentaires, mais il évite bien de dépasser la limite de l'interprétation dans l'explication du travail accompli avec l'actualisation des Commentaires :

> Le CICR a amorcé la rédaction des Commentaires originaux conformément à son rôle de gardien et de promoteur du droit humanitaire. Il en est de même pour la présente version actualisée. Cette fonction est reconnue par les Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge qui indiquent que le CICR a notamment pour rôle 'de travailler à la compréhension et à la diffusion du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et d'en préparer les développements éventuels'. Mais il entre aussi dans son rôle 'd'assumer les tâches qui lui sont reconnues par les Conventions de Genève' et 'de travailler à l'application fidèle du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et de recevoir toute plainte au sujet des violations alléguées de ce droit'. Afin de s'acquitter de ces tâches, le CICR est souvent tenu d'interpréter les traités de droit humanitaire sur lequel repose ce mandat. Par conséquent, l'interprétation du droit humanitaire est au cœur du travail opérationnel quotidien de l'organisation.[1264]

[1263] *Supra*, section 7.3.3.

[1264] Commentaires CGI (2018 version française), *supra* note 8 au para 8 (introduction) [notre soulignement]. Voir aussi Bruno Demeyere, Jean-Marie Henckaerts, Heleen Hiemstra et Ellen Nohle, « The Updated ICRC Commentary on the Second Geneva Convention: Demystifying the Law of Armed Conflict at Sea » (2018) 94:140 ILS 140–160 à la p

Il est intéressant de noter que, dans les publications séparées présentant les commentaires actualisés, le CICR mentionne que le projet s'inscrit dans son statut, en omettant toutefois la fin de l'alinéa *g*) de l'article 5 des Statuts (« et d'en préparer les développements éventuels »)[1265]. Cela confirme que le CICR veut éviter d'être perçu comme proposant un développement normatif du DIH. Le billet de blogue de Henckaerts attaque plus directement la question en opposant l'identification et l'interprétation du droit :

> *The ICRC Commentaries, like other commentaries, purport to clarify the meaning of treaty rules in order to facilitate their implementation: they are concerned with norm interpretation as opposed to norm identification. All laws, no matter how detailed they are, have to be interpreted when being applied. International treaties, such as the Geneva Conventions, are no different. A commentary's purpose is to offer such interpretations and indicate where a question is not entirely settled. By their nature, they cannot amend the law*[1266].

Lors du lancement virtuel du Commentaire actualisé à la CGIII, Brig Ferris, des forces armées néo-zélandaises, a confirmé que les Commentaires constituent un guide en anglais simplifié pour aider et appuyer le commandant dans l'interprétation et l'application des CG, comme c'est le cas pour les autres publications du CICR, la doctrine et les travaux de recherche universitaire, ainsi que les manuels du commandant[1267]. Elle affirme qu'ils constituent un point de départ sur ce qu'est l'interprétation ; il est utilisé par un large public des juges jusqu'aux chercheurs, mais les États et leurs forces armées forment l'auditoire principal. On retrouve des propos au même effet dans le *DoD War Manual* américain :

---

141 : « [T]*he ICRC decided in 2011 to embark, together with a number of renowned external experts, on an ambitious project to update these Commentaries, seeking to reflect the significant developments in the application and interpretation of the Conventions and their Additional Protocols in the intervening years*. »

[1265] Statuts du Mouvement *supra* note 1164. Henckaerts (2012) *supra* note 1240 à la p 376 : « Le travail accompli découle aussi de l'obligation qu'a le CICR 'd'assumer les tâches qui lui sont reconnues par les Conventions de Genève' et de 'travailler à l'application fidèle du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés'. » ; Cameron (2015), *supra* note 1242 (version anglaise) à la p 1210 / (version française) à la p 162 : « À travers le projet d'actualisation des six Commentaires, le CICR entend prendre en compte cette évolution afin que chaque nouveau Commentaire offre une interprétation actuelle et complète du droit. Le projet s'inscrit dans le cadre du rôle qui incombe au CICR de 'travailler à la compréhension et à la diffusion du droit international humanitaire' (DIH) et à son 'application fidèle'. ».

[1266] Henckaerts (blogue 2016) *supra* note 1259.

[1267] CICR, *Launch of the updated Commentary on the Third Geneva Convention* (16 juin 2020), intervention de Brig. Lisa Ferris à la 49e minute, en ligne : <https://www.icrc.org/en/event/launch-updated-commentary-third-geneva-convention?utm_source=internal_email&utm_medium=email&utm_campaign=Homeanitarian_11&utm_content=GC3%20event%20launch> [notre traduction].

> *The Commentaries to the 1949 Geneva Conventions, published by the International Committee of the Red Cross, under the general editorship of Jean S. Pictet, have often been helpful in understanding the provisions of the 1949 Geneva Conventions and have often been cited in this manual. As noted by the International Committee of the Red Cross, however, these Commentaries are not an official interpretation of the 1949 Geneva Conventions, which only participant States would be qualified to give*[1268].

En outre, même s'il est vrai que son expérience de terrain attribue aux opinions du CICR une pertinence particulière en ce qui concerne les propositions de développement du DIH[1269], celle-ci ne constitue pas la source interprétative première du DIH conventionnel. Rappelons qu'au terme de l'analyse du Projet de conclusion de la CDI sur les pratiques ultérieures, nous avons conclu que les prononcés du CICR n'entrent même pas dans la catégorie des prononcés d'organes conventionnels d'experts qui peuvent donner naissance à une pratique ultérieure au sens de l'article 32 CDVT (1969), ceux-ci devant être institués en vertu d'un traité et ne devant pas être une organisation internationale[1270]. De plus, le fait que le CICR se cite souvent lui-même pour appuyer ses propres interprétations vient entamer la valeur persuasive, ou minimalement soulever des doutes quant à l'application rigoureuse de la méthodologie dont dispose la CVDT (1969). On retrouve ce que Watts appelle un *bootstrapped support* à de nombreuses reprises dans l'interprétation de l'article 3 commun :

> *For instance, ICRC products are the sole sources in many footnotes to the commentary on common Article 3. To be fair, many of these ICRC sources rely on outside evidence to make the points cited by the Updated Commentary. However, the ICRC's Study on Customary International Law is among the ICRC sources most frequently cited and was criticized for bootstrapping as well*[1271].

Dans la même ligne de pensée, la prise en considération des informations contenues dans les archives non publiques du CICR[1272] est problématique d'un point de vue méthodologique : comme le souligne Heller, il est troublant de savoir que le CICR s'appuie sur des informations qui ne peuvent

---

[1268] É-U, DoD War Manual *supra* note 86 au para 19.16.

[1269] Watts (Part I, 2016) *supra* note 1233.

[1270] *Supra*, section 7.2.

[1271] Watts (Part I, 2016) *supra* note 1233.

[1272] Commentaires GCI (2018 version française) *supra* note 8, au para 10 (introduction) : « De plus, ce qui distingue les Commentaires actualisés initiés par le CICR d'autres commentaires académiques est que les contributeurs ont été en mesure de recourir aux archives du CICR, tout en respectant leur nature confidentielle, pour évaluer l'application et l'interprétation des Conventions et des Protocoles depuis leur adoption. ».

pas faire l'objet de critiques scientifiques[1273]. Le fait que les Commentaires actualisés s'appuient fréquemment, et pour certains points exclusivement, sur les propres publications du CICR n'est pas en soi un défaut fatal ; sans entamer gravement le succès autrement considérable de ce document en général, nous projetons cependant que cela puisse avoir un effet ponctuel de dépréciation de la valeur persuasive des interprétations ainsi justifiées. Avant de regarder plus en détail quelles pourraient être les contributions des Commentaires actualisés, nous proposons une incursion dans le *Guide interprétatif sur la participation directe aux hostilités*, dans le but de comparer les deux processus ainsi que leur valeur persuasive respective en DIH.

7.5.5 Un comparable : Le *Guide interprétatif sur la participation directe aux hostilités*

Une montagne en mal d'enfant
Jetait une clameur si haute
Que chacun, au bruit accourant,
Crut qu'elle accoucherait sans faute
D'une cité plus grosse que Paris.
Elle accoucha d'une souris.

– Jean de la Fontaine, La montagne qui accouche
1er recueil, livre V, 10e fable (1668)

Ce qui est maintenant connu comme étant le *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*[1274] est un document ostensiblement signé de son auteur en sa qualité de conseiller juridique du CICR. Il est le résultat d'un processus ambitieux de clarification de la participation directe aux hostilités qui a été initialement suscité par les préoccupations du CICR concernant l'utilisation de la force par les États-Unis contre des terroristes présumés[1275].

Si les articles 51 (3) PAI et 13 (3) PAII prévoient que les civils perdent leur protection contre les attaques lorsqu'ils participent directement aux hostilités, ni le DIH conventionnel, ni le DIH coutumier

[1273] Heller (blogue 2016), *supra* note 1254 [notre traduction]. Voir aussi Mühlrel (chap prélim 2019), *supra* note 418 à la p 41.

[1274] Guide interprétatif PDH (2010) *supra* note 1194.

[1275] Giladi / Ratner (2015) *supra* note 1159 au para 41.

ne définissent ce concept de participation directe[1276]. Entre 2003 et 2008, cinq rencontres d'experts sous l'égide du CICR et de l'Institut TMC Asser ont eu lieu dans le but de répondre à trois questions clés : Qui est considéré comme un civil aux fins du principe de distinction ? Quelle conduite constitue une participation directe aux hostilités ? Enfin, quelles modalités régissent la perte de la protection contre les attaques directes[1277] ? Les réunions durant lesquelles ont été traitées ces questions réunissaient à chaque fois entre 40 et 50 experts juridiques issus des milieux militaires, gouvernementaux et universitaires, ainsi que membres d'organisations internationales et non gouvernementales qui ont participé à titre personnel. Ce n'était donc pas à l'origine un processus analogue à une conférence diplomatique. Il aurait tout de même été attendu que le contenu du Guide interprétatif reflète la position des experts réunis, soit à l'unanimité, à la majorité ou même par consensus. Ce n'est pas le cas : le Guide consigne uniquement la position officielle du CICR sur le sujet[1278]. La question ici n'est pas de s'attarder sur la valeur du document sur le fond : l'exercice entrepris par le CICR était périlleux et l'exposition à la critique, quelle que soit la position adoptée, était inévitable[1279]. Les lacunes dénoncées[1280] permettent toutefois de se pencher sur l'importance du

---

[1276] Voir, de façon générale sur la PDH, Sassòli (2019) *supra* note 15 aux paras 8.311 et suiv. Numéro spécial : « Direct participation in hostilities » 90:872 IRRC (2008); Emily Crawford, *Identifying the Enemy: Civilian Participation in Armed Conflict,* Oxford, OUP, 2015 aux pp 48–92 [Crawford (2015)].

[1277] Guide interprétatif PDH (2010) *supra* note 1194 à la p 8 (avant-propos).

[1278] « Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law Adopted by the Assembly of the International Committee of the Red Cross on 26 February 2009 » (2008) 90:872 IRRC 991-1047 : « *The Interpretive Guidance is widely informed by the discussions held during these expert meetings but does not necessarily reflect a unanimous view or majority opinion of the experts. It endeavours to propose a balanced and practical solution that takes into account the wide variety of concerns involved and, at the same time, ensures a clear and coherent interpretation of the law consistent with the purposes and principles of IHL. Ultimately, the responsibility for the Interpretive Guidance is assumed by the ICRC as a neutral and independent humanitarian organization mandated by the international community of States to promote and work for a better understanding of IHL. Although a legally binding interpretation of IHL can only be formulated by a competent judicial organ or, collectively, by the States themselves, the ICRC hopes that the comprehensive legal analysis and the careful balance of humanitarian and military interests underlying the Interpretive Guidance will render the resulting recommendations persuasive for States, non-State actors, practitioners, and academics alike*. » Voir aussi CICR, « Overview of the ICRC's Expert Process (2003–2008) » en ligne : <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/overview-of-the-icrcs-expert-process-icrc.pdf> aux pp 3–4 ; Crawford (2015), *supra* note 1276 à la p 72; Dapo Akande, « Clearing the Fog of War – The ICRC's Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities » (2010) 59:1 ICLQ 180 à la p 182 [Akande (2010)].

[1279] Voir, dans ce sens, Akande (2010), *ibid* à la p 192 : « *All in all, the main contribution of the ICRC in this area is to provide analytical tools in an area where they have long been lacking. There has long been broad agreement on the verbal expression of the key principles here and even agreement on how the principles may play out in particular cases. What we have lacked is how we get from the former to the latter. Lacking that roadmap we lose our way when we try to get other results where instinct alone does not help us. Now we have some tools for doing so*. » ; Crawford (2015), *ibid* aux pp 83 et 88 : « *Determining the scope of DPH, in line with existing law, was potentially always a contentious exercise, especially given the paucity of customary international law. Indeed, any formulation of DPH, even if that formulation had been reached by consensus, would most likely have been criticized for being either too narrow or too broad.* […]. *In assessing the Interpretive Guidance it can be said that, despite the controversial*

choix des termes et des formulations des sources subsidiaires ayant une valeur persuasive, dans le but d'y situer les Commentaires.

En effet, en ce qui a trait au *Guide interprétatif sur la PDH*, ce qui a été reproché au CICR n'est pas tant qu'il ait mis de côté les conclusions d'experts qu'il avait pourtant sollicités et qui ont, pour leur part, répondu à l'appel (quoique cela aussi ait été dénoncé)[1281]. Ce qui est reproché, c'est le fait que même si l'interprétation proposée correspond à ce que l'institution estime être le droit, les conclusions sont formulées de façon à laisser croire qu'il s'agit aussi d'une constatation du droit tel qu'il existe. Il y a en effet une différence entre ne pas entendre ce que les experts ont à dire parce qu'ils ne sont pas consultés, et les consulter, mais écarter la position qu'ils présentent au moment de rédiger le document final. La critique formulée par Parks va dans ce sens:

> *The Section included the concession that 'in classic large-scale confrontations between well-equipped and organized armed forces or groups, the principles of military necessity and of humanity are unlikely to restrict the use of force against legitimate military targets beyond what already required by specific provisions of IHL'* […] *this passage could suggest that the ICRC was attempting to retain the ability to argue its point as a case of 'emerging law'*.[1282]

Que le CICR choisisse de mettre de l'avant une position institutionnelle favorisant les considérations humanitaires sur la nécessité militaire ne choquera pas outre mesure : la tension dynamique entre ces deux pôles est une caractéristique inhérente du DIH et le CICR est positionné stratégiquement pour faire valoir la position humanitaire tout en ne s'antagonisant pas les États. Il y a toutefois risque

---

elements of the DPH formulation, it remains a valuable and useful tool, and is perhaps the 'outer marker' of a more narrow and restrictive approach to targeting persons directly participating in hostilities. »

[1280] Comme le résume habilement Crawford (2015) (*ibid* aux pp 82–87), la controverse principale réside dans le fait que le CICR a incité toutes les personnes impliquées dans le processus de participation aux hostilités à adopter la « philosophie Pictet » lorsqu'il était question d'usage de la force ; dans le cadre de l'interprétation des limitations à l'emploi de la force lors d'une attaque directe (section IX du Guide interprétatif), le CICR prône en effet une interprétation allant dans le sens de la limitation de l'usage de la force létale. Or, cette position, pourtant louable (« *humane and unobjectionable* » comme le reconnait William Fenrick, « ICRC Guidance on Direct Participation in Hostilities » (2009) 12 YBIHL 287 à la p 298) a été dénoncée comme étant *lex ferenda* plutôt que *lex lata*, par, p. ex., W Hays Parks, « Part IX of the ICRC Direct Participation in Hostilities Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect » (2010) 42:3 NYUJILP 769 à la p 828 (voir aussi pp 796–811) [Parks (2010)] : « *What became Section IX of the Interpretive Guidance was constructed from faulty sources against the strongest advice of experts from whom the ICRC had sought advice. The ICRC failed to heed this expert advice, constructing a theory not supported by treaty law, State practice, or court decisions. Its ill-constructed theory is flawed beyond repair*. ».

[1281] Crawford (2015), *ibid* à la p 83 : le retrait d'un tiers des experts a rendu le document encore plus controversé.

[1282] Parks (2010), *supra* note 1280 aux pp 827–828.

de rupture du lien de confiance lorsqu'on fait revêtir à la position humanitaire les habits du « droit existant » ou même du droit en formation : dans ces cas, il y a un risque accru que les États, via ses structures officielles, mais aussi ses experts, se braquent et rejettent les conclusions ainsi formulées.

Contrairement au *Guide interprétatif*, les Commentaires ne font pas face à ce problème de façon aussi aiguë : le choix des personnes siégeant au comité de lecture et procédant à la révision par les pairs dans le but d'exposer le plus grand nombre d'interprétations recensées fait partie intégrante de la rédaction d'un commentaire juridique. Aussi, l'éloignement du *law making* par l'acte interprétatif est posé de façon particulièrement explicite : il devient plus difficile d'accuser le CICR de proposer une interprétation dans le but premier de faire valoir son point de vue en tant que cas de 'développement progressif du droit', ou de règles de DIH en formation. Dans ce contexte, quelles contributions peut-on attendre des Commentaires actualisés ?

7.5.6 Les Commentaires actualisés : quelles contributions au DIH ?

Mis à part le rejet (indirect) de l'interprétation de l'article 1 commun sur lequel nous revenons plus bas, les nouveaux Commentaires sont à ce jour assez bien reçus : en plus des réactions généralement positives de la communauté juridique telles que consignées dans des séries de billets de blogue[1283], rappelons que la CPI a préféré l'interprétation des Commentaires actualisés à une décision du TSSL dans l'affaire *Ntaganda*[1284]. Les Commentaires actualisés se positionnent donc favorablement comme une source persuasive dans l'interprétation du DIH. Nous attribuons tout d'abord ce succès au fait qu'ils s'inscrivent dans la continuité, tirant ainsi profit de la réputation

[1283] Une de ces séries a été organisée, soulignons-le, par *Intercross*, le blogue du CICR à Washington, *Humanitarian Law and Policy*, le blogue du CICR sur le droit et la politique humanitaires, et *Opinio Juris*, le blogue en collaboration avec la Commission internationale des juristes : on retrouve les billets de Henckaerts (blogue 2016), *supra* note 1259, mais aussi celui de Heller (blogue 2016), *supra* note 1254, et Murphy (blogue 2016), *supra* note 1220. Le blogue *Just Security*, basé au Centre Reiss sur le droit et la sécurité à la Faculté de droit de l'Université de New York, a lui aussi publié une série de billets sur les Commentaires actualisés : on y retrouve les billets Watts (Part I, 2016), *supra* note 1233 , Sean Watts « The Updated First Geneva Convention Commentary, DOD's Law of War Manual, and a More Perfect Law of War, Part II» (29 juillet 2016) en ligne : (blogue *Just Security*) : <https://www.justsecurity.org/32194/updated-geneva-convention-commentary-dods-law-war-manual-perfect-law-war-part-ii/> [Watts (Part II, 2016)] et Watkin (Part I, 2016) *supra* note 1200, Kenneth Watkin « The ICRC Updated Commentaries: Reconciling Form and Substance, Part II » (30 août 2016) en ligne (blogue *Just Security*) : <https://www.justsecurity.org/32608/icrc-updated-commentaries-reconciling-form-substance-part-ii/> [Watkin (Part II, 2016)].

[1284] CPI, Ntaganda (appel 2017) *supra* note 828 au para 61.

favorable et des habitudes d'utilisation déjà établies au cours des soixante dernières années avec le Commentaire Pictet, comme en témoigne ce passage : « *It is the ICRC's hope that the new Commentaries will, like the Pictet Commentary, be a leading interpretative compass; but its ultimate authority will depend on its quality and relevance for practitioners and academics* »[1285].

En effet, la qualité du travail est incontestable et s'inscrit dans la droite ligne de ce qui est attendu d'un commentaire juridique : plusieurs points de vue autres que celui du CICR sont présentés (même si une pluralité plus grande aurait pu été bienvenue), et la consignation des pratiques ultérieures dans une perspective historique constitue une réponse adéquate aux réalités des conflits armés contemporains[1286]. Évidemment, les Commentaires actualisés bénéficient de l'effet Matthieu qui veut que les meilleurs tendent à accroître leur avance : le fait que les Commentaires Pictet ont eu du succès est en soi un gage de succès futur[1287]. De plus, l'architecture article par article, suivant exactement celle des Conventions, ainsi que le type de langage utilisé font partie de la mise en scène de l'autorité que les Commentaires cherchent à dégager. En effet, même si le CICR exprime clairement que la mise à jour des Commentaires contribue à l'interprétation et non au développement du DIH, la façon dont il présente ses conclusions évoque — sans toutefois la nommer ainsi — une position prescriptive claire quant à ce que le DIH exige. De cette façon, les Commentaires jouent un rôle plus important que le CICR ne le reconnaît : ils s'approchent d'une codification non législative faisant autorité[1288]. En effet, comme nous l'apprend Djeffal, la structure des Commentaires occupant une place de premier plan dans le discours juridique, comme c'est le cas avec les Commentaires du CICR, a pour conséquence d'accorder de l'importance à certains points de vue, mais aussi d'en écarter ou d'en marginaliser d'autres :

[1285] Henckaerts (blogue 2016) *supra* note 1259.

[1286] Avec les *caveat* qui ont été mentionnés plus haut au sujet d'une apparence d'attribution de valeur persuasive supérieure à ce que prévoient les règles d'interprétation du droit des traités pour certaines pratiques ultérieures. Voir, de façon générale, au sujet des qualités attendues d'un commentaire, Djeffal (2013) *supra* note 1104 à la p 1236 : « [*C*]*ommentary is a place to collect and evaluate thoughts developed elsewhere and to decide which approach should prevail* ».

[1287] Voir Helmersen qui réfère à cet effet, toutefois dans le contexte d'un texte cité dans une décision judiciaire principalement parce qu'il a déjà été cité dans une autre décision judiciaire : Helmersen (2019) *supra* note 1048 à la p 527 ; Voir aussi Neil Duxbury, *Judges and Jurists : An Essay on Influence,* Oxford, Hart, 2001 à la p 11.

[1288] Voir Bordin (2014) *supra* note 396 aux pp 553–554, qui décrit ce processus de mise en scène de la valeur péremptoire d'un document juridique non contraignant en l'appliquant dans son cas à la CDI. Cette façon de faire évoque aussi le concept de *readymade* évoqué plus haut : *supra* section 1.4.2.

> *While it is sometimes suggested that a commentary must not be too innovative, the authors regularly take sides with respect to critical questions. This feature gives commentaries a special status in legal discourse; they decide disputes about questions of law in a way that courts would give advisory opinions. By supporting specific solutions to legal problems, commentaries establish discursive hierarchies. The authority of commentaries is strengthened by the fact that the authors are frequently established scholars, who have already published on related issues. This adds to the importance of commentaries in legal discourse.*[1289]

D'un autre côté, le fait que le CICR se range du côté de la doctrine ou des décisions judiciaires internationales plutôt que des positions étatiques en fait sourciller certains. Watts souligne par exemple l'interprétation de la fin de l'occupation belligérante telle que prévue à l'article 2 commun où la position adoptée par les États semble avoir eu moins de poids que la jurisprudence internationale et la doctrine[1290]. Dans la même ligne de pensée, Watkin analyse ce qu'il appelle la « théorie du franchissement non consensuel des frontières » comme le propose le CICR dans le cadre de l'interprétation de l'article 2 commun comme ne reflétant ni la pratique étatique, ni même la doctrine[1291].

De façon plus substantielle, la position mise de l'avant par le CICR avec l'interprétation de l'obligation de respecter et de faire respecter les Conventions posée à l'article 1 commun n'a pas été bien accueillie par les États[1292]. En effet, les Commentaires actualisés avancent des positions du CICR qui ont, par le passé, rencontré de fortes objections : les États parties aux CGI–IV (1949) réunis à la XXXII[e] Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge ont en effet rejeté un mécanisme proposé par le CICR et le gouvernement suisse pour renforcer le respect du DIH[1293].

[1289] Djeffal (2013), *supra* note 1104 à la p 1235.

[1290] Watts (Part I 2016), *supra* note 1233.

[1291] En application de cette théorie, une invasion non consentie ou un déploiement des forces armées d'un État sur le territoire d'un autre État — même s'il ne rencontre aucune résistance — peut constituer un recours unilatéral et hostile à la force armée par un État contre un autre, remplissant les conditions d'un conflit armé international au sens de l'alinéa 1 de l'article 2 : Commentaires CGI (2018 version française) *supra* note 8, au para 223 (art 2). Pour une explication détaillée de cette théorie, y compris sa critique autour entre autres du problème de la notion de consentement dans des États fragiles ou déliquescents, voir Watkin (Part I, 2016), *supra* note 1200 [notre traduction de « *non-consensual border crossing* »].

[1292] Voir, de façon générale sur l'étendue des obligations de l'article 1 commun, y incluant la pratique étatique ultérieure, Mührel (chap prélim 2019), *supra* note 418 aux pp 37, 38, 40 ; et Verity Robson, «The Common Approach to Article 1: The Scope of Each State's Obligation to Ensure Respect for the Geneva Conventions» (2020) 25:1 JCSL 101–115.

[1293] *XXXII[e] Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, Résolution : « Le renforcement du respect du droit international humanitaire » (2015) 32IC/15/R2, en ligne : <https://rcrcconference.org/app//uploads/2015/04/32IC-AR-Compliance_FR.pdf> ; voir aussi : Rapport final « Le

Même si techniquement cette proposition n'est pas rattachée à l'article 1 commun, l'échec de ces négociations reflète l'investissement actuel minimal de nombreux États dans le contrôle de l'application du DIH, dans un contexte de tensions politiques générales qui caractérisent les relations internationales contemporaines[1294]. Or, l'interprétation de l'article 1 commun dans les Commentaires allant dans le sens d'une :

> obligation positive [imposant aux États parties] de prendre les mesures appropriées pour mettre un terme aux violations des Conventions et de ramener au respect de la Convention une partie au conflit qui manquerait à ses obligations, notamment en usant de son influence sur cette partie[1295]

reprend somme toute la proposition rejetée par la XXII[e] Conférence internationale. De façon concomitante avec le lancement du Commentaire à la GCI, donc en 2016, les États-Unis et l'Australie[1296] ont tous deux contredit une interprétation aussi large des obligations positives contenues à l'article 1 commun. Le Canada a aussi exprimé son désaccord avec une telle interprétation large dans le cadre d'un litige devant la cour fédérale, où le ministère des Affaires étrangères s'est appuyé sur un affidavit de Michael Schmitt ; la Cour fédérale canadienne a en outre pris la peine de nuancer la nature de l'obligation en citant *verbatim* les Commentaires actualisés indiquant qu'« en principe, les Hautes Parties contractantes ont une certaine latitude dans le choix des mesures devant permettre de faire respecter les Conventions »[1297].

---

renforcement du respect du droit international humanitaire » (2015) 32IC/15/19.2, en ligne : <https://rcrcconference.org/app//uploads/2015/04/32IC-Concluding-Report-Strengthening-Compliance-with-IHL_FR.pdf>.

[1294] Giulio Bartolini, « The 'Compliance Track' on a Track to Nowhere » EJIL Talks! (2016) en ligne : <https://www.ejiltalk.org/the-compliance-track-on-a-track-to-nowhere/>.

[1295] Cameron (2015), *supra* note 1242 (version française) à la p 166 / (version anglaise) à la p 1215.

[1296] Respectivement pour les États-Unis : Brian Egan, « International Law, Legal Diplomacy, and the Counter-ISIL Campaign » (2016) 92 ILS 235–248 à la p 245; pour l'Australie : John Reid, « Ensuring respect » dans *ILA Reporter* (novembre 2016), en ligne : <http://ilareporter.org.au/2016/11/ensuring-respect-the-role-of-state-practice-in-interpreting-the-geneva-conventions-john-reid/>.

[1297] *Turp v Canada (Justice)* [2017] 4 FCR 216 aff n[o] T-462-16 (24 janvier 2017) au para 74 : « *The experts of both parties recognize that Article 1 of the Conventions does not impose on the State Parties in the taking of any specific measure in response to a violation of international humanitarian law by another state (Affidavit of Michael Schmitt at paras 94–99). This is also the ICRC's interpretation in its Commentary on the First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (2016) at paragraphs 146–149 and 164–165. The ICRC clearly states that: States remain in principle free to choose between different possible measures, as long as those adopted are considered adequate to ensure respect. —ICRC, Commentary on the First Geneva Convention (2016) at para 165.* »

Ce type de réactions nous mène à projeter un rejet, ou à tout le moins, une réceptivité moins grande non pas des Commentaires actualisés dans leur ensemble, mais plutôt de ses interprétations que nous qualifions « d'autantplus-tistes ». En effet, si l'interprétation de l'article 1 commun comme incluant une « dimension externe » imposable aux pays tiers peut tout-à-fait se défendre en s'appuyant sur les résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale ainsi que sur le fait qu'une majorité des États se soit appuyée sur celle-ci en réaction aux violations d'Israël dans le contexte des territoires palestiniens occupés[1298], ce n'est pas le cas de toutes les interprétations qui sollicitent le texte normatif dans le but précis de pousser l'agenda humanitaire ; or, nous projetons que ce seront ces interprétations qui soulèveront le plus la critique ; plusieurs règles conventionnelles du DIH ont été volontairement formulées de façon vague pour atteindre le consensus diplomatique et obtenir un taux de ratification élevé. Ce ne sont évidemment pas toutes les dispositions des CGI–IV (1949) qui sont ambiguës à dessein, mais celles qui le sont captent particulièrement bien la spécialisation fonctionnelle du DIH examinée en début de thèse, avec cette tension entre considérations humanitaires et impératifs militaires dans un contexte hautement politisé[1299]. L'article 3 commun constitue un des meilleurs exemples d'une codification d'un compromis politique. Watts qualifie l'interprétation de cette disposition par le CICR d'abord et avant tout d'humanitaire, surtout en ce qui concerne les obligations implicites qui sont déduites du devoir expressément prévu de recueillir et de soigner les blessés et les malades. En effet, le CICR inclut l'obligation de protéger les unités, le transport et le personnel sanitaire dans l'article 3 commun, et ce, malgré le fait que ceux-ci ne soient mentionnés nulle part dans l'article[1300]. À l'instar de Watts, nous considérons cette conclusion perturbante:

> *The humanitarian logic of the conclusion is nearly unassailable. Still, the conclusion that such protections fall within common Article 3 itself, rather than having developed as*

[1298] Sassòli (2019), *supra* note 15, au para 5.148, aux n 279–282.

[1299] *Supra* section 1.1. Voir dans ce sens Captain Gordon B. Baldwin, « New Look at the Law of War: Limited War and Field Manual 27-10 » 1 (1959) MLR 1–38 à la p. 29, en ligne : < https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Military_Law_Review/pdf-files/27-100~4.pdf> [Baldwin (1959)]: « *Some ambiguity must be anticipated in the laws of war because they were designed with a view toward accommodating the interests of belligerents in military requirements, on the one hand, and humanitarianism on the other*. »

[1300] Commentaires CGI (2018 version française), *supra* note 8, paras 768–778, au para 768 (art 3) : « Afin de protéger les blessés et malades, les personnes chargées de les rechercher, de les recueillir et de les soigner, ainsi que leurs transports et matériels, doivent également être protégées. Il est donc implicite dans l'article 3 commun que le personnel sanitaire doit être respecté et protégé, étant entendu que 'la protection du personnel sanitaire est une forme subsidiaire de protection accordée pour garantir que les blessés et les malades reçoivent des soins médicaux' [citation de l'Acte de la conférence diplomatique de 1974-1977 et référant à l'Étude sur le DIHC, R25]. »

> *custom independent of the Convention, is both textually and structurally troubling*. […] *Surely humanitarian logic has a place in interpretation of positive text but whether it should be used to import or imply protections wholesale to fill textual voids is another matter*.[1301]

Lorsque le CICR commente l'article 3 commun (ou, tout compte fait, une autre règle formulée de façon vague ou ambiguë), il n'a pas systématiquement à opter pour le compromis politique comme cela a pu être le cas pour les États lors de la conférence diplomatique ; il a en effet la possibilité d'aller vers un accroissement de la protection humanitaire. Dans ce contexte, l'utilisation plus systématique des travaux préparatoires prend tout son sens et agit comme un rempart contre une interprétation trop tendancieuse de la part du CICR[1302]. Au demeurant, le CICR n'opte pas systématiquement pour une interprétation humanitaire : Watts[1303] note que l'applicabilité de l'article 3 commun au territoire national des États qui interviennent de manière extraterritoriale dans les CANI n'a pas été confirmée, le CICR reconnaissant que la pratique étatique à ce sujet n'est pas suffisamment étayée[1304]. La tendance à intensifier la nature des obligations des États parties aux CGI–IV (1949) dans le sens d'une augmentation de la protection accordée aux victimes des conflits armés est tout de même présente dans les Commentaires actualisés. À preuve, l'interprétation de l'article 12 CGI qui vise les soins, le traitement avec respect et la protection en toutes circonstances des blessées et malades ; il s'agit d'une règle ayant une prédisposition humanitaire. Le CICR propose tout d'abord une interprétation des termes « blessés et malades » selon le sens commun et la bonne foi[1305]. Dans le contexte du débat sur la proportionnalité relatif à la teneur de l'obligation de respecter les blessés et les malades[1306], ces commentaires formulés par le CICR sur le traitement de ces derniers jouent le rôle de contrepoids au compromis politique atteint lors des négociations diplomatiques :

[1301] Watts (Part II, 2016), *supra* note 1283.

[1302] À noter toutefois que, dans l'exemple retenu ici par rapport au traitement des blessés et malades sous l'article 3 commun, le Commentaire cite non pas l'Acte de la conférence diplomatique de la Convention visée, mais celui des Protocoles additionnels de 1974-1977.

[1303] Watts (Part II, 2016), *supra* note 1283.

[1304] Commentaires CGI (2016), *supra* note 8 au para 473 (art 3).

[1305] *Ibid* au para 1347.

[1306] *Ibid* aux paras 1355 et suiv : Il est en effet question de réconcilier l'obligation de respecter les blessés et les malades prévue à l'article 12 CGI avec l'article 51 (5) b) PAI (1977) qui consacre comme étant interdites parce que sans discrimination les attaques causant des pertes dans la population civile, sans toutefois mentionner explicitement les blessés et les malades.

> *However, in view of the specific protections accorded to the wounded and sick, namely the obligation to respect (and to protect) them in all circumstances*, a fortiori *they should also benefit from the protection accorded to civilians. In other words, if civilians are to be included in the proportionality assessment all the more so should the wounded and sick*.[1307]

L'utilisation par le CICR de l'ambiguïté au service de la logique humanitaire et au détriment de la flexibilité en théâtre opérationnel n'est ni singulièrement surprenante, ni particulièrement choquante : la raison d'être du CICR reste inchangée depuis plus de 150 ans, c'est-à-dire la protection et l'assistance des victimes de conflits armés. Si le CICR propose de façon générale un changement de paradigme propre au XXIe siècle qui favorise l'éloignement du modèle interétatique westphalien[1308], c'est parce que c'est aujourd'hui la meilleure façon, à son avis, de protéger et d'assister les victimes. C'est une des façons de jouer son rôle de lobbyiste pour l'humanité.

Le CICR endosse aussi ce rôle dans un autre scénario d'interprétation, soit lorsque la pratique relative à la règle à interpréter est divergente, éparse ou inexistante. Ont été donnés en exemples dans les Commentaires entre autres les articles 8 et 10 communs sur les Puissances protectrices et leurs substituts, qui ont rarement été utilisés depuis 1949[1309] ; les articles communs 11 et 52/53/132 sur la procédure de conciliation et la procédure d'enquête, qui n'ont pas été invoquées en tant que telles dans les conflits récents[1310]. L'attitude générale du CICR face à ces dispositions est d'exercer

---

[1308] *Ibid* au para 1357.

[1308] Dans le même sens, Watkin (Part I, 2016) *supra* note 1200 : « *In the final analysis, the Updated Commentaries reflect a broader struggle taking place in the international legal arena. There is a requirement move on from the traditional 20th century near obsession with inter-State conflict to a more pragmatically oriented approach that concentrates on contemporary NSA threats. To be relevant, commentaries such as this one, like the US DoD manual, must endeavor to clearly link theory to practical effect*. ».

[1309] Commentaires GCI (2018 version française), *supra* note 8 au para 52 (introduction).

[1310] Ont aussi été cités comme ayant un faible taux de pratique ultérieure les articles suivants : Commentaires CGI (2018) *ibid* à l'art 26 sur le personnel des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge mis à la disposition des services sanitaires des armées (« cas de figure s'est rarement présenté ») ; art 34 sur les biens de ces sociétés (« n'a pas été utilisé dans la pratique ») ; arts 27, 32 et 43 relatifs aux formations sanitaires appartenant aux sociétés de secours de pays neutres et à leur personnel (« n'ont pas été mis en pratique depuis 1949 ») ; arts 28, 30 et 31 sur la rétention du personnel sanitaire et religieux (« il s'agit d'une situation qui s'est rarement présentée dans les conflits armés récents ») ; Commentaires CGII (2017) *supra* note 8 au para 66 : art 28 sur la protection des infirmeries en cas de combat à bord d'un navire de guerre (« Cet article était d'une importance pratique mineure en 1949 et il est encore moins probable qu'il le soit aujourd'hui. ») ; arts 24 et 25 concernent les navires-hôpitaux utilisés par les sociétés nationales de la Croix-Rouge ou du Croissant-Rouge, par les sociétés de secours officiellement reconnues ou par des personnes privées (« On ignore si ces dispositions ont été appliquées depuis 1949. ») ; Commentaires CGIII (2020) *supra* note 8 au para 123 : art 57 concernant les prisonniers travaillant pour des employeurs privés (« La pratique consistant à utiliser le travail des prisonniers de guerre a diminué, et plus encore la pratique consistant à

une grande retenue dans la confirmation de leur désuétude, celle-ci étant « soumise à des conditions strictes et exig[eant] l'accord, à tout le moins tacite, des parties ou l'émergence d'une règle contraire du droit international coutumier »[1311]. En effet, dans aucun de ces cas, le CICR n'a reconnu la désuétude[1312]. Or, les soixante dernières années ont démontré que les institutions telles que les Puissances protectrices et la procédure de conciliation ne sont manifestement pas utilisées comme l'envisageaient les rédacteurs des CG[1313]. L'interprétation du CICR favorise la dormance à la désuétude, la différence entre les deux étant de garder vivant le potentiel d'activation ; elle vise à conserver les acquis gagnés en 1949 avec les CGI-IV, sachant que, si c'était à refaire aujourd'hui, ces règles n'auraient probablement pas le même statut universellement contraignant qu'elles ont actuellement[1314]. On rejoint ici le commentaire formulé en introduction de la deuxième partie relativement à la contribution des sources subsidiaires persuasives au développement progressif du DIH dans le sens d'une augmentation non régressive du niveau de protection. Dans ses Commentaires, tout comme dans la plupart de ses prononcés, le CICR adopte des positions qui consolident le contenu des CGI–IV (1949), celui-ci formant un rempart en deçà duquel il n'est pas possible ni souhaitable, d'aller[1315].

---

autoriser les prisonniers à travailler hors d'un camp. ») ; art 61 relatif à la rémunération supplémentaire des prisonniers de guerre (« Dans les conflits armés internationaux depuis 1949, cette disposition ne semble pas avoir été utilisée. ») ; art 75 concernant les moyens de transport spéciaux pour les colis de secours (« Il n'y a pas eu de pratique spécifique en vertu de cette disposition depuis 1949. »).

1311 Commentaires GCI (2018 version française), *ibid* au para 51.

1312 Watts (Part I et Part II, 2016, *supra* notes 1233 et 1283) souligne que l'interprétation relative au port du brassard blanc avec le signe distinctif de dimensions réduites comme identifiant le personnel sanitaire temporaire comme prévu à l'article 41 CGI (1949) s'approchait le plus d'une déclaration d'obsolescence, mais qu'au final, c'est une interprétation favorisant une position doctrinale plutôt que ce qui est contenu dans des manuels militaires qui a été adoptée.

1313 Dans le même sens, Watts (Part II, 2016) *supra* note 1283 : « *Practice since 1949 has not developed in the direction envisioned by the drafters of the Geneva Conventions: the appointment of Protecting Powers in case of an international armed conflict has been the exception rather than the rule. Seemingly, practice since 1949 has evolved to the point of considering the appointment of Protecting Powers as optional in nature*. ».

1314 Voir dans le même sens Watts (Part II, 2016) *ibid* ; Baldwin (1959), *supra* note 1299 à la p 29 : « *sometimes the ambiguities were designed, and* […] *obsolete provisions may reflect the existence of interests still worthy of protection*. » Voir généralement, au sujet de l'impasse et de la stagnation généralisées dans l'élaboration des traités de droit international, *supra* note 20.

1315 *Supra*, 5.1.4. *Contra* Petrov (2020) *supra* note 1122 à la p 17, qui considère que les processus d'experts, parmi lesquels il classe les travaux du CICR, sont rétrogrades en ce qu'ils ne questionnent pas les lacunes du DIH et qu'ils jugent que ce droit tel qu'il existe est suffisant : « *The answer of expert groups comforts : IHL as it exists suffices. Notably, not only the ICRC is responding to increased humanitarian expectations, but also the other factions consisting more of military lawyers*. […] *As existing IHL arguably does not require amendments, its rules, and particularly its foundational legislative choices made some decades to more than a century ago, are passed on into*

En résumé, même si le CICR invoque et applique — à certaines exceptions près — les règles générales d'interprétation du droit international, son agenda reste celui de la logique humanitaire. En exploitant les silences et les ambiguïtés contenus dans les CG, le CICR avance dans certains cas une interprétation qui est logique au sens humanitaire, mais qui peut être aussi bancale lorsqu'on s'arrête au sens ordinaire du texte, à la structure conventionnelle ainsi qu'aux règles régissant l'utilisation des diverses pratiques ultérieures contribuant à l'interprétation conventionnelle. L'utilisation de l'ambiguïté que pose l'interprétation d'une disposition conventionnelle du DIH pour servir la logique humanitaire déclenche ce qui peut rapidement devenir une fonction quasi législative, comme la nomme Djeffal[1316]. Le résultat est en effet quelque chose qui ressemble en de nombreux points à du droit, mais qui ressemble aussi énormément à ce que certains voudraient voir comme étant du droit : ce point de convergence entre *lex lata* et *lex ferenda* est aussi un point de friction, de façon telle qu'il est parfois difficile de ne pas voir, dans les Commentaires actualisés, du droit là où l'on souhaiterait en voir. Il est vrai que la préparation de tout commentaire comporte une signification politique. Cependant, nous considérons qu'au total, l'effet « création de droit nouveau » avec les Commentaires actualisés est en partie endigué en amont par le fait que le CICR ne se présente pas comme un législateur ; qui plus est, on ne lui reconnaît, ni ne lui attribue, ce statut. Les Commentaires actualisés suscitent des discussions et accélèrent la diffusion, ils s'inscrivent dans le mandat que le CICR s'est donné. La contribution au travail de compréhension du DIH ne se fait pas en vase clos : ce travail est mené dans les réponses aux Commentaires. Le contrepoids est qu'avec une réputation et une expertise particulièrement bien établies, la voix du CICR en tant que commentateur du DIH est entendue et considérée de tous ; lorsque l'interprétation proposée par le CICR donne un résultat ambigu s'éloignant trop de la *lex lata*, nous projetons que celle-ci sera écartée, ou qu'elle sera une des contributions aux discussions qui développeront progressivement la règle de DIH visée.

7.6 En résumé

Si l'influence de la doctrine ordinaire s'est étiolée au fur et à mesure que le droit international s'est développé en tant que système de plus en plus complexe, il a été démontré que certains manuels de groupes d'experts gagnent en influence et occupent ainsi une place importante dans le

contemporary international law. […] *The same political choices would be hardly made today were IHL to be created de novo. Expert processes keep these structural decisions in place and are in this sense backward-looking*. »

[1316] Djeffal (2013), *supra* note 1104 à la p 1235.

développement du DIH, sans pour autant posséder une force juridiquement contraignante. Dans le présent chapitre, il a été démontré que, si les manuels de groupes d'experts ne forment pas un groupe complètement homogène, ils partagent certaines caractéristiques avec la doctrine ordinaire et constituent une source subsidiaire persuasive du DIH. Rappelant que ces manuels cohabitent avec d'autres sources subsidiaires persuasives qui ne sont pas de la doctrine, que celle-ci soit ordinaire ou finalisée, nommément les documents juridiques non contraignants impliquant les États identifiés en début de deuxième partie que sont les manuels militaires nationaux, les documents résultant de processus informels auxquels ont pris part les États (*Montreux*, *Copenhague)* ainsi que les travaux de la CDI, nous avons identifié les manuels internationaux du DIH contemporain : *Tallinn, San Remo, HPCR*. Il s'agit là d'efforts de codification privée qui se définissent comme une reformulation du DIH existant, mais qui comportent aussi des éléments relevant du développement progressif du droit ; c'est ce positionnement au carrefour de la détermination du droit (*law-finding*) et de la création de droit (*lawmaking*) qui nous intéresse. C'est aussi à ce carrefour que nous situons les travaux du CICR qui ont fait l'objet d'une analyse détaillée.

Nous nous sommes attardés particulièrement sur l'Étude sur le DIHC et les Commentaires au CGI–IV (1949) et PAI–II (1977) du CICR, que nous définissons comme des contributions hybrides au DIH possédant plusieurs caractéristiques de manuels internationaux de groupes d'experts et se situant entre la doctrine ordinaire et la doctrine finalisée. Pour l'Étude comme pour les Commentaires, nous concluons qu'ils bénéficient de la valeur persuasive généralement associée à la doctrine ordinaire ; malgré de fortes critiques méthodologiques, il s'agit de contributions utiles et pertinentes au DIH, appuyées par une démarche scientifique rigoureuse, documentée et approfondie. La nature même du CICR y est aussi pour beaucoup dans la valeur persuasive attribuée à ses travaux. L'expertise et l'expérience opérationnelles de l'organisation dans le domaine de l'assistance et de la protection humanitaire, en plus de sa contribution à la diffusion et la diffusion juridique, permettent au CICR de s'inscrire en tant qu'acteur central de la doctrine finalisée en DIH.

Au sujet de l'Étude sur le DIHC plus spécifiquement, il est tout aussi réducteur de la qualifier de simple ouvrage de doctrine ordinaire qu'il est exagéré d'affirmer qu'elle est du droit international humanitaire coutumier ; plutôt, elle est ce que le comité de rédaction sous l'égide du CICR a considéré comme étant les règles de DIHC. Du même souffle, on ne peut pas ignorer la qualité du

travail scientifique accompli tel que consigné dans la base de données documentant l'ensemble des pratiques (celles étatiques qui sont constitutives de droit, comme les autres qui contribuent à la détermination des règles de DIHC). Les conclusions ne sont pas celles consignant les positions officielles du CICR, mais celles auxquelles sont arrivées les auteurs et les experts dans le respect de leur liberté intellectuelle. De plus, l'Étude a un rattachement particulier aux États puisqu'elle a été réalisée à leur demande, sans toutefois qu'ils soient impliqués directement dans l'élaboration.

Le rattachement des Commentaires aux États est encore plus ténu : le CICR n'a pas reçu de mandat spécifique pour les élaborer, que ce soit la version de Pictet ou les versions actualisées plus récentes. Cela n'a toutefois pas empêché que les Commentaires Pictet soient consultés, cités et reconnus assidûment non seulement par les juristes, mais aussi par les tribunaux nationaux et internationaux, et les États y incluant les forces armées, au cours des 60 années qui ont suivi leur publication. De façon générale, le CICR est une entité associée aux États via la Conférence internationale qui réunit tous les États parties aux CGI–IV (1949). Notre analyse nous a permis de conclure que les Statuts du Mouvement, même s'ils sont entérinés par les États membres de la Conférence internationale, ne constituent pas une habilitation formelle du CICR de la part des États pour « développer le DIH ». Au demeurant, le CICR se garde bien d'invoquer spécifiquement ce rôle pour justifier son travail sur les Commentaires : il se tourne plutôt vers leur fonction interprétative. En effet, les Commentaires actualisés sont positionnés comme étant un acte interprétatif ayant pour but de clarifier le contenu des CGI-IV (1949). Les explications méthodologiques sont beaucoup plus étoffées que pour les Commentaires précédents, avec un ancrage explicite dans les règles de la CVDT (1969), en se permettant cependant certains ajustements. C'est le cas par exemple pour l'explication d'une utilisation plus systématique des travaux préparatoires même lorsque le sens ordinaire n'est ni absurde ni déraisonnable. C'est aussi le cas avec l'explication de l'utilisation de pratiques ultérieures qui ne proviennent pas des parties au traité comme moyen d'interprétation : le CICR prend soin de les situer dans le cadre de référence de la CVDT (1969), mais, lorsqu'il les sollicite pour appuyer une interprétation, il n'y a pas systématiquement de rattachement à ce cadre, de façon telle qu'il est facile pour le lecteur de croire qu'un élément d'interprétation (un énoncé d'un manuel militaire national, une conclusion de la CDI, une règle de l'Étude sur le DIHC, par exemple) ait plus de poids qu'il en a en réalité. Or, le CICR n'essaie pas d'induire le lecteur en erreur, mais il ne fait pas d'efforts particuliers pour rattacher *in concreto* son interprétation aux règles du droit des

traités. Ces raccourcis méthodologiques sont encore plus problématiques quand le CICR les utilise pour appuyer une intensification de la nature des obligations des États parties aux Conventions dans le sens d'une augmentation de la protection accordée aux victimes des conflits armés. Ces interprétations humanitaires ne sont pas *a priori* problématiques et auraient entièrement leur place si les préceptes méthodologiques étaient appliqués et expliqués à chaque cas d'espèce. Cependant, dans les Commentaires actualisés, l'utilisation de l'ambiguïté au service de la logique humanitaire et au détriment de la flexibilité opérationnelle soulève des doutes quant au but poursuivi par le CICR : avec les interprétations proposées aux articles 1 et 3 communs mentionnés dans le chapitre par exemple, on peut en effet être portés à croire que le CICR s'engage dans le processus scientifique inversé, sachant d'avance quelle interprétation il veut donner à une règle.

Pour l'Étude sur le DIHC comme pour les Commentaires, le fait que le CICR joue par moments le rôle de lobbyiste humanitaire l'expose donc à des critiques, ce qui affecte à la baisse son potentiel persuasif. Cela étant dit, il est vrai que le CICR a créé des espaces pour les échanges de points de vue, ce qui lui permet de reconnaître les critiques et d'y répondre. De plus, l'ampleur du travail requis par l'actualisation des Commentaires se répercute sur la valeur qui leur sera accordée : pour des centaines d'interprétations bien documentées et généralement acceptées, certaines seront contestées et ne seront peut-être pas retenues comme « faisant autorité ». Nous croyons que c'est le pari que le CICR doit relever : l'Étude sur le DIHC et les Commentaires rendent vivant le DIH dans les universités, mais aussi en théâtre opérationnel, dans les ministères, devant les tribunaux et même en ligne ; c'est dans ce rapport dynamique entre les différents acteurs du DIH que progresse le droit. Si l'objectif du CICR est d'avoir le dernier mot, nous ne sommes pas convaincus qu'il y parviendra. En tant qu'acteur important parmi tous les acteurs du DIH, en amorçant et en nourrissant les discussions, le CICR peut cependant s'assurer d'être entendu de façon à contribuer substantiellement au développement progressif.

Conclusion

Le DIH possède des caractéristiques spéciales affectant le développement et l'application de ses règles. Cela n'implique toutefois pas que cette branche du droit international est un système ou un régime complètement affranchi de l'approche traditionnelle des sources telle que consignée dans l'article 38 du *Statut de la CIJ*.

Les caractéristiques spéciales du DIH dans la façon d'appliquer la théorie générale des sources amplifient les problèmes inhérents et des insuffisances conceptuelles de l'approche traditionnelle des sources. Ces caractéristiques sont liées aux fonctions du DIH. Une de ces fonctions est la protection de la vie humaine à travers la minimisation des dommages aux populations civiles et aux personnes hors combat dans les conflits armés ; il la partage avec d'autres branches du droit international qui touchent aux droits de la personne. Son autre fonction, tout aussi primordiale, est celle de la régulation (et non de prévention) des conflits armés. Cette fonction n'est pas humanitaire, ou plus exactement, elle n'est pas qu'humanitaire : la véritable spécialisation fonctionnelle du DIH, c'est la recherche constante de l'équilibre *in concreto* entre l'humanitaire et le militaire.

Corollairement, l'évolution du DIH dans le sens d'un accroissement de la protection humaine a pour effet de modifier, sans nécessairement affaiblir, l'application du régime général des sources. Ces développements se manifestent dans le droit international coutumier et les principes généraux de droit reconnus ; ils sont aussi nourris par certains moyens auxiliaires de détermination du droit. En effet, les décisions judiciaires d'instances internationales, certains documents juridiques non contraignants impliquant les États ainsi qu'une partie de la doctrine finalisée telle que nous la définissons ici comme visant les manuels internationaux de groupes d'experts, sont sollicités de façon plus soutenue en DIH, de façon à combler ponctuellement les lacunes de l'approche traditionnelle des sources qui font obstacle à la protection de la personne humaine.

Les caractéristiques spéciales du DIH conventionnel accommodées par le droit des traités

Les caractéristiques spéciales du DIH sont reconnues à même le droit des traités, ce qui a pour effet de diminuer le besoin de s'inscrire à l'extérieur de celui-ci. Si le besoin de s'affranchir est atténué, l'inclusion des traités de DIH dans la catégorie plus large des traités à caractère humanitaire, tels

qu'ils sont nommés par la CVDT (1969), apporte un élément important à la théorie générale des sources appliquée au DIH : elle illustre comment le régime traditionnellement volontariste qu'est le droit des traités aménage un espace spécial reconnaissant la particularité et l'importance des règles possédant un caractère humanitaire.

À l'aide de l'exception humanitaire à la règle de l'extinction d'un traité comme conséquence de sa violation substantielle et de l'encadrement des mécanismes de réserves et de dénonciation, tous deux prévus à la CVDT (1969), nous avons illustré comment le droit des traités est conçu de façon à accorder une place aux caractéristiques spéciales que peuvent avoir différentes branches du DIP protégeant la personne humaine, incluant le DIH. Aussi, l'incursion dans la spécificité de l'approche interprétative humanitaire du DIH conventionnel a jeté les bases de l'examen des principes à caractère humanitaire dans le processus de développement du DIH.

Une application différenciée de l'approche des deux éléments constitutifs dans la détermination du droit international humanitaire coutumier pour atténuer les difficultés d'application de la méthodologie traditionnelle générale

La mise en œuvre de l'approche traditionnelle du DIC selon la mise en preuve des deux éléments constitutifs que sont l'*usus* et l'*opinio juris* étatiques est en décalage avec la réalité du processus de détermination du DIC. Il s'agit d'un problème qui affecte particulièrement, mais pas uniquement, le DIH, tel qu'il en ressort de l'examen des contributions de certaines institutions non étatiques telles que la CDI, la CIJ et le CICR. Une application différenciée de l'approche traditionnelle qui passe par des inflexions, des modulations, des éléments de formation du DIC répond plus adéquatement à cette réalité, tout en assurant une certaine unité de l'ordre juridique international. Chacun des éléments de différenciation proposés va dans le sens d'une atténuation, plutôt que d'une exacerbation, des difficultés d'application de l'approche traditionnelle du DIC au DIH.

Dans un premier temps, nous proposons une diminution du poids accordé aux pratiques qui s'apparentent ou qui constituent des violations des supposées règles visant la protection de la personne humaine et une augmentation du poids accordé aux déclarations des États. Deuxièmement, nous proposons un recours accru à la pratique verbale, sachant qu'il est particulièrement difficile en DIH de documenter les pratiques matérielles en raison de la nature même

des conflits armés et de la place importante que joue l'inaction dans la mise en œuvre de ce droit. Troisièmement, nous proposons une prise en considération des groupes armés non étatiques dans la méthodologie de détermination du DIHC. À cela s'ajoute l'influence particulière des CGI–IV (1949) sur le développement du DIHC. L'application de la méthodologie des deux éléments constitutifs peut en effet être plus difficile lorsque les traités engendrent eux-mêmes des règles de droit coutumier subséquemment à la ratification conventionnelle lorsque celle-ci est universelle, comme c'est le cas avec les CGI–IV (1949). Le Projet de conclusion de la CDI sur le DIC propose de limiter la confusion entre une règle de DIC et une règle homologue conventionnelle en statuant qu'il est possible qu'une règle énoncée dans un traité reflète une règle coutumière, mais que cela n'est pas automatique. Lorsqu'on compare cette proposition de la CDI à la façon dont le CICR s'appuie sur le droit conventionnel dans l'Étude sur le DIHC, nous constatons que le CICR sollicite de façon plus libérale particulièrement les PAI–II (1977) . Cette analyse nous mène à conclure qu'une application différenciée de l'approche des deux éléments constitutifs du DIC serait bénéfique à la mise en œuvre du DIH, dans le sens d'une protection accrue de la vie humaine, mais aussi en faveur du maintien de l'intégrité du système juridique général auquel ce droit appartient.

La modulation de l'approche traditionnelle du droit international coutumier reste une proposition relativement modeste qui n'est fructueuse que lorsque combinée à un aménagement équivalent des autres sources : cet aménagement prend la forme d'une prise en compte de la valeur ajoutée qu'ont certains moyens auxiliaires de détermination en tant que sources subsidiaires persuasives, comme démontré dans la seconde partie de la thèse ; ainsi qu'un aménagement dans la conception des principes généraux de droit reconnus pour répondre aux réalités humanitaires des conflits armés contemporains.

<u>L'importance du principe d'humanité en DIH en tant que principe général de droit reconnu</u>

L'application des principes généraux de droit reconnus en DIH passe principalement par une conception modernisée des PG de droit reconnus comme incluant aussi les principes du droit international. L'adéquation entre les principes de DIH (distinction, proportionnalité, précautions, etc.) et les PG de droit reconnus comme source de droit n'est pourtant pas automatique. Les principes de DIH n'ont pas *a priori* une capacité propre de générer du droit et sont tributaires des traités et de la coutume pour fonder leur existence juridique. Le fait de ne pas classer ces principes parmi les

sources du DIP n'a pas d'impact significatif sur le DIH, puisqu'ils sont autrement traduits et intégrés dans des règles de droit coutumier ou conventionnel. Il y a toutefois un principe du DIH qui possède cette capacité, et c'est le principe d'humanité. Il se retrouve en effet dans les deux catégories, étant à la fois un principe de DIH et un PG de droit reconnu. Le principe d'humanité est consigné à plusieurs endroits dans les traités et le DIC, en plus de se retrouver dans la clause de Martens. L'analyse de cette clause — unique au DIH — sous l'angle des principes généraux de droit reconnus permet de la décortiquer en isolant la référence aux « usages entre nations » comme étant une référence au droit coutumier, et en séparant les exigences de la conscience publique des lois d'humanité, n'accordant qu'à ces dernières la fonction de source formelle : le principe d'humanité est logiquement et intrinsèquement nécessaire au DIH. En tant que source de DIH, il doit cependant être utilisé avec parcimonie et discernement. Une nouvelle règle qui se fonde sur le principe d'humanité doit pouvoir être associée à une règle de DIH déjà existante. Cette association peut être souple, voire indirecte, mais elle doit se faire en respect de la rationalité humanitaire qui existe en DIH. Le concept des considérations élémentaires d'humanité, qui a été développé principalement par le CIJ, inclut le principe d'humanité tout en se définissant plus largement que celui-ci.

Les décisions de la Cour internationale de justice (CIJ) et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) comme des sources subsidiaires particulièrement persuasives en DIH

De façon générale, l'utilisation des décisions des tribunaux internationaux comme des précédents persuasifs — et non contraignants — permet de maintenir la cohérence et l'intégrité du système qu'est le droit international. Les décisions judiciaires internationales ne sont pas élevées au rang de source primaire ; elles se sont cependant émancipées des autres moyens auxiliaires de détermination du droit en ayant une vie normative propre. L'activisme judiciaire trouve plus facilement sa place lorsqu'il est couplé à l'inaction étatique à laquelle le droit international fait face au XXIe siècle. Plus spécifiquement par rapport à l'accroissement normatif en DIH, la contribution de la CIJ est considérable, et ce, malgré l'insuffisance et le laconisme de certaines décisions. Elle clarifie et développe les règles et les principes du DIH à l'aide de l'interprétation humanitaire ; lorsque sont en cause des situations touchant à la protection de la vie humaine, elle a même tendance à repousser l'interprétation aux limites de la création judiciaire. Autrement dit, l'activisme judiciaire est plus marqué là où « l'humanitaire » et le DIH se rencontrent. La CIJ agit en outre dans un sens

doublement intégratif : elle s'efforce d'inscrire et de maintenir le DIH dans le cadre plus large du droit international et elle contribue à conserver l'intégrité du DIH.

En ce qui concerne le TPIY, nous lui reconnaissons une fonction de catalyseur et de stimulateur de discussions sur l'ensemble du DIH, admettant un activisme voire une certaine indiscipline qu'on ne retrouve pas dans les autres instances judiciaires internationales. La contribution du TPIY au développement du DIH est en effet particulièrement importante, principalement via le truchement du DIC. Il est cependant important de remettre sa contribution dans le contexte général du droit international et de souligner que la façon dont ce tribunal a exercé la fonction normative constitue plus une anomalie qu'une règle. Elle est en effet exceptionnelle dans les deux sens du terme : elle est unique et elle est hors de la norme.

La place et l'influence de l'Étude sur le DIHC et les Commentaires aux *Conventions de Genève* de 1949 et aux deux *Protocoles additionnels* (1977) dans le paysage humanitaire

En droit international, on peut comparer le traité à un pilier fondamental, le DIC à un mal nécessaire et les principes généraux à un mystère quasi insondable, les décisions judiciaires formant la voix de ces éléments réunis. La doctrine est un outil indispensable pour comprendre comment fonctionne le pilier (ce qui permet de le maintenir debout), pour nommer les souffrances (ce qui permet éventuellement de les alléger), pour sonder humblement le mystère (ce qui tend vers la possibilité de l'élucider) et pour magnifier la voix (ce qui permet d'y ajouter des nuances et un contexte) ; la doctrine est indispensable pour tout cela, surtout parce qu'elle n'est pas contraignante pour ceux qui l'utilisent.

Nous avons démontré qu'au-delà des décisions judiciaires et de la doctrine ordinaire telles qu'énumérées à l'article 38, il existe d'autres moyens auxiliaires de détermination du droit qui constituent des sources subsidiaires persuasives : en plus des manuels militaires nationaux qui consignent la pratique étatique, il y a les documents résultant de processus informels auxquels ont pris part les États ainsi que les travaux de la CDI. On retrouve aussi les manuels internationaux de groupes d'experts que nous classons parmi les contributions à la doctrine finalisée. Dans ce contexte, nous avons démontré que, d'une part, l'influence de la doctrine ordinaire s'est étiolée et que, d'autre part, l'influence de certains manuels internationaux de groupes d'experts a augmenté.

Définissant les efforts de codification privée comme une reformulation du DIH existant comportant aussi des éléments relevant du développement progressif du droit, nous avons qualifié l'Étude sur le DIHC ainsi que les Commentaires aux CGI–IV (1949) et aux PAI–II (1977) du CICR comme cumulant des qualités provenant des manuels internationaux de groupe d'experts et de la doctrine ordinaire, tout en ayant une forme qui évoque et rappelle les sources formelles. Dans les deux cas, nous concluons que ces documents bénéficient de la valeur persuasive généralement associée à la doctrine ordinaire ; il s'agit de contributions utiles et pertinentes au DIH, appuyées par une démarche scientifique rigoureuse, documentée et approfondie. La nature même du CICR y est aussi pour beaucoup dans la valeur persuasive attribuée à ces travaux. Nous concluons de façon complémentaire que, si le CICR n'a pas en sa possession un mandat officiel de la part des États lui permettant de jouer un rôle normatif autonome en DIH, il a toutefois l'habilitation pour mener des efforts d'interprétation et de clarification du DIH existant, tel que démontré par les demandes ponctuelles formulées par les États via la Conférence internationale. La démarcation entre interprétation, clarification et développement normatif n'étant pas facilement définissable, le CICR joue parfois sur les deux tableaux en s'inscrivant *in abstracto* dans un rôle auxiliaire et déférent face aux États, mais en agissant *in concreto* (dans ses interprétations et ses propositions de règles de DIHC, par exemple) plus comme un *norm entrepreneur*.

En ce qui a trait à l'Étude sur le DIHC, ce n'est ni de la doctrine ordinaire ni du droit international humanitaire coutumier : c'est ce que le comité de rédaction de l'Étude sous l'égide du CICR considère comme étant les règles de DIHC. En ce qui a trait aux Commentaires aux CG I–IV (1949), le CICR pose explicitement qu'il s'agit d'un acte interprétatif ayant pour but de clarifier le contenu des CG I-IV (1949) et des PAI-II (1977). Cependant, lorsque le CICR utilise des raccourcis méthodologiques pour appuyer une intensification de la nature des obligations des États parties aux traités dans le sens d'une augmentation de la protection accordée aux victimes des conflits armés, cela le positionne comme assumant plus un rôle normatif qu'interprétatif. Dans un cas comme dans l'autre, le fait que le CICR joue par moments le rôle de « lobbyiste humanitaire » l'expose donc à des critiques, ce qui affecte à la baisse son potentiel persuasif. En tant que compléments subsidiaires aux moyens auxiliaires de détermination du DIH, l'Étude sur le DIHC et les Commentaires aux CG I–IV (1949) constituent des contributions incontournables ; leur influence sur le développement progressif du DIH est plus importante que n'importe quel autre document. Cependant, lorsqu'il

s'aventure dans le domaine du développement normatif et tente de modifier directement le droit tel qu'il existe, le CICR s'expose à de vives critiques. Éventuellement, cela pourrait entamer même son influence subsidiaire, mais ce n'est pas ce que nous envisageons pour l'avenir des Commentaires. Ils continueront d'être une des premières références consultées lorsque doit être émis un avis juridique sur les CG I–IV (1949), à la différence qu'au XXIe siècle, il est de plus en plus possible que l'avis rendu contredise l'interprétation proposée par le CICR ; cela peut affecter la valeur persuasive, mais ne l'anéantit pas. Nous considérons même que dans un ordre mondial pluraliste qui s'affranchit graduellement du modèle westphalien, cela constitue un avantage.

Implications et prolongements des recherches : ouverture sur la question des revendications de légitimité

. Même dans sa version inclusive adoptée ici, le positivisme assimile la légitimité à la légalité[1317]. Ici, les caractéristiques spéciales du DIH en matière de sources ont été analysées en tant que qualités internes du système juridique que forme le droit international public. En théorie, il est vrai que les règles se qualifiant selon les critères de légalité devraient correspondre aux règles qui sont légitimes. Or, l'incertitude qui caractérise le droit international crée un écart entre les deux. Cet aspect mériterait d'être examiné et c'est pour cette raison que nous le mentionnons en conclusion de cette thèse : pour ouvrir une nouvelle porte sur un autre sujet qui contribuerait de façon complémentaire aux travaux de recherche consignés ici[1318].

L'exploration du concept de la communauté interprétative ou épistémique[1319] et de son importance dans le développement progressif en DIH dans le contexte d'un ordre mondial en mutation[1320]

[1317] Voir à ce sujet Vesselin Popovski, « Legality and Legitimacy of International Criminal Tribunals » Richard Falk, Mark Juergensmeyer, et Vesselin Popovski, dir, *Legality and Legitimacy in Global Affairs*, Oxford, OUP, 2012, 388–410 à la p 389 [Popovski (2012)].

[1318] Voir généralement pour une définition de la légitimité sous les angles juridique, moral et social ; sur la question de la légitimisation et les approches mixtes ; sur la distinction entre légitimité et conformité (incluant la coercition, les intérêts personnels et les habitudes) Christopher A. Thomas, « The Uses and Abuses of Legitimacy in International Law » (2014) 34:4 OJLS 729–758. Pour la formulation classique de la théorie sociale et politique de la légitimité, voir Max Weber, *The Theory of Social and Economic Organization*, Cambridge, CUP, 1947 ; Max Weber et Guenther Roth, *Economy and society: An outline of interpretive sociology*, Berkeley, UCP, 2013 (1re éd 1968).

[1319] Au sujet de la communauté interprétative du DIH formée par les *LOAC lawyers* et les États qui se caractérise par un esprit de coopération et une ouverture à a critique Shereshevsky (2019) *supra* note 20 aux pp 52–61. Au sujet d'une communauté épistémique du DIH, voir Peters (2017) *supra* note 1111 aux pp 147 et suiv. Voir aussi pour une proposition du DIH comme une communauté interprétative, dans le contexte d'une conception flexible de ce qu'est

constituent des hypothèses générales fécondes. Plus précisément, la question de la légitimité des caractéristiques spéciales du DIH en matière de sources apporte une dimension supplémentaire aux règles qui se situent entre la *lex lata* et la *lex ferenda*. Elle permet d'approfondir l'analyse de la question du continuum normatif en droit international, en concevant, par exemple, les contributions des acteurs non étatiques au DIH selon si elles constituent des productions normatives qualifiées d'extrants (*outputs*) ou des apports participatifs aux processus normatifs étatiques sous la forme de commentaires ou de propositions (*inputs*). La légitimité touche en outre de façon plus directe à la question de la théorie des sujets que nous avons déjà évoquée comme ne faisant pas partie de notre champ de recherche. En effet, les analyses fondées sur la légitimé vont chercher une contribution au-delà de celles des juristes et des internationalistes, puisqu'elles s'attardent aux règles juridiques, mais aussi aux règles éthiques, morales, sociales et même subconscientes. Comme l'affirme Popovski, *«* [l]*egitimacy, in contrast with legality, is not a black-and-white category—it is highly subjective, built up by a sufficient degree of common agreement, and can change over time* »[1321].

Du point de vue des acteurs contribuant aux développements du droit international, la prédiction selon laquelle, par exemple, les travaux de la CDI jouiraient d'une autorité considérable même s'ils n'ont jamais été adoptés par une conférence diplomatique[1322] est en cours de réalisation ; aussi, le CICR, par son mandat (qui n'est pourtant pas purement étatique parce qu'inclus dans les statuts constitutifs du Mouvement, malgré le rôle qui lui est dévolu dans les CG I–IV (1949)), est dans une relation de proximité particulière avec les États. En partant des travaux réalisés par Marauhn, nous évoquons ici le potentiel d'une exploration non pas de la théorie générale de la légitimité (qui cherche à établir les fondements conceptuels de la gouvernance internationale), mais des revendications de légitimité de différents acteurs non étatiques évoluant dans la sphère d'influence du DIH. Marauhn définit ces revendications comme suit:

> *They do not aim at providing a better understanding of developments initiated and promoted by other drivers. Rather, they serve as drivers themselves, aiming at either*

une communauté qui peut être interprétative, mais aussi épistémique et/ou juridique Petrov (2020) *supra* note 1122 aux pp 156–170.

[1320] Voir à ce sujet Thilo Marauhn, «The international rule of law in light of legitimacy claims. The International Rule of Law: Rise or Decline? » dans Heike Krieger et Georg Nolte, dir, *The International Rule of Law: Foundational Challenges*, Oxford, OUP, 2019, 277-301 aux pp 278 et 279 [Marauhn (2019)].

[1321] Popovski (2012) *supra* note 1317.

[1322] ONU, ILC Survey (1949) *supra* note 225 au para 21 [notre traduction].

> *promoting or contesting actions and arguments related to the international rule of law. Claims of legitimacy are put forward by bureaucrats and politicians, activists and journalists, governments and academics, and by many others, irrespective of their legal personality under public international law or whether they are directly involved in international law-related processes. These actors are typically motivated to politically push international law in one or another direction by making use of legitimacy claims.*[1323]

L'analyse sous l'angle des revendications de légitimité permet de toucher à un aspect du DIH qui est plus difficilement accessible avec l'approche strictement positiviste, c'est-à-dire l'influence de l'interaction sociale sur le droit et l'importance de l'établissement d'une compréhension commune au-delà du rapport interétatique[1324]. Dans le cadre de nos travaux qui se sont concentrés en bonne partie sur les prononcés du CICR qui constituent en eux-mêmes une caractéristique spéciale du DIH, l'exploration des revendications de légitimité présente un potentiel certain.

Nous partons des prémisses que le CICR, en tant qu'acteur important dans les processus de création du DIH sans pour autant développer à lui seul cette branche, agit selon des motivations plus humanitaires que politiques et que son attachement déférent à la volonté des États telle qu'elle est exprimée dans le DIH conventionnel est plus grand que sa volonté de transformer la *lex ferenda* en *lex lata* ; nous posons l'hypothèse que, contrairement à d'autres acteurs non étatiques, le CICR ne formule pas des revendications de légitimité qui suscitent des attentes qui sont tellement au-delà du droit international existant que cela permet aux États d'éviter l'imputabilité en ramenant la discussion sur les obligations contraignantes juridiquement, ce qui au bout du compte, remet en question et affaiblit le DIH plutôt que de l'approfondir et le solidifier.

Marauhn donne l'exemple des dénonciations formulées par des ONG telles qu'*Amnesty International* (AI) et *Human Right Watch* (HRW) au sujet de l'utilisation d'artillerie lourde dans le nord de l'Irak par les forces de la coalition dans leur lutte contre Daesh en 2017[1325]. Bien que ces ONG réaffirment correctement le DIH applicable (principe de distinction et interdiction d'attaques indiscriminées ou disproportionnées rattachés à l'article 51 PAI), les revendications de légitimité entrent en jeu lorsqu'ils affirment que des violations de ces règles se produisent, sans toutefois présenter des

[1323] Marauhn (2019) *supra* note 1320 à la p 285.

[1324] Jutta Brunnée et Stephan J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account,* Cambridge CUP, 2010, aux pp 7 et suiv.

[1325] Marauhn (2019) *supra* note 1320 aux pp 298 et suiv.

arguments qui relient spécifiquement les attaques en l'espèce au DIH applicable. Ce faisant, les ONG créent une image idéalisée du DIH et suggèrent une façon de conduire les hostilités qui est au-delà de ce qui est prescrit juridiquement. Nous abondons dans le même sens que Marauhn qui affirme qu'estomper la démarcation entre ce qui est du droit et ce que certains souhaitent voir comme étant du droit vient affaiblir le droit. Dans le cas en l'espèce, l'invocation de la règle de droit a servi de moyen de défense pour les forces armées, et non de moyens de protection pour les civils : le commandement militaire qui a mené les opérations d'artillerie lourde ayant couté la vie à plus de 9000 civils n'a en effet cessé de souligner que le DIH était respecté et que les violations potentielles feraient l'objet de poursuites. En répétant que ses agissements étaient dans la stricte légalité, l'ombre a été jetée sur les revendications – pourtant légitimes – des ONG.

En comparaison, le CICR a répondu à ces mêmes attaques en affirmant qu'il était « préoccupé par le sort des dizaines de milliers de civils qui sont pris au piège », a appelé « toutes les parties à protéger la population civile et à respecter les règles de la guerre » et a rappelé que « [l]es civils qui se trouvent encore […] à Mossoul doivent être épargnés et doivent pouvoir quitter la ville librement s'ils le souhaitent. Quant à ceux qui ont fui, ils doivent recevoir toute l'assistance dont ils ont besoin et être traités avec dignité »[1326]. Le CICR n'a donc pas formulé de revendications de légitimité semblables à celles d'AI et HRW affaiblissant le droit international ; il ne dénonce pas les actes des parties aux conflits armés qui respectent la lettre du DIH, choisissant plutôt de s'aligner strictement sur le cadre juridique applicable et d'insister sur l'importance de respecter les règles protégeant les populations civiles. Le CICR évite ainsi d'appeler quelque chose de légitime ou d'illégitime sur la base de ce qu'il aime ou ce qu'il n'aime pas en cherchant ensuite une façon péremptoire d'exprimer cette émotion[1327].

Dans le cadre de son implication dans les négociations diplomatiques, le CICR présente cependant plus systématiquement des revendications de légitimité : dans ce contexte, les appels du CICR ont déjà été entendus et ont mené à des changements juridiques importants, tel qu'en témoigne le succès de la Conférence diplomatique de 1974–1977 ayant mené à l'adoption des deux PA I–II

[1326] CICR (Robert Mardini), « Raqqa et Mossoul : c'est notre humanité commune qui est attaquée » déclaration officielle (23 juin 2017), en ligne < https://www.icrc.org/fr/document/raqqa-et-mosul-lhumanite-est-sous-attaque >.

[1327] Marauhn (2019) *supra* note 1320 à la p 285.

(1977)[1328]. Comme le souligne Djeffal[1329], il a aussi lieu de se questionner sur la légitimité générale du CICR, dans l'éventualité où, par exemple, les Commentaires actualisés se voient accorder dans le futur une importance telle qu'ils atteignent le statut de source quasi législative. L'analyse prospective consignée ici ne semble pas aller dans ce sens même si la réception des Commentaires est généralement bonne, mais il s'agit là d'une piste intéressante à explorer dans des travaux subséquents.

Une des conclusions importantes de cette thèse est que le développement progressif du DIH au-delà de ses sources strictement formelles s'inscrit principalement comme une conséquence de la volonté et des actions des États : c'est pour cette raison qu'il n'y a pas d'affranchissement complet du modèle interétatique. Le rôle que jouent les acteurs non étatiques tels que le CICR est directement relié à l'absence de volonté, certains diront l'incapacité[1330], des États de s'approprier véritablement les *Conventions de Genève* et leurs *Protocoles additionnels*. En DIH comme pour les autres branches de droit international, les « règles autoritaires » comme les nomme Ross, doivent être interprétées « au moyen d'une quantité d'attitudes pratiques, inarticulées et libres », des « milliers de prémisses vivantes » formant ainsi une « atmosphère qui inspire [aux règles] une vie spontanée »[1331]. C'est là le rapport de base entre les États et les entités non étatiques en droit international : les entités non étatiques nourrissent les règles formulées par les États dans une relation de subordination à ces derniers. En ce qui a trait au DIH, on retrouve l'État non seulement au cœur de la création des règles, mais aussi dans la mise en œuvre de celles-ci sur son territoire, que ce dernier soit le champ de bataille ou non, que l'État soit partie au conflit armé ou non. Plus que toute autre branche du droit international public, le salut du DIH passe donc par les États. Or, lorsque les États se taisent et n'assument pas les responsabilités qui vont de pair avec le pouvoir qui leur est accordé, la voix des autres acteurs se voit amplifiée ; assumant d'abord leur rôle interprétatif et proposant différentes lectures de la *lex lata*, ils peuvent en venir à mettre sur la table des propositions de développements progressifs ; leurs voix ne résonneraient peut-être pas autant si les

---

[1328] *Ibid* aux pp 294–295.

[1329] Djeffal (2013) *supra* note 1104 à la p 1235 : « *The more weight is given to commentaries, the more one will also have to think about their legitimacy, especially with regard to their quasi-legislative function*.»

[1330] Voir Giladi / Ratner (2015) *supra* note 1159 au para 66 : « *Yet in the end, the very broad responsibilities of the ICRC are also an important sign of failure by the states parties to the Geneva Conventions—failure to assume true ownership of them.»*

[1331] Alf Ross, *Le problème des sources du droit à la lumière d'une Théorie réaliste du droit*, Paris, Sirey, 1934, à la p. 167.

voix des États retentissaient elles aussi. Ainsi sont jetées les bases non pas d'une prise de contrôle hostile du processus normatif par les acteurs non étatiques, mais d'un échange collaboratif. Cet échange, qui peut aussi être confrontationnel, se veut dynamique et non statique et il s'inscrit dans la durée et non dans l'instantanéité ; le dernier mot revient aux États, pour peu qu'ils le prononcent.

Bibliographie

I. Documents officiels

a. Traités

1854 *Convention de Genève sur les blessés et malades* (1864), reproduit dans : *Manuel de la Croix-Rouge internationale* (1971) aux pp 13–14.

1856 *Déclaration de Paris* (1856), NRGT, 1ere sér vol 15 aux pp 791–792.

1864 *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne* (1864), reproduit dans : *Manuel de la Croix-Rouge internationale* (1971) aux pp 13 et 14.

1899 *Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre* (1899), La Haye, Nijhoff (1907) aux pp 19–28.

Convention (III) concernant la guerre maritime (1899), Acte de la Conférence, La Haye, Nijhoff (1907) aux pp 16–18.

1904 *Convention sur les bâtiments hospitaliers* (1904) NRGT, 3e sér, vol 2, aux pp 213–222.

1906 *Convention de Genève sur les blessés et malades* (1906), Actes de la Conférence de Révision (1906) aux pp 277–293.

1907 *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre* (1907) NRGT 3e sér, t 3, à la p 360.

Convention (V) concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre (1907) NRGT, 3e sér, vol 3, aux pp 504–532.

Convention (X) de la Haye l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève (1907), Actes et Documents, La Haye (1907) vol 1, aux pp 658–663.

Convention (XII) relative à l'établissement d'une Cour internationale des prises (1907), Deuxième Conférence internationale de la Paix, Actes et Documents, La Haye, vol I (1907) aux pp 668–679.

Convention de 1907 portant création de la Cour centraméricaine de justice (1908) 2 AJIL supp no 219.

1925 *Protocole de Genève concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques* (1925) 94 RTSN (1929) no 2138, aux pp 65–75.

1929 *Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne* (1929) Actes de la Conférence diplomatique, Genève (1930) aux pp 655–680.

Convention sur le traitement des prisonniers de guerre (1929) 118 RTSN (1931–1932) nº 2734, aux pp 343–411.

1930 *Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité* (1930), 179 RTSN (1937–1938), nº 4137, aux pp 89–114.

1935 *Traité concernant la protection des institutions artistiques et scientifiques et des monuments historiques* (Pacte Roerich) (1935) Washington.

1937 *Arrangement de Nyon* (1937), 181 RTNU (1937-38) nº 4184, pp 135 et suiv.

1945 *Charte des Nations Unies* RT Can (1945) nº 7.

1948 *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (1948), 78 RTNU (1951) nº 1021 aux pp 277–287.

1949 *Convention pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les années en campagne* (1949) 75 RTNU (1950) nº 970, aux pp 32–81.

Convention pour l'amélioration du sort des blessés, malades et naufragés des forces armées sur mer (1949) 75 RTNU (1950) nº 971, aux pp 86–133.

Convention relative au traitement des prisonniers de guerre (1949) 75 RTNU (1950) nº 972, aux pp 136–285.

Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (1949) 75 RTNU (1950) nº 973, aux pp 288–418.

1954 *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé* (1954), 249 RTNU (1956) nº 3511, aux pp 241–291.

Protocole pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (1954), 249 RTNU (1956) nº 3511, aux pp 359–365.

1968 *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité* (1968), 754 RTNU (1970) nº 10823, aux pp 73 et suiv.

1969 *Convention de Vienne sur le droit des traités* (1969), 1155 RTNU (1980) nº 18232, aux pp 354–377.

1972 *Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction* (1972), 1015 RTNU (1976) nº 14860, pp 174–179.

1977 *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux* (1977), 1125 RTNU (1979) nº 17512 aux pp 272–329.

Protocole additionnel visant la protection des victimes des conflits armés non internationaux (1977), 1125 RTNU (1979) nº 17513, aux pp 650–657.

1980 *Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs* (1980), 1342 RTNU (1983) nº 22495, aux pp 178–182.

Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (avec Protocoles I, II et III) (1980), 1342 RTNU (1983) nº 22495, aux pp 173–178.

1987 *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone* (1987), 1522 RTNU (1997) nº 26369, aux pp 41–52.

1989 *Convention relative aux droits de l'enfant* (1989), 1577 RTNU (1999) nº 27531, aux pp 62–80.

Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires (1989), 2163 RTNU (2001) nº 37798, aux pp 75 et suiv.

1993 *Convention de Paris sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction* (1993), 1975 RTNU (1997) nº 33757, aux pp 4–141.

1994 *Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique* (1994), 1954 RTNU (1999) nº 33480, aux pp 161–213.

1997 *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction* (1997), 2056 RTNU (1999) nº 35597, aux pp 253–265.

1998 *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* (1998), 2187 RTNU (2004) nº 38544, aux pp 159–229.

1999 *Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé* (1999), 2253 RTNU (2005) nº A-3511, aux pp 229–245.

2000 *Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés* (2000), 2173 RTNU (2004) nº 27531, aux p 242–247.

2003 *Protocole relatif aux restes explosifs de guerre à 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 ou comme frappant sans discrimination (2003), 2399 RTNU (2006) nº 22495, aux pp 136–146.

2005 *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel* (2005), 2404 RTNU (2007) nº 43425, aux pp 284–291.

2006 *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* (2006) 2716 RTNU (2010) nº 48088, aux pp 75–89.

2007 *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel* (2005), 2404 RTNU (2007) nº 43425, aux pp 284–291.

2008 *Convention sur les armes à sous-munitions* (2008), 2688 RTNU (2010) nº 47713, aux pp 115–141.

2013 *Traité sur le commerce des armes* (2013), 3013 RTNU nº 52373, aux pp 61–76.

2017 *Traité pour l'interdiction de l'arme nucléaire* (2017) (nº d'enregistrement et RTNU pas encore établis pour ce traité).

b. Autres déclarations

1868 *Déclaration de Saint-Pétersbourg à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre* (1868) reproduit dans (1877) 1 Annuaire IDI aux pp 306–307.

1874 *Déclaration de Bruxelles sur les lois et coutumes de la guerre* (1874) dans Actes de la Conférence (1874) aux pp 297–305, 307–308.

c. Actes et documents de conférences diplomatiques et d'experts gouvernementaux ; travaux préparatoires et résolutions

1863 *Résolutions de la Conférence de Genève* (1863) reproduit dans *Manuel de la Croix-Rouge internationale* (1971) aux pp 377–379.

1907 *Actes et documents : deuxième Conférence internationale de la paix* (1907) La Haye, Nijhoff, 1907, vol I.

1947 *Rapport sur les travaux de la conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des conventions protégeant les victimes de la guerre*, Genève (1947) procès-verbaux, Assemblées plénières, vol I.

1949 *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, tomes I, II et III.

1968 *Acte final de la Conférence internationale des droits de l'homme*, « Résolution relative au respect des droits de l'homme en période de conflit armé », Rés. XXIII (Doc NU A/CONF.32/41 (1968).

1971 *Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés : Rapport sur les travaux de la Conférence*, Genève, 1971.

1973 *Projet de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaires*, CICR, Genève, 1973.

1974 *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire dans les conflits armés* (1974-1977) 55e séance plénière, Genève, vol I.

II. Documents de la Société des Nations

1947 *Résolution 174* (II) (1947) « Création d'une commission du droit international », 123e séance plénière.

1943 ONU, CDI (Manley O. Hudson), *Permanent Court of Justice* 1920-1942 (1943) aux pp 612–615.

III. Documents des Nations Unies

a. Documents du Conseil de sécurité des Nations Unies

1993 *Résolution 808 (1993*), Doc off CS NU 3175e sess, Doc NU S/RES/808 (1993).

1994 *Établissement d'un tribunal pénal international pour le Rwanda, Rés. 955*, Doc off, 3453e sess, Doc NU S/RES/955 (1994).

1995 *Rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 5 de la Résolution 955* (1994) du Conseil de Sécurité, Doc NU S/1995/134 (1995).

b. Documents de l'Assemblée générale des Nations Unies

1947 *Statut de la Commission du droit international*, Rés 174 (II) (1947).

1949 *Report to the General Assembly, Summary records of the first session*, Doc NU A/CN.4/SR.1 (1949) reproduit dans YBILC (1949).

1950 *Réserves aux conventions multilatérales*, Résolution 478, Doc off AG NU, 5e sess, Doc NU A/Res/478 (V) (1950).

1952 *Réserves aux conventions multilatérales*, Résolution 598 (VI) (1952), Doc off AG NU, 6e sess, Doc NU A/RES/598 (IV) (1952).

1961 *Administrative and budgetary procedures of the United Nations*, Rés 1731 (XVI) (16e sess, suppl no 17 (1961).

1968 *Respect des droits de l'homme en période de conflits armés*, Résolution 2444 (XXIII) (1968), Doc off AG NU, 23e sess, Doc NU A/RES/2444(XXIII) (1968).

1970 *Principes fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflits armés*, Résolution 2675 (XXV) (1970), Doc off AG NU, 25e sess, Doc NU A/RES/2675(XXV) (1970).

1971 *Review of the Role of the International Court of Justice: Report of the Secretary General*, Doc. NU A/8382 (1971).

1974 *Summary record of the 1492nd meeting* (1974), Doc off AG NU, 29e sess, Doc NU A/C.6/SR.1492 (1974).

1986 *Publication of the International Court of Justice Note by the Secretary-General Addendum*, Doc off AG NU, 41e sess, Doc NU A/41/591/Add.1 (1986).

2011 *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, Doc NU A/66/10, reproduit dans *Annuaire CDI 2011*, vol 2, partie 2.

2013 *Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission*, Doc off AG NU, 67e sess, Doc off A/CN.4/657 (2013).

c. Documents de la Commission du droit international

1948 *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission*, Doc NU A/CN.4/1/Rev.1 (1948).

1949 *Moyens permettant de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier : Étude préparatoire établie conformément à l'article 24 du Statut de la droit international* (Mémorandum du Secrétaire général), Doc off DCI NU, Doc A/CN.4/6 et Corr.1 (1949).

Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available, Doc off 31e sess, Doc NU A/CN.4/W.9 (1949), reproduit dans *YILC 1949* vol 1.

Report to the General Assembly, Summary records of the first session, Doc NU A/CN.4/SR.1 (1949).

1950 (Manley O. Hudson), *Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available: working paper by Mr. Hudson*, reproduit dans *YILC 1950* vol 2 (A/CN.4/Ser.A/1950/Add.1).

(Manley O. Hudson), *Article 24 of the Statute of the International Law Commission*, Doc off CDI NU, 2e sess, Doc NU A/CN.4/16 (1950), reproduit dans *YILC 1950* vol 2 (A/CN.4/Ser. A/1950/Add.1).

1951 (James L. Brierley), *Reservations to Multilateral Conventions*, Doc off CDI NU, 3e sess, Doc NU A/CN.4/41 (1951), reproduit dans *YICL 1951* vol 2 (A/CN.4/Ser. A/1951/Add.1).

1953 (Hersch Lauterpacht), *Law of Treaties*, Doc off NU, 5e sess., Doc NU A/CN.4/63 (1953) reproduit dans *YILC 1953* vol 1 (A/CN.4/Ser.A/1953/Add.1).

1957 (Gerald Fitzmaurice), *Second report by G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur*, Doc off CDI NU, Doc. NU A/CN.4/107 (1957), reproduit dans *YILC 1957* vol 2 (A/CN.4/SER.A/1957/Add l).

1966 (Sir Humphrey Waldock), *Sixth report on the law of treaties*, Doc NU A/CN.4/SER.A/1966/Add l, reproduit dans (1966) 2:74 *YBILC* 51–103.

1970 (Roberto Ago), *Second Report on State Responsibility: The Origin of International Responsibility*, Doc off CDI NU, 22e sess, Doc NU A/CN.4/233 (1970) reproduit dans *YILC 1970* vol 2.

1994 *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session*, Doc CDI NU, 46e sess, Doc off A/CN.4/ L (1994) reproduit dans *Annuaire CDI* 1994, vol 2.

1996 (Alain Pellet), « Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités » dans *Deuxième rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités*, Doc off CDI NU, 48e sess, Doc NU A/CN.4/477 et Add.1(1996) reproduit dans *Annuaire CDI 1996*, vol 2, partie 1 (Doc NU A/CN.4/Ser.A/1996/Add.1).

2001 *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Doc Off CDI NU 53e sess, suppl no 10, Doc NU A/56/10 (2001).

2004 (Martii Koskenniemi), *Rapport du groupe d'étude sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Doc off CDI NU, 56e sess, Doc NU A/CN.4/L.663/Rev.1 (2004).

2005 (Martii Koskenniemi), « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international » dans *Compte rendus analytiques des séances de la seconde partie de la 57e session*, Doc NU A/CN.4/Ser.A/ 2005 reproduit dans *Annuaire CDI 2005*, vol 1.

(Martii Koskenniemi), *Travaux de la Commission de droit international sur la fragmentation*, Doc off CDI NU, 57e sess, Doc NU A/CN.4/549 (2005).

2006 (Martii Koskenniemi), *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Doc off AG NU, 58e sess, Doc NU A/61/10 (2006) reproduit dans *Annuaire CDI 2006*, vol 2, partie 2.

2006 (Víctor Rodríguez Cedeño), *Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États*, Doc NU A/CN.4/569, Add.1 (2006).

2007 (Alain Pellet), *Rapport de la CDI, Guide de pratique*, Doc off CDI NU, 59e sess, Doc NU A/62/10 (2007).

2011 *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, Doc NU A/66/10 (2011), reproduit dans *Annuaire CDI 2011*, vol 2, partie 2, pp 24–36.

2012 *Rapport de la Commission du droit international*, Doc off CDI NU, 64e sess, Doc off A/67/10 (2012).

(Michael Wood), *Formation et identification du droit international coutumier*, Doc off AG NU, 64e sess, Doc NU A/CN.4/653 (2012).

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de ses soixante-troisième et soixante quatrième sessions (Rés.67/92), Doc off AG NU, 64e sess, Doc off A/RES/67/92 (2012).

2013 *Rapport de la Commission du droit international*, Doc off CDI NU, 65e sess, Doc. NU A/68/10 (2013).

(Michael Wood), *Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier*, Doc off CDI NU, 65e sess., Doc NU A/CN.4/663 (2013).

(Michael Wood), *Formation et identification du droit international coutumier : Éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet : Mémorandum du Secrétariat*, Doc off AG NU, 65e sess, Doc NU A/CN.4/659 (2013).

(Georg Nolte), *Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités*, 65e sess, Doc off A/CN.4/660 (2013).

2014 *Rapport de la Commission du droit international*, Doc off CDI NU, 66e sess, Doc NU A/69/10 (2014).

(Gilberto Saboia), *Identification of Customary International Law—Statement of the Chairman of the Drafting Committee*, Doc off CDI NU, 66e sess (2014).

(Michael Wood), *Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier*, Doc. Off. CDI NU, 66e sess, Doc. NU A/CN.4/672 (2014).

2015 (Michael Wood),*Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier*, Doc. Off. CDI NU, 67e sess, Doc. NU, A/CN.4/682 (2015).

Détermination du droit international coutumier : Texte des projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction, Doc off CDI NU, 67e sess, Doc NU AG NU A/CN.4/L.869 (2015).

(Georg Nolte), *Rapport de la Commission de droit international à l'Assemblée générale* 67e sess. Doc. Off. Supp no 10 A/70/10 (2015).

2016 (Michael Wood), *Quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier*, Doc. Off. CDI NU, 68e sess, Doc. NU A/CN.4A/695 (2016).

2017 (Marcelo Vázquez-Bermúdez), *Rapport de la Commission de droit international, Annexe A : Principes généraux du droit,* Doc off AG NU, 72e sess (69e sess CDI), supp no 10 Doc NU A/72/10 (2017).

(Dire Tladi), *Deuxième rapport sur le jus cogens*, Doc off CDI NU, 69e sess, Doc NU A/CN.4/706 (2017).

Rapport de la Commission de droit international, Annexe A : Principes généraux du droit, Doc off AG NU, 72e sess (69e sess CDI), supp no 10 Doc NU A/72/10 (2017).

2018 (Georg Nolte), *Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs*, Doc CDI NU, 70e sess, Doc off A/73/10 (2018) reproduit dans *Annuaire CDI 2018*, vol 2, partie 2, pp 16–122.

(Michael Wood), *Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs*, Doc CDI NU, 70e sess Doc off A/73/10 (2018) reproduit dans *Annuaire CDI 2018,* vol 2, partie 2.

(Michael Wood), *Cinquième rapport sur la détermination du droit international coutumier*, Doc off CDI NU, 70e sess, Doc NU A/CN.4/717 (2018).

(Michael Wood), *Détermination du droit international coutumier : Commentaires et observations présentés par les États*, Doc off CDI NU, 70e sess (2018) Doc off A/CN.4/716.

2019 (Marcelo Vázquez-Bermúdez), *Premier rapport sur les principes généraux du droit*, Doc off CDI NU, 71e sess, Doc A/CN.4/732 (2019).

(Dire Tladi), *Projet de conclusion de la CDI sur le jus cogens (ONU, CDI, Rapport de la Commission de droit international*, Doc off CDI NU, 71e sess, suppl no 10, Doc NU A/74/10 (2019).

d. Instruments habilitants des instances judiciaires internationales

TPIR *Résolution fondatrice et premier Statut du TPIR* : Rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 5 de la Résolution 955 (1994) du Conseil de Sécurité, Doc off, 3453e sess, Doc NU S/RES/955 (1994).

TSSL *Accord pour et Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, UN SCOR, Doc off S/2002/246 (2002).

TPIY *Résolution 808* : *Tribunal (Former Yugoslavia),* Doc off CS NU 3175e sess, Doc NU S/RES/808 (1993).

CPI *Règlement de procédure et de preuve* (ICCASP/1/3 et Corr.1), deuxième partie (2002).

e. Autres documents et déclarations

1945 ONU, *Documents of the United Nations Conference on International Organizations, San Francisco* (1945) vol III, doc 1 et 2 ; vol VIII, doc 1151 ; et vol IX, doc 203, 416, 507, 536, 571, 792, 795 et 848.

1948 NU, Commission des crimes de guerre, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol VIII, 1949, aux pp 34–76, « Hostages Trial of Wilhelm List and Others, United States Military Tribunal, Nuremberg » (1948).

1968 *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités (1968),* « Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière », Doc NU A/Conf.39/11 (1969).

1994 ONU, Comité des droits de l'Homme, « Observation générale sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte (Observation générale no 24) », *Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités*, Doc off CCP NU, 1382e sess, Doc NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (1994).

IV. Manuels militaires

a. Canada

2001 *The Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Levels* / Le droit des conflits armés au niveau opérationnel, en ligne : < www.forces.gc.ca >

b. États-Unis

1863 *Code Lieber : Instructions pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique* (1863) reproduit dans RICR (1953) 401-980.

Lieber Code: Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, originally issued as General Orders no 100 (1863), publication officielle, Washington, 1898, en ligne: <www.loc.gov>.

2015 *Law of War Manual*, 2015, revisé en 2016, publication officielle, Département de la défense, en ligne : < https://dod.defense.gov >.

c. Royaume-Uni

2004 *JSP 383 The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, en ligne: < www.gov.uk >.

d. Manuels internationaux de groupes d'experts

1880 *Manuel des lois de la guerre sur terre* (1880) Institut de Droit international, Tableau général des résolutions (1873-1956), Bâle, Hans Wehberg, 1957, pp.180-198.

1913 *Manuel d'Oxford des lois de la guerre maritime* (1913), reproduit dans (1913) 26 Annuaire IDI aux pp 610-640.

1913 *Manuel des lois de la guerre maritime* (1913) 26 Annuaire IDI (1913) pp 610-640.

1994 *Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés en mer* 77:816 RICR (1995) 649-694.

1999 CICR (Anthony P.V. Rodgers, et Paul Malherbe), *Fight It Right: Model Manual on the Law of Armed Conflict for Armed Forces*, Genève, CICR 1999.

2013 CICR (Andrew Carswell), *Handbook on International Rules Governing Military Operations*, Genève, CICR 2013.

2006 CICR, *Manual on the Law of Non-international Armed Conflict*, Genève, CICR, 2006.

2008 « Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les États en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées opérant pendant les conflits armés » tel qu'annexé à la *Lettre datée du 2 octobre 2008, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la Suisse auprès de l'Organisation des Nations Unies* Doc ONU AG, 63e sess Doc off AG A/63/467 (2008).

2013 *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, 2013.

2017 Michael Schmitt, dir, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (2e ed) Cambridge, CUP, 2017.

2018 *The Copenhagen Process on the Handling of Detainees in International Military Operations*, The Copenhagen Process: Principles and Guidelines en ligne: < http://iihl.org/wp-content/uploads/2018/04/Copenhagen-Process-Principles-and-Guidelines.pdf >.

En cours *Woomera Manual* < https://law.adelaide.edu.au/woomera/ >.

En cours *The McGill Manual on International Law Applicable to Military Uses of Outer Space* < https://www.mcgill.ca/milamos/about >.

V. Doctrine

a. Monographies

ALLAND, Denis, *Droit international public*, Paris, PUF, 2002.

AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford, OUP, 2013.

ANZILOTTI, Dionisio, *Cours de droit international* (réimp de 1929, trad. française de Gilbert Gidel), coll. Les introuvables, Paris, LGDJ, 1999.

ARAJÄRVI, Noora, *The Changing Nature of Customary International Law—Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals* (2014) New York, Routledge, 2014.

ARBOUR, Jean-Maurice, *Droit international public*, 4e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2002.

AREND, Anthony C., *Legal Rules and International Society*, Oxford, OUP, 1999.

ARENDT, Hannah (traduction de Georges Fradier), *Condition de l'homme moderne*, coll Agora, Paris, Calmann-Lévy, 1961/1963.

ASAMOAH, Obed Y., *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, La Haye, Nijhoff, 1967.

AUST, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 3e éd, Cambridge, CUP, 2018.

BASDEVANT, Jules, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1959.

BERGIER, Nicolas Sylvestre M., *Œuvres complètes de Bergier*, 1853.

BESSON, Samantha, et Jean d'Aspremont, *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2017.

BLAU, Peter M., *Exchange and Power in Social Life*, 2e éd, Londres, Taylor & Francis, 2017.

BOOTHBY, W.H., *Conflict Law,* Heidelberg, Springer, 2014.

BOTHE, Michael, Karl Josef Partsch, Waldemar A. Solf et Martin Eaton, *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 protocols additional to the Geneva Conventions of 1949,* 2e éd, Leiden, Nijhoff, 2013.

BOYER, Ernest L., Drew Moser, Todd C. Ream, et John M. Braxton, *Scholarship Reconsidered: Priorities of the Professoriate*, San Francisco, Jossey-Bass, 2016.

BOYLE, Alan, et Christine Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford, OUP, 2017.

BRADLEY, Curtis A., *International Law in the U.S. Legal System*, 2e éd, Oxford, OUP, 2015.

BRÖLMANN, Catherine, et RADI, Yannick, dir, *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Cheltenham, Elgar, 2016.

BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 4e éd, Oxford, Clarendon Press, 1990.

BRUNNÉE, Jutta, et Stephan J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account,* Cambridge CUP, 2010.

BULA-BULA, Sayeman, *Droit international humanitaire,* Paris, Harmattan, 2012.

BULL, Hedley et Andrew Hurrell, *The Anarchical Society; A Study of Order in World Politics*, 4e éd, New-York, Colombia UP, 2012.

BURGUIÈRE, André, *Alain Boureau, En somme : pour un usage analytique de la scolastique médiévale*, Lagrasse, Verdier, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *International Law for Humankind: Toward a New Jus Gentium*, Leiden, Brill, 2019.

_____, A *Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991.

CARREAU, Dominique, et Fabrizio Marrella, *Droit international*, 11e éd, Paris, Pedone, 2012.

CASSESE, Antonio, *Violence et droit dans un monde divisé*, Paris, PUF, 1990.

_____, *Judges in Contemporary Democracy*, New York, NYUP, 2004.

_____, *International Law*, 2e éd, Oxford, OUP, 2005.

CHENG, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Court and Tribunals*, Cambridge, Grotius (Classic Reprint Serie) 1987.

CHRISTOPHER, Paul, et James J. Kim, *Reporters on the Battlefield: The Embedded Press System in Historical Context*, Pittsburgh, Rand, 2004.

CLAPHAM, Andrew, *The Rights and Responsibilities of Armed Non-State Actors: The Legal Landscape & Issues Surrounding Engagement*, Genève, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, 2010.

COLEMAN, Jules L., *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, OUP, 2003.

CRAWFORD, Emily, et Alison Pert, *International Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, 2015.

_____, *Identifying the Enemy: Civilian Participation in Armed Conflict,* Oxford, OUP, 2015.

CRAWFORD, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8e éd, Oxford, OUP, 2012.

CROWE, Jonathan et Kylie Weston-Scheuber, *Principles of International Humanitarian Law*, Cheltenham, Elgar, 2013.

D'AMATO, Anthony A., *Concept of Custom in International Law*, Cambridge, CUP, 1971.

D'ASPREMONT, Jean, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, OUP, 2011.

_____, et Jérôme de Hemptinne, dir, *Droit international humanitaire : Manuel : Thèmes choisis,* Paris, Pedone, 2012.

_____, et KAMMERHOFER, Jörg, dir., *International Legal Positivism In A Post-Modern World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

DE VISSCHER, Charles, *Théories et réalités en droit international public*, 2e éd., Paris, Pedone, 1955.

DANILENKO, Gennadiĭ Mikhaĭlovich, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Nijhoff, 1993.

DARCY, Shane, *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, 2014.

DAVID, Éric, Vaios Koutroulis, Françoise Tulkens, Damien Vandermeersch et Raphael van Steenberghe, *Code de droit international humanitaire*, 8e éd, Bruxelles, Bruylant, 2018.

DEGAN, Vladimir-Djuro, *A Source of General International Law,* Leiden, Nijhoff, 1997.

DESCARTES, René, *Principes de la Philosophie*, 1644.

DINSTEIN, Yoram, *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict*, 2e éd, Cambridge, CUP, 2010.

DISTEFANO, Giovanni, Gloria Gaggioli Gasteyger et Aymeric Hêche, dir, *La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités : commentaire article par article et études thématiques*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

DÖRR, Olivier, et Kirsten Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012.

DRAPER, G.I.A.D., « The Development of International Humanitarian Law» dans United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, *International Dimensions of Humanitarian Law,* Henry Dunant Institute/UNESCO/Nijhoff, 1988.

DUPUY, René-Jean, dir., *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos : Droit et justice*, Paris, Pedone, 1999.

DUXBURY, Neil, *Judges and Jurists: An Essay on Influence*, Oxford, Hart, 2001.

FITZMAURICE, Malgosia et Anneliese Quast, *Law of Treaties*, Londres, LUP, 2007.

_____, et Olufemi Elias, *Contemporary Issues in the Law of Treaties*, Utrecht, Eleven, 2005.

FRIEDMANN, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law,* New York, Columbia UP, 1974.

GARDINER, Richard, *Treaty Interpretation*, 2e éd, Oxford, OUP (OSAIL), 2015.

GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd, Paris, LGDJ, 1919.

_____, *Science et technique en droit privé positif*, 2e tirage, Paris, Sirey 1927.

GIRST, Thomas, *The Duchamp Dictionary*, New York, Thames & Hudson, 2014.

GREEN, Leslie C., *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester, MUP,1993.

GREENSPAN, Morris, *The Modern Law of Warfare*, Los Angeles, University of California Press, 1959.

GREIG, Donald W., *International Law*, 2e éd, Londres, Butterworth, (1ere ed 1970) 1976.

GRIGNON, Julia, *L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*. Genève, Schulthess, 2014.

GUGGENHEIM, Paul, *Traité de droit international public*, Genève, Georg, 1953.

HART, Hebert Lionel Adolphus, The Concept of Law, 2e éd, Oxford, Clarendon, 1994.

HENCKAERTS, Jean-Marie et DOSWALD-BECK, Louise, dir., *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I : Règles, Bruxelles, Bruylant, 2006.

_____, *Customary International Humanitarian Law* vol. I: Rules, Cambridge, CUP, 2006.

HENRY, Étienne, *Le principe de nécessité militaire : histoire et actualité d'une norme fondamentale du droit international humanitaire,* Paris, Pedone, 2017.

HIGGINS, Rosalyn et J. P. Gardner, dir, *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1997.

HOLLAND, Thomas Erskine, *The Elements of Jurisprudence*, 13e éd, Oxford, Clarendon Press, 1924.

JANSEN, Nils, *The Making of Legal Authority: Non-Legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, Oxford, OUP, 2010.

JENNINGS, Robert Y., et Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, vol I Peace, 9e éd, Londres, Longman, 1992.

_____, *Oppenheim's International Law*, 9e éd, Oxford, OUP, 1996.

_____, *Oppenheim's International Law*, vol I Peace 9e éd., Oxford, OUP, 2008.

KALSHOVEN, Frits, et Liesbeth Zegveld, *Constraints of the Waging of War*, 3e éd, Genève, CICR, 2001.

KAMMERHOFER, Jörg, *Uncertainty in International Law: a Kelsenian perspective*, New York, Routledge, 2011.

KANT, Immanuel, *Perpetual Peace: A Philosophical Sketch*, 1795, basé sur la traduction de W. Hastie (1891), et des notes de Campbell Smith, 1803.

KELSEN, Hans, *Pure Theory of Law*, Berkeley, UCP, 1967.

KLABBERS, Jan, *International Law*, Cambridge, CUP, 2013.

KOLB, Robert, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law* (2014) Cheltenham, Elgar, 2014.

_____, *Ius in bello: Le droit international des conflits armés : Précis*, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2009.

_____, *The International Court of Justice*, Oxford, Hart, 2014.

_____, *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2014.

KOSKENNIEMI, Martii, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument,* Cambridge, CUP, 2006.

LAUTERPACHT, Hersch, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Londres, Longman, 1927.

LE FUR, Louis, *Précis de droit international public*, 4e éd, Paris, Dalloz, 1939.

MALANCZUK, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7e éd, Londres/New York, Routledge, 1997.

MC NAIR, Arnold, *The Law of Treaties*, Oxford, OUP, 1961.

MCCOURBREY, Hilaire, *International Humanitarian Law — Modern Developments in the Limitation of Warfare*, 2e éd, Ashgate, 1998.

MERON, Theodor, *War Crimes Comes of Age: essays*, Oxford, OUP, 1998.

_____, *The Humanization of Humanitarian Law*, sér. The Hague Academy of International Law Monographs, vol 3, Leiden/Boston, Nijhoff, 2006.

_____, *Criminal Justice: A View from the Bench: Selected Speeches*, Oxford, OUP, 2011.

MÜNCH, Richard, *Academic Capitalism Universities in the Global Struggle for* Excellence, New York, Routledge, 2014.

MURPHY, John. F., *The Evolving Dimension of International Law: Hard Choices for the World Community*, Cambridge, CUP, 2010.

O'KEEFE, Roger, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge CUP, 2006.

OSIEL, Mark, *The End of Reciprocity: Terror, Torture, and the Law of War*, Cambridge, CUP, 2009.

PARISH, Matthew, *Mirages of International Justice: The Elusive Pursuit of a Transnational Legal Order,* Cheltenham, Elgar, 2011.

PARRY, Clive, *The Sources and Evidence of International Law*, Manchester, MUP, 1965.

PERELMAN, Chaïm, *Droit, Morale et Philosophie*, Paris, LGDJ, 1968.

PETROV, Anton Orlinov, *Expert Law of War*, Cheltenham, Elgar, 2020.

PICTET, Jean, *Développement et principes du droit international humanitaire*, Genève, Institut Henry-Dunant, 1983.

PROVOST, René, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, 2002.

ROMANO, Cesare P. R., André Nollkaemper et Jann K. Kleffner, dir, *Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia,* Oxford, OUP, 2004.

ROSENNE, Shabtai, *The International Court of Justice: An Essay in Political and Legal Theory*, Leiden, Sijthoff, 1957.

ROSENNE, Shabtai, *The Perplexities of Modern International Law,* Leiden/Boston, Nijhoff, 2004

_____, *The Law and Practice of the International Court 1920–2005*, vol 3, 4e éd, Leiden/Boston, Nijhoff, 2006.

ROSS, Alf, *Le problème des sources du droit à la lumière d'une Théorie réaliste du droit*, Paris, Sirey, 1934.

_____, *A Textbook of International Law*, Longmans, Green and Co., 1947.

ROUCOUNAS, Emmanuel, *A Landscape of Contemporary Theories of International Law*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2019.

ROUSSEAU, Charles, *Droit international public,* t 1, Paris, Sirey, 1970.

RUFIN, Jean-Christophe, *L'aventure humanitaire*, Paris, Gallimard, 1994.

SASSÒLI, Marco, Antoine Bouvier et Anne Quintin, *Un droit dans la guerre ?* 2e éd, CICR, 2012.

_____, Antoine Bouvier, Anne Quintin et Julia Grignon, *How Does Law Protect in War?*, en ligne, CICR : < https://casebook.icrc.org/ >.

_____, *International Humanitarian Law — Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Coll. Principles of international Law, Cheltenham, Elgar, 2019.

SCELLE, Georges, *Manuel de droit international public, manuel élémentaire avec les textes essentiels*, Paris, Domat-Montchrestien, 1944.

SCHABAS, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2e éd, Oxford, OUP, 2016.

SCHARF, Michael P., *Customary International Law in Times of Fundamental Change Recognizing Grotian Moments*, Cambridge, CUP, 2013.

SCHLÜTTER, Birgit, *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International Ad Hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2010.

SCHWARZENBERGER, Georg, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 3e éd, Londres, Stevens, 1957.

_____, *The Law of Armed Conflicts,* vol II, Londres, Stevens, 1968.

SCOTT, James Brown, The *Proceeding of The Hague Peace Conferences: The Conference of 1907*, vol I, Oxford, OUP, 1920.

SEIBERTH, Corrina*, Private military and security companies in international law: a challenge for non-binding norms: the Montreux Document and the International Code of Conduct for Private Security Service Providers*, Cambridge, Intersentia, 2014.

SHAHABUDDEEN, Mohamed, *Precedent in the World Court*, Cambridge, CUP, 1996.

SHAW, Malcolm, *International Law*, 5e éd, Cambridge, CUP, 2003.

SINCLAIR, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2e éd, Manchester, MUP, 1984.

SIVAKUMARAN**,** Sandesh**,** *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford, OUP, 2012.

THIRLWAY, Hugh, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, vol II, Oxford, OUP (OSAIL), 2013.

THIRLWAY, Hugh, *The Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2014.

TOMKINS, Calvin, *Marcel Duchamp: The Afternoon Interviews*, New York, Badlands, 2013.

TOUGAS, Marie-Louise, *Droit international, sociétés militaires privées et conflit armé : entre incertitudes et responsabilités*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

TRIGGS, Gillian, *International Law: Contemporary Principles and Practices*, 2e éd, Chatswood, LexisNexis/Butterworks, 2011.

TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Histoire du droit international public*, Paris, Economica, 1996.

TUNKIN, Grigori I., *Theory of International Law,* Cambridge, HUP, 1947.

VAN DEN BOOGAARD, Jeroen, *Fighting by the Principles: Principles as a Source of International Humanitarian Law*, La Haye, Asser, 2013.

VAN STEENBERGHE, Raphaël, dir, *Droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

VILLIGER, Mark Eugen, *Customary International Law and Treaties*, 2e éd, Dordrecht, Kluwer, 1997.

_____, *Customary International Law and Treaties: A Study of Their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, Nijhoff, 1985.

_____, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2009.

WALUCHOW, Will J., *Inclusive Legal Positivism,* Oxford, Clarendon/OUP, 1994.

WOLFRUM, Rüdiger, dir, *Völkerrecht*, 2e éd, vol 1, Berlin, de Gruyter, 2002.

WOLFRUM, Rüdiger, et Ina Gätzschmann, dir, *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* Heidelberg, Springer, 2012.

WATTS, A.D.*, The International Law Commission: 1949-1998*, vol III, Oxford, OUP, 1999.

WEBER, Max, *The Theory of Social and Economic Organization*, Cambridge, CUP, 1947.

_____, et Guenther Roth, *Economy and society: An outline of interpretive sociology, Berkeley*, UCP, 2013.

b. Cours de l'Académie de droit international de La Haye

ABI-SAAB, George, « Le système du droit international ou le droit international en tant qu'ordre juridique » (1987) 207 RCADI 105.

AGO, Roberto, « Le délit international » (1939) 68 RCADI 415.

BAXTER, Richard Reeves, « Treaties and Customs » (1970-I) 129 RCADI 27.

BERNHARDT, Rudolf, « Custom and treaty in the law of the sea » (1987-V) 205 RCADI 251.

BROWNLIE, Ian, « International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations: General Course on Public International Law » (1995) 255 RCADI 9.

CAPOTORTI, Francesco, « L'extinction et la suspension des traités » (1971) 134 RCADI 417.

CRAWFORD, John, « Making Law by Treaty » (2013) 365 RCADI 90.

DUPUY, René-Jean, « Cours général de droit public » (1979-IV) 165 RCADI 9.

FITZMAURICE, Gerald, « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law: Mainly Philosophical » (1957) 92 RCADI 5.

HENKIN, Louis, « General Course of Public International Law. International Law: Politics, Values and Functions » (1989-IV) 215 RCADI 45.

KRYLOV, Sergei, « Les sources du droit international et les méthodes de réglementation internationale » (1947-I) 70 RCADI 415.

MENDELSON, Maurice H., « The Formation of Customary International Law » (1998) 272 RCADI 155.

MERON, Theodor, *International Law in the Age of Human Rights: General Course on Public International Law* (2003) 301 RCADI 24 («The Humanization of the Law of War ») et 112 (« Criminalization of violations of international humanitarian law »).

MORELLI, Gaetano, « Cours général de droit international public » 89 (1956) RCADI 437.

ROUCOUNAS, Emmanuel, « Engagements parallèles et contradictoires » (1987) 206:4 RCADI 9-288.

SCHACHTER, Oscar, « International Law in Theory and Practice » (1982—V) 178 RCADI 74.

SCHINDLER, Dietrich, « The Different Types of Armed Conflict According to the Geneva Conventions and Protocols » (1979) 163 RCADI 125.

SØRENSEN, Max « Principes de droit international public : cours général » (1960-III) 101 RCADI 16.

SIMMA, Bruno, « From Bilateralism to Community of Interest in International Law » (1994) 250 RCADI 127.

STRUPP, Karl, « Les règles générales du droit de la paix » (1934-I) 47 RCADI 302.

THÜRER, Daniel, « International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context » (2011) 338 RCADI 37.

TOMUSCHAT, Christian, « Obligations Arising for States Without or Against their Will » (1993-IV) 241 RCADI 195.

_____, « International Law: Ensuring the Survival of Mankind in the Eve of a New Century » (1999) 281 RCADI 9.

TRUYOL DE SERRA, Antonio, « Théorie du droit international public : cours général » (1981-IV) 173 RCADI 9-443.

TUNKIN, Grigori I., « Creation of General International Law Norms » (1958-III) 95 RCADI 8-31.

VERDROSS, Alfred, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale » (1935-II) 52 RCADI 191-251.

VENTURINI, Gian Carlo, «The scope and legal effects of the behaviour and unilateral acts of States » (1964-II) 12 RCADI 363.

WALDOCK, Humphrey, « General Course on Public International Law », (1962-II) 106 RCADI 1.

WEIL, Prosper, « Le droit international en quête de son identité » (1992-IV) 37 RCADI 313.

c. Encyclopédies

i. Encyclopédie Britannica

sub verbo « Cornelis van Bynkershoek » (2007).

sub verbo « Alberico Gentili » (2015).

(Yasuaki Onuma) *sub verbo* « Hugo Grotius » (2020).

sub verbo « Prætor » (2019).

(Hans Fritz Welzel*) sub verbo* «Samuel Freiherr von Pufendorf » (2010).

sub verbo « Emeric de Vattel » (1998).

ii. Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)

ACQUAVIVA, Guido, et Fausto Pocar, *sub verbo* « *Stare decisis* » (2007).

AUST, Anthony *sub verbo* « Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) » (2006).

AUST, Anthony, *sub verbo* « Treaties, termination » (2006).

BENVENISTI, Eyal, *sub verbo* « Belligerent Occupation » (2009).

BODANSKY, Daniel, *sub verbo* « *Non liquet* » (2006).

BOTHE, Michael, *sub verbo* « Neutrality, Concept and General Rules » (2015).

BRADFORD, Anu, *sub verbo* « Regime Theory » (2007).

CRAWFORD, James R., *sub verbo* « State » (2011).

GAJA, Giorgio, *sub verbo* « General Principles of Law » (2013).

GASSER, Hans-Peter, *sub verbo*, « International Committee of the Red Cross (ICRC) »(2016).

GAUTIER, Philippe, *sub verbo* « General Participation Clause (*Clausula si omnes*) » (2006).

GROTE, Rainer, *sub verbo* « Westphalian System » (2006).

HENCKAERTS, Jean-Marie, *sub verbo* « Armed forces » (2015).

KLEIN, Eckart, *sub verbo* « Self-contained regimes » (2006).

PARTINGDON, Earle A., *sub verbo* « Manuals on the Law of Armed Conflict » (2016).

PAULUS, Andreas, *sub verbo* « International Community » (2013).

RAINER, Grote, *sub verbo* « Westphalian System » (2006).

THÜRER, Daniel, *sub verbo* « Soft Law » (2009).

VON BERNSTORFF, Jochen, *sub verbo* « Martens Clause » (2009).

VON HEINEGG, Wolff Heintschel, *sub verbo* « Right to Angary » (2009).

WOOD, Michael, *sub verbo* « Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38 (1) ICJ Statute) » (2017).

iii. Autres

DESCARTES, René, dans Edward N. Zalta, dir, *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy,* Stanford University, Center for the Study of Language and Information, 2014.

KOHEN, Marcelo et Bérénice Scharamm « General Principles of Law » dans *Oxford Bibliographies*, 2017, rev 2019, en ligne : <https://www.oxfordbibliographies.com>.

LAMOND, Grant, « Precedent and Analogy in Legal Reasoning » dans Edward N. Zalta, dir, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* 2016.

MÜNCH, Richard, « Academic Capitalism » dans *Political Sociology Online, Oxford Research Encyclopedia*, 2016.

d. Articles de revues scientifiques

ABI-SAAB, Georges, « Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks » (1999) 31 NYULILP 919.

AKANDE, Dapo, «Clearing the Fog of War — The ICRC's Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities » (2010) 59:1 ICLQ 180.

AKEHURST, Michael, « The Hierarchy of the Sources of International Law » (1975) 47 BYIL 273.

_____, « Custom as a source of international law » (1977) 47 BYIL 1.

ALDRICH, George H., « Customary International Humanitarian Law: An Interpretation on Behalf of the International Committee of the Red Cross » (2006) 76 BYIL 503.

ÀLVARAEZ, Laura Iñigo, « Challenging the Westphalian order: incorporating armed groups in Law-making under international humanitarian law » (2017) Ordine internazionale e diritti umani 167.

_____, « The Obligation to Provide Reparations by Armed Groups: A Norm under Customary International Law? » (2020) 67 NILR 427.

AMSELEK, Paul, « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" » (1982) 25 APD 255.

ANDENAS, Mads, et Johann Ruben Leiss, « Article 38(1)(d) ICJ Statute and the Principle of Systemic Institutional Integration » (2017) 77 ZaöRV 907.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, «The Principle of Humanity Under International Humanitarian Law in the Is/Ought Dichotomy Public International Law » (2011) 54 JYIL 333.

ARAJÄRVI, Noora, « Is There a Need for a New Sources Theory in International Law? A Proposal for an Inclusive Positivist Model » (2012) 196 ASILP 370.

BAKER, Roozbeh (Rudy) B., «Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates » 21:1 (2010) EJIL 173.

BALDWIN, Captain Gordon B., « New Look at the Law of War: Limited War and Field Manual 27-10 » (1959) 1 MLR 1.

BALMOND, Louis, « Observations sur le Document de Montreux relatif aux obligations juridiques internationales pertinentes et aux bonnes pratiques pour les États concernant les activités des sociétés militaires privées » (2009) 113 RGDIP 113.

BANTEKAS, Illias, « Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law » (2006) 6 ICLR 121.

BARAK, Aharon, « The Role of a Supreme Court in a Democracy », (2002) 53 HJL 1205.

BARBERIS, Julio A., « Le concept de "traité international" et ses limites » (1980) 30:1 AFDI 239.

BARRAUD, Boris, « Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit » (2016) 45:164 DP RRJ 503.

BARSALOU, Olivier, « Les actes unilatéraux étatiques en droit international public : observations sur quelques incertitudes théoriques et pratiques » (2007) 44 ACDI 395.

BASSIOUNI, Cherif, « A functional approach to 'general principles of international law' » (1990) 11:3 MJIL 768.

BAXTER, Richard Reeves, « So-called 'Unprivileged Belligerency': Spies, Guerillas, and Saboteurs » (1951) 28 BYIL 323.

_____, « Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law » (1965-66) 275 BYIL 300.

BEHTLEHEM, Daniel, « The Secret Life of International Law » (2014) 1:1 CJICL 23.

BELLINGER, John B., et, William J. Haynes, « A US Government Response to the International Committee of the Red Cross Study Customary International Humanitarian Law » (2007) 89:886 IRRC 443.

BLUTMAN, László, « Conceptual Confusion and Methodological Deficiencies: Some Ways that Theories on Customary International Law Fail » (2014) 25 EJIL 2.

BONGARD, Pascal, et Jonathan Somer, « Monitoring armed non-state actor compliance with humanitarian norms: a look at international mechanisms and the Geneva Call Deed of Commitment » (2011) 93:883 IRRC 673.

BORDA, Aldo Zammit, « A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals » (2013) 24:2 EJIL 649.

BORDIN, Fernando Lusa, « Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law » (2014) 63:3 ICLQ 535.

BOTHE, Michael, « Customary International Humanitarian Law: Some Reflection on the ICRC Study » (2005) 8 YIHL 143.

BOUDREAULT, Lise S., « Les réserves apportées au Protocole additionnel I aux Conventions de Genève sur le droit humanitaire » (1989) 6:2 RQDI 105.

BROWNLIE, Ian, « The Reality and Efficacy of International Law » (1981) 52 BYIL 1.

BRUDERLEIN, Claude, « Introduction » (2012) 47 TILJ 261.

BUERGENTHAL, Thomas, « Proliferation of International Courts and Tribunals » (2001) 14:2 LJIL 267.

BUZZINI, Gionata Piero, « La théorie des sources face au droit international général : Réflexions sur l'émergence du droit objectif dans l'ordre juridique international » (2002) 3 RGDIP 581.

_____, « The Development of International Law: Alternatives to Treaty-Making? Max Planck Institute, 14–15 November 2003 » (2003) 6:1 IL FORUM DI 46.

BYERS, Michael, « Custom, Power, And the Power of Rules Customary International Law from an Interdisciplinary Perspective » (1995–1996) 17 MJIL 109.

CAMERON, Lindsey, Bruno Demeyere, Jean-Marie Henckaerts, Eve La Haye et Heike Niebergall-Lackner, « The updated Commentary on the First Geneva Convention — a new tool for generating respect for international humanitarian law » (2015) 97:900 IRRC 1209.

_____, Bruno Demeyere, Jean-Marie Henckaerts, Eve La Haye et Heike Niebergall-Lackner, « Le Commentaire mis à jour de la Première Convention de Genève — un nouvel outil pour générer le respect du droit international humanitaire » (2015) 97:4 RICR 161.

CARON, David, « The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship Between Form and Authority » (2002) 96:4 AJIL 857.

CARRON, Djemila, « When is a conflict international? Time for new control tests in IHL » (2016) 98:3 IRRC 1019.

CARTY, Anthony, « Scandinavian Realism and Phenomenological Approaches to Statehood and General Custom in International Law » (2003) 14:4 EJIL 817.

CASSESE, Antonio, « The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky? » (2000) 11:1 EJIL 187.

CASSESE, Antonio, « A Big Step Forward for International Justice » (2003) Crimes of War Magazine

CHARNEY, Jonathan I., « Universal International Law » (1993) 87 AJIL 529.

CHENG, Bin, « United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law? » (1965) 5 IJIL 23.

CHINEN, Mark A., « Game Theory and Customary International Law: A Response to Professors Goldsmith and Posner » (2001–2002) 23 MJIL143.

CHINKIN, Christine M., « The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law » (1989) 38 ICLQ 850.

COLEMAN, Jules L., « Negative and Positive Positivism » (1982) 11 JLS 139

_____, « Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis » (1998) 4 LT 381.

CORN, Geoffrey S., « Making the Case for Conflict Bifurcation in Afghanistan: Transnational Armed Conflict, al Qaeda, and the Limits of the Associated Militia Concept » (2009) 85 ILS 181.

COSTA, Anthony, « The Myth of Customary Law » (1998) 14:4 SAJHR 525.

CRAWFORD, Emily, « Unequal Before the Law: The Case for the Elimination of the Distinction Between International and Non-International Armed Conflicts » (2007) 20 LJIL 441.

_____, « Blurring the Lines between International and Non-International Armed Conflicts: The Evolution of Customary International Law Applicable in Internal Armed Conflicts » (2008) 15 AILJ 29.

_____, « From Inter-state and Symmetric to Intrastate and Asymmetric: Changing methods of Warfare and the Law of Armed Conflict in the 100 Years Since World War One » (2014) 17 YBIHL 95.

CRYER, Robert, « Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study » (2006) 11:2 JCSL 239.

_____, « Royalism and the King: Article 21 of the Rome Statute and the Politics of Sources» (2009) 12:3 NCLR 390.

_____, « International Criminal Tribunals and Sources of International Law: Antonio Cassese's Contribution to the Canon » (2012) 10 JICJ 1045.

D'ASPREMONT, Jean, « Les travaux de la Commission du droit international relatifs aux actes unilatéraux des États » (2005) 109:1 RGDIP 163.

_____, « The Idea of 'Rules' in the Sources of International Law» (2014) 84 BYIL 103.

DANNER, Allison Marston, « When Courts Make Law: How the International Criminal Tribunals Recast the Laws of War » (2006) 59:1 VLR 1.

DE HEMPTINNE, Jérôme, « Réflexion sur l'évolution des rôles normatif et judiciaire du juge pénal international » (2011) 83 RTDH 525.

DEGAN, Vladimir-Djuro, « Unilateral act as a source of particular international law » (1994) 5 FYIL 149.

DELBRUCK, Jost, « A More Effective International Law or a New 'World Law?': Some Aspects of the Changing Development of International Law in a Changing International System » (1993) 68 ILJ 705.

DEMEYERE, Bruno, Jean-Marie Henckaerts, Heleen Hiemstra et Ellen Nohle « The Updated ICRC Commentary on the Second Geneva Convention: Demystifying the Law of Armed Conflict at Sea » (2018) 94:140 ILS 140.

DIMAGGIO, Paul J., et Walter W. Powell « The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields » (1983) 48:2 ASR 147.

DJEFFAL, Christian, « Commentaries on the Law of Treaties: A Review Essay Reflecting on the Genre of Commentaries » (2013) 24 EJIL 1223.

DONOHUE, Laura K., « The Shadow of State Secrets » (2010) 159:1 UPLR 77.

DÖRMANN, Knut, « The Role of Nonstate Entities in Developing and Promoting International Humanitarian Law » 51 (2018) 51 VJTL 713.

DOSWALD-BECK, Louise, « The San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea» (1995) 89:1 AJIL 192.

DUNBAR, N.C.H., «The Myth of Customary International Law » (1980) 1:8 AYIL 1.

DWORKIN, Ronald, « Hard cases » (1975) 88:6 HLR 1057.

EGAN, Brian, « International Law, Legal Diplomacy, and the Counter-ISIL Campaign » (2016) 92 ILS 235.

ELLIS, Jaye, « General Principles and Comparative Law » (2011) 22:4 EJIL 949.

EMANUELLI, Claude, « L'étude du CICR sur le droit humanitaire coutumier : la coutume en question » (2006) 110:2 RGDIP 435.

FAN, Mary, « Custom, General Principles and the Great Architect Cassese » (2012) 10 JICJ 1063.

FENRICK, William J., « New Developments in the Law Concerning the Use of Conventional Weapons in Armed Conflicts » (1981) 19 CYIL 229.

_____, «The Development of the Law of Armed Conflict Through the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia» (1998) 3 JACL 197.

_____, « ICRC Guidance on Direct Participation in Hostilities » (2009) 12 YBIHL 287.

FIDLER, David P., « Challenging the Classic Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law » (1996) 39 GYIL 198.

FITZMAURICE, Gerald G., « Reservations to Multilateral Conventions » (1953) 2 ICLQ 1.

_____, « Hersch Lauterpacht: The Scholar as Judge » (1961) 37 BYIL 1.

FLECK, Dieter, « International Humanitarian Law after September 11: Challenges and the Need to Respond » (2003) 6 YIHL 41.

FORSYTHE, David P., « A new International Committee of the Red Cross? » (2018) 17:5 JHR 533.

FORTIN, Katharine, « How to Cope with Diversity While Preserving Unity in Customary International Law? Some Insights from International Humanitarian Law » (2018) 23:3 JCSL 337.

FRIEDMANN, Wolfgang, « The Uses of 'General Principles' in the Development of International Law » (1963) 57:2 AJIL 279.

GALLANT, Kenneth S., « International Criminal Courts and the Making of Public International Law: New Roles for International Organizations and Individuals » (2010) 43:3 JMLR 603.

GAMBLE, John King, « Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscope View of State Practice » (1980) 74:2 AJIL 372.

GARRAWAY, Charles, «The Use and Abuse of Military Manuals » (2004) 7 YBIHL 425.

GAUDREAU, Julie, « The reservations to the Protocols additional to the Geneva Conventions for the protection of war victims » (2003) 849 IRRC 143.

GAZZINI, Tarcisio, « Unique Non-State Actor: The International Committee of The Red Cross » (2010) 4:1 HR&ILD 32.

GILADI, Rotem « The Enactment of Irony: Reflections on the Origins of the Martens Clause » (2014) 25:3 EJIL 847.

GLOVER, Rupert Granville, « International Humanitarian Law ... With Reservations? » (1984) 2:2 CLR 220.

GOLDSMITH, Jack L., et Eric A. Posner, « A Theory of Customary International Law » (1999) 66:4 UCLR 1113.

_____, « Further Thoughts on Customary International Law » (2001–2002) 23 MJIL 191.

GOURGOURINIS, Anastasios, « General/Particular International Law and Primary / Secondary Rules: Unitary Terminology of a Fragmented System » (2011) 22:4 EJIL 993.

GREENWOOD, Christopher, «The Development of International Humanitarian Law by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia » (1998) 2 MPYUNL 97.

GROSS, Leo, « The Peace of Westphalia: 1648–1948 » (1948) 42 AJIL 20.

GRUNA, Richard J., et Peter Haggenmacher, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale » (1986) 90 RGDIP 114.

GUGGENHEIM, Paul, « L'organisation de l'opinion publique dans la communauté internationale » (1970) Annales ÉI 155.

GUZMAN, Andrew T., et Timothy L. Meyer, « International Soft Law » (2010) 2:1 JLA 171.

_____, et Jerome Hsiang, « Some Ways that Theories on Customary International Law Fail: A Reply to Laszlo Blutman » (2014) 25:2 EJIL 553.

HAFNER, Gerhard, « Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law » (2004) 25 MJIL 849.

HAGGENMACHER, Peter, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale » (1986) 90 RGDIP 5.

HAMID, Abdul Ghafur, « Sources of International Law: A Re-Evaluation » (2003) 11 IIUMLJ 2.

HARROFF-TAVEL, Marion, « La promotion du droit international humanitaire par le Comité international de la Croix-Rouge : Histoire et perspectives d'avenir » (2014) 96:3 – 4 IIRC 93.

HARTMANN, Jacques, « Chapter 1: The Copenhagen Process: Principles and Guidelines » (2013) 16 YHL 3.

HELMERSEN, Sondre Torp, « Finding 'the Most Highly Qualified Publicists': Lessons from the International Court of Justice » (2019) 30:2 EJIL 509.

HENCKAERTS, Jean-Marie, « Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict » (2005) 87:875 IRRC 175.

_____, « Customary International Humanitarian Law: A Rejoinder to Judge Aldrich » (2006) 76 BYIHL 525.

_____, « Customary International Humanitarian Law: A Response to US Comments » (2007) 89:866 IRRC 473.

_____, « Adapter les Commentaires des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels au XXIe siècle » (2012) 94 RICR 375.

HERNANDEZ, Gleider, « Reluctant Guardian: The International Court of justice and the Concept of 'International community' » (2013) 83:1 BYIL 13.

HOFFMANN, Tamás, « Dr. Opinio Juris and Mr. State Practice: The Strange Case of Customary International Humanitarian Law » (2006) 47 Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eotvos Nominatae: Sectio Iuridica 373.

HOLLAND, Elizabeth, « The Qualification Framework of International Humanitarian Law: Too Rigid to Accommodate Contemporary Conflicts » (2011) 34 STLR 145.

HOLT, Karen E., «Filartiga v. Pena-Irala After Ten Years: Major Breakthrough or Legal Oddity? » (1990) 20 GJICL 543.

HOROWITZ, Jonathan, « Introductory Note to the Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations » (2012) 51:6 ILM 1364.

HUME, Robert J., « Strategic-Instrument Theory and the Use of Non-Authoritative Sources by Federal Judges: Explaining References to Law Review Articles » (2010) 31 JSJ 291.

IMSEIS, Ardi, « Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion » (2005) 99 AJIL 102.

INGER, Rebecca, « Interpretation Catalysts and Executive Branch Legal Decision-making » (2013) 38 YJIL 359.

JAIN, Neha, «General Principles of Law as Gap-Filler » (2016) 57:1 Harv.ILJ 112.

JALET FREEDMAN, Frances T., « The Quest for General Principles of Law Recognized by Civilized Nations: A Study » (1963) 10 UCLA LR 1041.

JENNINGS, Robert Y., « The Judiciary, National and International, and the Development of International Law » (1996) 45 ICLQ 1.

_____, « The Role of the International Court of Justice » (1997) 68 BYIL 1.

JOCHNICK, Chris et Roger Normand, « The Legitimization of Violence: A Critical History of the Law of War » (1994) 35:1 HILJ 49.

KAMMERHOFER, Jörg, « Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems » (2004) 15:3 EJIL 523.

KEARNEY, Richard D., et Robert E. Dalton, « The Treaty on Treaties » (1970) 64:3 ASIL 495.

KELLY, J. Patrick, « The Twilight of Customary International Law » (2000) 40 VJIL 449.

KENNY, James T., « Manley O. Hudson and the Harvard Research in International Law 1927–1940 » (1977) 11:2 The International Lawyer 319.

KEOHANE, Robert, « Reciprocity in International Relations » (1986) 40:1 IO 1.

KIRCHNER, Jörg, « Thoughts About a Methodology of Customary International Law » (1992) 43 AJPIL 215.

KIRGIS, Frederic L., « Custom on a Sliding Scale » (1987) 81:1 AJIL 146.

KLEINLEIN, Thomas, « Summary: Constitutionalization in International Law » (2012) 231 HJIL 703.

KOLB, Robert, « Selected Problems in the Theory of Customary Humanitarian Law » (2003) 50:2 NILR 119.

_____, « Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith) » (2006) 53:1 NILR 1.

KOOIJMANS, Pieter, « The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy » (2007) 56:4 ICLQ 741.

KOSKENNIEMI, Martii, «The Politics of International Law » (1990) 1 EJIL 4.

_____ et Päivi Leino, « Fragmentation of International Law: Postmodern Anxieties? » (2002) 15:3 LJIL 553.

KRASNER, Stephen D., « Compromising Westphalia » (1995) 20:3 IS 115.

KREß, Claus, et Frédéric Mégret, « The regulation of non-international armed conflicts: Can a privilege of belligerency be envisioned in the law of non-international armed conflicts? » (2014) 96:893 IRRC 29.

KRITSIOTIS, Dino « Imagining the International Community » (2002) 13:4 (2002) EJIL 961.

KRYGIER, Martin, « The Rule of Law and 'The Three Integrations' » (2009) 1:1 HJRL 21.

LA TORRE, Massimo, « Le modèle hiérarchique et le Concept de droit de Hart » (2013) 21 Revus 134.

LAUTERPACHT, Hersch, « The Problem of Revision of the Law of War » (1952-53) 29 BYIL 360.

LOBRICHON, Guy, « La Bible des pauvres du Vatican, Palat. lat. 871. Essai sur l'émergence d'une spiritualité laïque dans l'Allemagne de la fin du Moyen Âge » (1986) 98:1 Mélanges de l'École française de Rome. Moyen-Âge, Temps modernes 295.

LOSSIER, Jean-Georges, « Hommage à Jean Pictet » (1979) 61:717 IRRC 115.

MACLAREN, Malcolm et Félix Schwendimann, « An Exercise in the Development of International Law: The New ICRC Study on Customary International Humanitarian Law » (2005) 6 GLJ 1217.

MAREK, Krystyna, « Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord » (1970) 6:44 RBDI 75.

MARSCHIK, Axel, « Too Much Order? The Impact of Special Secondary Norms on the Unity and Efficacy of the International Legal System » (1998) 9 EJIL 212.

McCORMACK, Timothy L.H., « A *non liquet* on nuclear weapons: The ICJ avoids the application of general principles of international humanitarian law » (1997) 316 IRRC 76.

McDOUGAL, Myres S., et Norbert A. Schlei, « The Hydrogen Bomb Tests in Perspective: Lawful Measures for Security » (1955) 64 YJL 648.

McNAIR, Arnold, «The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations » (1957) 33:1 BYIL 15.

MEIJERS, Herman, « How Is International Law Made? the Stages of Growth of International Law and The Use of Its Customary Rules » (1978) 9 NYIL 3.

MERON, Theodor, « An Enquiry into the Sources of Modern International Law » (1986) 64 RDISDP 181.

_____, « Geneva Conventions as Customary Law » (1987) 81:2 AJIL 348.

_____, W. Michael Reisman, Luigi Condorelli, George H. Aldrich, René Kosirnik et J. Ashley Roach, « Application of Humanitarian Law in Non international Armed Conflicts » (1991) 85 ASILP 83.

_____, « War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law » (1994) 88 AJIL 78.

_____, « The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law » (1996) 90 AJIL 238.

_____, « The Hague Tribunal: Working to Clarify International Humanitarian Law » (1998) 13:6 AUILR 1511.

_____, « The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience » (2000) 94:1 AJIL 78.

_____, « The Humanization of Humanitarian Law » (2000) 94:2 AJIL 239.

_____, « Revival of customary humanitarian law » (2005) 99:4 AJIL 817.

MERRIAM John J. & Michael N. Schmitt « The Tyranny of Context: Israeli Targeting Practices in Legal Perspective » (2015) 37:1 UPJIL 53

_____, « Israeli Targeting: A Legal Appraisal » (2015) 68 NWCR 15.

MEYER, Timothy L., « Codifying Custom » (2012) 160 UPLR 995.

MILLER, Hunter, « The Hague Codification Conference » (1930) 24:4 AJIL 674.

MORTENSON, Julian Davis, « The Travaux of Travaux: Is the Vienna Convention Hostile to Drafting History? » (2013) 107:4 AJIL 780.

MÜLLERSON, Rein, « On the Nature and Scope of Customary International Law » (1997) 2:1 ARIEL 341.

NICHOLLS, Leah M., « The Humanitarian Monarchy Legislates: The International Committee of the Red Cross and its 161 Rules of Customary International Humanitarian Law » (2006) 17 DJCIL 223.

NOLLKAEMPER, André, « The Role of Domestic Courts in the Case Law of the International Court of Justice » (2006) 5 ChJIL 301.

NYS, Ernest, « The Codification of International Law » (1911) 5:4 AJIL 871.

ORAISON, André, « Réflexions sur la Doctrine des Publicistes les Plus Qualifiés des Différentes Nations » (1991) 24:2 RBDI 507.

OSWALD, Bruce, et Thomas Winkler, «Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations» (2014) 83:2 NJIL 128.

PARKS, W. Hays, «The ICRC Customary Law Study: A Preliminary Assessment » (2005) 99 ASIL P 208.

_____, « Part IX of the ICRC Direct Participation in Hostilities Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect » (2010) 42:3 NYUJILP 769.

PARRY, Clive, «The Practice of States » (1958) 44 Transactions of the Grotius Society 145.

PAUWELYN, Joost, Ramses A. Wessel et Jan Wouters, « When structures become shackles: Stagnation and dynamics in international lawmaking » (2014) 25: 3 EJIL 733–763.

PEIJC, Jelena, « Principes de procédure et garanties pour l'internement / la détention administrative dans les conflits armés et autres situations de violence » (2005) 87:858 IRRC 375.

PERINA, Alexandra H., « Black Holes and Open Secrets: The Impact of Covert Action on International Law » (2015) 53:507 CJTL 567.

PILLOUD, Claude, « Les réserves aux Conventions de Genève de 1949 » (1976) 58:687 RICR 121-149.

PISILLO-MAZZESCHI, Riccardo, « Treaty and Custom: Reflections on the Codification of International Law » (1997) 23 CLB 549.

PROTIÈRE, Guillaume, « Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle » (2008) RDPSPFÉ 259.

PROVOST, René, « The International Committee of the Red Widget? The Diversity Debate and International Humanitarian Law » (2007) 40:2 ILR 614.

QUÉGUINER, Jean-François, « Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III) » (2006) 88:865 RICR 313.

RASULOV, Akbar, « Revisiting State Succession to Humanitarian Treaties: Is There a Case for Automaticity? » (2003) 14 EJIL 141.

REISMAN, W. Michael, et James J. Silk « Which Law Applies to the Afghan Conflict? » (1988) 82 AJIL 459.

_____, et William K. Leitzau « Moving International Law from Theory to Practice: The Role of Military Manuals in Effectuating the Law of Armed Conflict » (1991) 64 ILS 1.

ROBERTS, Anthea, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation » (2001) 95 AJIL 757.

_____, et Sandesh Sivakumaran « Lawmaking by nonstate actors: engaging armed groups in the creation of international humanitarian law » (2011) 37:1 YJIL 107.

ROBSON, Verity, «The Common Approach to Article 1: The Scope of Each State's Obligation to Ensure Respect for the Geneva Conventions » (2020) 25:1 JCSL 101.

ROGOFF, Martin A., « The Obligation to Negotiate in International Law: Rules and Realities » (1994–1995) 16 MJIL 147.

RONA, Gabor, «The ICRC privilege not to testify: confidentiality in action » (2002) 845 IRRC 207.

RONDEAU, Sophie, « Participation of armed groups in the development of the law applicable to armed conflicts » (2011) 93:833 IRRC 649.

SASSÒLI, Marco, « Taking armed groups seriously: ways to improve their compliance with international humanitarian law » (2010) 1 JIHLS 5.

_____ et Yuval Shany « Should the obligations of states and armed groups under international humanitarian law really be equal? » (2011) 93:882 IRRC 425.

SCHARF, Michael P., « Accelerated Formation of Customary International Law » (2014) 20:2 ILSA JICL 305.

SCHAUER, Frederick, « Law Boundaries » (2017) 130:9 HLR 2434.

SCHLAG, Pierre, « Spam Jurisprudence, Air Law, and the Rank Anxiety of Nothing Happening (A Report on the State of the Art) » (2009) 97 Geo LJ 803.

SCHMITT, Michael M., et Sean Watts « State Opinio Juris and Pluralism » (2015) 91 ILS 171.

_____, « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance » (2015) 50:4 VJIL 795.

SCHREUER, Christoph, « Recommendations and the Traditional Sources of International Law » (1977) 20 GYIL 103.

SCHWARZENBERGER, Georg, «The Inductive Approach to International Law » (1947) 60:4 HLR 539.

SCOBBIE, Iain, « Principle or Pragmatics? The Relationship between Human Rights Law and the Law of Armed Conflict » (2010) 14:3 JCSL 449.

SÉFÉRIADÈS, Stelio, « Aperçus de la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement » (1936) 43 RGDIP 129.

SENDER, Omri et Michael Wood « A Mystery No Longer? Opinio Juris And Other Theoretical Controversies Associated with Customary International Law » (2017) 50:3 ILR 299.

SHERESHEVSKY, Yahli, « Back in the Game: International Humanitarian Lawmaking by States » (2019) 37 BJIL 1.

SICAULT, Jean-Didier, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public » (1979) 83 RGDIP 633.

SIMMA, Bruno, « Self-Contained Regime » (1985) 16 NYIL 111.

_____, et Philip Alston « The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles » (1988) 12 AYIL 82.

_____, et Andreas L. Paulus, « The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View » (1999) 93:2 AJIL 302.

_____, et Dick Pulkowski « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law » (2006) 17 EJIL 483.

SIVAKUMARAN, Sandesh, « Making and Shaping the Law of Armed Conflict » (2017) 71 CLP 119.

_____, « The influence of teachings of publicists on the development of international law » (2017) 66 ICLQ 1.

SKUBISZEWSKI, Krzysztof, « Elements of Custom and The Hague Court » (1971) 31 ZaöRV 810.

SOMER, Jonathan, « Jungle Justice: Passing Sentence on the Equality of Belligerents in Non-International Armed Conflict » (2007) 89:867 IRRC 655.

STAHN, Carsten, et Eric de Brabandere « The Future of International Legal Scholarship: Some Thoughts on 'Practice', 'Growth', and 'Dissemination' » (2014) 27 LJIL 1.

STEPHENS, Dale, « Behaviour in war: The place of law, moral inquiry and self-identity » (2014) 96:895 IRRC 751.

STEWART, James G., «Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict » (2003) 85 IRRC 313.

STUCKEY, Mary E., « 'The Domain of Public Conscience' : Woodrow Wilson and the Establishment of a Transcendent Political Order » (2003) 6:1 RPA 1.

TALMON, Stefan, « Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion » (2015) 26:2 EJIL 417.

THIRLWAY, Hugh, « The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960–1989: Part Two » (1990) 61:1 BYIL 1.

_____, « Professor Baxter's Legacy: Still Paradoxical? » (2017) 6 ESIL Reflections 3.

THOMAS, Christopher A., « The Uses and Abuses of Legitimacy in International Law » (2014) 34:4 OJLS 729.

TICEHURST, Rupert, « The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict » (1997) 37 IRRC 125.

TOMUSCHAT, Christian, « The International Law Commission: An Outdated Institution? » (2007) 49 GYIL 77.

TUNKIN, Grigori, « Is General Law Customary Law Only? » (1993) 4 EJIL 534.

TURNS, David, « At the 'Vanishing Point' of International Humanitarian Law: Methods and Means of Warfare in Non-International Armed Conflicts » (2002) 45 GYIL 115.

_____, « Weapons in the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law » (2006) 11:2 JCSL 201.

VERHOEVEN, Sten, « A Missed Opportunity to Clarify the Modern *Ius Ad Bellum*: Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo » (2006) 45 M L&L WR 355.

VEUTHEY, Michel, « Public Conscience in International Humanitarian Action » (2003) 22 RSQ 196.

VOIGT, Christina, « The Role of General Principles in International Law and their Relationship to Treaty Law » (2008) 31 Retfærd årgang 3.

VON BERNSTORFF, Jochen, « Sisyphus was an international lawyer. On Martii Koskenniemi's 'From Apology to Utopia' and the Place of Law in International Politics » (2009) 7 GLJ 1015.

WELLENS, K. C., « Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflections on Current Trends » (1994) 25 NYIL 3.

WINKLER, Thomas, «The Copenhagen Process and the Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations: Challenges, Criticism and the Way Ahead » (2014) 5:1—2 JIHLS 258.

WOLFKE, Karol, « Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law » (1993) 24 NYIL 1.

WOOD, Michael C. « The Interpretation of Security Council Resolutions » (1998) 2 MPYUNL 73.

_____, «The Evolution and Identification of the Customary International Law of Armed Conflict » (2018) 51:3 VJTL 727.

WORSTER, William Thomas, « The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches » (2014) 45 GJIL 445.

YERIMA Timothy F., « Revisiting the Interaction of the Trilogy of Sources of International Law » (2014) 27 JLPG 41.

YOTOVA, Rumiana, « Challenges in the Identification of the 'General Principles of Law Recognized by Civilized Nations': The Approach of the International Court » (2017) 3:1 CJCCL 269.

ZIEMELE, Ineta, et Lāsma Liede « Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6 » (2013) 24:4 EJIL 1135.

e. Contributions à des ouvrages collectifs

ABI-SAAB, Georges, « The Specificities of Humanitarian Law » dans Christophe Swinarski, dir, *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean-Pictet,* Genève, CICR, 1984, 265–280.

_____, « De la jurisprudence : quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international » dans *Mélanges Manuel Diez de Velazco*, Madrid, Tecnos, 1993, 1 et suiv.

_____, « Les sources du droit international : essai de déconstruction : Liber Amicorum Eduardo Jiménez de Aréchaga », dans Marcelo G. Kohen et Magnus Jesko Langer, dir, *Le développement du droit international : réflexions d'un demi-siècle*, vol 1, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, 61–80.

_____, « La Commission du droit international, la codification et le processus de formation de droit International » dans *Making Better International Law: Proceedings of the United Nations Colloquium on Progressive Development and Codification of International Law*, New York, Nations Unies,1998, 181–200.

AGO, Roberto, « Nouvelles réflexions sur la codification du droit international », dans Yoram Dinstein et Maia Tabory, dir, *International Law at a Time of Perplexity : Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht/Boston/Londres, Nijhoff, 1989, 1–31.

AKANDE, Dapo, « Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts » dans Elizabeth Wilmshurst, dir, *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford, OUP, 2012, 294–341.

ASARO, Peter, « *Jus nascendi*, Robotic Weapons and the Martens Clause » dans Ryan Calo, Michael Froomkin et Ian Kerr, dir, *Robot Law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 367–386.

ASCENSIO, Hervé, « Volume II, Part V Invalidity, Termination and Suspension of the Operation of Treaties, s.5 Consequence of the Invalidity, Termination or Suspension of the Operation of a Treaty, Art.70 1969 Vienna Convention » dans Olivier Corten et Pierre Klein, dir, *The Vienna Conventions on the Laws of Treaties: A Commentary*, vol I, Oxford, OUP (OSAIL), 2011, 1585–1609.

BANNELIER, Karine, « Volume II, Part V Invalidity, Termination and Suspension of the Operation of Treaties, s.1 General Provisions, Art. 43 1969 Vienna Convention » dans Olivier Corten et Pierre Klein, dir, *The Vienna Conventions on the Laws of Treaties: A Commentary*, vol I, Oxford, OUP (OSAIL), 2011, 1031–1042.

BERNHARDT, Rudolf, « Article 59 » dans Andreas Zimmermann, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat et Christian J. Tams, dir, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 1ere éd, Oxford, OUP, 2006, 1232 et suiv.

BESSON, Samantha, « General Principles in International Law: Whose Principles? » dans Samantha Besson et Pascal Pichonnaz, dir, *Les Principes en droit européen/Principles in European Law*, Zurich, Schulthess, 2011, 19–64.

_____, « Theorizing the Sources of International Law », dans Samantha Besson et John Tasioulas, dir, *The Philosophy of International Law*, Oxford, OUP, 2010, 163–185.

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, « Qu'est-ce que la pratique ? » dans Laurence Boisson de Chazournes, dir, SFDI, *pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, 19–21.

BOTHE, Michael, « The International Committee of the Red Cross and the Additional Protocols » dans Robin Geiß, Andreas Zimmermann et Stefanie Haumer, dir, *Humanizing the Laws of War: The Red Cross and the Development of International Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, 2017, 57–80.

_____, « Conclusion générale : droit international humanitaire : un régime spécial en voie d' 'autonomisation"? » dans Raphaël van Steenberghe, dir, *Droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 321–331.

BRADLEY, Curtis A. « Alien Tort Statute Litigation» dans *International Law in the U.S. Legal System*, 2e éd, Oxford, OUP, 2015, pp 201–231.

BROWN, Garrett Wallace, « Between Naturalism and Cosmopolitan Law: Hospitality as Transitional Global Justice » dans Gideon Baker, dir, *Hospitality and World Politics*, Londres, Palgrave Macmillan, 2013, 105 et suiv.

BROWNLIE, Ian, « Problems Concerning the Unity of International Law » dans Roberto Ago, dir, *Le Droit international à l'heure de sa codification : Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, 153 et suiv.

CARPANELLI, Elena, « General Principles of International Law: Struggling with a Slippery Concept » dans Laura Pineschi, dir, *General Principles of Law: The Role of the Judiciary*, Heidelberg, Springer, 2015, 125–143.

CASSESE, Antonio, « International Criminal Justice » dans Robert Badinter et Stephen Breyer, dir, *Judges in Contemporary Democracy*, New York, NYUP, 2004, 175–254.

_____, « Soliloquy; My Early Years: Hesitating between Law and Humanities » dans Heikelina Verrijn Stuart et Marlise Simons, dir, *The Prosecutor and the Judge: Benjamin Ferencz and Antonio Cassese—Interviews and Writings* Amsterdam, Pallas, 2009, 143–169.

_____, « The International Court of Justice: It is High Time to Restyle the Respected Old Lady » dans Antonio Cassese, dir, *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, OUP, 2012, 239–249.

CHENG, Bin, « Custom: The Future of General State Practice in a Divided World » dans Ronald Macdonald et Douglas Johnston, dir, *The Structure and Process of International Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1986, 513–554.

CHETAIL, Vincent, « Droit international général et droit international humanitaire : retour aux sources » dans Vincent Chetail, dir, *Permanence et mutation du droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 13–51.

COCKAYNE, James, « Private Military and Security Companies » dans Andrew Clapham et Paola Gaeta, dir, The *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, OUP, 2014 624–655.

COTTIER, Michael, et Julia Grignon, « War crimes: para. 2(b)(vii) » dans Otto Triffterer et Kai Ambos, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes: Article by Article*, 3e éd, C.H. Munich/Oxford/Baden-Baden, Beck/Hart/Nomos, 2016, 391–403.

CRYER, Robert, « The Philosophy of International Criminal Law » dans Alexander Orakhelashvili, dir, *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, Cheltenham, Elgar, 2011, 232–267.

D'ASPREMONT, Jean, « La théorie des sources » dans Raphaël van Steenberghe, dir, *Droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?* Bruxelles, Larcier, 2013, 73–102.

_____, « What Was Not Meant to Be: General Principles of Law as a Source of International Law » dans Riccardo Pisillo Mazzeschi et Pasquale De Sena, dir, *Global Justice, Human Rights, and the Modernization of International Law*, Leiden, Brill, 2018, 18–25.

DEGUZMAN, Margaret McAuliffe, « Article 21: Applicable Law » dans Otto Triffterer et Kai Ambos, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes: Article by Article*, 3e éd, C.H. Munich/Oxford/Baden-Baden, Beck/Hart/Nomos, 2016, 932–948.

DISTEFANO, Giovanni, et Étienne Henry « Final Provisions, Including the Martens Clause » dans Andrew Clapham, Paola Gaeta et Marco Sassòli, dir, *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, OUP, 2015,155–187.

DÖRMANN, Knut, « Article 8 para. 2: Meaning of 'war crimes' » dans Otto Triffterer et Kai Ambos, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes: Article by Article*, 3e éd, C.H. Munich/Oxford/Baden-Baden, Beck/Hart/Nomos, 2016, 322–265.

DUFFY, Helen, «Trials and Tribulations: Co-Applicability of IHL and Human Rights in an Age of Adjudication » dans Ziv Bohrer, Janina Dill et Helen Duffy, dir, *Law Applicable to Armed Conflict*, Cambridge, CUP, 2020,15–105.

DUPUY, René-Jean, « Coutume sage et coutume sauvage », dans *La communauté internationale : Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, 75–87.

DWORKIN, Ronald, « The Model of Rules I » réimp ds *Taking Rights Seriously* Cambridge, Boston, HUP, 1977, pp 14–54.

FITZMAURICE, Gerald Gray, « Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law » dans *Symbolae Verzijl : présentées au professeur J. H. W. Verzijl à l'occasion de son LXXe anniversaire*, La Haye, Nijhoff, 1958, 153–176.

GEIß, Robin, et Andreas Zimmermann « The International Committee of the Red Cross: A Unique Actor in the Field of International Humanitarian Law Creation and Progressive Development » dans Robin Geiß, Andreas Zimmermann et Stefanie Haumer, dir, *Humanizing the Laws of War: The Red Cross and the Development of International Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, 2017, 215–255.

GEIGER, Rudolf H., « Customary International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Critical Appraisal » dans Ulrich Fastenrath, dir, *From Bilateralism to Community of Interest: Essays in Honours of Judge Bruno Simma*, Oxford, OUP, 2011, 673–694.

GIEGERICH, Thomas, « Article 60: Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach » dans Olivier Dörr et Kirsten Schmalenbach, dir, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Heidelberg / Berlin, Springer / Verlag, 2012, 1021–1049.

GILADI, Rotem, « The Utility and Limits of Legal Mandate: Humanitarian Assistance, the International Committee of the Red Cross and Mandate Ambiguity » dans Andrej Zwitter, Christopher K. Lamont, Hans-Joachim Heintze et Joost Herman dir, *Humanitarian Action: Global, Regional and Domestic Legal Responses, Cambridge*, CUP, 2015, 81–106.

_____, et Steven R. Ratner « The Role of the International Committee of the Red Cross » dans Andrew Clapham, Paola Gaeta et Marco Sassòli, dir, *The 1949 Geneva Conventions : A Commentary*, Oxford, OUP, 2015, 525–548.

GREENWOOD, Christopher, « Customary Law Status of the 1977 Geneva Protocols » dans Astrid J.M. Delissen et Gerard J. Tanja, dir, *Humanitarian Law of Armed Conflicts: Challenges Ahead: Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Boston/Dordrecht, Nijhoff, 1991, 93–114.

_____, « Historical Development and Legal Basis » dans Dieter Fleck, dir, *Handbook of International Humanitarian Law,* 2e éd, Oxford, OUP, 2010, 1–38.

HENCKAERTS, Jean-Marie, et Els Debuf « The ICRC and the clarification of Customary Humanitarian Law » dans Brian D. Lepard, dir, *Reexamining Customary International Law*, Cambridge, CUP, 2017, 161–188.

HERNÁNDEZ, Gleider, « Interpretative Authority and the International Judiciary » dans Andrea Bianchi, Daniel Peat, et Matthew Winds, dir, *Interpretation in International Law*, Oxford, OUP, 2015, 165–185.

HIGGINS, Rosalyn, « Introduction » dans J. P. Gardner, dir, *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1997, xv—xxix.

_____, « The New Challenges and the Role of the International Court of Justice » dans Pablo Antonio Fernández-Sánchez, dir, *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts: In Honour of Professor Juan Antonio Carrillo-Salcedo*, Leiden/Boston, Nijhoff, 2005, 243–263.

_____, « Reflections from the International Court » dans *Themes and Theories*, Cambridge, CUP, 2009, 3–6.

HIMMA, Kenneth Einar, « Inclusive Legal Positivism » dans Jules Coleman et Scott Shapiro, dir, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, OUP, 2002, 125 et suiv.

HOFFMANN, Tamás, « The Gentle Humanizer of Humanitarian Law: Antonio Cassese and the Creation of the Customary Law of Non-International Armed Conflicts » dans Carsten Stahn et Larissa van den Herik, dir, *Future Perspectives on International Criminal Justice*, La Haye/Cambridge, TMC Asser/CUP, 2010, 58–80.

JENNINGS, Robert Y., « What Is International Law and How Do We Tell It When We See It? » dans Martii Koskenniemi, dir, *Sources of International Law*, Dartmouth, Ashgate, 1981, 59–88.

_____, «The Identification of International Law » dans Bin Cheng, dir, *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens, 1982, 3–9.

KAMMERHOFER, Jörg, « Lawmaking by scholars » dans *Research Handbook on International Lawmaking*, Cheltenham, Elgar, 2016, 305–325.

KESSING, Peter Vedel, « The Use of Soft Law in Regulating Armed Conflict—From Jus in Bello Use to Soft law in Bello » dans Stéphanie Lagoutte, Thomas Gammeltoft-Hansen et John Cerone, dir, *Tracing the Role of Soft Law in Human Rights*, Oxford, OUP, 2016, 129–153.

KLABBERS, Jan, « International Criminal Law » dans Andreas Zimmerman, dir, *International Law*, Cambridge, CUP, 2013, 219–233.

KLEINLEIN, Thomas, « Customary International Law and General Principles: Rethinking their relationship » dans Brian D. Lepard, dir, *Reexamining Customary International Law,* Cambridge, CUP, 2017, 131–158.

KOLB, Robert, et Katherine Del Mar, « Treaties for Armed Conflict » dans Andrew Clapham et Paola Gaeta, dir, The *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, OUP, 2014, 50–87.

_____, « The Protection of the Individual in Times of War and Peace » dans Bardo Fassbender et Anne Peters, dir, *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, OUP, 2012, 317–337.

KOSKENNIEMI, Martii, « General Principles: Reflections on Constructivist Thinking in International Law » dans Martti Koskenniemi, dir, *Sources of International Law*, Burlington, Ashgate, 2000, 359–403.

KREß, Claus, « The International Court of Justice and the Law of Armed Conflicts » dans Christian J. Tams et James Sloan, dir, *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford, OUP, 2013, 263–298.

KUH, Katherine, «Marcel Duchamp » dans *The Artist's Voice: Talks with Seventeen Modern Artists*, New York, Da Capo, 1961, 81–93.

LAMMERS, Johan G., « General Principles of Law Recognized by Civilized Nations: Essays on the Development of the International Legal Order » dans Frits Kalshoven, dir, *In Memory of Haro F. Van Panhuys*, Dordrecht, Kluwer, 1980, 53–76.

LEITER, Brian, « Legal Positivism About the Artifact Law: A Retrospective Assessment » dans Luka Burazin, Kenneth Einar Himma et Corrado Roversi, dir, *Law as Artifact*, Oxford, OUP, 2018, 3–28.

MARAUHN, Thilo, « The international rule of law in light of legitimacy claims. The International Rule of Law: Rise or Decline? » dans Heike Krieger et Georg Nolte, dir, *The International Rule of Law: Foundational Challenges*, Oxford, OUP, 2019, 277–301.

MENDELSON, Maurice H., « The International Court of Justice and the sources of international law » dans Vaughan Lowe et Malgosia Fitzmaurice, dir, *Fifty years of the International Court of Justice: essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, CUP, 1996, 63–89.

MERON, Theodor, « The Normative Impact on the International Law of the International Tribunal for the former Yugoslavia », dans Yoram Dinstein et Mala Tabory, dir, *War Crimes in International Law*, La Haye, Nijhoff, 1996, 211–233.

_____, « The Normative Impact on International Law of the International Tribunal for the Former Yugoslavia » dans *War crime comes of age*, Oxford, OUP, 1998, 210–227.

_____, «Customary Humanitarian Law Today » dans Andrew Clapham et Paola Gaeta, dir, *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, OUP, 2014, 37–49.

MONACO, Riccardo, « Observations sur la hiérarchie des sources en droit international » dans Rudolf Bernhardt, dir, *Völkerrecht als Rechtsordnung : Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte: Mélanges Hermann Mosler*, Berlin/Heidelberg, Springer, 1983, 599–615.

MOSLER, Hermann, « To What Extent Does the Variety of Legal Systems of the World Influence the Application of the Geneva Principles of Law within the Meaning of Article 38 (1) (c) of the Statute of the ICJ », dans Institut Asser, dir, *International Law and the Grotian Heritage*, La Haye, 1985, 173–185.

MÜHREL, Linus, « Die Kommentare des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz, ihre Autorität und ihr Einfluss auf die Entwicklung des Humanitären Völkerrechts im Wandel der Zeit » dans Isabella Risini, Felix Boor, Stefan Lorenzmeier, et Sebastian Wuschka, dir, *Zeit und Internationales Recht : Fortschritt - Wandel - Kontinuität*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, 139–172.

NAQVI, Yasmin, « Droits de l'Homme » dans Raphaël van Steenberghe, dir, *Droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?* Bruxelles, Bruylant, 2013, 225–266.

OSWALD, Bruce, « The Copenhagen Process: Some Reflections Concerning Soft Law » dans Stéphanie Lagoutte, Thomas Gammeltoft-Hansen et John Cerone, dir, *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, Oxford, OUP, 2017, 109–127.

PAPAUX, Alain, et Rémi Samson, « Volume I, Part III Observance, Application and Interpretation of Treaties, s.3 Interpretation of Treaties, Art. 33 1969 Vienna Convention » dans Olivier Corten et Pierre Klein, dir, *The Vienna Conventions on the Laws of Treaties: A Commentary*, vol I, Oxford, OUP (OSAIL), 2011, 866–884.

PARKS, W. Hays, « Pictet's Commentaries » dans Christophe Swinarski, dir., *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge,* La Haye, Nijhoff, 1984, 497 et suiv.

PAULSSON, Jan, « International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law » dans *International Arbitration 2006: Back to Basics?* Dordrecht, Kluwer, 2007, 879–889.

PELLET, Alain, « Keynote Address Responding to New Needs Through Codification and Progressive Development » dans Vera Gowland-Debbas, dir, *Multilateral Treaty-Making: The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in International Legislative Process*, Heidelberg, Springer, 2000, 13–23.

_____, « The Statute and General International Law: Applicable Law » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R.W.D. Jones, dir, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol II, Oxford, OUP (OSAIL), 2002, 1051–1082.

_____, « Article 19 : Convention de 1969 » dans Olivier Corten et Pierre Klein, dir, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaires article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 641–788.

_____, « Shaping the Future of International Law: The Role of the World-Court in Law-Making » dans Mahnoush H. Arsanjani, Jacob Cogan, Robert Sloane et Siegfried Wiessner, dir, *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2011, 1065–1083.

_____, « Article 38 » dans Andreas Zimmerman, Karin Oellers-Frahm, Karin, Christian Tomuschat, et, Christian J. Tams, dir, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2e éd, Oxford, OUP, 2012, 731–870.

_____, « Reservations to treaties and the integrity of human rights » dans Scott Sheeran et Nigel Rodley, dir, *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, New York, Routledge, 2014, 323–338.

_____, « Notes sur la 'fragmentation' du droit international : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme » dans Denis Alland, Vincent Chetail, Olivier de Frouville et Jorge E. Viñuales, dir, *Unité et diversité du droit international/Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, 757–784.

_____, « Decisions of the ICJ as Sources of International Law? » dans Alain Pellet, Christian J. Tams et Paolo Palchetti, dir, *Gaetano Morelli Lecture Series* (2) Rome, International and European Papers, 2018, 7–61.

_____, et Daniel Müller, « Part Three Statute of the International Court of Justice, Ch II Competence of the Court, Article 38 » dans Andreas Zimmerman, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm et Christian Tomuschat, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary,* 3e éd, Oxford, OUP, 2019, 819–962.

PETERS, Anne, « International Law as a Profession » dans Jean d'Aspremont, Tarcisio Gazzini, André Nollkaemper, Wouter Werner, dir, *International Law as a profession* Cambridge, CUP, 2017, 117–159.

POCAR, Fausto, « Some Remarks on the Continuity of Human Rights and International Humanitarian Law Treaties » dans Enzo Cannizzaro, dir, *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, OUP, 2011, 279–294.

_____, « Protocol I Additional to the Geneva Conventions and Customary International Law » dans Yoram Dinstein, dir, *The Progression of International Law*, Leiden, Brill, 2011, 197–212.

POPOVSKI, Vesselin, « Legality and Legitimacy of International Criminal Tribunals » Richard Falk, Mark Juergensmeyer, et Vesselin Popovski, dir, *Legality and Legitimacy in Global Affairs*, Oxford, OUP, 2012, 388–410.

PROST, Mario, « Sources and the Hierarchy of International Law: Source Preferences and Scales of Values » dans Samantha Besson et Jean d'Aspremont, dir, *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2017, 640–658.

PROVOST, René, « Asymmetrical Reciprocity and Compliance with the Laws of War » dans Benjamin Perrin, dir, *Modern Warfare: Armed Groups, Private Militaries, Humanitarian Organizations, and the Law*, Vancouver, UBC Press, 2010, 17–42.

RATNER, Steven R., « From Enlightened Positivism to Cosmopolitan Justice: Obstacles and Opportunities » dans Ulrich Fastenrath, dir, *From Bilateralism to Community Interests: Essays in Honours of Judge Bruno Simma*, Oxford, OUP, 2011, 155–171.

_____, « Sources of International Humanitarian Law and International Criminal Law: War Crimes and The Limits of the Doctrine of Sources » dans Samantha Besson et Jean d'Aspremont, dir, *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2017, 912–936.

RIVET, Michèle, « Le droit international : réalité ou utopie ? » dans *Le Tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, vol 405, Barreau du Québec/Yvon Blais, 2015 1–25.

ROBERTS, Anthea et Sandesh Sivakumaran « The Theory and Reality of the Sources of International Law » dans Malcolm Evans, dir, *International Law,* 5e éd, Oxford, OUP, 2018, 89–118.

RONDEAU, Sophie, « The Pragmatic Value of Reciprocity: Promoting Respect for International Humanitarian Law among Non-State Armed Groups » dans Benjamin Perrin, dir, *Modern Warfare: Armed Groups, Private Militaries, Humanitarian Organizations, and the Law*, Vancouver, UBC Press, 2010, 43–72.

RONEN, Yaël, « International Humanitarian Law » dans Jean D'Aspremont et Jörg Kammerhofer, dir, *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge, CUP, 2013, 475–497.

ROSENBAUM, Stephen, « Lawyers Pro Bono Publico: Using International Human Rights Law on Behalf of the Poor » dans Hellen L. Lutz, Hurst Hannum et Kathryn J. Burke, dir, *New Directions in Human Rights,* Philadelphie, Penn Press, 1989, 109–134.

ROUBIER, Paul, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », dans *Mélanges Georges Ripert*, t I, Paris, LGDJ, 1950, 9-27.

RUIZ FABRI, Hélène, « Commentaire sur le rapport de Lorenzo Gradoni » dans Mireille Delmas-Marty, dir, *Les sources du droit pénal international : l'expérience des tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale*, Paris, Société de la législation comparée, 2005, 383-387.

SCHAUER, Frederick, « Amending the Presuppositions of a Constitution » dans Sandford Levinson, dir, *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, PUP, 1995, 145 et suiv.

SCOBBIE, Iain, « The approach to Customary International Law in the Study » dans Elizabeth Wilmshurst et Susan Breau, dir, *Perspectives on ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, 2007, 15–49.

_____, « Rhetoric, Persuasion, and Interpretation in International Law » dans Andrea Bianchi, Daniel Peat et Matthew Windsor, dir, *Interpretation in International Law*, Oxford, OUP, 2015, 61–77.

SHIBATA, Akiho, « The Court's Decision *in silentium* on sources of international: its enduring significance » dans Karine Bannelier, Théodore Christakis et Sarah Heathcote, dir, *The ICJ and the Evolution of International Law: The Enduring Impact of the Corfu Channel Case,* Londres/New York, Routledge, 2012, 201–210.

SHELTON, Dinah L., « Soft Law » dans David Armstrong, Jutta Brunnée, Michael Byers, John H. Jackson et David Kennedy, dir, *Handbook of International Law*, Abingdon, Routledge, 2009, 68–80.

SIMMA, Bruno, « preface » dans Nico Schrijver et Friedl Weiss, dir, *International Law and Sustainable Development. Principles and Practice*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2004, v–vi.

_____, « préface » dans Raphaël van Steenberghe, dir, *Droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?,* Bruxelles, Larcier, 2013, ix–x.

_____, et Dirk Pulkowski « *Leges Speciales* and Self-Contained Regimes » dans James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, Kate Parlett, dir, *The Law of International Responsibility*, Sér Oxford Commentaries on International Law, Oxford, OUP, 2010, 139–163.

_____, et Christian J. Tams « Volume II, Part V Invalidity, Termination and Suspension of the Operation of Treaties, s.3 Termination and Suspension of the Operation of Treaties, Art.60 1969 Vienna Convention » dans Olivier Corten et Pierre Klein, dir, *The Vienna Conventions on the Laws of Treaties: A Commentary*, vol I, Oxford, OUP (OSAIL), 2011, 1351–1378.

_____, et Andreas Paulus « Le rôle relatif des différentes sources » dans Hervé Ascensio, Alain Pellet et Emmanuel Decaux, dir, *Droit pénal international*, 2e éd, Paris, Pedone, 2012, 51–66.

SIVAKUMARAN, Sandesh, « The Ownership of International Humanitarian Law: Non-State Armed Groups and the Formation and Enforcement of IHL Rules » dans Benjamin Perrin, dir. *Modern Warfare: Armed Groups, Private Militaries, Humanitarian Organizations, and the Law*, Vancouver, UBCP, 2010, 87–101.

SPIERMANN, Ole, « The History of Article 38 of the Statute of the ICJ: A purely platonic discussion? » dans Samantha Besson et Jean d'Aspremont, dir, *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, dir, Oxford, OUP, 2017, 171–173.

STEIN, Eric, « Bruno Simma, the Positivist? » dans Ulrich Fastenrath, dir, *From Bilateralism to Community Interests: Essays in Honours of Judge Bruno Simma*, Oxford, OUP, 2011, 19–31.

STERN, Brigitte, « La coutume au cœur du droit international : Quelques réflexions », dans *Mélanges offerts à Paul Reuter, Le droit international : Unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, aux 479–499.

TAMS, Christian J., «The ICJ as a 'Law-Formative Agency': Summary and Synthesis » dans Christian J. Tams et James Sloan, dir, *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford, OUP, 2013, 376–396.

VAN STEENBERGHE, Raphaël, « Sources of International Humanitarian Law and International Criminal Law: Specific Features » dans Samantha Besson et Jean d'Aspremont, dir, *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2017, 891–911.

VASILIEV, Sergey V., « The Making of International Criminal Law » dans Catherine Brölmann et Yannick Radi, dir, *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Cheltenham, Elgar, 2016, 354–394.

VIRALLY, Michel, « The Sources of International Law » dans Max Sørensen, dir, *Manual of Public International Law,* Londres, MacMillan, 1958, 123 et suiv.

_____, « À propos de la 'lex ferenda' » dans *Le droit international en devenir*, Genève, Sér. internationale de la Graduate Institute, 1990, 213–223.

VON HEINEGG, Wolff Heintschel, « The Current State of International Prize Law » dans Harry H.G. Post, dir, *International Economic law and Armed Conflicts,* Leiden, Brill / Nijhoff, 1994, 5–50.

WALLACE BROWN, Garrett, « Between Naturalism and Cosmopolitan Law: Hospitality as Transitional Global Justice » dans Gideon Baker, dir, *Hospitality and World Politics*, Londres, Palgrave Macmillan, 2013, 105 et suiv.

WATKIN, Kenneth, « 21st Century Conflict and IHL: Status Quo or Change? » dans Michael Schmitt et Jelena Pejic, dir, *International Law and Armed Conflict: Exploring the Fault Lines* Leiden, Brill/Nijhoff, 2007, 265–296.

WEERAMANTRY, Christopher, « The Revival of Customary International Humanitarian Law » dans Larry Maybee et Benarji Chakka, dir, *Custom as a Source of International Humanitarian Law: proceedings of the Conference to Mark the Publication of the ICRC Study 'Customary International Humanitarian Law'*, Genève, CICR, 2005, 25–40.

WEIL, Prosper, « L'Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », dans Émile Yakpo et Tahar Boumedra, dir, *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, Dordrecht, Kluwer, 1999, 545–552.

ZACHER, Mark, « The Decaying Pillars of the Westphalian Temple » dans James Rosenau et Ernst-Otto Czempiel, dir, *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, CUP, 1992, 58–101.

ZAHAR, Alexander, « Civilizing Civil War: Writing Morality as Law at the ICTY », dans Bert Swart, Alexander Zahar et Göran Sluiter, dir, *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford, OUP, 2011, 469–504.

ZEMANEK, Karl, « Unilateral Legal Acts Revisited » dans Karel Wellens, dir, *International Law: Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*, Boston, Nijhoff, 1998, 209–221.

ZIMMERMANN, Andreas, et Robin Geiß « War crimes: para 2(b)(xiii) » dans Otto Triffterer et Kai Ambos, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes: Article by Article*, 3e éd, C.H. Munich/Oxford/Baden-Baden, Beck/Hart/Nomos, 2016, 528–568.

ZIMMERMANN, Bruno, « La succession d'États et les Conventions de Genève », dans Christian Swinarski, dir, *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, CICR, 1984, 113–123.

ZYBERI, Gentian, « The Humanitarian Face of the International Court of Justice: Its Contribution to Interpreting and Developing International Human Rights and Humanitarian Law Rules and Principles » 28 *Human Rights Research Series* Cambridge, Intersentia, 2008, 259–342.

f. Actes de Colloque et de conférences

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, dir, Société française de droit international, *La pratique et le droit international : Colloque de Genève*, Paris, Pedone, 2004.

COHEN-JONATHAN, Gerard, « La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international » dans *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, colloque de Strasbourg de la Société française de droit international, 1998.

DUPUIS, Martin P., John Q. Heywood et Michéle Y.F. Sarko, « The Sixth Annual American Red Cross: Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions » (1987) 2 AUJILP 415.

EMMANUELLI, Claude, « The contribution of international bodies to the development and implementation of IHL » dans *OAS Conference Series*, 2007, pp 143–168.

CICR, *Launch of the updated Commentary on the Third Geneva Convention* (16 juin 2020), en ligne: < https://www.icrc.org >.

SFDI, La *protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, colloque de Strasbourg de la Société française de droit international, Paris, Pedone, 1998.

g. Discours

KRATZSCH, Suzanne, « Rechtsquellen des Völkerrechts außerhalb von Artikel 38 Absatz 1 IGH-Statut», inaugural dissertation, Tübingen, Kohler-Druck, 2000.

LLOYDS-JONES, David, « General Principles of Law in International Law and Common Law », discours au Conseil d'État, Paris (16 frier 2018) en ligne, Cour suprême britannique: <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-180216.pdf>.

PELLET, Alain, « "Droits de l'Hommisme" et Droit International » lors de la *Conférence commémorative Gilberto Amado* devant la CDI (18 juillet 2000), en ligne : < http://pellet.actu.com/wp-content/uploads/2016/02/PELLET-2000-Droit-de-lhommisme-et-DI.pdf >.

SUR, Serge, « L'influence française sur le droit international », 7 octobre 2019, en ligne, Académie des sciences politiques et morale, Institut de France < https://academiesciencesmoralesetpolitiques.fr/2019/10/07/7-octobre-2019-serge-sur-linfluence-francaise-sur-le-droit-international/>.

WOOD, Michael, « Remarks on the importance of 'teachings' in international law, with particular reference to the Melland Schill Lecture Series » (notes d'allocution), Manchester International Law Centre, 1er février 2016.

h. Publications préliminaires ou complémentaires sur le *Social Science Research Network* (SSRN)

CLAPHAM, Andrew, « The Rights and Responsibilities of Armed Non-State Actors: The Legal Landscape & Issues Surrounding Engagement » Genève, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights (2010), en ligne:< http://ssrn.com/abstract=1569636 >.

CRAWFORD, Emily, « The Modern Relevance of the Martens Clause » 11 *Sydney Law School Legal Studies Research Paper* 27, 2011, en ligne: <http://ssrn.com/abstract=1810177>.

D'ASPREMONT, Jean, « An Autonomous Regime of Identification of Customary International Humanitarian Law: Do Not Say What You Do or Do Not Do What You Say? » SSRN (2230345), 2013, en ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230345 >.

_____, « What Was Not Meant to Be: General Principles of Law as a Source of International Law » SSRN (3053158), 2017, en ligne: <https://ssrn.com/abstract=3053158>

Version préliminaire de la publication dans: Riccardo Pisillo Mazzeschi et Pasquale De Sena, dir, *Global Justice, Human Rights, and the Modernization of International Law*, Leiden, Brill, 2018, aux pp 18–25.

_____, « The Idea of 'Rules' in the Sources of International Law » Amsterdam Center for international Law Research Paper 2014-28, en ligne: <http://ssrn.com/abstract=2501252 >

aussi publié sous 84 BYIL (2014) 103–130.

HAKIMI, Monica, « Custom's Method and Process: Lessons from Humanitarian Law » *Public Law and Legal Theory Research Paper Series* 445 (2015), en ligne: <http://ssrn.com/abstract=2579049>.

Version préliminaire de la publication dans: Curtis Bradley, dir., *Custom's future: international law in a changing world*, Cambridge, CUP, 2016, pp 148–171.

LEITER, Brian, « Legal Positivism About the Artifact Law: A Retrospective Assessment » (SSRN 2870877) 2018, en ligne: <https://ssrn.com/abstract=2870877>.

aussi publié dans : Luka Burazin, Kenneth Einar Himma et Corrado Roversi, dir, *La Artifact*, Oxford, OUP, 2018, pp 3–28.

NOUWEN, Sarah, et Michael Becker, « Tadić v. Prosecutor: International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 1995 » dans *Landmark Cases in Public International Law*, Oxford, Hart, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper nº 17/2017, 2017 en ligne: <https://ssrn.com/abstract=2946821>.

RATNER, Steven R., « Sources of International Humanitarian Law and International Criminal Law: War Crimes and The Limits of the Doctrine of Sources » dans *Public Law and Legal Theory Research Paper Series* 505, 2016, en ligne: <http://ssrn.com/abstract=2765531>.

Version préliminaire de la publication dans: Samantha Besson et Jean d'Aspremont, *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2017, pp 912–936.

ROBERTS, Anthea, et Sandesh Sivakumaran, « The Theory and Reality of the Sources of International Law », 2018, en ligne: <https://ssrn.com/abstract=3101042>

Aussi publié dans : Malcolm Evans, dir, *International Law,* 5e éd, Oxford, OUP, 2018, chap. 4.

SHAGUFTA, Omar, « Sources of International Law In the light of the Article 38 of the International Court of Justice » 2001 SSRN (1877123), en ligne: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1877123 >.

SHELTON, Dinah, « Soft Law » disponible aussi en ligne, GWU Legal Studies Research Paper nº 322, en ligne: < http://ssrn.com/abstract=1003387>.

Aussi publié dans: David Armstrong, Jutta Brunnée, Michael Byers, John H. Jackson et David Kennedy, dir, *Handbook of International Law*, Abingdon, Routledge, 2009, aux pp 68-80.

SIVAKUMARAN, Sandesh, « Making and Shaping the Law of Armed Conflict » 2017, rev 2018, en ligne : SSRN < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3084238 >.

Version révisée de l'article publié dans : 71 CLP 1 (2017) 119-160

WEXLER, Lesley M., « International Humanitarian Law Transparency » (6 septembre 2013), *Illinois Public Law Research Paper n°* 14-11, en ligne : < https://ssrn.com/abstract=2321703 >.

i. Thèses de doctorat

DANESI, Fabien, *L'ambivalence du ready-made à l'époque postmoderne*, Thèse de doctorat en Art et archéologie, Paris I, soutenue en 2002.

FUENTES, Carlos Iván, *Normative Plurality in International Law: The Impact of International Human Rights Law in the Doctrine of Sources of International Law*, thèse de doctorat en droit, Université McGill, soutenue en 2014.

LATREILLE, Emmanuel, *Le monde comme art*, Thèse de doctorat en Arts plastiques, sous la direction de Leszek Brogowski, Rennes 2, soutenue en 2018.

LEE, Jiho Shin, *L'objet banal en tant qu'œuvre d'art : chez Marcel Duchamp et Name June Paik*, Thèse de doctorat en Art et archéologie, Paris 1, soutenue en 1997.

MÜHREL, Linus, « The Authority of Interpretations and Law-Ascertainments of the International Committee of the Red Cross in the Course of Times », chapitre préliminaire de thèse accessible auprès de l'auteur: <l. muehrel@fu-berlin.de>, 2019.

QUINTIN, Anne, *Permissions, prohibitions and prescriptions: the nature of international humanitarian law*, thèse de doctorat en droit, Université de Genève, 2019.
Publié sous le titre: *The nature of international humanitarian law: A permissive or restrictive regime?,* Cheltenham, Elgar, 2020.

TESCHKE, Benno Gerhard, « The Making of the Westphalian State-System: Social Property Relations, Geopolitics and the Myth of 1648 » thèse de doctorat, London School of Economics, 1999.

j. Articles de journaux et blogues

ATTARAN, Amir, « When think tanks produce propaganda » dans le *Globe and Mail de Toronto* (21 février 2008), en ligne : < https://www.theglobeandmail.com/opinion/when-think-tanks-produce-propaganda/article718255/ >.

BUSSARD, Stéphane « Stratégie du CICR : le malaise des collaborateurs » dans *Le Temps de Genève* (8 juin 2018), en ligne : < https://www.letemps.ch/monde/strategie-cicr-malaise-collaborateurs >.

GRANATSTEIN, Jack, « Fort Fumble on the Rideau: Just say no to military academics » dans le *Globe and Mail de Toronto*, (22 août 2011), en ligne : < https://www.theglobeandmail.com/opinion/fort-fumble-on-the-rideau-just-say-no-to-military-academics/article626407/ >.

LEGAULT, Albert, « Des submersibles : pour quoi faire ? » dans *Le Devoir de Montréal* (10 novembre 2004), en ligne : < https://www.ledevoir.com/non-classe/68142/des-submersibles-pour-quoi-faire >.

k. Blogues

BARTOLINI, Giulio, « The 'Compliance Track' on a Track to Nowhere » dans *EJIL Talks!* (22 janvier 2016) en ligne : <https://www.ejiltalk.org/the-compliance-track-on-a-track-to-nowhere/ >.

ERAKAT, Noura, « Response to Michael N. Schmitt and John J. Merriam: On the Tyranny of Context », dans le blogue *Internationalawgrrls* (17 juin 2015) en ligne : < https://ilg2.org/2015/06/17/response-to-michael-n-schmitt-and-john-j-merriam-on-the-tyranny-of-context/ >.

GRBAC, Deborah, « L'accès ouvert en ligne à la doctrine juridique en Italie et en France : la confrontation de deux traditions d'informatique juridique », Working Paper 3/2018 (26 juillet 2018) (blogue *droiteuropeen*), en ligne : < https://blogdroiteuropeen.files.wordpress.com/2018/07/paper-deborah.pdf >.

HELLER, Kevin John, « Multi-Blog Series: First Thoughts from Academia on the Updated GCI Commentary » dans le blogue *OpinioJuris* en association avec la Commission internationale des juristes (22 juillet 2016), en ligne : < http://opiniojuris.org/2016/07/22/multi-blog-series-first-thoughts-on-the-updated-gci-commentary-from-academia/ >.

HENCKAERTS, Jean-Marie, « Joint series: Locating the Geneva Conventions Commentaries in the international legal landscape » *Humanitarian Law & Policy* dans le blogue du CICR (29 juin 2016) en ligne : < https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2016/06/29/locating-geneva-conventions-commentaries/ >.

MAGNOUX, Claire, « Le libre accès dans les universités québécoises : l'exemple de la Bibliothèque de l'Université Laval » (11 janvier 2017) (blogue *droiteuropeen*) en ligne : < https://blogdroiteuropeen.com/2017/01/11/le-libre-acces-dans-les-universites-quebecoises-lexemple-de-la-bibliotheque-de-luniversite-laval-claire-magnoux >.

MILANOVIC, Marko, « New ICRC Commentary to the First Geneva Convention » *EJIL Talk!* (22 mars 2016) en ligne : < https://www.ejiltalk.org/new-icrc-commentary-to-the-first-geneva-convention/ >.

MURPHY, Sean D., « Joint Series: The Role of the ICRC Commentaries in Understanding International Humanitarian Law » blogue *Intercross* (6 juillet 2016) en ligne :

< http://intercrossblog.icrc.org/blog/joint-series-the-role-of-the-icrc-commentaries-in-understanding-international-humanitarian-law >.

PRATTER, Jonathan, « From the Reference Desk: Who Are the Most Highly Qualified Publicists? » *FCIL-SIS* (20 février 2020) en ligne : < https://fcilsis.wordpress.com/2020/02/20/from-the-reference-desk-who-are-the-most-highly-qualified-publicists/ >.

REID, John, « Ensuring respect » dans *ILA Reporter* (novembre 2016), en ligne : < http://ilareporter.org.au/2016/11/ensuring-respect-the-role-of-state-practice-in-interpreting-the-geneva-conventions-john-reid/ >.

WATKIN, Kenneth, « The ICRC Updated Commentaries: Reconciling Form and Substance » blogue *Just Security*

Part I (24 août 2016) en ligne : < https://www.justsecurity.org/32538/icrc-updated-commentaries-reconciling-form-substance/> .

Part II (30 août 2016) en ligne : < https://www.justsecurity.org/32608/icrc-updated-commentaries-reconciling-form-substance-part-ii/>.

WATTS, Sean, « The Updated First Geneva Convention Commentary, DOD's Law of War Manual, and a More Perfect Law of War »

Part I (5 juillet 2016) en ligne : < https://www.justsecurity.org/31749/updated-geneva-convention-commentary-dods-lowm-perfect-law-war/ >.

Part II (29 juillet 2016) en ligne : < https://www.justsecurity.org/32194/updated-geneva-convention-commentary-dods-law-war-manual-perfect-law-war-part-ii/ >.

VI. Documents d'organisations non gouvernementales

1987 ILA (États-Unis), « Report of the Committee on the Formation of Customary Law » (1987–1988) 1987 *Proceedings of the American Branch of the ILA* 101.

1988 ILA, *The Formation of Rules of Customary (General) International Law* (1988) 63 ILA RC 935.

2000 ILA, « Final Report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law » (2000) 69 ILA RC 712.

2005 Amnesty International, *International Criminal Court: Declarations amounting to prohibited reservations to the Rome Statute* (2005) Doc IOR 40/032/2005, en ligne: <https://www.refworld.org/pdfid/45be009d2.pdf>.

2008 François Sénéchaud, « Military Manuals, An ICRC Perspective » dans Nobuo Hayashi, dir, *National Military Manuals on the Law of Armed Conflic*t, Oslo, FICHL/PRIO, 2008, pp 139–146.

2010 La Déclaration du *International Committee for Robot Arms Control*, « Berlin Statement », 2010, en ligne : <http://icrac.net/statements/>.

2013 Article 36, « Killer Robots: UK Government Policy on Fully Autonomous Weapons: A Commentary on the UK Ministry of Defense's 2011 Joint Doctrine Note on 'The UK Approach to Unmanned Systems' » 2013, en ligne : <www.article36.org/wp-content/uploads/2013/04/Policy_Paper1.pdf>.

2014 UN Institute for Disarmament Research, The *Weaponization of Increasingly Autonomous Technologies: Considering how Meaningful Human Control Might Move the Discussion* Forward, nº 2 UNIDIR, 2014, en ligne: <https://unidir.org/files/publications/pdfs/considering-how-meaningful-human-control-might-move-the-discussion-forward-en-615.pdf>.

Éric Archambault, Didier Amyot, Philippe Deschamps, Aurore Nicol, Françoise Provencher, Lise Rebout et Guillaume Roberge, dir, *Proportion of Open Access Papers Published in Peer-Reviewed Journals at the European and World Levels—1996–2013*, Science-Metrix report produit pour la Commission européenne, 2014.

2019 Kirsten Roberts Lyer et Aron Suba, dir, *Closing Academic Space—Repressive State Practices in Legislative, Regulatory and Other Restrictions on Higher Education Institutions*, Washington D.C, International Center for Non-For-Profit Law, mars 2019, en ligne : <https://www.icnl.org/wp-content/uploads/Uni-restrictions-rpt-final-March-2019.pdf>.

Geneva Call / Appel de Genève, *2019 Annual Report*, en ligne: < https://www.genevacall.org/wp-content/uploads/2020/06/WEB_GEC-RA-2019_V14.pdf >

2020 Scholars at Risk Network, *Free to Think 2020—Report of the Scholars at Risk Academic Freedom Monitoring Project*, novembre 2020, en ligne : <https://www.scholarsatrisk.org/wp-content/uploads/2020/11/Scholars-at-Risk-Free-to-Think-2020.pdf>.

Centre for the Study of Armed Groups (Ezequiel Heffes et Jonathan Somer), *Inviting non-state armed groups to the table: Inclusive strategies towards a more fit for purpose international*
humanitarian law, décembre 2020, en ligne: < https://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/resource-documents/odi-ec-nonstatearmedgrioups-briefingnote-dec20-proof01a.pdf>.

VII. Documents du Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

a. Conférences internationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

1971 *Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés : Rapport sur les travaux de la Conférence*, Genève, 1971.

1993 *Déclaration finale de la Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre*, Doc 95/C.1/2/1, 1993.

1995 XXVIe Conférence internationale, *Droit international humanitaire : passer du droit à l'action rapport sur le suivi de la Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre,* Rapport 95/C.I/2/2, 1995.

2003 XXVIIIe Conférence internationale, *Les Sociétés Nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge en tant qu'auxiliaires des pouvoirs publics dans le domaine humanitaire* : Conclusions de l'étude effectuée par la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Doc 03/IC/12, 2003.

2011 XXXIe Conférence internationale, Résolution « Le renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés », Doc 31IC/11/R1, 2011.

2015 XXXIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

Résolution : « Le renforcement du respect du droit international humanitaire » (2015) 32IC/15/R2,

Rapport final « Le renforcement du respect du droit international humanitaire » (2015) 32IC/15/19 .2

b. Documents du Comité international de la Croix-Rouge

1965 *Règlement sur l'usage de l'emblème de la croix rouge ou du croissant rouge par les Sociétés nationales* adopté par la XXe Conférence internationale (Vienne, 1965), révisé par le Conseil des Délégués (Budapest, 1991).

1996 *Les Principes fondamentaux de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, réf 0513, Genève, CICR,1996, en ligne :< https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0513_principes_fondamentaux_cr_cr.pdf >.

2004 CICR, Services consultatifs en droit international humanitaire, « Qu'est-ce que le droit international humanitaire ? » (2004).

2008 « Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law Adopted by the Assembly of the International Committee of the Red Cross on 26 February 2009 » (2008) 90:872 IRRC 991-1047.

« Overview of the ICRC's Expert Process (2003–2008) » en ligne:
< https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/overview-of-the-icrcs-expert-process-icrc.pdf >

2010 Nils Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire* (trad. de l'anglais) Genève, CICR, 2010.

2012 Tristan Ferraro, dir, *Expert meeting: Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, Genève, CICR, 2012.

2014 CICR, *Déclaration du CICR aux Nations Unies sur les armes*, 2014, en ligne : <https://www.icrc.org/fr/document/declaration-du-cicr-aux-nations-unies-sur-les-armes-2015>.

2015 CICR, *Déclaration du CICR aux Nations Unies sur les armes*, 2014, en ligne : <https://www.icrc.org/fr/document/declaration-du-cicr-aux-nations-unies-sur-les-armes-2015>.

CICR, *Code de conduite pour les combattants*, sér « En bref», 2015, en ligne: <https://www.icrc.org/en/publication/0526-behaviour-combat-code-conduct-combatants-and-first-aid-manual >.

2016 CICR (Robert Mardini), « Raqqa et Mossoul : c'est notre humanité commune qui est attaquée » déclaration officielle (23 juin 2017), en ligne :
< https://www.icrc.org/fr/document/raqqa-et-mosul-lhumanite-est-sous-attaque >.

2017 CICR, *Integrating Law*, Genève, CICR, 2007.

2019 CICR, *Annual Report 2019*, vol I < https://library.icrc.org/library/docs/DOC/icrc-annual-report-2019-1.pdf >.

VIII. Jurisprudence

a. Jurisprudence nationale

i. Canada

1987 Canada, *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act* (Alberta) [1987] 1 RCS 313, 1987 CanLII 88 (CSC).

1999 *Baker* c *Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) [1999] 2 RCS 817, 1999 CanLII 699 (CSC).

2017 Canada, *Turp v Canada (Justice)* [2017] 4 FCR 216 aff nº T-462-16 (24 janvier 2017).

ii. États-Unis

1778 George MINOT (dir.), *Decisions in the High Court of Admiralty, during the time of Sir George Hay, and of Sir James Marriott, vol I Michaelmas Term*, 1776, Hilary Term, 1779, Boston, Little Brown, 1853, «The Renard» (9 décembre 1778), 222–227.

1837 *Hodgens* v *Hodgens* (1837) S. C. 11 Bligh N.S. 62, reproduit dans *Reports of cases House of Lords* (1836-1838) vol IV.

1900 *The Paquete Habana* 175 U.S. 677 (1900).

1904 *Northern Securities Co*. v *United States* 193 US 197 (1904)

1917 *Southern Pacific Co*. v *Jensen*, 244 US 205.

1984 *Filartiga* v *Pena-Irala* 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980), on remand, 577 F.Supp. 860 (EDNY 1984).

1985 *Tel-Oren* v *Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984), cert. denied, 470 U.S. 1003 (1985).

1989 *Argentine Republic* v *Amerada Hess Shipping Corp.,* 830 F.2d 421 (2d Cir. 1987), rev'd, 488 U.S. 428 (1989).

2004 *Sosa* v *Alvarez-Machain* 542 US 692 (2004).

2006 *Hamdam* v *Rumsfeld* 548 U.S. 557 (2006)

2012 *Kiobel* v *Royal Dutch Petroleum Co*., 132 S. Ct. 1738 (2012).

b. Jurisprudence internationale

i. Tribunal militaire international de Nuremberg

1945 (Robert H. Jackson) « Report of United States Representative to the International II Conference on Military Trials London » (1945) *US Representative to the International Conference on Military Trials, Document XVII*, Washington, Office of Public Affairs, 1945.

1948 *Trial of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunal under Control Council Law no 10 (United States v Alfried Krupp, et al.)*, vol 9 partie II (1948).

United States v List (Hostage Case) aff no 7 (1948), reproduit dans 11 *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military under control (1950) Council Law no 10.*

1950 *Trial of German Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany* (1946-1951), Londres, 1950.

ii. Cour permanente de justice internationale

1923 *S.S. « Wimbledon »* (1923), CPJI (sér A) no 1.

Affaire de Jaworzina (Frontière polono-tchécoslovaque), Avis consultatif (1923), CPJI (sér B) no 8.

1925 *Service postal polonais à Dantzig*, Avis consultatif (1925) (sér B) no 11.

Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (1925) (sér A) no 6 é

Article 3, paragraphe 2, du Traité de Lausanne (frontière entre la Turquie et l'Irak), Avis consultatif, (1925) (sér B) no 12 à la p 32.

1927 *Affaire relative à l'Usine de Chorzów*, (1927) (sér A) no 9.

Affaire du Lotus (1927), CPJI (sér A) no 10.

1928 *Interprétation de l'accord gréco-turc du 1er décembre 1926*, Avis consultatif, (1928) (sér B) no 16 à la p 3.

1933 *Affaire relative au statut juridique du Groenland oriental*, (1933) (sér A/B) no 53.

1937 *Status of South-West Africa* (1937), PCIJ (sér. A/ B) no 70, opinion séparée du juge McNair, 148.

iii. Cour internationale de Justice

1. Procédures contentieuses

1949 *Affaire* des *dommages subis au service des Nations Unies*, [1949] CIJ Rec 1.

Affaire du Détroit de Corfou (fond), [1949] CIJ Rec 4.

1950 *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (*Colombie c Pérou*), [1950] CIJ Rec 266.

1951 *Affaire des pêcheries* (*Royaume-Uni* c *Norvège*) [1951] CIJ Rec 116.

1952 *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, [1952] CIJ Rec 176.

1955 *Nottebohm (Liechtenstein v Guatemala)* [1955] CIJ Rec 4.

1966 Affaire du *Sud-Ouest africain*, [1966] CIJ Rec 6.

1969 *Affaire du Plateau continental de la mer du Nord* (*Allemagne/Danemark/Pays-Bas*), [1969] CIJ Rec 3.

1970 *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (*Belgique* c *Espagne*), [1970] CIJ Rec 3.

1974 *Compétence en matière de pêcheries* (*République fédérale d'Allemagne c Islande*), [1974] CIJ Rec 175.

Essais nucléaires (*Australie* c. *France*), [1974] CIJ Rec 253.

Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c France), [1974] CIJ Rec 457.

1984 *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c Malte*), requête à fin d'intervention [1984] CIJ Rec 3.

1985 *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c Malte)*, [1985] CIJ Rec 13.

1986 *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c États-Unis d'Amérique*), [1986] CIJ Rec 99.

1990 *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c Honduras*), [1990] CIJ Rec 92.

1992 *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c Honduras)* arrêt [1992] CIJ Rec 351.

1996 *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*Bosnie-Herzégovine* c *Yougoslavie*), exceptions préliminaires [1996] CIJ Rec 595.

1998 *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c Royaume-Uni*), [1998] CIJ Rec 50.

2002 *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (*République démocratique du Congo c Belgique*), [2002] CIJ Rec 3.

2004 *Avena et autres ressortissants mexicains* (*Mexique* c *États-Unis d'Amérique*), [2004] CIJ Rec 12.

2005 *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c Ouganda)* [2005] CIJ Rec 168.

2007 *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Yougoslavie)*, [2007] CIJ Rec 43.

2008 *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*Croatie* c *Serbie*), [2008] CIJ Rec 412.

2010 *Pulp Mills (Argentine* c *Uruguay*) [2010] CIJ Rec 14.

2013 *Différend frontalier (Burkina Faso c Niger)* [2013] CIJ Rec 44.

2. Avis consultatifs

1951 *Réserves à la convention sur le génocide*, Avis consultatif [1951] CIJ Rec 15.

1954 *Affaire concernant l'effet de jugement du tribunal administratif des Nations Unies accordant des indemnités*, Avis consultatif [1954] CIJ Rec 47.

1956 *Jugements du tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail (OIT) sur requêtes contre l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO)*, Avis consultatif [1956] CIJ Rec 77.

1996 *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif [1996] CIJ Rec 226.

1973 *Demande de réformation du jugement n° 158 du tribunal administratif des Nations Unies*, Avis consultatif [1973] CIJ Rec 166.

2004 *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif [2004] CIJ Rec 136.

3. Lettres, notes verbales et observations des États soumis à la Cour internationale de justice

1995 *Letter dated 15 June 1995 from counsel appointed by Nauru, together with Written Comments of the Government of Nauru* (partie 2, 15 juin 1995).

Letter dated 16 June 1995 from the Legal Adviser to the Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, together with Written Comments of the United Kingdom (16 juin 1995).

Letter dated 19 June 1995 from the Ambassador of the Russian Federation, together with Written Comments of the Government of the Russian Federation (19 juin 1995).

Note verbale from the Embassy of Malaysia, together with Written Statement of the Government of Malaysia (19 juin 1995).

Note verbale dated 20 June 1995 from the Embassy of New Zealand together with Written Statement of the Government of New Zealand (20 juin 1995).

Further Written Observations Submitted by the Government of Solomon Islands to the International Court of Justice (20 septembre 1995).

iv. Cour pénale internationale

2007 *Prosecutor* v *Lubanga*, aff n° ICC-01/04-01/06, decision on the Confirmation of the Charges (29 janvier 2007).

2008 *Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, aff nº ICC-01/04-01/07, décision relative à la confirmation des charges, chambre préliminaire (30 septembre 2008).

2009 *Procureur* c *Al Bashir*, aff nº ICC-02/0 5-01/09, décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir (4 mars 2009).

2010 *Procureur* c *Abu Garda*, aff nº ICC-02/05-02/09, décision relative à la confirmation des charges (8 février 2010).

2011 *Procureur c Mbarushimana*, aff nº ICC-01/04-01/10, décision relative à la confirmation des charges (16 décembre 2011).

2012 *Procureur c William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, aff nº ICC-01/09-01/11, décision relative à la confirmation des charges (23 janvier 2012).

2014 *Procureur* c *Lubanga,* ICC-01/04-01/06, jugement d'appel (1er décembre 2014).

2017 *Prosecutor v Bosco Ntaganda,* aff nº ICC-01/04-02/06, Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 (4 janvier 2017).

Prosecutor v Bosco Ntaganda, aff n° ICC-01/04-02/06, Appeal from the Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9: Defence Team of Mr. Bosco Ntaganda (26 janvier 2017).

Procureur c *Bosco Ntaganda*, aff n° ICC-01/04-02/06 OA5, arrêt relatif à l'appel interjeté par Bosco Ntaganda contre la deuxième décision rendue concernant l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la Défense s'agissant des chefs 6 et 9 (15 juin 2017).

v. Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie

1995 *Le Procureur c Dusko Tadić alias « Dule »*, aff nº IT-94-1-AR72, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995).

1996 *Procureur* c *Milan Martić*, aff nº IT-95-11-R61, décision de la chambre de première instance (8 mars 1996).

1997 Procureur *c Dražen Erdemović*, aff nº IT-96-22-T, arrêt, chambre d'appel (7 oct. 1997).

1998 *Delalič* c *Procureur*, aff nº IT-96-21-T, jugement (16 nov. 1998).

1999 *Prosecutor v Dario Kordić and Mario Čerkez*, aff nº IT-95-14/2, decision on the joint defence motion to dismiss the amended indictment for lack of jurisdiction based on the limited jurisdictional reach of articles 2 and 3 (2 mars 1999).

Procureur c *Simić*, aff nº IT-95-9-PT, décision sur la Règle 73 (27 juillet 1999).

Procureur c *Dusko Tadić alias Dule*, aff nº IT-94-1, appel (15 juillet 1999).

2000 *Procureur c Zoran Kupreškić et al.*, aff nº IT-95-16-T, arrêt, chambre de première instance (14 janvier 2000).

Procureur c. Zlatko Aleksovski, aff nº IT-95-14/1, appel (24 mars 2000).

2003 *Procureur c Enver Hadžihasanović*, aff nº IT-01-47-AR72, décision relative à l'exception d'incompétence (responsabilité du supérieur hiérarchique) (16 juillet 2003).

Procureur c Stanislav Galić, aff nº IT-98-29-T, jugement (5 décembre 2003).

2004 *Procureur c Slobodan Milosević*, aff nº IT-02-54-T, décision relative à la demande d'acquittement (16 juin 2004).

2005 *Procureur c Pavle Strugar*, aff n° IT-01-42-T, jugement en 1re instance (31 janvier 2005).

2006 *Procureur* c *Galić*, aff nº IT-98-29-A, appel (30 novembre 2006).

2007 *Procureur c Jadranko Prlić et al,* aff nº IT-04-74-A, jugement en appel (29 novembre 2007).

2008 *Prosecutor* v *Milan Martić*, aff nº IT-95-11-A, arrêt (8 octobre 2008).

2009 *Prosecutor v Milan Milutinović,* aff nº IT-05-87-T, jugement (vol 1 de 4) (26 février 2009)

2011 *Procureur c Vlastimir Dorđević* aff nº IT-05-87/1-T, arrêt public avec une annexe confidentielle (t I et II) (23 février 2011).

vi. Tribunal pénal international pour le Rwanda

1998 *Procureur c Jean-Paul Akayesu*, aff nº ICTR-96-4, jugement en première instance (4 septembre 1998).

2000 *Semanza* c *Le Procureur*, aff nº ICTR-97-20-A, décision en appel (3 mai 2000).

2003 *Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda c le Procureur*, aff nº ICTR-96-3-A, arrêt en appel (26 mai 2003).

2004 *Procureur c. Ntagerura, Bagambiki & Imanishimwe*, aff nº ICTR-99-46-T, jugement et sentence en 1ere instance, 806 (25 février 2004).

2005 *Laurent Semanza v The Prosecutor*, aff nº ICTR-97-20-A, jugement en appel (20 mai 2005).

vii. Tribunal spécial pour la Sierra Leone

2003 *Prosecutor v. Morris Kallon* (2003) aff nº SCSL-2003-07-PT, Decision on the Prosecutor's Motion for Immediate Protective Measures for Witnesses and Victims and for Non-Public Disclosure, (10 décembre 2003).

2007 *Prosecutor* v. *Samuel Hinga Norman* (2003) aff nº SCSL-2003-08-PT, Decision on The Prosecutor's Motion for Immediate Protective Measures for Witnesses and Victims and for Non-Public Disclosure (7 avril 2007).

viii. Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux

2009 *Semanza* v. *Prosecutor*, aff nº MICT-13-36-R, Decision on a request for access and review (9 avril 2009).

ix. Sentences arbitrales

2003 Commission Éthiopie-Érythrée, *Prisonniers de guerre : Réclamation de l'Éthiopie*, sentence partielle, décision no 4 (2003) reproduit dans *Recueil des sentences arbitrales* vol 26 pp 73-114.

2007 CIRDI, *Sociedad Anonima Eduardo Vieira v. Chile*, sentence, no ARB/04/7, 2007.