

Le droit international humanitaire coutumier, une décennie d'avancées

Par:

[Mathilde Doucet](#)

Langue Français

Le:

11 Août 2020

Ce billet a été rédigé en coopération avec le CICR, qui a publié également un billet pour les 10 ans de la base de données sur le DIH coutumier [ici](#) (en anglais).

Le 12 août est une date symbolique dans le monde du Droit International Humanitaire (ci-après DIH). En effet, il s'agit de la date d'anniversaire des [Conventions de Genève](#) qui fêtent en 2020 leur soixante-et-onzième année.

Ces *Conventions* représentent l'âme du DIH, ainsi que la concrétisation sur papier de la recherche d'équilibre entre les principes d'humanité et la nécessité militaire, dans le but de limiter les souffrances de la guerre et épargner celles et ceux qui ne participent pas ou plus aux hostilités. Ces *Conventions*, élaborées en 1949, et leurs *Protocoles additionnels*, qui se sont ajoutés en 1977, rappellent à travers leurs règles que la victoire militaire ne doit pas s'obtenir à n'importe quel prix. Elles portent des valeurs universelles, qui étaient déjà défendues bien avant leur création. En effet, la balance entre humanité et nécessité militaire se retrouvait déjà dans l'ouvrage de Sun Tzu sur [L'art de la guerre](#), qui peut être considéré comme l'un des premiers grands textes de DIH. Cette même balance se retrouve également dans plusieurs cultures juridiques telle que le droit Islamique, où le Coran exige que les [règles humanitaires atténuent la souffrance des populations en tant de guerre](#). Ce condensé d'histoire et de culture donne aux *Conventions de Genève* une forte légitimité.

Cependant, le DIH ne se limite pas au droit conventionnel, et le 12 août ne représente pas seulement la naissance des *Conventions de Genève* dans le domaine des conflits armés. En effet, cette date marque également l'anniversaire des dix ans du lancement de la [base de données en ligne sur le droit international humanitaire coutumier](#) (ci-après DIH coutumier). Ce billet de blogue se propose donc de faire un tour d'horizon de cette source secondaire du droit, considérée aujourd'hui comme essentielle dans le cadre de la protection des victimes de conflits armés, grâce à sa capacité à combler certaines lacunes du droit conventionnel.

Qu'est-ce que la coutume internationale?

La [coutume internationale](#) est un ensemble de règle non écrites qui sont le reflet d'une pratique générale, répétée dans le temps, et acceptée par les États comme étant le droit.

Pour qu'une règle soit décrétée comme étant coutumière, il faut donc réunir deux éléments : un élément matériel, à savoir la pratique répétée des États, et un élément moral, aussi appelé *opinio juris*, qui est le sentiment des États d'être liés par cette règle, que celle-ci est obligatoire.

L'historique de la base de données sur le droit coutumier du CICR

L'étude du CICR sur le droit coutumier est partie d'un constat : le DIH n'est pas suffisamment respecté dans les conflits armés car les belligérants ne connaissent pas assez bien les règles. Afin d'améliorer cette connaissance des règles, et par conséquent lutter contre les violations du DIH, le Groupe intergouvernemental d'experts pour la protection des victimes de guerre a émis, en 1995, une [série de recommandations](#). L'une de ces recommandations portait sur une certaine étude que le CICR devait mener, en collaboration avec différent.e.s expert.e.s et les États, sur les règles de DIH coutumier applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux (ci-après CAI et CANI).

Cette étude qui a fait grand bruit dans le domaine des conflits armés, a mis en lumière 161 règles de DIH coutumier qui, ensemble, renforcent de façon universelle la protection juridique des victimes de la guerre, ainsi que les obligations des différents acteurs. Elle se divise en deux volumes rédigés par Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck : le [premier volume](#) consiste en une description des 161 règles dégagées, tandis que le second volume rassemble la pratique du monde entier, émanant aussi bien des États, à travers leurs lois, leur jurisprudence, leur manuels militaire ou toute autre communication qui proviendrait des plus hautes instances étatiques, que des différents organes internationaux, tels que les juridictions internationales, les traités, les organisations internationales, les conférences internationales, le mouvement international de la Croix Rouge ou du Croissant Rouge ou différents organes onusiens.

Cette étude sur [les règles](#) de DIH coutumier a été transposée en ligne par le CICR en 2010, dans un souci d'accessibilité à un plus grand public et de meilleure diffusion des règles applicables aux conflits armés. Le volume 2 sur [la pratique](#) ne cesse d'être mis à jour à travers la base de données, afin de suivre l'action des différents acteurs juridiques contribuant à renforcer le caractère coutumier de ces règles. La [Clinique de droit international pénal et humanitaire de l'Université Laval](#) contribue à alimenter cette base de données depuis 2014, en apportant son soutien au CICR dans la collecte de la pratique.

Depuis sa mise en ligne en 2010, la base de données sur le DIH coutumier est devenue un outil de recherche indispensable pour quiconque s'intéresse à ce droit. Riche en ressources expliquant l'évolution et les subtilités du droit des conflits armés, la base de données permet également d'en développer la diffusion pour qu'il soit connu et compris par le plus grand nombre, et ainsi mieux respecté.

Si la coutume est une source secondaire du droit et du DIH, elle n'en reste pas moins d'une importance capitale et ce, pour plusieurs raisons qui seront développées ci-dessous.

Le droit international humanitaire coutumier, béquille du droit conventionnel

Premièrement, le droit coutumier est essentiel en DIH car l'ensemble du droit conventionnel ne s'applique pas de façon universelle. En effet, si les quatre *Conventions de Genève* ont été ratifiées [universellement](#), ce n'est pas le cas de leurs deux *Protocoles Additionnels*, dont les règles ne s'appliquent, selon leur article 1 commun, que sur le territoire des États les ayant ratifiés. Cette restriction dans leur champ d'application est d'autant plus regrettable que le *Protocole additionnel II* avait permis de développer les règles relatives aux CANI, qui n'étaient auparavant régis que par [l'article 3 commun](#) aux *Conventions de Genève*.

Le DIH coutumier, cependant, s'applique de façon universelle, à toutes les parties et dans tous les conflits, indépendamment de toute notion de ratification, qui en l'espèce découle implicitement de la pratique des États ayant conduit à la création de ces règles. De plus, l'étude sur le droit coutumier a pu montrer qu'un grand nombre de règles régissant les CAI s'appliquent également aux CANI, notamment concernant la conduite des hostilités. C'est pourquoi la majorité des règles de DIH coutumier s'appliquent aussi bien aux CAI qu'aux CANI, participant ainsi à la réduction du fossé juridique entre ces deux types de conflits. Cette application du DIH coutumier dans les CANI est plus que jamais pertinente dans le monde contemporain où la majorité des [conflits sont justement des conflits internes](#).

Dans le même ordre d'idée, les conflits contemporains ont souvent été le terrain d'opérations de coalitions d'États. Or, tous les États membres d'une coalition ne sont pas forcément parties aux mêmes traités et *Conventions*, et il n'est pas évident que le droit applicable en cas de conflit de norme ait été déterminé à l'avance, ce qui peut entraîner un vide ou un flou juridique (voire notamment [le billet](#) de Julia Grignon et Thomas Roos à ce sujet). Le DIH coutumier s'appliquant à tous les États de façon uniforme, il peut servir de base commune et de standard minimum à la coalition, qui sera libre ensuite d'adopter des mesures plus protectrices que ce que prévoient déjà les 161 règles de l'étude.

Le DIH coutumier a donc contribué à ce que les victimes de conflits armés puissent jouir du même noyau de protection, indépendamment du type de conflit ou de leur situation géographique, et permet de s'adapter aux difficultés rencontrées dans l'application du droit des conflits armés.

Le DIH coutumier, vecteur d'évolution du droit des conflits armés.

Dans le domaine de la guerre, l'être humain fait toujours preuve d'inventivité lorsqu'il s'agit de trouver de

nouveaux moyens ou méthodes de guerre. C'est pourquoi le DIH se doit d'être un droit en constante évolution.

En effet, les *Conventions de Genève*, datées de 1949, ne pouvaient pas prévoir la nature des conflits qui auraient lieu 70 ans plus tard, et leur capacité à être révisées est extrêmement limitée. Bien sûr, il est toujours possible d'adopter de nouvelles *Conventions* contraignantes, mais celles-ci n'emportent que très rarement l'universalité des ratifications (à l'image de la [Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques](#)), et elles finiront un jour elles aussi par être dépassées par de nouveaux moyens ou méthodes de guerre.

Pour faire face de façon universelle aux nouvelles problématiques du droit et aux nouvelles façons de faire la guerre, il serait en revanche toujours possible de dégager de nouvelles règles coutumières, à condition que celles-ci répondent aux critères matériels et moraux développés plus haut dans ce billet.

Ainsi, le DIH, s'assurera de toujours pouvoir trouver cette fameuse balance entre humanité et nécessité militaire, notamment grâce au pouvoir d'adaptation que lui confère la coutume.

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

La publication de ce billet est en partie financée par Osons le DIH! et le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada.

Osons le DIH!



Social Sciences and Humanities
Research Council of Canada

Conseil de recherches en
sciences humaines du Canada

Canada

Sujet:

[Lois et coutumes de la guerre](#)