

La cohérence et

le droit international des conflits armés comme système juridique

*Raphaël van Steenberghe**

Résumé/abstract

L'article entend établir le cadre théorique général permettant de s'interroger sur l'élaboration d'un droit commun des conflits armés, entendu au sens d'un droit issu du rapprochement des différentes branches de droit international applicables à de tels conflits et constituant un véritable système juridique. Il est divisé en deux parties.

La première définit le modèle de cohérence mobilisé pour la conception de ce droit commun. Ce modèle s'inspire principalement des théories de la cohérence normative des systèmes juridiques, théories qu'il convient toutefois d'enrichir par d'autres réflexions, en particulier celles de Delmas-Marty sur le pluralisme juridique ordonné. Il se caractérise par deux mouvements. Le premier, horizontal, s'inscrit dans la recherche d'une cohérence formelle ou de coordination entre ensembles normatifs différents. Il vise à l'évitement ou la résolution des conflits de normes entre ces ensembles et peut se réaliser par la mise en œuvre de deux techniques particulières, celles d'internormativité et d'interprétation croisées. Il doit être prolongé par un second mouvement, vertical cette fois, dont l'objectif est d'établir une cohérence matérielle ou une harmonisation entre de tels ensembles. Ce mouvement est fondé sur une hiérarchie de compatibilité entre les solutions de réglementation du système et son économie générale.

La seconde partie de l'article tend à montrer la pertinence de ce modèle de cohérence dans la construction d'un droit commun des conflits armés. Elle constate tout d'abord une recherche de cohérence formelle ou de coordination entre les différentes branches de droit international applicables aux conflits armés et tente de systématiser les échanges horizontaux entre ces branches à la lumière des deux techniques envisagées dans le modèle de cohérence défini dans la première partie. Après avoir montré les insuffisances de ce type de mouvement horizontal, notamment en raison du risque d'atteinte à la protection des personnes qu'il est susceptible d'engendrer, elle propose ensuite la construction d'un droit commun des conflits armés. Ce droit est précisément envisagé sur la base d'une recherche de cohérence matérielle ou d'harmonisation entre les branches de droit international applicables à ces conflits, exigeant une relation hiérarchique de compatibilité des solutions de réglementation issues des échanges horizontaux entre ces branches avec le principe commun à celles-ci. L'article se termine en s'interrogeant sur ce principe commun et en accordant une attention particulière à cet égard à une certaine conception du principe de nécessité militaire, qui permettrait de tenir compte des réalités propres aux conflits armés.

*Professeur de droit international humanitaire à l'Université catholique de Louvain, chercheur qualifié du Fonds national de la recherche scientifique belge et chargé de cours invité à l'Université catholique de Lille et à l'Ecole Royale Militaire belge. La présentation orale du sujet, destinée à la 44^e conférence internationale du Conseil canadien de droit international, peut être visionnée à l'adresse internet suivante : <https://youtu.be/09ti88Xsoe4>.

Introduction

Il est aujourd'hui admis que les conflits armés ne sont plus uniquement régis par le droit international humanitaire mais également par d'autres branches de droit international¹. L'enchevêtrement de ces branches en ce domaine ne va toutefois pas sans susciter plusieurs questions cruciales, tant pratiques que théoriques, notamment en termes d'évitement ou de résolution des conflits (possibles) de normes et d'adéquation de chaque réglementation avec les réalités spécifiques des conflits armés.

C'est dans ce contexte que se pose l'hypothèse d'un droit commun des conflits armés, entendu au sens d'un droit conçu comme un véritable système juridique au sein de l'ordre juridique international et résultant d'un certain rapprochement entre les différentes branches de droit international applicables à ces conflits. Les branches de droit international en question comprendraient non seulement le droit international humanitaire, cadre de référence de ce système juridique car s'appliquant uniquement en temps de conflit armé, mais encore certaines branches également applicables en temps de paix, en particulier les droits de l'homme, le droit international pénal, le droit des réfugiés (au sens large)² et le droit international de l'environnement³.

Le présent article entend établir le cadre théorique général permettant d'élaborer un tel droit international des conflits armés. On constatera que c'est précisément à partir d'une certaine idée de la cohérence, à savoir celle conçue comme un attribut inhérent aux systèmes juridiques, qu'une telle hypothèse est envisageable. Aussi convient-il de cerner tout d'abord le modèle de cohérence auquel on entend faire appel (I), avant de montrer la manière selon laquelle un tel modèle est susceptible de conduire à l'élaboration de ce droit international des conflits armés (II).

I. Modèle de cohérence

Le modèle de cohérence qui semble en l'occurrence le plus pertinent est celui envisagé dans les théories de la cohérence normative des systèmes juridiques, qui conçoivent cette cohérence comme un attribut essentiel de tels systèmes. Ces théories ont été développées par des auteurs comme Bobbio⁴, Dworkin⁵, MacCormick⁶, Villa⁷ et Schiavello⁸. Le recours

¹ V. not. à ce sujet R. van Steenberghe (dir.), *Droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 153 et s.

² Ce droit est en l'occurrence compris comme incluant non seulement le droit des réfugiés au sens strict, principalement règlementé par la Convention internationale relative au statut des réfugiés de 1951 et des conventions régionales telles que la Convention de l'Organisation de l'Unité africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés de 1969, mais également certaines questions connexes au droit d'asile, comme celle relative à la protection subsidiaire prévue par la directive adoptée par le Conseil européen le 29 avril 2004 et prévoyant une protection subsidiaire au statut de réfugié.

³ L'article partage le présupposé selon lequel le droit international de l'environnement ou, à tout le moins, certaines de ses normes restent applicables dans les conflits armés (v. not. à ce sujet K. Mollard-Bannelier, *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*, Paris, Pedone, 2001).

⁴ V. principalement *Teoria dell' Ordinamento Giuridico*, Torino, éd. G. Giappichelli, 1960, en particulier pp. 69 et s.; *Essais de théorie du droit*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1998, en particulier pp. 89 et s.

⁵ V. not. *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986, en particulier pp. 176 et s.

à ces théories se justifie non seulement parce que la cohérence entre normes est en soi préférable pour diverses raisons, notamment de sécurité juridique⁹, mais également parce que celle-ci constitue un attribut de tout système juridique, dont l'étude est particulièrement pertinente lorsqu'il s'agit, comme dans cet article, de concevoir un système à partir d'ensembles normatifs différents. Par ailleurs, comme on le verra, lesdites théories permettent à cet égard d'éviter les écueils d'un formalisme trop rigide sans renoncer à imposer certaines contraintes au système¹⁰ (A). Cela dit, il conviendra de les enrichir, en les adaptant ou les complétant par la prise en compte des travaux qui, bien que ne portant pas directement sur la cohérence, n'en sont guère éloignés et fournissent des solutions plus adaptées à la construction d'un droit commun des conflits armés. On se référera principalement à cet égard aux travaux de Delmas-Marty sur la pluralisme juridique ordonné¹¹ ainsi qu'à ceux de Perelman sur les antinomies en droit¹² (B).

A. Théories de la cohérence normative

L'idée commune des théories de la cohérence normative des systèmes juridiques est celle selon laquelle la cohérence de tels systèmes ne se réduit pas à l'absence de conflits existants ou possibles entre leurs normes. Autrement dit en anglais, la *coherence* d'un système ne se réduit pas à sa *consistency*. Il n'existe pas en français de termes précis permettant de traduire cette différence, *coherent* et *consistent* se traduisant de la même manière par « cohérent ». Il est néanmoins possible d'en rendre compte en français en distinguant entre la cohérence matérielle d'un système (sa *coherence*) et sa cohérence formelle (sa *consistency*).

La cohérence formelle d'un système juridique signifie que celui-ci ne contient pas de contradictions ou, à tout le moins, dispose des outils nécessaires pour éviter ou résoudre ces contradictions. Ces outils sont les règles de conflits de normes, telles que la *lex specialis*, la *lex superior* ou la *lex posterior*. Néanmoins, selon les théories de la cohérence normative, ces règles paraissent inaptes à donner une réponse automatique aux conflits de normes puisque tant la constatation de ces conflits que l'application desdites règles ne constituent pas des opérations purement logiques. Elles impliquent des choix non formels, c'est-à-dire d'ordre substantiel, ce qui entraîne la nécessité de rechercher une contrainte herméneutique qui permette de guider ces choix.

⁶ V. not. « Coherence in Legal Justification », in A. Peczenik, L. Lindahl, B. Van Roermund (eds), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, Boston, Lancaster, Reidel Publishing, 1984, pp. 235 et s.

⁷ V. not. « Normative Coherence and Epistemological Presuppositions of Justification », in P. Nerhot (ed.), *Law, Interpretation and Reality*, Dordrecht, London, Boston, Kluwer, 1990, pp. 430 et s.

⁸ V. not. « On 'Coherence' and 'Law': An Analysis of Different Models », *Ratio Juris*, 2001, pp. 233 et s.

⁹ A. Amaya, « Ten Theses on Coherence in Law », in M. Araszkiewicz, J. Savelka (eds), *Coherence: Insights, from Philosophy, Jurisprudence and Artificial Intelligence* (2013), pp. 257-260.

¹⁰ *Ibid.*, p. 261.

¹¹ V. not. *Ordering Pluralism. A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

¹² *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965.

Cette contrainte est celle qui exige que les solutions issues de l'application des règles de conflit de norme ainsi que, de manière générale, toutes les solutions du système considéré soient – non pas conformes mais – plus ou moins compatibles avec l'« économie générale » de ce système, c'est-à-dire, finalement, avec son principe matériel fondamental (par essence pondérable)¹³, exprimant certaines valeurs réputées communes au système. C'est de cette manière ou, autrement dit, par cette relation hiérarchique – non de conformité mais – de compatibilité plus ou moins importante entre les solutions de réglementation d'un système et son principe général, qu'il est possible d'assurer la cohérence matérielle de ce système ou, dit selon une définition connue de cette cohérence, de faire en sorte que « the multitudinous rules of [the] developed legal system 'make sense' when taken together »¹⁴.

B. Théories enrichies

Il ne s'agit toutefois là que du noyau dur de la notion de cohérence que l'on entend mobiliser. Il est intéressant d'enrichir ce noyau en le complétant par d'autres réflexions qui, non seulement, présentent des liens évidents avec ces théories de la cohérence normative mais, surtout, permettent d'adapter cette cohérence aux spécificités de l'objet d'étude, à savoir l'élaboration d'un droit commun des conflits armés.

On pense principalement aux travaux de Delmas-Marty sur le pluralisme juridique ordonné et la construction d'un droit commun¹⁵. On constate tout de suite que l'objectif est similaire à celui qui est en l'occurrence poursuivi : établir un droit commun à partir d'ensembles normatifs différents. On constate par ailleurs que plusieurs étapes sont nécessaires pour la construction de ce droit commun et que certaines d'entre elles font écho aux deux étapes décrites dans les théories de la cohérence normative, à savoir, la recherche d'une cohérence formelle, qui doit être prolongée par une recherche de la cohérence matérielle du système considéré. On peut rapprocher de ces deux types de recherches deux types de mouvements décrits par Delmas-Marty. Le premier consiste en un mouvement de coordination entre espaces normatifs différents¹⁶, qui se réalise à travers des échanges horizontaux entre ces ensembles normatifs, échanges qui permettent d'éviter, comme dans le cas de la cohérence formelle, des conflits possibles entre leurs

¹³ E. Jouannet, « L'influence des principes généraux face aux phénomènes de fragmentation du droit international contemporain », in R.H. Vinaixa, K. Wellens (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 115-154 ; R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, OUP, 2002, pp. 57 et s.

¹⁴ N. MacCormick, *supra* note 6, p. 238. L'idée selon laquelle la *coherence* d'un système ne se limite pas à sa *consistency* a été illustrée par MacCormick dans son fameux exemple de la réglementation de la vitesse des voitures, dans lequel il envisage une réglementation selon laquelle la vitesse autorisée de chacune des voitures est fonction de sa couleur. Il s'agit bien d'une réglementation qui ne contient pas de contradictions entre ses normes et présente ainsi une cohérence formelle indiscutable mais ce système n'en est pas pour autant *coherent*, si la couleur est uniquement choisie en fonction du goût. Pour l'être, il faut que les solutions prévues par la réglementation soient compatibles avec certaines valeurs communes au système, comme, par exemple, dans le cas de la réglementation de la vitesse des voitures, le fait que « human life ought not to be unduly endangered by motor traffic on the roads ».

¹⁵ *Supra* note 11.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 19 et s.

normes. Delmas-Marty fait état de deux techniques à cet égard : l'internormativité croisée, entendue au sens du renvoi exprès ou apparent d'un ensemble normatif à un autre et vice-versa, et l'interprétation croisée, entendue au sens de l'interprétation d'une norme ou d'un concept d'un ensemble normatif à la lumière d'une norme ou d'un concept d'un autre ensemble normatif et vice-versa.

Selon Delmas-Marty, ce premier mouvement horizontal n'est pas suffisant dans la recherche de la construction d'un droit commun. Il doit se prolonger par un mouvement, vertical cette fois, d'harmonisation entre les différents espaces normatifs¹⁷. Cette harmonisation est rendue possible, comme dans le cas de la cohérence matérielle, en établissant une relation hiérarchique – non de conformité mais – de compatibilité entre deux éléments, dans le cas du droit commun recherché par Delmas-Marty, entre certaines pratiques nationales et une norme internationale¹⁸. Une telle harmonisation introduit ainsi une verticalité nécessaire à l'élaboration de ce droit commun.

Il est intéressant de constater que l'on retrouve également cette idée d'harmonisation, impliquant une relation hiérarchique de compatibilité, dans les études dirigées par Perelman sur les antinomies en droit¹⁹. On peut en effet lire dans l'une de ces études, celle rédigée par Huberlant sur les antinomies et le recours aux principes généraux²⁰, qu'« un système de droit doit nécessairement être cohérent au sens où il ne peut y avoir de contradictions possibles entre ses normes mais il doit par ailleurs y avoir entre celles-ci une harmonie qui se manifeste par la concordance des solutions choisies et découle de l'esprit général du système ». Cet esprit général est dicté, selon l'auteur, par les principes généraux qui fondent le système, comme dans le cas des théories de la cohérence normative s'agissant de l'étape de la cohérence matérielle.

II. L'élaboration d'un droit commun des conflits armés

Il convient de déterminer la manière dont cette notion de cohérence envisagée dans les théories de la cohérence normative des systèmes juridiques et enrichie par d'autres réflexions est susceptible de conduire à la construction d'un droit international commun des conflits armés. Conformément à ces théories, on doit s'interroger sur l'existence d'une cohérence formelle ou coordination entre les différentes branches de droit international applicables aux conflits armés (A) avant d'envisager l'hypothèse d'une cohérence matérielle ou harmonisation entre celles-ci, impliquant la conception d'un droit commun des conflits armés issu du rapprochement desdites branches (B).

¹⁷ Ibid., pp. 39 et s.

¹⁸ M. Delmas-Marty, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », texte disponible à l'adresse http://er.uqam.ca/nobel/ieim/IMG/pdf/article_Dalloz.pdf, p. 12.

¹⁹ Supra note 12.

²⁰ « Antinomies et le recours aux principes généraux », in C. Perelman (dir.), supra note 12, p. 212.

A. Cohérence formelle et coordination

Dans la pratique contemporaine relative aux conflits armés, pratique entendue au sens large et incluant les textes et la jurisprudence, on constate une tendance certaine à assurer ce que l'on pourrait précisément qualifier de cohérence formelle entre les différentes branches de droit international applicables à de tels conflits. Cette pratique témoigne en effet clairement du souci des acteurs concernés, sinon de résoudre, à tout le moins d'éviter les conflits possibles entre ces branches. Mais cet objectif est le plus souvent poursuivi, non pas sur la base de l'ensemble des critères habituellement présentés dans les théories de la cohérence normative, mais selon les deux techniques identifiées dans les travaux de Delmas Marty, à savoir, comme on l'a vu, l'internormativité et l'interprétation croisée.

Il y a en effet de nombreux exemples d'internormativité croisée entre les branches de droit international applicables aux conflits armés. Les plus connus sont ceux qui concernent le droit international humanitaire et les droits de l'homme avec, notamment, l'article 75 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 qui prévoit une série de garanties fondamentales inspirées des droits de l'homme et, en sens inverse, le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant qui concerne l'implication de ceux-ci dans les conflits armés et s'inspire des dispositions réglementant la même question en droit international humanitaire. On peut néanmoins également identifier de nombreux cas d'internormativité croisée entre le droit international humanitaire et d'autres branches applicables dans les conflits armés, comme le droit des réfugiés, avec, par exemple, l'article 45, §4, de la Convention de Genève IV de 1949 qui interdit le transfert des personnes protégées dans un pays où elles peuvent craindre des persécutions en s'inspirant du droit des réfugiés et, en sens inverse, la référence au conflit armé, notion propre au droit international humanitaire, dans la définition du champ d'application de la protection subsidiaire au statut de réfugié prévue au niveau européen²¹. Il existe également des cas d'internormativité croisée entre le droit international humanitaire et le droit international de l'environnement. En témoignent, notamment, la règle 44 de l'étude du Comité international de la Croix Rouge (CICR) sur le droit international humanitaire coutumier qui inclut le principe de précaution du droit international de l'environnement et, en sens inverse, le renvoi indirect à la clause *Martens*, spécifique au droit international humanitaire, dans certains instruments protecteurs de l'environnement²². Des cas d'internormativité croisée sont également apparents entre le droit international humanitaire et le droit international pénal, avec, par exemple, l'article 86, §2, du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 qui établit le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique, propre au droit international pénal, et, en sens inverse, la plupart des dispositions (de droit international humanitaire) dont la violation est érigée en crime de guerre dans le Statut de la Cour pénale internationale.

²¹ Cf. *supra* note 2.

²² V. not. l'article 10 de la convention des Nations unies sur les cours d'eau internationaux de 1997.

La seconde technique de coordination, celle de l'interprétation croisée, paraît également pertinente en ce qui concerne les échanges horizontaux existant entre les différentes branches de droit international applicables aux conflits armés. De telles interprétations ne sont pas seulement le résultat de l'application du mécanisme bien connu de la *lex specialis*, principalement mis en œuvre pour l'interprétation des droits de l'homme à la lumière du droit international humanitaire, notamment par la Cour internationale de Justice²³, la Commission interaméricaine des droits de l'homme²⁴ et certaines juridictions nationales²⁵. D'autres mécanismes sont également mobilisés à cet effet. Il en va ainsi du mécanisme d'interprétation systémique, qui paraît appliqué en pratique soit de manière explicite comme dans certains cas d'interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme de ces droits à la lumière du droit international humanitaire²⁶, soit de manière implicite comme dans les cas d'interprétation par des autorités administratives nationales de certains aspects du droit des réfugiés au regard du droit international humanitaire²⁷ et de l'interprétation du droit international humanitaire à la lumière du droit international de l'environnement, telle que semblent l'envisager certains juges de la Cour internationale de Justice²⁸. Un autre mécanisme à prendre en compte est l'application de dispositions d'un traité (interprétées comme) permettant le recours à des sources externes. Il en va par exemple des articles 29 et 60, respectivement de la Convention interaméricaine des droits de l'homme et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, utilisés pour l'interprétation de ces droits à la lumière du droit international humanitaire²⁹. Il en va également ainsi des dispositions établissant la compétence matérielle de certains tribunaux pénaux internationaux, impliquant le recours par ces tribunaux au droit international humanitaire dans la détermination du contenu des crimes de guerre relevant de leur compétence³⁰. Il en va enfin de même de l'article 21 du Statut de la Cour pénale internationale, susceptible d'être utilisé par la Cour pour interpréter le droit international humanitaire à la lumière des droits de l'homme.

²³ V. not. CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis du 8 juillet 1996, *Rec.* §25.

²⁴ V. not. *Third report on the human rights situation in Colombia*, chapter IV, disponible à l'adresse <http://www.cidh.org/countryrep/colom99en/chapter-4.htm>, §11.

²⁵ V. not. HCJ 769/02, 11 December 2005, §18.

²⁶ V. not. CEDH, *Varnava et autres c. Turquie*, arrêt du 18 septembre 2009, §185 ; *Hassan c. Royaume-Uni*, arrêt du 16 septembre 2014, §102.

²⁷ V. not. les arrêts rendus par le Conseil belge du contentieux des étrangers, en particulier les arrêts n°13.171 du 26 juin 2008, §6.4 ou n°17.522 du 23 octobre 2008, §4.10.

²⁸ V. l'opinion individuelle du juge Weeramentry dans CIJ, *Projet Gabcikovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.* pp. 114 et s.

²⁹ V. not., respectivement, Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Ituango Massacres v. Colombia*, 1 July 2006, §179 et Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *République démocratique du Congo c/ Burundi, Rwanda, Ouganda*, communication 227/99, mai 2003, §70.

³⁰ V. not. l'article 3 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

B. Cohérence matérielle et harmonisation

Bien que de nombreux échanges horizontaux existent entre les différentes branches de droit international applicables aux conflits armés et permettent ainsi d'éviter les conflits possibles entre ces branches, les mécanismes qui en sont à l'origine ne fournissent pas de solution automatique à cet égard. Comme le montrent les théories de la cohérence normative, le constat des conflits possibles entre lesdites branches et surtout l'application des mécanismes précités de résolution ou d'évitement de conflits de normes sont des opérations qui ne sont pas purement formelles, contrairement à ce qu'elles laissent paraître. Elles impliquent des choix reposant sur des considérations d'ordre matériel. Ces choix ne devraient pas être aléatoires, c'est-à-dire varier d'un cas à l'autre. D'où la nécessité de rechercher une contrainte herméneutique générale d'ordre non formel susceptible de guider ces choix.

C'est sans doute ce à quoi la Commission du droit international a fait brièvement allusion dans son rapport de synthèse sur la fragmentation du droit international, s'agissant de l'application du principe de la *lex specialis* aux conflits possibles entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme, principe dont l'application suppose en effet de distinguer le spécial du général. Le rapporteur se demande « [d]ans quelle mesure l'expression factuelle 'conflit armé' influe-t-elle sur le sens de l'expression 'privation arbitraire de la vie' figurant à l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques »³¹. Il conclut à ce sujet qu'« il n'y a *pas de formule unique* [et qu'] il faut évaluer le poids des différentes considérations sans se contenter d'exprimer une préférence, mais en prenant appui sur *les objectifs systémiques du droit* qui permettent d'interpréter celui-ci et de le situer dans son contexte »³².

Par ailleurs, se limiter à l'application des mécanismes de résolution ou d'évitement de conflits de norme entre les différentes branches de droit international applicables aux conflits armés sans que cette application ne soit guidée est susceptible de réduire la protection des personnes, que ce soit en temps de paix ou en temps de conflit armé. S'agissant du temps de paix, on peut penser à l'interprétation possible de certaines notions du droit d'asile à la lumière du droit international humanitaire, notamment de la notion de conflit armé mentionnée dans la protection subsidiaire à celle de réfugié en droit européen³³. Une telle interprétation, sur la base des mécanismes de conflits de norme comme celui de l'interprétation systémique, mécanisme implicitement appliqué par certaines autorités administratives nationales³⁴, est susceptible de réduire le champ d'application de cette protection subsidiaire. Cette question s'est posée devant la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'affaire *Diakité*³⁵. Tout en acceptant (implicitement)

³¹ Doc. UN A/CN.4/L.682., 13 avril 2006, p. 63, §107.

³² Ibid (it. aj.).

³³ Supra note 2.

³⁴ V. not. supra note 27.

³⁵ CJUE, *Aboubacar Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, arrêt du 30 janvier 2014.

que la notion de conflit armé déterminant l'application de cette protection subsidiaire pouvait s'inspirer du droit international humanitaire, la Cour a néanmoins conclu qu'elle s'en distinguait à plusieurs égards, dans la mesure où elle devait être compatible avec le principe fondateur spécifique du droit des réfugiés, celui du non-refoulement. Autrement dit, la notion de conflit armé propre au droit international humanitaire devait être « traduite » en fonction de la grammaire propre au droit qui la réceptionne³⁶, en l'occurrence le droit des réfugiés, afin de ne pas porter atteinte à son principe fondateur et permettre, par la même occasion, une meilleure protection des personnes réfugiées³⁷.

De même, l'absence de contrainte herméneutique permettant de guider les choix dans l'application des mécanismes de résolution ou d'évitement de conflits de norme entre les différentes branches de droit international applicables aux conflits armés est susceptible de réduire la protection des personnes en temps de conflit armé. De manière générale, la mise en œuvre non éclairée des mécanismes de résolution ou d'évitement des conflits de normes peut entraîner l'application, en temps de conflits armés, d'exigences irréalistes, inspirées de branches également applicables en temps de paix. Certains auteurs n'ont pas manqué, notamment dans le cadre des discussions récentes sur la possibilité d'une réglementation des conflits armés par de telles branches, de souligner la dimension nécessairement pragmatique que devait en toute hypothèse revêtir une telle réglementation, au risque de voir non seulement ses normes mais également toutes celles applicables aux conflits armés discréditées par les acteurs concernés³⁸. Autrement dit, un droit international des conflits armés qui se voudrait trop idéaliste, en raison de l'influence exercée par lesdites branches, est susceptible de réduire, voire d'anéantir, la protection des personnes qu'il est censé offrir.

De telles préoccupations se posent notamment en ce qui concerne l'application, directe ou indirecte (c'est-à-dire, dans ce second cas, par le truchement de l'inter-normativité ou de l'interprétation croisée), des droits de l'homme aux conflits armés, particulièrement lorsque ces conflits sont de nature interne. L'opinion selon laquelle ces droits sont applicables (que ce soit directement ou indirectement) à toutes les parties à de tels conflits pose inévitablement la question de la capacité matérielle, voire parfois légale, des groupes armés à respecter ces droits. A l'inverse, l'opinion n'imposant le respect de ces droits que dans le chef des Etats soulève, quant à elle, la question du respect du principe de l'égalité

³⁶ V., au sujet de cette notion de traduction, F. Ost, *Traduire – Défense et illustration du multilinguisme*, Paris, Fayard, 2009.

³⁷ V. en ce sens les conclusions de l'avocat général M. Paolo Mengozzi dans l'affaire *Aboubacar Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, supra note 35.

³⁸ V. not. Y. Shany, « Human Rights and Humanitarian Law as Competing Legal Paradigms for Fighting Terror », *Hebrew University International Law Research Paper*, No. 23-09, 2009, p. 24 ; M. Sassoli, J. Grignon, « Les limites du droit international pénal et de la justice pénale internationale dans la mise en œuvre du droit international humanitaire », in A. Biad, P. Tavernier (dir.), *Le droit international humanitaire face aux défis du XXI^e siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 148.

des belligérants³⁹, principe dont on sait qu'il est fondé sur une réalité essentielle des conflits armés, selon laquelle tout déséquilibre dans l'étendue des obligations incombant aux belligérants risque de conduire au non-respect de ces obligations par celui qui devrait observer les charges les plus lourdes. De même, par exemple, on peut se demander si l'application du droit international pénal, en particulier devant la Cour pénale internationale dont le Statut tend à renouer avec un principe de légalité formelle, n'est pas susceptible de porter atteinte à la nécessaire flexibilité du droit international humanitaire, en le figeant, dans la situation où la Cour serait amenée à recourir à ce droit, plutôt qu'à son Statut ou aux Eléments des crimes, pour déterminer le contenu des crimes relevant de sa compétence⁴⁰. Plus particulièrement, l'application de certains principes du droit international pénal, comme celui de la responsabilité du supérieur hiérarchique, à l'ensemble des conflits armés, qui ne tiendrait pas compte des spécificités matérielles de certains acteurs impliqués dans ces conflits, en particulier les groupes armés, risque de mener à des solutions intenables en pratique⁴¹.

On comprend dès lors qu'il convient d'identifier une contrainte générale permettant de guider de manière cohérente les échanges horizontaux entre les différentes branches de droit international applicables aux conflits armés. On peut précisément s'inspirer une nouvelle fois à cet égard des théories de la cohérence normative des systèmes juridiques, enrichies par d'autres réflexions comme celles de Delmas-Marty, qui permettent d'envisager une réglementation commune cohérente à partir d'ensemble normatifs différents. Ainsi, la contrainte en question reviendrait à exiger que les solutions issues de l'application des mécanismes de conflits de normes entre les différentes branches de droit international applicables aux conflits armés soient – non pas conformes mais – plus ou moins compatibles avec le principe matériel fondateur d'une réglementation commune des conflits armés issue du rapprochement de ces branches. Autrement dit, l'application d'une telle contrainte conduirait à passer d'un mouvement de coordination entre lesdites branches à un mouvement d'harmonisation. Un tel mouvement permettrait d'assurer la cohérence non plus seulement formelle mais matérielle cette fois entre ces branches et de concevoir ainsi un droit international commun des conflits armés comme système juridique, impliquant une relation hiérarchique de compatibilité entre les solutions de réglementation qu'il prévoit et son principe matériel fondateur.

Cela dit, encore convient-il d'identifier un tel principe. L'hypothèse envisagée est celle d'un principe commun aux règles (directement ou indirectement) applicables aux conflits armés, que ces règles proviennent du droit international humanitaire ou d'autres branches de droit international également applicables à de tels conflits. Il ne s'agit pas d'un principe qui

³⁹ V. not., en ce sens, S. Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford, OUP, 2012 pp. 241 et s.

⁴⁰ V., au sujet de cette hypothèse, J. de Hemptinne, « Réflexion sur l'évolution des rôles normatif et judiciaire des juges pénaux internationaux », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2011, pp. 525-544.

⁴¹ V. en ce sens M. Sassoli, J. Grignon, *supra* note 38, p. 147.

serait commun, de manière générale, à toutes ces branches et donc à toutes leurs normes, que celles-ci s'appliquent ou non (directement ou indirectement) dans les situations de conflits armés. A cet égard, d'aucuns, comme Trindade⁴² ou Le Bris⁴³, envisagent le principe d'humanité comme constituant un tel principe. Cela dit, un seul et même principe ne peut fonder une réglementation commune à la fois des situations de conflits armés et des situations de paix. Ces situations sont foncièrement différentes et le principe fondant leur réglementation doit nécessairement être différent. Il faut donc chercher à identifier ce qui différencie essentiellement la réglementation du phénomène guerrier des règles également applicables en temps de paix. On peut s'inspirer à cet égard de l'idée exprimée par la Commission du droit international sur la notion de nécessité dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité internationale des Etats, selon laquelle « the military necessity [is the] justifying factor inherent in all rules of [international humanitarian law] which, in derogation from the rules applicable in peacetime, permits resort to measures meeting the needs of the extreme circumstances prevailing in situations of armed conflict »⁴⁴. Aussi peut-on envisager comme principe matériel fondamental d'un droit international commun des conflits armés, non pas un hypothétique principe commun d'humanité, mais un principe qui renverrait à une certaine conception du principe de nécessité militaire. Ce dernier principe est peu étudié⁴⁵ mais la doctrine existante n'exclut pas qu'il puisse jouer un rôle lorsque la réglementation en cause n'est pas claire, en fournissant un cadre herméneutique pour l'interprétation de cette réglementation et en permettant de formuler des solutions tenant compte des circonstances propres aux conflits armés, telles que la capacité matérielle des belligérants, leur degré de contrôle du territoire ou la nature particulière du conflit⁴⁶.

Conclusion

Les développements qui précèdent semblent finalement faire écho à ce que Pictet soutenait déjà dans les années soixante-dix dans ses études relatives aux principes du droit humanitaire, droit qu'il entendait comme incluant le droit international humanitaire au sens strict et les droits de l'homme⁴⁷. En effet, dans ces études, Pictet souligne tout d'abord le rôle herméneutique capital des principes généraux en droit humanitaire, principes qui, selon lui, « inspirent l'ensemble de la matière et offrent des solutions pour les cas non prévus »⁴⁸. Il formule ensuite ce qu'il considère être le principe général de son droit humanitaire, principe suivant lequel « le respect de la personne humaine et son

⁴² A.C. Trindade, *International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 511 et s.

⁴³ C. Le Bris, *L'humanité saisie par le droit international*, Paris, LGDJ, 2012, pp. 45 et s.

⁴⁴ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-deuxième session, Doc. UN A/35/10, 1980, p. 44, §27. V. également N. Melzer, « Targeted killing or less harmful means ? - Israel's High Court judgment on targeted killing and the restrictive function of military necessity », *YIHL*, 2006, p. 105.

⁴⁵ V. not., en ce sens, R. Kolb, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », in *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2007, p. 150.

⁴⁶ V. not. Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, 1986, §§ 1382 et s.

⁴⁷ V. not. *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, Leiden, Sijthoff, 1973.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 30.

épanouissement seront assurés dans toute la mesure compatible avec l'ordre public et, en temps de guerre, avec les exigences militaires »⁴⁹. Enfin, il ne manque pas d'insister sur le fait que la réglementation en droit humanitaire ne doit pas « viser trop haut » au sens où « des dispositions [...] trop peu réalistes, fruit d'un humanitarisme échevelé, ne seraient tout simplement pas acceptées, ou, du moins, pas respectées, et le but serait manqué »⁵⁰.

La mise en garde contre une réglementation qui ne tiendrait pas compte des réalités spécifiques des conflits armés est claire. Elle demeure particulièrement pertinente de nos jours compte tenu de la tendance actuelle à admettre l'applicabilité à de tels conflits de normes relevant de branches de droit international également applicables en temps de paix. Les théories de la cohérence normative des systèmes juridiques, complétées par d'autres réflexions qui y sont liées, offrent à cet égard un moyen de concevoir une articulation harmonieuse entre le droit international humanitaire et ces autres branches de droit international et d'envisager, sur cette base, une réglementation commune des conflits armés, qui prenne en considération les réalités propres de ces derniers.

* *

*

⁴⁹ Ibid, p. 31.

⁵⁰ Ibid., p.18.