



**HAL**  
open science

## Autonomie et consolidation du droit international humanitaire

Laurent Sermet

► **To cite this version:**

Laurent Sermet. Autonomie et consolidation du droit international humanitaire. Revue juridique de l'Océan Indien, 2008, 08, pp.129-132. hal-02543145

**HAL Id: hal-02543145**

**<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02543145v1>**

Submitted on 15 Apr 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## **Autonomie et consolidation du droit international humanitaire**

**Laurent SERMET**

*Professeur de droit public à l'Université de la Réunion*

Le droit international humanitaire ou droit des conflits armés, discipline en plein essor pratique et universitaire, se définit comme le droit applicable en période de conflit armé, qu'il soit interne ou international. Le droit des conflits armés, si fragile et pourtant si important, procède d'un paradoxe destructeur et nihiliste : comment peut-on prétendre, de façon réaliste, appliquer et faire respecter la règle de droit en temps de conflit, alors que précisément les mécanismes pacifiques de règlement des conflits ont échoué à maintenir la paix ? La vocation du droit international humanitaire n'est pas de rétablir la paix mais d'accepter, dans une perspective relativement pessimiste, que les adversaires aient la prérogative de se battre y compris jusqu'à leur destruction, pourvu qu'un certain nombre de règles soient respectées. Un droit, finalement, de la dernière chance. Mais, même si cette précision est apportée, on peut douter que la guerre lui soit propice.

Sur le plan matériel, la question des limites du droit international humanitaire se pose étant ses liens de forte connexité avec le droit international des droits de l'homme, le droit international des réfugiés. Cette proximité matérielle mérite la clarification, la rationalisation. Sur le plan formel, le droit international humanitaire se présente comme l'une des branches, l'un des sous-ensembles, du droit international public. Cette appartenance implique-t-elle que les règles et principes méthodologiques du droit international public s'appliquent à lui <sup>1</sup>, lui déniaient ainsi sa singularité ?

Il convient, même brièvement, d'interroger l'autonomie juridique de cette discipline dans le but de participer à sa consolidation. Pour cela, trois considérations peuvent être présentées :

- la vocation et à la fonction de la clause Martens au sein des sources formelles du droit international humanitaire ;
- la perméabilité fonctionnelle du droit international humanitaire : le continuum de la protection juridique ;
- la double garantie du droit international humanitaire : responsabilité internationale et responsabilité pénale.

---

<sup>1</sup> Pour un exemple où les règles du droit international public s'appliquent à une situation relevant du droit international humanitaire : *Cour Internationale de Justice, 3 février 2006, République Démocratique du Congo. Il convient de noter que l'instance saisie se présente comme l'institution judiciaire suprême du droit international public.*

# I - La clause Martens : vocation substitutive et continuum juridique

Classiquement, la formalisation des sources du droit international humanitaire repose sur la division classique binaire entre source conventionnelle et source coutumière. Au sein des sources conventionnelles, les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 et les deux protocoles additionnels du 8 juin 1977 occupent une place prééminente et constituent une part importante du droit humanitaire positif. La coutume humanitaire a été consolidée par une étude entreprise par le CICR en mars 2005, qui a identifié 162 règles coutumières qui prétendent être universellement opposables et ne souffrir d'aucune restriction du type des réserves.

Beaucoup plus originale, et sans équivalent en droit international public en revanche, est la clause Martens<sup>1</sup>. Elle tire son nom de son auteur, un juriste estonien au service du Tsar à la fin XIX<sup>e</sup> s., et précise que dans les situations non couvertes par les textes, et sous entendu non couvertes par la coutume : « *les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'emprise du droit des gens, tels qu'ils résultent des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique* ».

Prima facie, la clause Martens ne se rattache ni au droit conventionnel, ni à la coutume. Elle semble tirer son fondement de considérations formelles extra-légales, qui relèvent éventuellement du droit naturel. Pour certains, la clause « *sert de lien entre les règles positives de droit international relatives aux conflits armés et le droit naturel* »<sup>2</sup>. Cela n'empêche qu'elle soit par la suite happée et reçue par la règle coutumière et/ou la règle conventionnelle<sup>3</sup>. Son inscription au sein de l'art. 1 § 2 du premier protocole additionnel 1977 le démontre et signifie sa juridicisation. Preuve supplémentaire de sa nature positive, l'appréciation portée par la Cour internationale de justice, dans son *Avis sur la licéité de la menace et de l'emploi des armes nucléaires*, 8 juillet 1996, qui a précisé que la clause : « *s'est révélée être un moyen efficace pour faire face à l'évolution rapide des techniques militaires* » (Avis, § 78). La clause a surtout été discutée par les opinions séparées de l'Avis. Le juge Sherhabudden s'est livré ainsi à une analyse approfondie, notamment en ce qui concerne ses trois composantes : les usages établis entre nations civilisées ; les principes d'humanité ; les exigences de la conscience publique. La clause implique qu'il ne saurait y avoir en droit international humanitaire de trou noir ou de vide juridique, qui laisserait la place à une incertitude préjudiciable à la protection juridique des personnes. Elle poursuit précisément une vocation substitutive et laisse entendre que le champ du droit international humanitaire intéresse en particulier le champ de la dignité humaine en temps de conflit.

On objectera, dans une perspective d'argumentation juridique, que les termes de la clause demeurent vagues et incertains. Que recouvrent les « *exigences de la cause publique* » ? Certes. Pour autant, qu'exigent précisément une personne blessée et ou un malade sur un théâtre d'opérations, sinon des soins ? Le contenu de l'expression doit être débattu et sa portée reste ouverte, mais sa finalité est claire : elle sert à compléter les insuffisances de la coutume et du droit conventionnel et permet en cela un continuum juridique, au sein des sources du droit international humanitaire.

---

<sup>1</sup> Voir Rupert Ticehurst, « *La clause Martens et le droit des conflits armés* », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1997, n° 824, pp. 133-142.

<sup>2</sup> *En ce sens, Rupert Ticehurst, op. cit.*

<sup>3</sup> *La clause est apparue sous la forme d'un motif au sien du préambule de la quatrième Convention de la Haye de 1907. Puis les Etats ont privilégié la voie normative en la retenant dans le premier protocole additionnel aux Conventions de Genève, 8 juin 1977, dans l'art. 1 § 2.*

## II – La perméabilité fonctionnelle du droit international humanitaire : le continuum de la protection juridique

L'objet du droit international humanitaire est d'offrir une protection spécifique en cas de conflit armé, qu'il soit international (hypothèse classique) ou interne (hypothèse récente). Dès lors, la question des frontières disciplinaires se pose<sup>1</sup> : comment distinguer le droit international humanitaire du droit international des droits de l'homme ? Comment séparer nettement le droit des réfugiés du droit international humanitaire ? Le terme perméabilité signifie que le droit international humanitaire offre en complémentarité avec d'autres disciplines une garantie juridique adéquate. C'est une autre façon de mettre en évidence le continuum juridique qui existe, cette fois, entre les disciplines connexes.

Droits de l'homme et droit humanitaire poursuivent une même ambition : protéger, reconnaître et opposer aux tiers la part de dignité irréductible de chaque être humain. Mais alors que les droits de l'homme concernent plutôt les valeurs de liberté et d'égalité, le droit international humanitaire consacre plutôt la valeur de dignité. Lorsque la Cour internationale de justice avait évoqué, dans son important arrêt *Détroit de Corfou*, 15/12/1949 : « *les considérations élémentaires d'humanité* », dans le contexte de la circulation maritime internationale des bâtiments de guerre étrangers, on pouvait y déceler les bases d'un 'programme commun' aux deux disciplines. Telle est du reste l'ambition de la *Déclaration de Turku*, 2/12/1990, relatives aux *Standards minimaux d'humanité*<sup>2</sup>. Cette déclaration, qui n'a jamais atteint le stade de la normativité ou même de la soft law, procède par la méthode de l'additionnalité du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire réunis afin d' : « *énoncer les règles humanitaires minima applicables dans toute situation, y compris les situations de violence interne, de trouble, de tensions et de crise, auxquelles il ne peut être dérogé en aucune circonstance* ».

Toute autre est la démarche de la Cour Internationale de Justice dans l'important *Avis sur la construction du mur*, 9 juillet 2004<sup>3</sup>. La Cour expose que les deux disciplines entretiennent des relations de *lex generalis*, s'agissant droit international de l'homme, et de *lex specialis*, s'agissant du droit international humanitaire. Dès lors, trois situations peuvent se présenter : les situations relevant du seul droit international des droits de l'homme, les cas relevant du seul droit international humanitaire et l'hypothèse où les deux branches de droit ont une commune vocation à s'appliquer.

Une délicate distinction disciplinaire se retrouve également en ce qui concerne la proximité entre les droits de l'homme, le droit des réfugiés et le droit international humanitaire, qui ont une « *raison d'être essentiellement humanitaire* »<sup>4</sup>. La notion de réfugié est consacrée à la marge par la 4<sup>ème</sup> CG et le premier protocole (CGIV et PI). Le principe directeur consiste à assimiler les réfugiés et apatrides, au sens des Conventions internationales préexistantes, à des personnes civiles, c'est-à-dire à une catégorie spécifique de non-combattants (art 73 PI). Quant à l'art. 44, 4<sup>ème</sup> CG, il envisage l'hypothèse où la Puissance détentrice ne traitera pas le réfugié comme un étranger ennemi, uniquement sur la base de son appartenance juridique à un Etat ennemi. Au sens de la grande Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, la

---

<sup>1</sup> On n'évoquera pas ici la frontière plus nette entre droit international humanitaire et droit du maintien de la paix et de la sécurité internationale, qui fait appel à l'opposition désormais classique entre *ius in bello* et *ius ad bellum*.

<sup>2</sup> Voir le texte de la déclaration in Nations Unies, E/CN.4/Sub.2/1991/55, 12 août 1991.

<sup>3</sup> Voir CIJ, 9 juillet 2004, *Avis consultatif*, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé.

<sup>4</sup> Voir Assemblée Générale des Nations unies, *Note sur la protection internationale des réfugiés*, 13 sept. 2001. A/AC.96/951,35 p., op. cit., p. 2.

notion est liée à un franchissement de frontière, motivé par la crainte de la persécution du fait de la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un certain groupe social ou les opinions politiques.

Ainsi présentée, même brièvement, la distinction entre les deux disciplines apparaît plus clairement : le droit international humanitaire offre une protection à un réfugié, en tant que composante de la population civile, qui se trouve « coincé » dans un lieu de conflit, alors que le droit international des réfugiés offre au réfugié, motivé éventuellement par les conséquences d'un conflit armé, une protection juridique dans un pays en paix.

Il reste que le droit international n'est pas censé régler la question des personnes déplacées au sein de leur pays. Le cas est fréquent dans l'hypothèse des conflits armés internes, qui est du point de vue de la protection juridique accordée bien moins favorable que le droit des conflits armés internationaux. Une initiative, toutefois, retient l'attention. Elle est relative aux *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes dans leur propre pays* (2001). Là aussi, la méthode de l'additionnalité des règles de droit entre droits de l'homme, droit des réfugiés et droit international humanitaire forme la rationalité directrice du texte. Ainsi est-il mentionné dans l'introduction du texte que : « *les Présents principes reflétant le droit international relatif aux droits de l'homme, le droit international humanitaire et sont compatibles avec eux* ».

### **III – La double garantie du droit international humanitaire : responsabilité internationale étatique et responsabilité pénale individuelle.**

Classiquement, le droit international humanitaire implique en cas de violation des règles qu'il renferme la responsabilité de l'Etat fautif. Surtout, et de façon plus appropriée, on doit évoquer la responsabilité pénale internationale individuelle, qu'elle soit celle du chef de l'Etat ou du combattant, popularisée par les expressions de crime de génocide, de crime contre l'humanité et de crime de guerre.

Le statut de la Cour pénale internationale, adopté sous les auspices des Nations Unies le 17 juillet 1998, a consolidé le cadre classique du droit international humanitaire répressif. Dans les 4 CG de 1949, la notion d'infraction grave ouvrant la porte à une répression territoriale ou extra territoriale était constituée. L'apport du texte de 1998 est d'étendre le la champ du droit international répressif, en définissant trois catégories principales d'infraction, dont l'une d'entre elles seulement dépend de l'existence préalable, en tant que condition formelle d'applicabilité, de l'existence d'un conflit armé. Il s'agit de l'infraction relative aux crimes de guerre. Les notions juridiques de crime de génocide et de crime contre l'humanité sont indépendantes de la notion juridique de conflit armé.

L'introduction de la logique répressive dans le droit international humanitaire conduit à organiser l'internationalisation d'un procès de type pénal, opposant un individu présumé innocent à la communauté internationale, qui détient la prérogative de la poursuite. L'internationalisation du procès pénal est l'un des signes de singularité les plus visibles actuellement du droit international humanitaire, qui se traduit tant au des principes généraux du droit pénal et que principes gouvernant la procédure pénale applicable.