



## LES SPÉCIFICITÉS DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE EN MATIÈRE DE SOURCES : ILLUSTRATION À L'AIDE DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

*Sophie Rondeau\**

Le droit international public (DIP), en tant que système, se définit tout d'abord par la délimitation de ses frontières. Or, il a récemment été écrit que les juristes internationalistes sont de moins en moins sensibles à la nécessité de distinguer rigoureusement le droit du non-droit<sup>1</sup>. Une des façons d'identifier les contours du DIP, y incluant les différents régimes qu'on y retrouve, est de procéder à l'étude des sources des règles qui composent ce système. La présente contribution a donc pour objet d'illustrer, à l'aide de la source qu'est le droit international coutumier (DIC), dans quelle mesure le régime juridique du droit international humanitaire (DIH) possède des particularités qui sont telles qu'une démarcation singulière par rapport à la théorie traditionnelle dominante des sources consacrée à l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de justice*<sup>2</sup> est en voie de réalisation.

L'analyse consignée dans la présente note traite du droit positif tel qu'il existe présentement – *de lege lata* –, et non du droit prospectif ou expectatif – *de lege ferenda* –, ce qui explique un ancrage initial dans la conception positiviste dominante du droit international. En outre, ce ne sont ni les problèmes inhérents au modèle westphalien, ni les insuffisances générales de la théorie des sources qui constituent le sujet principal de cette recherche<sup>3</sup>, l'objectif étant plutôt d'identifier les limites de la

---

\* Avocate, LL.B., LL.M. et candidate au doctorat en droit, Université de Genève. Cette note consigne une partie des recherches menées dans le cadre de la thèse doctorale.

<sup>1</sup> Notre traduction. Voir: Jean d'Aspremont, *Formalism and the sources of international law – a theory of the ascertainment of legal rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011, à la p. 1: « *International legal scholars are becoming much less sensitive to the necessity of rigorously distinguishing law from non-law* ».

<sup>2</sup> *Charte des Nations Unies* (1945) 15 C.N.U.O. 365, chap. 14, en ligne : <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0&lang=fr#>>.

<sup>3</sup> La théorie traditionnelle dominante des sources ne fera en effet pas l'objet d'une analyse ici. Rappelons simplement que l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de justice* (qui a été initialement adopté en 1920 lors de la création de la Cour permanente de justice, puis repris intégralement lors de la création de la CIJ, en 1949) constitue le fondement des discussions des quelque cent dernières années touchant de près ou de loin à la théorie des sources en droit international public. On trouve dans cette disposition les trois sources formelles traditionnelles : les traités, la coutume et les principes généraux de droit. Il est à noter qu'il n'y a pas de hiérarchie entre ces trois sources ; elles sont constitutives de règles de droit international public sur un même pied d'égalité, pour peu que les méthodologies qui leur sont respectives – mais qui ne sont pas définies à même le cadre juridique contraignant – soient respectées. Voir, de façon générale et pour la distinction entre sources formelles et sources matérielles : Hugh Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, à la p.3 ; « Warsaw conference » (1988) 63 *International Law Association Reports* 956 ; Alain Pellet, « Article 38 », dans A. Zimmermann et al. (dir.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2<sup>e</sup> éd. Oxford, Oxford University Press, 2012, à la note de bas de page 111, tel que citée dans Commission du droit international, *Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier*, Doc. Off. CDI NU, 65<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.4/663 (2013), à la note de bas de

méthodologie propre au DIC lorsqu'appliquée au DIH. L'état actuel des recherches ne tend pas tant vers une confirmation d'un affranchissement du cadre traditionnel que vers une bonification du régime existant. Les États et les tribunaux ne semblent en effet pas s'inscrire explicitement à l'extérieur du cadre existant du régime des sources du DIP. Ils maintiennent encore officiellement les catégories traditionnelles des sources et restent, somme toutes, très positivistes.

### *Précisions terminologiques*

En ce qui a trait à la terminologie utilisée, nous nous inscrivons dans la même lignée que la Commission du droit international des Nations Unies (la Commission) et retenons les termes « droit international coutumier » pour référer à cette source du DIP ainsi que « règle(s) du droit international coutumier » pour référer aux éléments spécifiques normatifs formant une partie intégrante du régime du DIP<sup>4</sup>. « Droit international coutumier » est donc une source, « droit international public » un régime juridique, le « droit international humanitaire » une branche de ce régime juridique<sup>5</sup>, et « règle de droit international coutumier » une norme juridiquement contraignante.

## **I. Le droit international coutumier applicable au droit international humanitaire**

« La discipline juridique entière apparaît à la suite de la volonté intelligente des hommes : il ne peut en être autrement de la coutume. »<sup>6</sup>

L'objectif recherché ici n'est ni de dresser un portrait exhaustif, ni de proposer une approche innovatrice ou réconciliatrice de toutes les itérations de ce qu'est le droit international coutumier. En effet, les propositions d'émancipation du modèle classique d'établissement du DIC sont si nombreuses et le niveau d'engagement envers ce même modèle se déclinant en tant de différents degrés qu'il ne ferait pas œuvre utile d'en faire la nomenclature et l'analyse exhaustive ici. Nous

---

page 56 ; Antonio Tryuol de Serra, « Cours général de droit public » dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1981-IV) t. 173, Leiden, Martinus Nijhoff, aux pp. 230 et ss.

<sup>4</sup> Premier rapport, A/CN.4/663, *supra* note 4, section VI, aux paras. 39 à 45, et la conclusion 2 reprise par le comité de rédaction : Commission de droit international, *Identification of customary international law - Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Gilberto Saboia*, Doc. Off. CDI NU, 66<sup>e</sup> sess., (7 août 2014), en ligne <[http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/66/pdfs/english/dc\\_chairman\\_statement\\_identification\\_of\\_custom.pdf&lang=E](http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/66/pdfs/english/dc_chairman_statement_identification_of_custom.pdf&lang=E)>.

<sup>5</sup> Voir : Marco Sassòli, Antoine Bouvier et Anne Quintin, *Un droit dans la guerre?*, 2<sup>e</sup> éd., t. I, Genève, CICR, 2012, chap. 1, section I, page 1, en ligne : <<https://www.icrc.org/fre/assets/files/publications/cicr-0739-fre-part-i.pdf>> (« Casebook »).

<sup>6</sup> Sfériadès, « Aperçu de la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement » (1936) 43 R.G.D.I.P. 129-196, à la p. 129.

nous limitons donc à présenter schématiquement les principaux éléments constitutifs du DIC et à indiquer où nous nous situons par rapport à ceux-ci en ce qui a trait au DIH. Ce survol nous permettra d'apporter les nuances nécessaires à une exploration du « phénomène sur lequel on peut disserter à l'infini »<sup>7</sup> qu'est le droit international coutumier qui, à défaut d'être exhaustive, sera, nous l'espérons, succincte et claire.

### A. Le DIC : généralités sur l'approche des deux éléments constitutifs

L'article 38, paragraphe 1, alinéa b), du *Statut de la Cour internationale de justice* décrit la coutume internationale comme étant la « preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant du droit ». Cette définition binaire s'inscrit dans la doctrine positiviste dominante, avec les deux éléments fondamentaux généralement admis comme constituant une règle de DIC, soit la constatation objective d'une pratique uniforme et constante et l'existence d'une conviction<sup>8</sup> subjective de se conformer à cette pratique commandée par une obligation juridique, et donc « accepté comme étant le droit ». Aux termes de cet article, la règle de DIC se forme donc de l'adjonction, selon certaines modalités, des deux éléments que sont l'*usus* et l'*opinio juris sive necessitatis*.

La doctrine, pour sa part, offre bon nombre de définitions de ce qu'est le DIC : d'une « nécessité sociale permanente [...] en harmonie avec les instincts profonds de l'humanité »<sup>9</sup> 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 »<sup>10</sup>, en passant par les quatre conditions cumulatives sous lesquelles une règle se qualifie de coutumière au sens du droit international soit 1) la pratique concordante par un certain nombre d'États ; 2) la pratique prolongée ou répétée sur une période de temps suffisamment longue ; 3) l'imposition ou la comptabilité avec le droit international existant et 4) le consentement général des autres États<sup>11</sup>, on peut affirmer sans exagérer que peu de sujets ont suscité autant d'intérêt et de débats au sein de la communauté épistémologique juridique comme l'a fait le DIC.

### B. Le Projet de conclusions de la Commission de droit international des Nations Unies

<sup>7</sup> Sfériadès, *supra* note 7, à la p. 131.

<sup>8</sup> Il existe 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. Dans la présente note, nous optons plutôt pour l'approche qui met de l'avant la conviction subjective de l'État d'être lié et contraint juridiquement à une règle.

<sup>9</sup> François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd., 1919, à la p. 345.

<sup>10</sup> Sfériadès, *supra* note 7, à la p. 131.

<sup>11</sup> « Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available: working paper by Mr. Hudson » (A/CN.4/Ser. A/1950) dans *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. 2, New York, NU, 1950 aux pp. 4 à 8 (UN Doc A/CN.4/SER.A/1950/Add.1), en ligne < [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1950\\_v1.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v1.pdf) >.

Dans ce contexte, les « orientations aux personnes appelées à appliquer les règles du droit international coutumier pour identifier lesdites règles dans des cas concrets » offertes par la Commission de droit international dans le cadre de ses travaux relatifs à la formation et à l'identification du DIC sont les bienvenues<sup>12</sup>. Au moment de la rédaction de cette note, le processus est en phase de complétion, le document le plus récent étant celui du Projet de conclusions provisoirement adopté par le comité de rédaction (« le Projet de conclusions »)<sup>13</sup>.

Dans ses travaux relatifs au DIC, la Commission s'inscrit aux antipodes d'une volonté de codification, préférant la recherche de conclusions assorties de commentaires « ne revêtant pas un caractère trop impératif »<sup>14</sup>. En rappelant qu'il ne s'agit pas d'un document juridiquement contraignant, nous mentionnons donc que le Projet de conclusions capture particulièrement bien les éléments centraux du DIC ainsi que la méthodologie des deux éléments constitutifs, tel que ceux-ci sont formulés dans la conception traditionnelle du DIC et généralement acceptés. Il est en outre pertinent de souligner que l'appréciation séparée de l'usage et l'*opinio juris* est aussi explicitement prévue<sup>15</sup> et ce, même si l'existence d'un lien consubstantiel entre ces deux éléments (rendant difficile la distinction des deux éléments<sup>16</sup>) y est

<sup>12</sup> Pour la définition de l'objectif général de la démarche, voir : Premier rapport A/CN.4/663, *supra* note 4, au para. 14.

<sup>13</sup> Commission du droit international, Détermination du droit international coutumier - Texte des projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction, AG NU, 67<sup>e</sup> sess., Doc. A/CN.4/L.869, (15 juillet 2015). Le rapporteur spécial, Sir Michael Wood, a soumis en date de la fin de la 67<sup>e</sup> session de 2015, trois rapports à la Commission : Premier rapport A/CN.4/663, *supra* note 4 (voir aussi le rapport de la Commission : A/68/10 (chap. VII, para 63-107)); Commission du droit international, Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Doc. Off. CDI NU, 66<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.4/672 (2014) (voir aussi le rapport de la Commission : A/69/10, chap. X, aux paras. 133-185, et le rapport intérimaire du comité de rédaction de la Commission du 7 août 2012, *supra* note 5, dans lequel les conclusions 1 à 10 du 2<sup>e</sup> rapport de Wood sont étudiées); Commission du droit international, Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Doc. Off. CDI NU, 67<sup>e</sup> sess., Doc. NU, A/CN.4/682 (2015). À noter qu'un memorandum du Secrétariat général a aussi été soumis en 2013 faisant état des travaux antérieurs de la Commission sur le sujet (A/CN.4/659). Au sujet des travaux de la Commission quant à la pratique étatique spécifiquement, il est à noter qu'A. D. Watt a suggéré, dans son syllabus de 1999, qu'en raison du « développement révolutionnaire dans la technologie de l'information globale [notre traduction] » depuis la création de la Commission en 1949, la question de l'accès à la pratique étatique soit revisitée par la Commission, en parallèle avec d'autres sujets du droit international coutumier visé par ledit syllabus : voir, A.D. Watts, *The International Law Commission, 1949-1998*, vol. III, Oxford University Press, 1999, à la p. 210, tel que rapporté dans : A/66/1- Annexe A, à la note de bas de page 3 et texte afférent. Au sujet de l'inclusion du sujet de la formation et l'identification du DIC à l'agenda de la Commission, voir : Rés.de l'AG 67/92, Doc. Off. NU, 64<sup>e</sup> sess., (14 déc. 2012). Voir aussi A/66/10 pour la recommandation du groupe de travail; AG A/CN.4/657 pour le résumé du Secrétaire général ; A/67/10 pour le Rapport de la Commission (Chap. VIII, para. 156-202); et A/CN.4/653 pour la note du rapporteur spécial Wood.

<sup>14</sup> 2<sup>e</sup> rapport, A/CN.4/672, *ibid.*, au para. 3 c), à la p. 3.

<sup>15</sup> Projet de conclusion 3 (2), *supra* note 14. : « Chaque élément doit être établi séparément. Cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence. »

<sup>16</sup> H. Thirlway, *supra* note 4, 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. »). Voir aussi: International Law Association, *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*,

tacitement consacrée.

En ce qui a trait à la pratique, la Commission 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 et à l'expression des règles de DIC<sup>17</sup>. 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<sup>18</sup>. Les formes de pratique reconnues sont, pour leurs parts, variées et incluent les actes matériels et verbaux ; de la correspondance diplomatique à la conduite d'un État lors d'une conférence intergouvernementale, en passant par la conduite opérationnelle « sur le terrain », les actes législatifs et administratifs, la Commission reprend toutes les formes de pratique utilisées par les tribunaux et mentionnées dans la doctrine<sup>19</sup>. En outre, la Commission consacre la nécessité de la généralité d'une pratique pour fonder une règle de DIC, sans pour autant fixer une durée spécifique<sup>20</sup>.

En ce qui a trait à l'*opinio juris*, on la distingue du simple usage<sup>21</sup>. Comme c'est le cas avec les formes de pratiques, les formes de preuve 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<sup>22</sup>. Finalement, la Commission développe une série de recommandations sur la portée de certains moyens de détermination du DIC<sup>23</sup>, que ce soit les traités, les résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales, les décisions de juridictions ou la doctrine. La raison d'être de cette section est d'encadrer ces moyens de détermination en limitant le poids qui leur est accordé.

### C. Problèmes exacerbés en DIH en ce qui a trait aux difficultés d'appliquer

---

(2000) 69 International Law Association Rep. Conf. 712, à la p. 7 (« Dans les faits, il est souvent difficile, voire impossible, de distinguer les deux éléments. ») (ILA, Rapport de Londres). Généralement, au sujet du lien consubstantiel entre pratique et *opinio juris*, voir : B. 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 p. 479-499 ; Richard J. Gruna et P. Hagggenmacher, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale » (1986) 90 R.G.D.I.P. 114.

<sup>17</sup> Projet de conclusion 4 para (1) et 5, *supra* note 14.

<sup>18</sup> Projet de conclusion 4 para. (2) et (3), *ibid.*

<sup>19</sup> Projet de conclusion 6, *ibid.*

<sup>20</sup> Projet de conclusion 8, *ibid.* Voir aussi : 1er rapport, A/CN.4/663, *supra* note 4, au para. 12 : « La pratique des États devait être uniforme et générale pour secréter quelque règle de droit international coutumier méritant cette qualification ». À noter que l'exigence d'uniformité n'est pas reprise dans le Projet de conclusion. Voir en outre le memorandum préparé par le Secrétariat des Nations Unies à la demande de la Commission faisant état des travaux préalables réalisés par la Commission et pouvant être utiles pour répondre aux questions de formation et d'identification du DIC : A/CN.4/659, *supra* note 14, au para. 26. Au sujet de l'apparition au XXe siècle des critères de longévité et de continuité comme fondant l'existence du DIC : Sfériadès, *supra* note 7, aux p. 138 et ss.

<sup>21</sup> Projet de conclusion 9 (2), *supra* note 14.

<sup>22</sup> Projet de conclusion 10, *ibid.*

<sup>23</sup> Projet de conclusions 11 à 14, *ibid.*

### la méthodologie du DIC

Le fait que le détail de la méthodologie visant à identifier et déterminer les règles de DIC n'est pas consigné dans un instrument juridiquement contraignant offre à la fois une certaine flexibilité et un flou relatif. Le DIH vient exacerber certains problèmes qui sont inhérents à cette méthodologie, autant dans l'application de celle-ci que dans sa conceptualisation même. En ce qui a trait aux problèmes conceptuels, on retrouve la non-considération de la pratique et de l'*opinio juris* des groupes armés non étatiques ainsi que l'utilisation laxo et décloisonnée de certains moyens auxiliaires<sup>24</sup> pour pallier aux limitations méthodologiques. Toutefois, dans le cadre de la présente contribution, nous choisissons de présenter uniquement les problèmes du DIH en ce qui a trait à la difficulté d'application de la méthodologie du DIC. Nous mettons donc de côté ces considérations conceptuelles.

La contribution des États est fondamentale dans le processus de détermination du DIC; hors celle-ci, point de salut<sup>25</sup>. Il est donc nécessaire d'évaluer tout d'abord quelles sont les limites que pose la méthodologie lorsque cette dernière est appliquée de façon stricte, c'est-à-dire uniquement aux États. Si nos conclusions tendaient à indiquer qu'à l'intérieur du giron étatique, toutes les composantes méthodologiques du DIC sont pleinement établies, cela aura une influence considérable sur les autres conclusions recherchées en termes de limitations conceptuelles. En d'autres mots, il faut tout d'abord évaluer la méthode telle qu'elle est formulée dans son expression la plus traditionnelle avant d'explorer les hypothèses expansives où les limites de celles-ci sont remises en cause.

#### 1. LES PRATIQUES DISPONIBLES SONT RELATIVEMENT LIMITÉES

Il a été mentionné plus haut que le Projet de conclusion 6 reconnaît plusieurs formes de pratique constitutives de DIC<sup>26</sup>. L'étude menée par le Comité international de la Croix-Rouge sur le droit international humanitaire coutumier (l'étude du CICR)<sup>27</sup>, propose pour sa part une liste similaire des types d'actes qui ont été

<sup>24</sup> Par ex. : les traités (et le rapport CAI - CANI, avec lacunes conventionnelles pour ces derniers qu'on cherche à combler à l'aide du DIC); les décisions de juridictions internationales, particulièrement le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie; et la doctrine.

<sup>25</sup> De façon générale, voir la définition de « State practice » proposée par M. Wood et O. Sender dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (version 2014) et Carty, « Doctrine versus State practice », dans B. Fassbender et A. Peters (dir.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, aux p. 972 à 996. Voir aussi : *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, [2012] C.I.J. Rec. 99, p. 143, au para. 101 : « C'est de la pratique des États que découle le droit international coutumier. »

<sup>26</sup> Il est possible de classer les formes de pratiques énumérées au Projet de conclusion 6, *supra* note 14, en rangeant, d'un côté, les actes et la correspondance diplomatiques, les actes législatifs et administratifs et les décisions des juridictions internes dans la catégorie des actes verbaux et, de l'autre, 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 », dans les actes matériels.

<sup>27</sup> Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1 : Règles, Bruxelles / Genève / Bruylant / CICR, 2006, en ligne

considérés comme des moyens permettant d'établir la pratique fondant les règles coutumières de DIH, en visant plus spécifiquement les documents propres à la conduite des hostilités et aux conflits armés. En ce qui a trait aux actes matériels, le CICR dresse une courte liste, quoique non exhaustive, incluant 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<sup>28</sup>.

La quantité et la diversité impressionnante de pratiques listées par le CICR peuvent rendre surprenante l'affirmation que celles-ci sont limitées. Il faut toutefois se rappeler que les actes qui ne sont pas divulgués ne peuvent pas contribuer à la formation du DIC : ceux-ci doivent en effet être connus des autres États de façon à permettre une réaction de ces derniers<sup>29</sup>. Or, 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

---

<[https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc\\_001\\_pcustom.pdf](https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_pcustom.pdf) > ; vol. II : Practice (deux parties) (seulement en anglais), Cambridge / Genève, Cambridge University Press / CICR, 2005. Voir aussi le « Customary IHL Database » en ligne : <<https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>>. Pour information, voici la genèse du mandat du CICR quant à la préparation de l'Étude : une conférence intergouvernementale extraordinaire a eu lieu en 1993 sur invitation du gouvernement suisse auprès de 160 États, entre les XV<sup>e</sup> et XXVI<sup>e</sup> Conférences internationales du Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. La Déclaration finale (adoptée par consensus et s'appuyant sur l'article 1 commun aux Conventions de Genève) appelle le gouvernement suisse « à réunir un groupe d'experts intergouvernementaux pour se saisir de la question. (Déclaration finale de la Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre », section II *in fine*, en ligne <<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzhes.htm>> (95/C.1/2/1) et (1993) 803 RICR à la p. 405). Dans son premier rapport, le Groupe d'experts recommande 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 internationaux, et à faire parvenir ce rapport aux États et aux organismes internationaux compétents. » (« Droit international humanitaire : passer du droit à l'action » (1996) 87 RICR 89, en ligne <<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzf12.htm>>.) C'est lors de la XXVI<sup>e</sup> Conférence internationale que cette recommandation a été approuvée ( Séance plénière finale du 7 décembre 1995, para. 4 : Rapport de la XXVI<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, reproduction électronique de l'édition de CICR et Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 1997, à la p. 129, en ligne <<http://permalink.sn1.ch/bib/sz001783268>>.) Il est à noter que ce mandat attribué au CICR de préparer ce qui allait devenir « L'Étude sur le droit international humanitaire coutumier » n'a pas fait l'objet de débats particuliers entre les États représentés à la XXVI<sup>e</sup> Conférence internationale.

<sup>28</sup> On y retrouve aussi 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 : Étude du CICR, vol. I, *supra* note 27, à la p. XLVII.

<sup>29</sup> ILA, Rapport de Londres, *supra* note 17, Principe 5, à la p. 526, et repris dans l'étude du CICR, *supra* note 27, p. XL. Il est intéressant de noter que le CICR considère que les communications, même confidentielles, qui lui sont faites par les parties à un conflit armé ne sont pas des actes purement privés et qu'ils comptent comme étant de la pratique étatique.

les attaques. 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<sup>30</sup>.

## 2. LES PRATIQUES AU SEIN D'UN MÊME ÉTAT POUR UNE MÊME RÈGLE PEUVENT VARIER

Une deuxième difficulté est celle d'évaluer l'impact de la variation dans la valeur de différentes (et possiblement divergentes) pratiques au sein d'un même État. De prime abord, la vision particulièrement étroite et strictement volontariste proposée au début du vingtième siècle voulant qu'uniquement 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, ne peut être retenue<sup>31</sup>. Il est plus approprié d'élargir le cercle d'influence aux actes posés par l'exécutif de façon globale, le ministre des Affaires étrangères n'ayant pas de nos jours la chasse gardée de la négociation et la conclusion de traités internationaux. En outre, les actes du législatif sont aussi maintenant considérés comme des vecteurs admis dans le processus de formation du DIC<sup>32</sup>. Finalement, les décisions judiciaires des tribunaux domestiques génèrent aussi de la pratique constitutive d'*usus*, sans que cela ne contredise nécessairement le régime des sources subsidiaires de détermination des règles de droit international<sup>33</sup>. 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 Commission dans son Projet de conclusions<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Schmitt et Watts abordent brièvement le processus du « 5-eyes sharing » comme étant une illustration du partage d'information classifiée entre États, mais excluant toute communication dite publique, donc potentiellement accessible aux acteurs non étatiques, ou à tous les États de façon générale et non exclusive : Michael M. Schmitt et Sean Watts, « State Opinio Juris and Pluralism » (2015) 91 *International Law Studies* 171, aux notes de bas de page 159 -161 et texte afférent. Voir aussi, au sujet de la fréquence et des défis relatifs aux secrets d'État militaire : Laura K. Donohue, « The Shadow of State Secrets » (2010) 159 *University of Pennsylvania Law Review* 77, aux pp. 88 à 91.

<sup>31</sup> Strupp et Anzilotti comptent parmi les défenseurs de cette approche : Karl Strupp « Les règles générales du droit de la paix » dans *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1934-I) 47 Leiden, Martinus Nijoff, aux pp. 313 à 315 et Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international* (traduction de Gidel), Paris, (1929), aux pp. 74 et 75).

<sup>32</sup> Déjà, dans l'Affaire *Nottenbohm* datant de 1955, la CIJ a affirmé que la législation nationale, y incluant sa constitution, peut constituer une manifestation valide de la pratique étatique : *Nottenbohm (Liechtenstein v. Guatemala)* [1955] C.I.J. Rec. 4, à la p. 22 (anglais).

<sup>33</sup> Voir : l'Affaire *du Lotus* de la CIJ qui est reconnue comme adoptant une approche strictement volontariste de la coutume et dans laquelle la Cour valide ce rôle des décisions judiciaires dans le processus du DIC : (1927), C.P.J.I. (sér. A) n° Série A., n° 10, aux p. 23, 26, 28 et 29.

<sup>34</sup> Projet de conclusion 6 *supra* note 14. Voir aussi : 2° rapport, A/CN.4/672, *supra* note 14, aux paras. 34 et 35. Voir aussi la demande de la Commission formulée aux États pour soumettre des informations sur leur pratique relativement à la formation du DIC : les déclarations officielles faites devant des corps législatifs, des juridictions ou des organisations internationales et les décisions de juridictions nationales, régionales ou sous régionales ont été données en exemples comme types de documents qu'il était souhaitable de produire : *supra* note 14, A/68/10 (2013), au para. 26: « The practice of the



Cela revient à dire que toutes les actions qui sont imputables à un État sont considérées comme constitutives de pratique au sens du DIC<sup>35</sup>.

En ce qui a trait au DIH, cette position offre une certaine flexibilité qui est la bienvenue, considérant les écueils mentionnés ici. Toutefois, il y a lieu de pousser davantage la réflexion en se demandant si les actes du palier exécutif ont le même poids que ceux du judiciaire ou du législatif. D'abondant, au sein d'un même organe, certaines pratiques sont-elles plus porteuses que d'autres? Les échanges ayant eu lieu entre le CICR et les États-Unis au sujet de la Règle 45 de l'étude du CICR illustrent bien l'importance, mais aussi la complexité sous-jacente, de ces questions ; nous nous attarderons donc brièvement ici.

Pour fonder la validité de la première partie de la Règle 45 de son étude interdisant l'utilisation de méthodes et moyens de combat causant des dommages étendus, durables et graves sur l'environnement, le CICR s'est appuyé entre autres sur les manuels militaires américains, soit celui publié par le Juge-avocat-général et celui des Forces de l'armée de l'air. Ces sources de pratiques sont *a priori* acceptables en application de la théorie binaire traditionnelle, même avec les aménagements nécessaires au DIH (par exemple la difficulté d'obtenir des actes physiques constituant un *usus*) tendant vers le repli sur les actes verbaux. Toutefois, l'étude ne fait aucune mention de la déclaration officielle faite par le Conseiller juridique principal adjoint du Département d'État américain durant une conférence en 1987 à l'effet 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<sup>36</sup>. Plus encore, cette position a été rappelée dans la réponse qu'a offerte le gouvernement américain à l'Étude du CICR<sup>37</sup>.

Cette situation souligne la question importante de l'identité des organes de l'État étant en mesure de contribuer au processus de création des règles de DIC. Dans sa réponse au commentaire américain au sujet de l'Étude, si CICR n'a pas adressé

---

executive, legislative and judicial organs of the State is to be considered, according to the circumstances, as State practice. »

<sup>35</sup> On se rappelle que cela n'inclut pas les actes faits et accomplis sous le sceau du secret et les actes involontaires, ceux-ci ne constituant pas de la pratique, même si la définition est interprétée largement.

<sup>36</sup> Pour l'article 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. » : Martin P. Dupuis, John Q. Heywood et Michèle 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 Am. U.J. Int'l L & Pol. 415, à la p. 436 (Discussions). Pour l'article 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.*, para. 35, p. 424 (Remarks of Michael J. Matheson).

<sup>37</sup> John B. Bellinger et William J. Haynes, « A US Government Response to the International Committee of the Red Cross Study *Customary International Humanitarian Law* » International Review of the Red Cross (2007) 89, no. 886, 443, à la p. 455.

spécifiquement ce point relatif à la pratique retenue à l'appui de la Règle 45, il a tout de même affirmé « 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 [notre traduction] »<sup>38</sup>. Le CICR conclut en mentionnant que le recours aux actes verbaux (y 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. Cette conclusion n'étonnera personne, puisqu'elle réitère simplement la méthodologie que le CICR a adoptée tout au long de l'étude<sup>39</sup>.

Une question reste toutefois entière : pourquoi la déclaration du conseiller juridique du département d'État américain n'est-elle pas mentionnée dans l'étude du CICR? En DIH, est-ce que, comme l'affirment les États-Unis<sup>40</sup>, on dévie de l'approche traditionnelle en accordant plus de poids aux manuels militaires qu'aux autres types de pratiques? De deux choses l'une : soit le CICR avait en sa possession cette déclaration au moment de la préparation de l'étude, dans quel cas il a décidé de l'écarter, soit il ne l'avait pas, n'en connaissant simplement pas l'existence à ce moment-là. Ce dernier cas de figure est le plus probable. En effet, le problème de l'exhaustivité est toujours une préoccupation de premier plan lors des opérations de documentation des pratiques constitutives de DIC. Du reste, le CICR n'a pas une obligation de résultat : les États membres de la Conférence internationale ne peuvent pas légitimement s'attendre à ce qu'il 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 leur ait échappé. En revanche, il est raisonnable de s'attendre à ce que le CICR déploie tous les efforts possibles pour représenter le plus fidèlement possible la pratique des États telle qu'elle est au moment de la publication de son rapport final. Il est aussi raisonnable de s'attendre à ce que le CICR considère chacun des documents soumis par les États. Or, si les États-Unis ont omis de soumettre en temps et lieu opportuns la déclaration de 1987, la situation fut rectifiée par la suite. En effet, à la suite d'un échange de correspondance publique entre les États-Unis et le CICR, ledit document a été ajouté lors de la révision de la section « pratique » via la base de données en ligne du CICR<sup>41</sup>.

Ceci dit, même en considérant le premier cas de figure – soit que le CICR avait en sa possession cette déclaration et qu'il a décidé de l'écarter initialement – le fait est que, suite à la publication de l'étude, les États-Unis se sont manifestés pour corriger le tir et que cela a été pris en compte. Toutefois, cela n'a pas eu pour effet de modifier la règle telle qu'elle a été formulée initialement, ce qui, en bout de ligne,

<sup>38</sup> *Ibid.*, à la p. 477.

<sup>39</sup> Voir, de façon générale: 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 n° 857 *International Review of the Red Cross* 175, aux pp. 178-184 (section sur la méthodologie).

<sup>40</sup> Bellinger et Haynes, *supra* note 38, aux pp. 446 et 447 : « 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. »

<sup>41</sup> « Customary IHL database » en ligne <[https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule45](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule45)> (section VI. Other National Practice – United States of America).

peut être problématique. En l'espèce, quoique nous considérons que les changements subséquents apportés à la Règle 45 sont 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, il reste que cet exemple fait ressortir de façon particulière l'inévitabilité de la non-exhaustivité de la documentation de la pratique étatique en DIH, particulièrement en DIH.

### 3. LA NATURE PROHIBITIVE DES RÈGLES DE DIH

Ces difficultés méthodologiques de limitation dans les pratiques accessibles et de variation potentielle dans les types des pratiques au sein d'un même État sont accentuées en DIH par un motif général et transversal : le nombre important de règles de nature prohibitive qu'on retrouve au sein de ce régime. Pour ce type de règles, il est quasi impossible de mener œuvre utile sans considérer l'élément psychologique ou, plus exactement, sans faire peser dans la balance les considérations humanitaires, celles-là mêmes qui poussent les parties à un conflit armé à exercer de la retenue<sup>42</sup>, à travers le prisme coercitif du droit, mais aussi au-delà de celui-ci. C'est en effet dans les normes prohibitives de DIH que se ressent le plus la tension entre la nécessité militaire et les considérations humanitaires<sup>43</sup>, là où l'abstention d'agir emporte le fait de se conformer à la règle juridiquement contraignante<sup>44</sup>.

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. Il est vrai que le DIH vient contrarier l'État qui, dans sa conception traditionnelle westphalienne pure, n'a 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 DIH est celle qui prévalait jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle et que l'on retrouve, par exemple, dans l'*Affaire du Lotus*<sup>45</sup>. Si les considérations d'humanité

---

<sup>42</sup> Historiquement, dans ses écrits, Séfériadès donne en exemple l'obligation des forces occupantes de respecter le droit de propriété privée ennemie : *supra* note 7, aux paras. 11, à la p. 114.

<sup>43</sup> La doctrine de la *Kriegraison* voulant que la nécessité militaire outrepassse la façon de faire la guerre et que les meilleures guerres soient les plus vigoureuses ne s'est jamais véritablement imposée au-delà de l'Allemagne du 19<sup>e</sup> siècle tant et si bien qu'aujourd'hui, une partie à un conflit armé se soumet plus souvent qu'autrement aux règles régissant le conflit auquel elle prend part en s'abstenant d'agir. Voir : Michael N. Schmitt, "Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law : Preserving the Delicate Balance" *Virginia Journal of International Law* (2010) 50 n° 4, 795, aux pp. 796-797 et à la note de bas de page 6 à la p. 769, pour une revue de la littérature traitant de cette doctrine sous l'angle du droit des conflits armés.

<sup>44</sup> Jean D'Aspremont et Jérôme de Hemptinne, *Droit international humanitaire. Manuel - Thèmes choisis*, Paris, Pedone 2012, p. 42, en ligne <<http://www.pedone.info/DIHumanitaire/DIH-02.pdf>>; Voir aussi: Theodore Meron, « The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law » (1996) 90 *A.J.I.L.* 238 et *Criminal Justice: A View from the Bench: Selected Speeches* (2011), Oxford, Oxford University Press, à la p. 32.

<sup>45</sup> *Supra* note 34, para. 18. C'est aussi l'explication qu'offre le Département de la défense américaine dans les notes contextuelles du *Law War Manual* pour expliquer cette caractéristique du droit de la guerre, (2015), à la p. 14, en ligne <<http://www.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/Law-of-War-Manual-June-2015.pdf>>.

n'occupent pas une place dominante dans cette définition classique, elles occupent toutefois une place importante dans plusieurs dispositions prohibitives de DIH (l'interdiction d'attaques sans discrimination, par exemple<sup>46</sup>) en s'adressant directement à la « deuxième couche du droit international public »<sup>47</sup>. En effet, l'équilibre à atteindre entre la nécessité militaire et les 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 »<sup>48</sup> du DIH est déjà largement consacrée<sup>49</sup>. 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<sup>50</sup>.

En termes conceptuels, le DIC est conçu de façon à accommoder les règles de nature prohibitive. Au premier paragraphe du Projet de conclusion 6, la Commission dispose en effet que la pratique peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction<sup>51</sup>. Ceci semble tomber sous le sens, puisqu'à première vue, 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, est 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 matériellement préhensible. Suffit-il de rappeler que, selon des préceptes philosophiques extrêmement simplifiés, la preuve est nécessaire dès lors qu'un esprit

<sup>46</sup> Ce principe est codifié à l'article 51 du Protocole additionnel I et est inclus dans l'étude du CICR, *supra* note 28, à la Règle 14.

<sup>47</sup> Casebook, *supra* note 6, 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 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. »

<sup>48</sup> Voir cette expression utilisée dans : *Procureur c. Tadic* - compétence (1995) Affaire n° IT-94-1-A (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), au para. 83.

<sup>49</sup> Voir en ce sens : *United States v. List (The Hostage Case)* (1948) Case N° 7 (1948), *reprinted in 11 Trials of War Criminals before the Nuremberg Military under control* (1950) Council Law n° 10, à la p. 1230; Richard R. Baxter, « So Called 'Unprivileged Belligerency': Spies, Guerillas, and Saboteurs » (1951) 28 *British Yearbook of International Law* 323, à la p. 324, qui cite ce passage de l'*Affaire List* (1950). La plus récente édition du *Law War Manual* américain réfère aussi explicitement au caractère restrictif du droit de la guerre : Department of Defense Law of War Manual, *supra* note 46, à la p. 12 (I - General Background).

<sup>50</sup> Par ex. : Déclaration de Saint Petersburg à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre (1868); le Protocole de Genève concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques (1925); Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (1980); 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); la Convention d'Ottawa interdisant les mines antipersonnels (1997).

<sup>51</sup> Projet de conclusion 11, *supra* note 14, au para. 3. Voir aussi : 3<sup>e</sup> rapport A/CN.4/682, *supra* note 14, au para. 26. La Commission utilise de façon synonyme les expressions 'pratique passive', 'abstention d'agir', 'silence' et 'omission' : 3<sup>e</sup> rapport, A/CN.4/682, *supra* note 14, au para. 19.

doute. Cette preuve peut se faire par les faits, mais aussi par le raisonnement. Il est donc possible, quoique difficile, de prouver une inaction. Cette difficulté vient complexifier l'application de la méthodologie des deux éléments constitutifs propre au DIC, mais ne constitue pas pour autant un défaut qui lui est ultimement fatal. En effet, tel que le mentionne l'étude du CICR<sup>52</sup>, la difficulté pratique initiale de la preuve de l'inaction est amplifiée au moment de l'appréciation de l'*opinio juris*, les motifs de l'abstention devant obligatoirement provenir d'un sentiment d'obligation juridique pour fonder une règle de DIC<sup>53</sup>. 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 et se présente avec chaque cas d'espèce.

Au surplus, il est encore moins courant qu'il y ait un échange d'arguments quant au droit applicable entre d'autres États que ceux impliqués directement. Une des raisons pour cela est la distinction fondamentale entre CAI et CANI en termes d'ingérence dans les affaires d'un État tiers, mais c'est aussi parce que, généralement, 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. La méthodologie permet en effet de prendre en compte les « signaux étatiques », qu'on les classe comme *usus* ou comme *opinio juris*<sup>54</sup>. Le problème se trouve toutefois juste à la marge du droit, dans la sphère politique : que ce soit sur la scène domestique auprès de ses électeurs, au sein de son cabinet ministériel, à l'intérieur de sa structure parlementaire, ou dans la conduite de ses relations internationales avec ses homologues, un État a trop à perdre, ou d'autres diront trop peu à gagner, à se lancer dans cette mêlée. En d'autres mots, si un échange d'arguments sur la valeur juridique d'une abstention d'un État tiers est enrichissant au plan juridique (entendons par là, à titre de contribution au processus d'identification et de détermination du DIC), il présente peu d'avantages en termes politiques, offrant

<sup>52</sup> Étude du CICR, *supra* note 28, aux p. LIX et LX.

<sup>53</sup> *Ibid.* Voir aussi le juge Basedevant siégeant pour la CIJ dans l'*Affaire du Lotus*, *supra* note 34, a affirmé que : « Si l'abstention est motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir, on pourrait parler d'une coutume internationale. » (*contra* juge Altamira).

<sup>54</sup> 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. Il est du reste possible qu'une pratique abstentionniste se constate pour une règle permissive. Dans le cadre de sa réponse au commentaire américain sur l'Étude du DIHC, 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 : (2007) 89 n° 866 *International Review of the Red Cross* 473, à la p. 476.

plutôt un risque accru de controverse. Les États sont obligés de respecter les règles de droit international. Les États doivent prendre part au processus d'identification et de détermination du droit conventionnel (processus qui prend la forme de négociations et de travaux préparatoires), sans quoi les traités ne verront jamais le jour. Les États, qu'ils soient impliqués ou tiers, ne sont toutefois pas obligés *in abstracto* de contribuer au processus d'identification et de détermination du DIC et ce, même s'ils restent les seuls à pouvoir le mener à terme. Aujourd'hui, on pourrait être tenté d'affirmer que cette contribution au processus du DIC se fait à leurs corps défendant, la voix des États sur la nature de leurs obligations juridiques « outre-conventionnelles » étant relativement faible. C'est de façon simplifiée, la teneur du propos récemment tenu par Watts et Schmitt<sup>55</sup>. Les États n'étant pas désengagés complètement, cette position se doit donc d'être nuancée, ce que nous ne ferons toutefois pas ici, faute d'espace. Nous mentionnons tout de même cet exemple de la difficulté d'obtenir un *opinio juris* étatique clair et étoffé comme une illustration d'un problème de la méthodologie du DIC lorsqu'on l'applique au DIH qui comportent un nombre important de règles prohibitives : les éléments constitutifs sont parfois un peu trop minces et disparates pour fonder une règle solide et bien ancrée autant dans le processus juridique que dans la réalité. Il y a donc un risque accru d'arriver à un ensemble peu représentatif de la réalité complexe de l'ordre international contemporain et des relations qui le composent, rendant ainsi difficile de dégager une tendance générale fondant une règle de droit international coutumier.

## Conclusion

Cette note consigne quelques éléments choisis démontrant les difficultés spécifiques au DIH quant à la méthodologie propre au DIC; il ne s'agit que d'un aspect pointu que l'on retrouve au sein de l'analyse de la théorie des sources du DIP. Cette recherche s'inscrit donc dans un travail de plus grande ampleur qui sera consigné dans une thèse. Celle-ci explorera entre autres les avenues alternatives possibles du DIC applicables au DIH, au-delà de la potentielle obsolescence de la théorie traditionnelle des sources. En effet, comme nous l'avons déjà indiqué, l'état actuel des recherches tend plus vers une bonification du régime existant de la théorie traditionnelle des sources. Les avenues alternatives contemporaines ne sont donc pas tant un désaveu total de la théorie classique que des propositions de bonification de celle-ci dans le but de représenter plus adéquatement la complexité grandissante de l'ordre mondial au XXI<sup>e</sup> siècle<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Schmitt et Watts, *supra* note 31.

<sup>56</sup> Les pistes à explorer seront les suivantes : 1) à l'intérieur du courant naturaliste : l'avenue de l'humanisation (présente chez Meron) et la vision communautariste; 2) à l'intérieur des courants volontaristes et positivistes : la théorie de la validité substantielle (qui a été appliquée dans *l'Affaire Tadic*); 3) à l'intérieur du courant réaliste : les « Grotian moments » et le changement fondamental comme facteur additionnel de formation du DIC (Les « Grotian Moments » de Michael Scharf); la coutume sur échelle variable (de Kirgis) et la logique floue et finalement l'émergence des *proxies* et des *normentrepreneurs*.

Un autre élément à développer est celui du rôle et de la place des organes internationaux intervenant dans le domaine du DIC. Au sein des Nations Unies, plusieurs entités contribuent de façons distinctes et complémentaires au DIC. Comme nous l'avons vu, les contributions de la Commission du droit international au DIC, dans son rôle d'agent favorisant le développement progressif du droit international, sont aussi importantes qu'elles sont sérieuses, mais il ne s'agit pas de la seule entité jouant un rôle dans ce domaine. Les Nations Unies elles-mêmes constituent un forum pour l'expression de l'*opinio juris* des États membres et évidemment, la Cour internationale justice joue elle aussi un rôle proéminent dans l'application du DIC par le truchement de son Statut. Au-delà des Nations Unies, il y a en outre une série d'acteurs qui influencent le DIC applicable en DIH : le CICR, mais aussi tout le Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, présentent un point d'intérêt en la matière, avec ce lien particulier avec les États parties aux Conventions de Genève et le rôle que les États ont dévolu au CICR en tant que gardien du DIH et qui a pris une ampleur considérable au fil des années.

On pense aussi bien sûr aux tribunaux pénaux internationaux ad hoc, plus spécifiquement au Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie. Finalement, le rôle et la place des acteurs périphériques (appelé aussi « normentrepreneurs » dans certains cercles) constituent un objet d'étude des plus intéressants : ceux-ci ne sont peut-être pas au premier plan de la formation du DIH, mais ils se situent dans cette marge floue et grise entre le *black-letter law* et le *soft law*, avec des propositions de manuels, de Lignes directrices et de code de conduite qui exercent une influence et une pression telles qu'ils ne peuvent être ignorés.

Lorsque tous ces éléments sont mis ensemble pour être rassemblés autour du tout cohérent qu'est le droit international coutumier applicable au droit international humanitaire, un constat préliminaire s'impose : la plupart des aveux de désuétude et d'obsolescence de la théorie traditionnelle du DIC tels qu'on les retrouve dans la doctrine et les décisions judiciaires sont amplifiés par le DIH, sans toutefois lui être spécifique. Nos recherches se poursuivront donc pour voir dans quelle mesure nous pourrions présentement être témoins de l'émergence de ce que certains appellent des règles spécifiques de reconnaissance exclusives au droit humanitaire qui viendront bonifier, d'une façon ou d'une autre, le régime des sources du DIP appliquée au DIH<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Voir : Jean D'Aspremont avec la pratique sociale autonomisante et l'approche dynamique de la théorie des sources : « Do Not Say What You Do or Do Not Do What You Say ? » (8 mars 2013) en ligne <<http://ssrn.com/abstract=2230345>>.