

DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

l'Institut de Droit international⁹⁸. Nous reviendrons sur ces questions au chapitre 13.

En résumé

- Selon la doctrine positiviste dominante, les règles « secondaires » du système juridique international relatives à la création des normes prescrivent qu'une règle coutumière procède de deux éléments : un élément objectif, à savoir une pratique uniforme et constante et un élément subjectif (appelé également *opinio juris*), à savoir le sentiment exprimé par les débiteurs de la règle que cette pratique correspond à un commandement du droit international ;
- le droit humanitaire constitue, dans une large mesure, un ensemble de règles prohibitives reposant sur des pratiques qui sont, par hypothèse, abstentionnistes. Autrement dit, ces pratiques se traduisent par des abstentions des Etats concernés. Or, par définition, de telles pratiques sont souvent insaisissables et donc difficile à prouver ;
- à l'heure actuelle, de plus en plus de voix s'élèvent pour que la pratique des acteurs non étatiques directement impliqués au sein de conflits armés, en particulier de conflits armés non internationaux, soit prise en compte dans l'établissement du droit international coutumier. Même si elle paraît se justifier à certains égards, cette conception ne va pas sans susciter des difficultés théoriques et pratiques ;
- en l'absence de pratique abstentionniste, il convient de se tourner vers l'*opinio juris* pour déterminer le statut coutumier d'une règle. Etablir l'élément subjectif de la coutume n'est pas non plus aisé. En effet, les Etats prennent garde à ne pas s'exprimer publiquement sur les comportements qui devraient être exigés de leur part dans le cadre de conflits armés, surtout lorsqu'ils sont non internationaux, et leurs manuels militaires sont souvent silencieux à cet égard ;
- pour une grande partie de la doctrine, les Conventions tant de La Haye que de Genève constituent du droit international coutumier. L'universalité de ces Conventions ne semble cependant pas, à elle seule, suffire pour justifier une telle position ;
- nul ne conteste que l'article 3 commun aux Conventions de Genève et certaines dispositions fondamentales du 2^{ème} Protocole additionnel peuvent être qualifiées de coutumiers ;

⁹⁸ V. l'article 5 de la résolution de l'Institut de Droit international du 27 août 2005 sur les obligations *erga omnes*, document disponible à l'adresse suivante : <http://www.idi-iil.org/>.

LE DROIT HUMANITAIRE COUTUMIER

- le CICR considère que, selon le droit international coutumier contemporain, la plupart des principes applicables aux conflits armés internationaux le sont également aux conflits armés non internationaux. Indépendamment de la question de savoir si ce point de vue reflète la pratique des Etats, ce sont les conséquences concrètes de cette approche qui devraient, avant tout, être évaluées ; au demeurant, cette conception emporte une confusion entre le statut normatif d'une règle et son champ d'application ; et
- qu'il soit coutumier ou conventionnel, le droit humanitaire est constitué, dans son ensemble, de règles à caractère « *erga omnes* ». Celles-ci ne s'élèvent toutefois pas toutes au rang de normes impératives. Seuls les principes fondamentaux ainsi que l'interdiction du génocide sont revêtus de cette qualité.

Bibliographie

ACQUAVIVA, G., « At the Origins of Crimes Against Humanity – Clues to a Proper Understanding of the Nullum Crimen Principle in the Nuremberg Judgment », *Journal of International Criminal Justice*, 2011, pp. 881-903 ; D'ARGENT, P., et D'ASPREMONT, J., « La Commission des réclamations Erythrée – Ethiopie : un premier bilan », *Annuaire français de droit international*, 2007, p. 347-396 ; BAKER, R. B., « Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates », *European Journal of International Law*, 2010, pp. 173-204 ; BOELAERT-SUOMINEN, S., « The Yugoslavian Tribunal and the Common Core of Humanitarian Law Applicable to all Armed Conflicts », *Leiden Journal of International Law*, 2000, pp. 619-650 ; BOTHE, M., « Customary International Humanitarian Law: Some Reflections on the ICRC Study », *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2007, pp. 143-178 ; BUIGNON, F., « Droit international humanitaire coutumier », *Revue suisse de droit international et européen*, 2007, p. 165 et suiv. ; CASSESE, A., « The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law », *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 1984, pp. 55-118 ; CHETAİL, V., « The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2003, pp. 235-269 ; CRYER, R., « Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel: the Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study », *Journal of Conflict and Security Law*, 2006, pp. 236 et suiv. ; DINSTEIN, Y., « The ICRC Customary International Humanitarian Law Study », *Israel Yearbook on Human Rights*, 2006, pp. 1-15 ; EMANUELLI, C., « L'étude du CICR sur le droit humanitaire coutumier : La coutume en question », *Revue générale de droit international public*, 2006, p. 435-444 ; GREENWOOD, C., « International Humanitarian Law and the Tadic Case », *European Journal of International Law*, 1996, pp. 265-283 ; GREENWOOD, C., « Customary Law Status of the 1977 Geneva Protocols », in A. DELISSEN et G. TANJA (dir.), *Humanitarian Law of Armed Conflict Challenges Ahead*, Leiden, Martinus Nijhoff, 1991, pp. 93-114 ; HENCKAERTS, J.-M., « Customary International Humanitarian Law: a Response to US Comments », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2007, pp. 473-488 ; HENCKAERTS, J.-M., « Etude sur le droit international humanitaire coutumier : une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés », *Revue*

DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

internationale de la Croix-Rouge, 2005, p. 289-330 ; MERON, T., « The Geneva Conventions as Customary Law », *American Journal of International Law*, 1987, pp. 348 et suiv. ; MERON, T., « Revival of Customary Humanitarian Law », *American Journal of International Law*, 2005, pp. 817-834 ; MOMTAZ, D., « The ICRC Study on Customary International Humanitarian Law: an Assessment », in L. MAYBEE et B. CHAKKA (dir.), *Custom as a Source of International Humanitarian Law. Proceedings of the Conference to Mark the Publication of the ICRC Study*, New Delhi, CICR, 2006, pp. 71-76 ; PIOTROWICZ, R., « Customary Rules of International Humanitarian Law », *Australian Law Journal*, 2005, pp. 479-482 ; RAIMONDO, F., « The International Court of Justice as a Guardian of the Unity of Humanitarian Law », *Leiden Journal of International Law*, 2007, pp. 593-611 ; RAIMONDO, F., *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, La Haye, Brill, 2008 ; SIMMA, B. et ALSTON, P., « The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles », *Australian Yearbook of International Law*, 1988-1989, pp. 82-108 ; P. TAVERNIER et J.-M. HENCKAERTS (dir.), *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruxelles, Bruylant, 2008 ; VAN SCHAAK, B., « Crimen Sine Lege: Judicial Law Making at the Intersection of Law and Morals », *Georgetown Law Journal*, 2008, pp. 119 et suiv. ; ZYBERI, G., *The Humanitarian Face of the International Court of Justice: Its Contribution to Interpreting and Developing International Human Rights and Humanitarian Law Rules and Principles*, Anvers, Intersentia, 2008.