

IV

DE L'EVOLUTION ET DE LA TERMINOLOGIE DES RAPPORTS ENTRE LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE (DIH) ET LE DROIT DES DROITS DE L'HOMME

.....

CHRISTOPHE SWINARSKI

Consultant international en droits de l'homme et droit international humanitaire.

«we may further reasonably assume that the making of the distinction which the existence of given words implies must serve some purpose, however unfathomable, to whatever extent that purpose may be a mixed product of imagination and reason, of the less conscious and the more conscious processes of mind, of intentions and happy accident, of particular social circumstances and development »
(Ph. Allott « Eunomia : New Order for a New World », Oxford University Press, Oxford-New York, 1990, pp. 10 et 11).

I. Propos liminaires

1. La nature, le développement et le rôle dans la normative internationale contemporaine des rapports entre le droit international humanitaire (DIH) et le droit des droits de l'homme se trouvent aujourd'hui, de plus en plus, au centre de la problématique courante du droit international. Ce n'est pas seulement le fait de la doctrine, mais aussi celui d'instances normatives et de processus d'interprétation de ce droit. Ce fait correspond sans doute, en premier lieu et avant tout, aux besoins croissants de l'application de ces deux droits dans les réalités de la communauté internationale. Pour reprendre R.J. Dupuy « Le signe premier de cette évolution apparaît dans la disparition progressive de la distinction traditionnelle du droit humanitaire et des droits de l'homme... »¹ « Droits de l'homme et droits de l'humanité sont alors en conjonction... »²

Cette conjonction s'énonce, pour ne pas dire s'organise, depuis déjà un certain temps, à l'aide des concepts, qui portaient du souci de lui assurer une cohésion, tout en aboutissant souvent à la rendre encore plus difficile à appréhender, tant il est vrai que leur emploi indiscriminé peut obscurcir davantage les rapports étudiés, au lieu de le rendre opératifs et plus

facilement utilisables dans le cadre de nécessités de la protection par les systèmes en question.

En effet, tout un langage s'est institué autour de ces systèmes dont ces observations se proposent d'aborder quelques aspects, avec la conviction qu'au-delà de leurs simples connotations, les termes qu'on utilise constituent une sorte de sémantique juridique, capable d'influencer le cours que prend non seulement l'étude des rapports entre le DIH et les droits de l'homme, mais aussi, dans une large mesure, la perception même des effets de protection de ces deux systèmes normatifs.³

II. Phases du débat

2. Tout d'abord, il convient de rappeler que la coexistence entre le DIH et les droits de l'homme a traversé au moins trois étapes successives, qui ont considérablement conditionné la situation actuelle.

Au début, à savoir dans les années quarante et cinquante du siècle passé, le débat s'est établi principalement autour de l'interdépendance normative au sein du droit international de ces deux corps de normes ; le premier DIH profondément ancré dans le classique droit de la guerre, le second,

nouvellement apparu à partir des fondements de la Charte des Nations Unies.

Comme on le sait, trois thèses ont tenté d'expliquer les rapports normatifs à cet égard. La première, résolument séparatiste partait de la prémisse qu'il ne fallait surtout pas rechercher le dénominateur commun entre les règles originellement conçues pour régler la situation de conflits armés, et celles qui se proposaient de fonder un nouvel ordre international sur le respect de l'être humain en tant que la voûte d'un système de sécurité collective, tout en interdisant en principe le recours à l'usage de la force. Une telle antinomie devait à jamais exclure qu'on ait pu arriver à une confusion entre les règles devant désormais s'appliquer surtout à des circonstances exclues de la portée du nouveau droit international. On ne saurait ne pas remarquer que la thèse « *séparatiste* » impliquait que les cas d'exception au principe d'interdiction du recours à la force, à savoir la guerre contre l'agression, les mesures du chapitre VII de la Charte et, comme postérieurement admis, la guerre de libération nationale et les conflits assimilés, se seraient toujours conformés aux standards de droits de l'homme, rendant ainsi superflue l'intervention dans ces cas de la normative humanitaire, tout en moins à titre principal de protection. En d'autres termes, la thèse tenait compte surtout de la part de protection du DIH, c'est-à-dire le « droit de Genève », laissant en quelque sorte de côté la matière du « droit de la Haye ».

À l'opposé, la thèse « *intégrationniste* » voulait faire englober le classique droit humanitaire dans les nouveaux droits de l'homme, principalement sur la base de l'ordre chronologique de leurs apparitions respectives en droit international positif d'une part, et de l'autre, du critère que les deux systèmes partageaient la même finalité (*ultima ration legis*), celle de protéger internationalement l'être humain. Le droit humanitaire *sensu stricto* et le droit de l'homme auraient formé, pour les partisans de cette thèse, un ensemble normatif de droit humanitaire *sensu largo*. Il faut noter que cette thèse n'abordait pas du tout le problème de la différence fondamentale de la titularité de l'individu aux termes de deux systèmes ; dans le DIH celui-ci restait toujours seulement le destinataire de ses normes, lorsque, dans le second il en devenait en plus un véritable titulaire.

Finalement, c'est la troisième thèse qui a prévalu. Pour ses protagonistes les deux systèmes étaient appelés à devenir mutuellement complémentaires. Pour la thèse « *complémentariste* »

il devait s'y établir, tant sous l'angle des champs d'application respectifs, que sur le plan des effets de la protection, une relation de mutuelle subsidiarité, et parfois de superposition, surtout quant aux effets de la protection.⁴

3. Le cadre organique du débat étant ainsi posé, la deuxième étape a été surtout marquée par la nouvelle dynamique normative de deux droits, dont les points culminants respectifs ont été, pour le DIH, l'élaboration et l'adoption, en 1977, de deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1949, et, pour les droits de l'homme, les travaux visant à l'adoption de deux Pactes universels des droits de l'homme, en 1966.

À cette étape, la discussion a pris un autre tournant, où non seulement les rapports entre les deux corps normatifs en tant que tels, mais l'interpénétration entre leurs normes précises est devenue son sujet principal.

À l'étape précédente, en dépit de plusieurs affirmations pour le contraire, il n'existe de traces, ni au niveau des travaux préparatoires, ni sur le plan herméneutique, d'influences directes entre l'élaboration de la Déclaration Universelle de Droits de l'Homme (adoptée le 10 décembre 1948) et les Conventions de Genève (du 12 août 1949). On se réfère dans la littérature en termes généraux, à l'impact de la Deuxième Guerre Mondiale et au « choc de Nuremberg » pour affirmer au moins une filiation commune de ces instruments.⁵ Pourtant, un examen des textes ne la confirment guère. Tout au long du débat sur la Charte, les références au DIH ont été absentes, mais, ce qui est encore plus surprenant, les références aux travaux sur la Déclaration n'ont été point plus présentes lors de l'élaboration des Conventions de Genève, même sur le fameux article 3 commun, visant pour la première fois les conflits non-internationaux et contenant essentiellement les garanties de droits de l'homme. Une récente analyse approfondie des concepts invoqués lors de l'élaboration de la Déclaration,⁶ tout autant que le commentaire principal des Conventions⁷ le démontrent. Ainsi, peut-on parler d'inspiration commune, bien plus que d'une interaction normative à cette première étape.

En revanche, cette dernière est tout à fait évidente à la deuxième étape.

La Conférence de Téhéran, où, tout d'abord, une résolution sur le « Respect and Enforcement of Human Rights in the Occupied Territories » appelait à l'application conjointe des droits de l'homme et du

DIH et, après, la résolution XXIII sur le « Respect du droit de l'homme en période de conflit armé » ont été adoptées. Cette dernière a été suivie, déjà en 1968 par la fameuse résolution 2444 / XXIII de l'Assemblée Générale de l'ONU, par laquelle, le Secrétaire Générale a été chargé de « étudier les mesures qui pourraient être prises pour assurer une meilleure application des conventions et des règles de caractère humanitaire existant lors de tout conflit armé », ainsi que « la nécessité d'élaborer de nouvelles conventions internationales de caractère humanitaire..... »⁸

La notion de « droits de l'homme applicables dans les conflits armés » venait de naître, en articulant, une fois pour toutes, le lien, désormais incontournable, entre des situations d'applicabilité du DIH et des droits de l'homme.

En DIH ce même lien a été entériné par le Protocole additionnel de 1977. On y a, avant tout, reconnu *expressis verbis* que les garanties fondamentales de la personne humaine en DIH, s'inspirait des celles d'instruments de droits de l'homme, en ce qui concerne les conflits internationaux, et l'on y a puisé, jusqu'à leur substance dans ce même domaine en ce qui est des conflits non-internationaux.

4. La prolifération des régimes spécifiques de protection internationale de la personne humaine, fondés sur les instruments particuliers à vocation universelle ou régionale, a, plus encore, rendu complexe les rapports entre le DIH et les droits de l'homme, comme ces derniers venaient de s'enrichir des nouvelles normes et procédures adoptées sur la base d'autres traités pas nécessairement appartenant au cadre du *corpus iuris* de droits de l'homme, proprement dit. Plusieurs d'entre eux avaient pourtant des incidences directes ou indirectes sur l'application et la mise en œuvre des dispositions du DIH. La complexité des rapports entre les normes, provenant des différents systèmes et applicables par de différents organes devenait parfois inextricable, autant pour les décideurs internationaux, que, pour les destinataires de ces normes, ces derniers ne sachant pas trop lesquelles d'entre elles correspondaient de manière la plus adéquate à leurs besoins de protection.

Il devenait de plus en plus important de compléter la classification existante de ces normes en droit international, basée surtout sur un critère « systémique », à savoir la provenance de la norme d'instruments composant une branche matérielle du droit international (droit humanitaire, droits de

l'homme, droit du travail etc.), ou encore sur un critère « organique », c'est-à-dire celui de l'organe principal chargé de l'appliquer ou/et d'en contrôler l'observance (organes de l'ONU, organes de la Convention Européenne, Américaine ou Africaine, CICR etc.) par une classification « situationnelle », qui s'attacherait davantage aux circonstances de la protection, et encore plus aux effets que les différents systèmes normatifs étaient aptes à produire pour les concernés.

Une telle classification des systèmes existants de la protection par le droit international de la personne humaine peut se concevoir comme suit :

La première catégorie contiendrait des règles de protection à la disposition de tout individu en tant que membre de l'Humanité (« Mankind »). Pour pouvoir s'en réclamer, il suffit d'en être membre (actuel ou virtuel) ;

La deuxième catégorie de ces règles s'appliquerait à l'individu en fonction de sa qualité objective (à savoir indépendante de sa volonté) dans la société humaine, telles, par exemple, les règles protégeant spécifiquement la femme, l'enfant, l'handicapé etc.

Le troisième groupe des règles entendraient pouvoir à la protection de l'individu selon sa fonction dans la société humaine (fonction susceptible de changer). Dans cette catégorie, l'on trouverait, par exemple, les normes internationales sur le travail ou les règles internationales médicales.

Finalement, la quatrième catégorie se composerait des règles applicables à l'individu, qui, de *iure* ou de *facto* perdrait la pleine protection du droit interne, se trouvant ainsi dans le besoin des règles internationales. Il s'agit des situations d'urgence, voire d'exception, par rapport à des situations ordinaires. Le DIH et le droit des réfugiés en constitueraient des exemples.

Il va de soi, qu'une telle catégorisation n'est pas exhaustive. Un être humain peut, au même moment, avoir besoin de protection à plus d'une de ces catégories.

Cependant, d'autres catégorisations existantes n'étant, elles non plus, exhaustives, celle-ci permettrait de mieux cerner les situations, dans lesquelles plusieurs normes peuvent simultanément produire des effets de protection, sans qu'il soit d'emblée nécessaire d'aborder la question de « convergences » entre plusieurs systèmes normatifs

distincts.⁹

Or, pour la question qui nous intéresse à savoir les rapports entre le DIH et les droits de l'homme, «..... indépendamment de l'influence que les normes d'un certain ordre juridique peuvent exercer sur celles d'un autre, il y a des cas, dans lesquels une norme présentant des potentialités plus larges est elle-même entendue et incorporée dans un ordre différent, et même supérieur. Une telle situation et loin d'être simple. En effet, l'extension – on peut dire la transplantation – d'une norme dans un ordre juridique différent peut entraîner une modification plus ou moins importante de son contenu dans un nouveau milieu juridique, du fait de son adaptation et de son interprétation dans un ordre différent ».¹⁰

C'est précisément cette difficulté que rencontrent souvent les normes des deux droits en question, et c'est bien celle-ci que la catégorisation « situationnelle » permettrait d'éviter.

5. La troisième phase du débat sur les rapports entre le DIH et les droits de l'homme qui commence pendant les années quatre-vingt, se prolonge jusqu'à nos jours. Il y va surtout de leur applicabilité, ou, plus précisément, de leur adéquation à l'applicabilité dans des situations qui puissent relever à la fois de ces deux droits.

Les problèmes sémantiques qui marquent ce débat apparaissent, pour la grande majorité d'entre eux, à cette même étape.

Il s'agirait tout d'abord des situations qui échappaient formellement aux champs d'application respectifs des deux droits, c'est-à-dire des circonstances, où le droit humanitaire ne pouvant pas encore s'appliquer les droits de l'homme, n'assurait plus convenablement la protection de l'individu.

Ces « zones grises » ont premièrement amené le débat vers la recherche d'un minimum commun entre les deux droits, sous forme d'un catalogue des normes devant s'appliquer en toute situation, indépendamment de la qualification juridique que l'un ou l'autre de ces droits pouvait en donner, c'est-à-dire en l'absence d'une définition de la portée formelle de ses normes.¹¹ Parmi plusieurs tentatives de soumettre un tel catalogue à l'acceptation de la communauté internationale la plus connue est celle de la Déclaration de Turku /Abo, laquelle met en relief le fait « que le droit international du point de vue des normes humanitaires et des normes relatives aux droits de l'homme applicables dans les conflits armés, ne

protège pas suffisamment les êtres humains dans les périodes de violence interne, de troubles, de tensions et de crise ».¹²

Devant la fin-de-non-recevoir des Etats d'un nouvel instrument normatif de ce genre, le débat s'est transféré dans le cadre général des préparatifs de la Conférence de Vienne sur le droit de l'homme d'une part et de l'autre, dans celui, qui après avoir produit la création des tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie (1993) et pour le Rwanda (1994), a abouti à l'adoption du Statut de Rome, en 1998.

L'état de ce débat à la III^{ème} Conférence de Vienne se reflète, sur la base d'une documentation préparée par le CICR, dans son document final, la « Déclaration et le Programme d'Action », sous trois paragraphes ; qui expriment respectivement les préoccupations devant l'intensification des violations des droits de l'homme dans les conflits armés, invitant les parties aux conflits à mieux y assurer le respect du DIH ; exhortent les Etats à ratifier les instruments humanitaires et les encourage, tout comme l'ONU même, à prendre des mesures nécessaires pour parachever leur mise en œuvre, invitant les Nations Unies, dans leur œuvre de promouvoir les droits de l'homme, à assurer le plein respect du DIH dans toutes les situations de conflits armés, conformément aux objectifs et aux principes de la Charte.¹³

Autant l'association expresse du Nations Unies à la promotion et la mise en œuvre du DIH, en tant que l'un des aspects de son action en matière de droits de l'homme est significative, l'inclusion « paritaire » des normes des droits de l'homme et du DIH dans les compétences des tribunaux ad hoc l'est encore plus, puisqu'elle consacre leur application dans les mêmes situations, sans distinctions hiérarchiques et différences d'origine ; les deux tribunaux devenant ainsi les organes de sanction de deux droits.

Le Tribunal Pénal International, au moment de sa constitution, va devenir à son tour un organe permanent de la communauté internationale, habilité sans aucune distinction de même genre, à sanctionner l'inobservance du DIH et des droits de l'homme, selon les dispositions du Statut de Rome.

Les conséquences de cette « rencontre » entre les deux droits sur le plan normatif (les mêmes instruments), de la mise en œuvre (le même appareil de sanctions) et sur le plan herméneutique (le même pouvoir d'interprétation et la même jurisprudence) inaugureront sans doute la quatrième étape non

seulement du débat, mais des rapports de substance entre les deux droits.¹⁴

III. Terminologie du débat

6. La « vie commune » du DIH et des droits de l'homme en droit international a été, de point de vue terminologique, orchestrée par une série de mots-clés qui en marquaient l'évolution.

Les deux premières étapes de cette évolution correspondent surtout aux termes : « interdépendance » « coexistence » et « coordination ».

Ces termes se réfèrent, en l'occurrence, aux rapports entre les deux corps de règles, en tant qu'ensembles autonomes, et connotent, sur le plan global, la relation entre eux dans le droit international tout entier.

A la deuxième étape, trois nouveaux termes sont venus s'y ajouter, à savoir ceux de « complémentarité », de « concurrence des champs d'application » et de « convergence ». Ces mots s'adressent déjà plus directement aux relations entre les effets des deux systèmes, plutôt qu'à des rapports globaux entre eux.

Finalement, la troisième étape a vu apparaître encore trois termes de ce lexique, notamment ceux de « confluence », de « transplantation » et de « interpollinisation » (cross-pollination). Ce sont des termes visant à saisir les relations fonctionnelles entre les deux systèmes, la substance, sinon la réalité des telles relations étant préalablement admise et reconnue.

Leur signification et la fonction qu'ils puissent avoir eues, et continuer à avoir, dans l'articulation du discours sur le DIH et les droits de l'homme, apportent un éclairage fort intéressant au propos de cette étude.

7. Ainsi, la relation qualifiée « d'interdépendance » entre les deux droits était sans doute la plus ancienne dans le lexique de ces rapports. Les trois thèses mentionnées au début de ce travail ne représentent en effet que des réponses à la question de savoir : de quelle manière le DIH dépend-elle des droits de l'Homme et vice-versa. Dans la mesure, dans laquelle les deux normatives devaient se rencontrer à l'intérieur du droit international en vigueur, il devait y avoir entre elles un rapport d'interdépendance ce genre. La question la

plus importante que soulève ce terme est celle de savoir s'il portait aussi sur une relation hiérarchique éventuelle entre les normes de deux systèmes. La thèse « intégrationniste » avec sa distinction entre le droit humanitaire *sensu stricto* et *sensu largo* laissait entrevoir une possibilité de la subordination hiérarchique des tous les deux corps normatifs à un ordre supérieur, le rapide abandon de cette thèse par ces protagonistes ne permettant pas toutefois d'émettre d'hypothèse sur le contenu spécifique de cet ordre. Le seul indice dans ce sens aurait pu provenir de l'aspect chronologique de la thèse; en toute logique, les règles du droit humanitaire classique y auraient eu la primauté sur celles de droits de l'homme, du fait de leur antériorité (par la force de principe « *lex posterior derogat priori* »). Encore d'autres indices sur la nature de cette interdépendance pourraient se trouver dans les opinions qui mettaient en doute l'existence d'une véritable différence de portée juridique entre le DIH et les droits de l'homme¹⁵, ou dans celles qui annonçaient la disparition du droit humanitaire, si ce dernier devait se confondre avec les droits de l'homme.¹⁶

Autrement dit, « l'interdépendance » s'adressait au fait que les deux corps de règles se trouvaient à l'intérieur de la normative générale de droit international, fait qui d'ailleurs eût été seulement admis, pour le DIH, peu de temps avant la Deuxième Guerre Mondiale.¹⁷

8. En ce qui est de la « coexistence », ce terme à été tout particulièrement étudié sous l'angle des mécanismes de protection dans le langage de droits de l'homme eux-mêmes. En particulier, A.A. Cançado Trindade a organisé tout son exposé sur les droits de l'homme sur cet axe, qui lui a permis d'analyser l'état de ce droit à l'époque, avec un autre, celui de la coordination – outil dont il s'est servi pour en décortiquer la dynamique.¹⁸ Le même terme semble équivalent à celui de la « connexion intime et nécessaire » qu'un autre éminent juriste latino-américain a assorti, à la même époque, à la relation entre les deux droits, le faisant étendre à une relation de complémentarité entre eux.¹⁹

Dans la poursuite de cette réflexion, Cançado Trindade, dans ses nombreux travaux sur la question, a proposé la figure de la protection de la personne humaine par les règles internationales à trois versants: droits de l'homme, droit international humanitaire et droit des réfugiés.²⁰ L'avantage de la figure consiste indubitablement en construire un « topos » conceptuel, dans lequel les trois droits tendent vers le même sommet, où la protection atteint

sa plénitude. Son relatif désavantage serait, qu'il ne s'adresse pas suffisamment aux rapports de complémentarité entre les normes spécifiques de trois systèmes, question que, par ailleurs, le même auteur a beaucoup étudiée et substantiellement enrichie.

Une autre formule de la coexistence est sus-jacente au langage utilisé dans l'un des premiers travaux sur ce sujet dont l'auteur parle d'un « rapprochement » – terme qui, tout en affirmant l'existence d'une distance entre les deux droits, leur attribue une dynamique de mouvement de l'un vers l'autre, sans toutefois prétendre encore à la coordination entre les deux.²¹ Cette dernière, dans la même situation de coexistence, est déjà souhaitée, ou tout au moins souhaitable, pour un autre auteur qui la proposait au conditionnel, en disant : « if two sets of rules established by two separate branches of international law apply to the same situation...it is obviously necessary to compare and, if possible, coordinate them. »²²

9. Par la « complémentarité » des deux systèmes normatifs l'on peut entendre deux situations sensiblement différentes. Dans la première, le système tout entier, soit celui des droits de l'homme, soit celui du DIH, peut être considéré complémentaire de l'autre, dans les circonstances, où la protection par l'un d'entre eux s'avère insuffisante.

Pour le DIH de telles circonstances interviennent lorsque la situation de violence armée n'atteint pas encore le seuil d'applicabilité établi par l'art. 3 commun des Conventions de 1949 et, à un niveau plus élevé, par l'article premier des Protocoles II de 1977. Dans ces situations, lesquelles correspondent aux fameuses « zones grises », les droits de l'homme, de portée régionale ou universelle, restés en vigueur peuvent suppléer la carence des normes humanitaires applicables. Même dans les situations, où une partie de la protection humanitaire peut s'effectuer aux moyens de procédés qui l'étendent au-delà de l'application formelle des instruments du DIH – il faut y mentionner surtout l'acceptation de l'offre des services du CICR – le complément de la protection des droits de l'homme est nécessaire. En effet, «les troubles intérieurs et les tensions internes ne sont pas, à ce jour inclus dans le champ d'application du droit international humanitaire ; le CICR y a développé des activités *ad hoc*. Cela ne signifie pas, pour autant, qu'il n'existe pas de protection juridique internationale applicable ce type de situation, couvertes par les instruments universels et régionaux des droits de l'homme ». ²³

Un autre sens de la complémentarité est

celui pour lequel une norme provenant d'un système exige, qu'on étende les effets de la protection au-delà de ce que stipule la règle de l'autre, toutes les deux étant applicables à la même situation : ainsi, par exemple, parmi les garanties judiciaires de l'art. 14 du Pacte des droits civils et politiques figure, au paragraphe 6, de droit à la compensation pour une condamnation abusive, que les garanties de l'art. 75 du Protocole I ne contiennent pas. Une personne au bénéfice de deux dispositions peut, par conséquent, obtenir davantage de protection à titre de la disposition des droits de l'homme qu'à titre de celle du DIH.²⁴ Les deux dispositions se trouvent ainsi dans une relation de complémentarité du point de vue des leurs effets pour la personne protégée.

10. Une figure d'espèce de la complémentarité est celle de la « concurrence des champs d'application ». Il s'agit des situations où les deux systèmes déploient, en même temps et en même circonstances, des effets juridiques, contenant les normes de portée identique et ou hautement analogue.

L'exemple typique d'une telle concurrence est la situation des droits irréfragables (« noyau dur ») des instruments de droits de l'homme, qui continuent de s'appliquer après la suspension d'autres droits provenant de ces instruments, aux conditions prévues (art 4 ; art. 15 et art. 27 respectivement, du Pacte de droits civils et politiques, de la Convention Européenne et de la Convention Interaméricaine) ; « les droits de l'homme et le droit humanitaire qui sont des systèmes juridiques distincts et leurs mécanismes propres s'appliquent de manière concurrente... »²⁵

Certes, la figure de la « concurrence » peut, pour une norme précise, aboutir aux mêmes résultats que celle de la « complémentarité ». Cependant, elle oblige à l'examen préalable, en vue de son applicabilité à une situation donnée, de l'ensemble des règles entrant dans le champ commun dans de l'un et/ou l'autre droit, avant de pouvoir prendre en considération des rapports concrets entre cette norme et des normes éventuellement applicables, pour en évaluer les effets de protection pour les concernés.

11. Le troisième terme largement utilisé depuis la période, où la dynamique commune de DIH et des droits de l'homme venait d'être admise, est celui de la « convergence » entre ces deux systèmes.

Ce terme semble, lui aussi, avoir un double sens. D'une part l'on entend par la convergence tout simplement le fait que les deux normatives ont des

finalités communes, celles de protéger l'être humain. Dans ce sens, la convergence prend plutôt pour le point de départ la différence d'actes constitutifs, d'organes et des procédures respectifs, n'écartant pas toutefois les effets complémentaires et la concurrence des champs d'application des deux droits.²⁶ La figure de « trois versants » peut dès lors être considérée comme celle d'une convergence.

L'autre lecture du terme concernerait plutôt le processus de la dynamique des deux droits, mettant l'accent sur leur aptitude, en dépit de toutes les différences susmentionnées, à trouver un grandissant domaine d'application en commun, où l'on relève comme différence principale celle de leurs vocations respectives; le DIH étant plus tourné vers les objectifs de protection des victimes tandis que les droits de l'homme se trouvant concernés plutôt par les violations.²⁷

Dans toutes les deux lectures, la convergence semble plutôt exclure tout au moins en l'état actuel du droit, la fusion des deux normatives dans un système unique de protection de la personne de droit international.

12. En revanche, cette éventualité ne paraît pas exclue pour ceux qui parlent de la « confluence » de deux systèmes. Les premières acceptions de ce terme semblent partir des arguments de la thèse intégrationniste, qui insistent sur les traits communs entre les deux droits sous l'angle de leurs finalités communes, plutôt que de s'attacher aux différences entre eux, déjà dans les années quatre-vingt (cf. infra notes 15 et 16)

Envisagée comme un postulat de la doctrine, la confluence atteint actuellement le niveau normatif. Le Statut du Tribunal pour l'ex-Yugoslavie, arrêté dans la résolution S/Res/827/1993, par le Conseil de Sécurité, et, l'année suivante, le Statut du Tribunal pour le Rwanda, de la résolution S/Res/955/1994, mentionnent uniquement dans la définition générale de la compétence de ces juridictions le droit international humanitaire. Or, dans les deux cas, leurs champs de compétence se trouvent élargis par l'inclusion des droits de l'homme (art. 5 et art. 3 respectivement). Dans les deux cas, l'extension de la notion des crimes de guerre dans les situations de conflit non international se trouve à la clé de la démarche. La jurisprudence de ces tribunaux a non seulement confirmé, mais considérablement approfondi cette confluence.²⁸

La même confluence a été réaffirmée, d'une manière amplifiée, par le traité de Rome du 17 juillet

1998 portant le statut de la future Cour Pénale Internationale dont la définition des compétences relève résolument des deux droits (art. 7 et 8).

13. Le terme de « transplantation » vise une situation où une norme élaborée dans un système est transférée, fréquemment telle quelle, dans un autre, dans lequel elle acquiert un nouveau titre de sa validité.²⁹

Le cas évident d'une telle « transplantation » est offert par le Titre II (art. 4-6) du Protocole II de 1977, dans lequel les garanties fondamentales de traitement humain «constituent le niveau minimal de protection auquel tout individu peut prétendre en tout temps et sont à la base des droits de l'homme. Comme le Protocole a son propre champ d'application, il était important qu'elles y figurent, adaptées et complétées en fonction des circonstances aux quelles il est destiné. Le présent titre contient pratiquement tous les droits irréfragables du Pacte ».³⁰

14. Enfin, le terme « inter-pollinisation » (« cross-pollination ») trouve avant tout sa place dans le cadre d'application de deux droits. Il y va d'éclaircir, de définir la portée et, généralement, d'interpréter un concept ou un procédé d'un droit à l'aide de l'autre.

Un tel transfert du « pollen » normatif peut résulter en des solutions nouvelles communes aux deux, ou bien avoir, cours seulement pour l'un d'entre eux ; « By providing some guidance as to the possibilities and limits of cross-pollination between the two legal systems, the analysis informs their possible convergence and, ultimately, contributes to a deeper understanding of human rights and humanitarian law ».³¹

À titre d'exemple, l'actualité herméneutique du procédé « d'interpollinisation » a été récemment affirmée dans un cas devant la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme.³² Son rôle est naturellement voué à grandir, vers une véritable pratique commune d'interprétation, dans le cadre des jurisprudences de toutes les juridictions, existantes et futures, qui seront appelées à traiter les cas relevant des deux droits. La cohérence de cette jurisprudence est indispensable et constitue d'ores et déjà un nouveau « topos » de confluences entre le droit humanitaire et les droits de l'homme.

IV. Observations finales

15. Ce bref examen des attitudes à l'égard des rapports entre les droits de l'homme et le droit humanitaire peut aboutir, plutôt à des observations qu'à des conclusions :

Il démontre que le parcours du débat sur la question a été loin d'être linéaire. Bien au contraire, ses méandres prouvent combien la question de la situation de l'individu rencontre des difficultés conceptuelles, dues en grande partie – faut-il le rappeler – aux réticences de reconnaître à l'individu son statut en droit international, c'est-à-dire aux obstacles générés en dernier ressort par l'attachement, toujours vigoureux, à la conviction que la maîtrise ultime demeure réservée aux seuls Etats souverains ;

La dynamique des droits de l'homme a sans conteste conditionné, bien plus que celle du droit humanitaire, le déroulement et le rythme de ce débat.

Mais, les défis, devant ce dernier, pour faire face aux nombreux besoins de la communauté internationale, en s'adaptant à des nouvelles « conditions humaines », ont aussi façonné son déroulement d'une manière décisive, et les réponses

que le DIH a su rechercher, sinon définitivement trouver dans ce cadre, ont confirmé la part indispensable qu'il continue d'avoir dans la pratique internationale. La dichotomie de ces droits n'a pas disparu, mais elle s'oriente progressivement vers l'acceptation juridique d'un régime international uniforme de protection de l'individu qui modifie tout le droit international, l'orientant dans le sens d'un droit du genre humain, au lieu de celui de la communauté d'Etats souverains.

Les principaux termes qu'a employés ce débat, y ont eu et continuent d'avoir, au-delà de leur rôle sémantique, celui de porteur de messages de fond, tendant aussi à une sémiotique juridique de paradigme pour tous les deux droits ; tant en ce qui est de leur substance même, qu'en ce qui concerne les modes de leur transformation et de leur avenir.

Par conséquent, ce débat confirme l'espoir que « en este umbral del siglo XXI, tenemos el privilegio de testimoniar e impulsar el proceso de humanización del derecho internacional, que pasa a ocuparse mas directamente de la identificación y realización de valores y metas comunes superiores. El reconocimiento de la centralidad de los derechos humanos corresponde a nuevo ethos de nuestros tiempos »³³

Notes

- 1 **R.J. Dupuy**, « L'Action Humanitaire » dans A.J.M. Delissen, G.J. Tanja (eds), « Humanitarian Law of Armed Conflict : Challenges Ahead ; Essays in Honour of Frits Kalshoven », M. Nijhoff, Dordrecht – Boston – Lancaster, 1991, p.71.
- 2 *ibidem*, p. 77.
- 3 Les travaux suivant ont orienté l'ensemble de ces réflexions :
 - **A.A. Cançado Trindade** : « Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos », Sergio Antonio Porto Alegre: Fabris Editor, 1997 (notamment le chapitre VII, pp. 270-346).
- A.A. Cançado Trindade; Gérard Peytringet, J. Ruiz de Santiago** « As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana », CICR, 1993 ; **Frits Kalshoven, Liesbeth Zegveld** « Constraints on the Waging of War », ICRC, Geneva, 2001, (notamment le chapitre VI, pp. 185-203).
- Ces réflexions sont particulièrement redevables à l'œuvre de **René Provost** : « International Human Rights and Humanitarian Law, Fusion or Confusion », McGill University, 1999.
- Pour la retrospective, les travaux de **L. Doswald – Beck, S. Vité** : « International Humanitarian Law and Human Rights Law » dans la « International Revue of the Red Cross » (IRRC), n. 293, March-April 1993, pp. 94-119 ; **D. Weissbrodt, P.L. Hicks** : « Implementation of Human Rights and Humanitarian Law in Situation of Armed Conflict », *ibidem*, pp. 120-138 ; **R. Kolb** : « Relations entre le Droit International Humanitaire et les Droits de l'Homme » dans la Revue Internationale de la Croix-Rouge (RICR), septembre 1998, n. 831, pp 437-447.
- Les monographies et les publications de base sur le sujet : **A. Calogeropoulos – Stratis** : « Droit Humanitaire et Droits de l'Homme » : la Protection de la Personne en Période de Conflit Armé », IUHEI-Sijthoff, Leiden, 1980 ; **M. El-Kouhène** « Les Garanties Fondamentales de la Personne en Droit Humanitaire et Droits de l'Homme », Nijhoff, Dordrecht – Boston – Lancaster, 1985 ; **M. Sassòli** : « Mise en Ouvre du Droit International Humanitaire et du Droit International des Droits de l'Homme » dans l'« Annuaire Suisse de droit international », vol. XCIII, 1987, p. 61 ss.
- Th. Meron** : « Human Rights in Time of Peace and in Time of Armed Strife », dans Th. Buergenthal (éd.) « Contemporary Issues in International Law : Essays in Honour of L. B. Sohn » Engel, Arlington, 1984, pp. 1-21 ; **A. Eide** : « The Laws of War and Human Rights – Differences and Convergences » ;
- H. Gros Espiell** : « Derechos Humanos, Derecho Humanitario y Derecho Internacional de los Refugiados » ; **H. Reimann** : « Menschenrechtstandard in bewaffneten Konflikten » ; **A. H. Robertson** : « Humanitarian Law and Human Rights », dans Ch. Swinarski (éd.) « Etudes et Essais sur le Droit International Humanitaire et sur les Principes de la Croix-Rouge en l'Honneur de Jean Pictet », CICR – Nijhoff, Genève – La Haye, 1984 (respectivement pp. 675-699, 699-713, 771-783 et 793-803).
- Enfin, ces remarques s'inscrivent dans la poursuite de la réflexion propre de l'auteur :
- cf. *inter alia* **Ch. Swinarski** : « Direito Internacional Humanitario », Nucleo de Estudos da Violência de Universidade de Sao Paulo – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, pp. 87-95 ; « A Norma e a Guerra », Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991, pp. 83-94 ; « On Relations of International Humanitarian Law and International Law of Human Rights » dans « Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional » ano XLV – XLVI, Décembre – Mai 1993, n. 84 / 86 pp. 179-195 et « Common Prospects and Challenges for International Humanitarian Law and the Law of Human Rights », dans « El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI », San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 465-481.
4. cf. **Ch. Swinarski** : « Direito Internacional Humanitario ». *Op. cit.*, pp. 88-89, le même ; « A Norma e a Guerra ». *Op. cit.*, 86-87, le même ; « On Relations Between IHL and Human Rights ».. *Op.cit.*, pp. 181-182.
5. cf. **R. Provost** : « International Human Rights and Humanitarian Law.... » *Op. cit.*, p. 2.
6. cf. **F. Quintana** : « La ONU y la Exegésis de los Derechos Humanos », Porto Alegre: Sergio

- Antonio Folbris Editor / UNIGRANRIO, 1999, pp. 68-107.
7. cf. **Jean S. Pictet** (éd.): « Commentaire de la IVième Convention de Genève Relative à la Protection des Personnes Civiles en Temps de Guerre », CICR, Genève, 1956, pp. 30-50.
 8. Selon **D. Schindler, J. Toman** : « Droit des Conflits Armés », CICR – Institut Henry-Dunant, Genève, 1996, p. 322, cf. aussi **R. Provost** : « International Human Rights.... ». *Op. cit.*, pp. 3-4.
 9. cf. **Ch. Swinarski** : « Common Prospects and Challenges.... ». *Op. cit.*, pp. 466-467.
 10. **N. Valticos** : « Pluralité des Ordres Juridiques Internationaux et Unité du Droit International », dans J. Makarczyk (ed.), « Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century ; essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski » Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, 1996, p. 319.
 11. cf. *inter alia*, **Th. Meron** : « Human Rights in Internal Strife : The International Protection », Grotius Society, 1987.
 12. Cité selon **D. Schindler, J. Toman** : « Droits des Conflits Armés ». *Op. cit.*, p. 1265.
 13. cf. **A.A. Cançado Trindade** : « Tratado dos Direitos Humanos ». *Op. cit.*, pp. 302-313.
 14. cf. *ibidem*, pp. 275-302.
 15. cf. cf., par exemple, **R. Quentin-Baxter** : « Human Rights and Humanitarian Law », dans « Australian Yearbook of International Law », 1985, pp. 94-96.
 16. cf. par exemple, **H. Meyrowitz** : « Le Droit de la Guerre et les Droits de l' » dans « Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger », 1959, pp. 1061-1062 ; cf. aussi **A. Migliazza** : « L'Évolution de la Réglementation de la Guerre à la Lumière de la Sauvegarde des Droits de l'Homme », dans « RCADI », 132, 1972, vol. III, pp. 142 ss.
 17. **A. H. Robertson** : « Humanitarian Law and Human Rights ». *Op. cit.*, p. 794, dit «Down to the time of the second world war, humanitarian law was accepted as an autonomous branch of international law... »
 18. 6cf. **A. A. Cançado Trindade** : « Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights, (at Global and Regional Level) », Collected Courses, AIL, vol. 202, (1987-II).
 19. cf. **H. Gros Espiell** : « Derechos humanos.... ». *Op. cit.*, pp. 707-711.
 20. cf. **A. A. Cançado Trindade** : « Tratado dos Direitos... ». *Op. cit.*, pp. 275-284, et aussi, **A. A. Cançado Trindade, G. Peytringet, J. Ruiz de Santiago**, « Três Vertentes..... ». *Op. cit.*
 21. cf. **A. S. Calogeropoulos – Stratis** : « Droit Humanitaire et Droits de l' ». *Op. cit.*, pp. 232-235.
 22. **A. H. Robertson** : « Humanitarian Law and Human Rights ». *Op. cit.*, p. 795.
 23. **S.-S. Junod** : « Commentaire de l'article premier du Protocole II » dans Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (éds.) dans « Commentaire des Protocoles additionnels », CICR – Nijhoff, Genève, 1986, par. 1479, cf. aussi : J. de Maio (éd.) : « The Challenges of Complementarity » ; Report on the Fourth Workshop for Human Rights and Humanitarian Organizations, ICRC, Geneva, 2000.
 24. cf. **N. Jayawickrama** : « The Right to Fair Trial Under the International Covenant on Civil and Political Rights » et **Ch. Swinarski** : « On the Right to Fair Trial Under International Humanitarian Law », dans Byrnes (éd.) « The Right to Fair Trial in International and Comparative Perspective », University of Hong-Kong, 1997, respectivement pp. 37-58 et 26-37.
 25. **S. Junod** : « Commentaire du Titre II du Protocole II », dans Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (éds.) « Commentaire... ». *Op. cit.*, par. 4513.
 26. **A.A. Cançado Trindade** utilise, en portugais, le terme « aproximação » cf. « Tratado dos Direitos Humanos ». *Op. cit.*, pp. 275-284.
 27. cf. **M. Sassòli** : « Mise en Ouvre du DIH et des Droits de l'Homme ». *Op. cit.*, p. 61.
 28. cf., *inter alia*, **I. Bantekas** : « Principles of Individual Responsibility for Violations in International Humanitarian Law after ICTY »,

Liverpool University, en offset, 1999, qui en offre l'analyse le plus complet.

29. cf. infra, la note 10.

30. **S.-S. Junod** : « Commentaire du Titre II... » dans Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (éds.), « Commentaire... ». *Op. cit.*, par. 4510 et 4511.

31. **R. Provost** : « International Human Rights and Humanitarian Law ». *Op. cit.*, p. 11.

32. cf. Cas « Las Palmeras, excepciones preliminares, sentencia del 4 de Febrero 2000, serie C. N° 66 et spécialement le vote raisonné du Président Cançado Trindade.

33. **A. A. Cançado Trindade** : « Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal », dans A. A. Cançado Trindade, J. Ruiz de Santiago, « La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI », ACNUR, San José de Costa Rica, p. 77.