Faits et documents
Reports and documents

Les réserves aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre

JULIE GAUDREAU*

Le 8 juin 1977, la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (Genève 1974-1977) adoptait deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatifs à la protection des victimes de la guerre. Si ces instruments n'ont point encore atteint la portée universelle acquise par les Conventions de Genève[1], le Protocole additionnel relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) compte néanmoins 160 États parties, tandis que le Protocole additionnel relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) en dénombre 153.

L'apport des Protocoles additionnels au droit international humanitaire est indéniable. L'idée n'est pas ici de réexaminer les avancées réalisées, sinon de les évoquer quand cela est pertinent, mais bien de dresser un état des lieux de l'ensemble des réserves grevant ces instruments[2]. Trente-quatre États ont à ce jour formulé près de 150 déclarations unilatérales en regard du Protocole I, contre seulement 13 déclarations par autant d'États dans le cadre du Protocole II[3]. La présente étude tente de vérifier si ces déclarations constituent réellement des réserves et, dans l'affirmative, d'en apprécier la portée.

Régime juridique applicable aux réserves aux Protocoles additionnels

Tout comme les Conventions de Genève qu'ils complètent, les Protocoles additionnels sont muets sur la question des réserves. Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) avait pourtant proposé, dans son projet de protocole applicable aux conflits armés internationaux, un article unique reconnaissant aux États le droit de formuler des réserves au moment de signer le protocole, de

* Julie Gaudreau a travaillé aux Services consultatifs en droit international humanitaire du CICR.

le ratifier ou d'y adhérer, ainsi que celui de les retirer en tout temps. La règle était assortie de deux restrictions: l'interdiction des réserves, jugées *a priori* incompatibles avec l'objet et le but humanitaires du Protocole, à l'égard de certaines dispositions fondamentales, ainsi que l'extinction des réserves cinq ans après leur formulation, sauf renouvellement par déclaration adressée au dépositaire[4]. La proposition n'a toutefois pas été retenue, la Conférence diplomatique ayant préféré s'en remettre à la Convention de Vienne sur le droit des traités[5] en tant que codification des principes du droit coutumier[6].

L'article 2(1)(d) de la Convention de Vienne définit la réserve comme «une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État». Comme l'explique Paul Reuter, «[l]'essence de la réserve est de poser une condition: l'État ne s'engage qu'à la condition que certains effets juridiques du traité ne lui soient pas appliqués, que ce soit par l'exclusion ou la modification d'une règle ou par l'interprétation ou l'application de celle-ci»[7].

Par opposition, est généralement qualifiée d'interprétative la déclaration unilatérale qui vise simplement à «préciser ou à clarifier le sens ou la portée que le déclarant attribue à un traité ou à certaines de ses dispositions»[8]. Non définie par

1 Cent quatre-vingt-dix États sont parties aux Conventions de Genève de 1949.

2 Sur le même sujet, voir Lise S. Boudreault, «Les réserves apportées au Protocole additionnel I aux Conventions de Genève sur le droit humanitaire», *Revue québécoise de droit international*, 1989-90, vol. 6, n° 2, pp. 105-119; Rupert Granville Glover, «International Humanitarian Law... With Reservations?», *Canterbury Law Review*, vol. 2, 1984, n° 2, pp. 220-229. Pour une analyse exhaustive des réserves aux Conventions de Genève, voir Claude Pilloud, «Les réserves aux Conventions de Genève», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, mars 1976, n° 687, pp. 131-149, et avril 1976, n° 688, pp. 195-221.

3 Les réserves et déclarations sont reproduites à l'adresse www.icrc.org/ihl.

4 CICR, *Projets de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949: Commentaires*, Genève, octobre 1973, pp. 106-107.

5 Adoptée le 23 mai 1969, la Convention est entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

6 CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels* (ci-après *Commentaire*), Genève, 1986, par. 3666 et s.; Michael Bothe, Karl Josef Partsch, Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the two 1977 Protocols additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff, 1982, pp. 570-572; Leslie C. Green, «The New Law of Armed Conflict», *Annuaire canadien de droit international*, 1977, vol. 15, pp. 3-41, à la p. 25.

7 Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3e édition revue et augmentée par Philippe Cahier, PUF, Paris, 1995, p. 71.

8 Commission du droit international (CDI), «Guide de la pratique: Texte consolidé de l'ensemble des projets de directives adoptés par la Commission ou proposés par le Rapporteur spécial», *Septième rapport sur les réserves aux traités*, par Alain Pellet, Rapporteur spécial, 8 avril 2002, Doc. A/CN.4/526/Add.1, p. 3.

la Convention de Vienne, la déclaration interprétative n'est pas soumise au régime des réserves mais n'en relève pas moins des règles relatives à l'interprétation des traités (art. 31). Si la mise en œuvre d'une déclaration portant « interprétation » de dispositions du traité devait toutefois entraîner l'exclusion ou la modification de l'effet juridique découlant normalement de celles-ci, la déclaration devra être qualifiée de réserve et le régime juridique idoine lui sera appliqué[9].

On verra qu'il n'est pas toujours aisé de départager les réserves et les déclarations interprétatives. On se rappellera que la « désignation » ou le « libellé » choisi par l'État déclarant n'est pas déterminant, bien qu'il puisse constituer un indice[10]. En l'espèce, les intitulés choisis par les États ne correspondent pas toujours au contenu de leurs déclarations[11], comme il arrive que des États intitulent différemment des déclarations au même effet. De plus, l'utilisation de termes trop vagues rend souvent difficile l'appréciation de l'effet juridique recherché par l'État réservataire.

Techniquement, une réserve peut seulement être faite par écrit au moment de signer un traité, de le ratifier ou d'y adhérer, étant entendu que la réserve formulée lors de la signature d'un traité soumis à la ratification doit, pour produire ses effets, être confirmée à ce dernier moment (art. 23(1) et (2))[12].

L'admissibilité d'une réserve est régie par l'article 19 de la Convention de Vienne. Selon le paragraphe (c), toute réserve qui n'est pas expressément ou implicitement interdite par le traité doit être admissible « à moins [qu'elle] ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité, conformément à l'exigence formulée par la Cour internationale de justice dans son avis de 1951 relatif aux réserves à la Convention sur le génocide »[13]. Selon

9 Pellet, *Troisième rapport sur les réserves aux traités*, 2 juillet 1998, Doc. A/CN.4/491/Add.4, par. 394; Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Belilos*, 29 avril 1988, série A, vol. 132.

10 CDI, *Guide de la pratique*, projet de directive 1.3.2 [Libellé et désignation].

11 Pour une explication de la pratique de la France qui a assorti son adhésion au Protocole I de 18 rubriques dont l'ensemble est intitulé « réserves et déclarations », voir Marie-Hélène Aubert, *Rapport fait au nom de la Commission des Affaires étrangères sur le projet de loi, adopté par le Sénat, autorisant l'adhésion au Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux* (protocole I), Annexe 1, Assemblée nationale, n° 2833, 20 décembre 2000.

12 Sur les États ayant formulé des déclarations à la signature des Protocoles, sept se sont simplement « réservé » le droit de formuler des réserves au moment de la ratification, ce qu'ils ont fait par la suite (Allemagne, Australie, Canada, Espagne, Grèce, Italie, Portugal), deux ont quasi intégralement confirmé leurs réserves à la ratification (Royaume-Uni, Suisse) et un État n'a pas encore ratifié les Protocoles (États-Unis).

13 CIJ, *Avis consultatif du 28 mai 1951*, Recueil CIJ, 1951, pp. 15-69. Le même test est repris dans la *Convention de 1978 sur la succession d'États en matière de traités* (art. 20), entrée en vigueur le 6 novembre 1996, et dans la *Convention de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales* (art. 19), non entrée en vigueur.

Pierre-Henri Imbert, « [s]e prononcer sur la compatibilité d'une réserve revient à évaluer l'importance de la disposition qui est réservée, son caractère plus ou moins essentiel par rapport à l'objet et au but du traité »[14].

Les Protocoles ne prévoient aucun mécanisme permettant de déterminer de manière objective si une réserve est compatible avec leur objet et leur but. Il revient donc à chaque État partie d'en décider individuellement et de signifier, de la manière prévue par la Convention de Vienne, s'il accepte une réserve ou s'y objecte[15]. Ainsi, c'est l'acceptation d'une réserve par un autre État partie qui fait de l'État réservataire une partie au traité (art. 20(4)(a) et (c)). Une réserve qui n'a soulevé aucune objection dans les douze mois de sa notification est réputée avoir été acceptée (art. 20(5)).

On peut regretter qu'aucun des États parties aux Protocoles ne se soit objecté aux réserves formulées à leur encontre, comme ce fut parfois le cas dans le cadre des Conventions de Genève. Non seulement l'absence d'objection n'implique pas qu'une réserve soit compatible à l'objet et au but du traité[16], elle nous prive par la même occasion d'un guide utile pour en apprécier l'admissibilité. Force est aussi d'admettre qu'en l'absence d'un organe indépendant – juge national, international ou autre – pour décider objectivement de l'admissibilité d'une réserve et des conséquences d'une inadmissibilité, les objections aux réserves constituent un des rares moyens pour forcer les États à retirer ces dernières[17].

Déclarations de non-reconnaissance

Quatre États (Émirats arabes unis, Oman, Qatar, Syrie) ont formulé dans les mêmes termes des déclarations relatives à la non-reconnaissance de l'État d'Israël. A titre d'exemple[18], « le Gouvernement des Émirats arabes unis considère que son acceptation dudit Protocole n'implique en aucune façon sa reconnaissance d'Israël ni ne l'oblige à appliquer les dispositions dudit Protocole à l'égard de ce pays [...] ».

14 Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 66.

15 L'acceptation expresse ou l'objection faite à une réserve doit, comme la réserve elle-même, être formulée par écrit et communiquée aux États contractants ainsi qu'aux autres États ayant qualité pour devenir parties au traité (art. 23(1)). S'agissant des Protocoles, c'est la Suisse dépositaire qui, sur réception des communications, se charge de les notifier à chacun des États parties aux Conventions de Genève, qu'ils soient ou non signataires des Protocoles (PA I, art. 100 et PA II, art. 26).

16 *Affaire Belilos*, par. 47 ; Comité des droits de l'homme, *General Comment No.* 24, 1994, par. 17.

17 Pellet, *Deuxième rapport sur le droit des réserves*, Doc. A/CN.4/477/add. 1, 13 juin 1993, par. 241-251.

18 Ce genre de déclaration de la part de certains pays arabes ne constitue pas un phénomène isolé. Israël s'y est notamment objecté dans le cadre du Protocole de Genève de 1925 et des Conventions de Genève de 1949. Voir Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, North-Holland, Amsterdam, 1988, pp. 109-110.

Telle que libellée, la déclaration en comprend plutôt deux: une (simple) déclaration de non-reconnaissance ainsi qu'une déclaration d'exclusion de l'application du Protocole entre l'État déclarant et l'État désigné. La première ne pose pas de problème du point de vue juridique, « puisqu'il est généralement admis que la participation à un même traité multilatéral n'implique pas reconnaissance mutuelle, fut-elle implicite »[19]. Par contre, la nature de la seconde n'emporte pas facilement l'unanimité: c'est seulement après mûre réflexion que la Commission du droit international s'est ralliée à la doctrine dominante qui refuse aux « déclarations d'exclusion » le caractère d'une réserve au sens de la Convention de Vienne, principalement sur la base de considérations pratiques tenant à la difficulté de leur appliquer le régime des réserves mais aussi du fait que de telles déclarations portent non pas sur l'effet des dispositions du traité mais plutôt sur la capacité de l'entité non reconnue à s'engager par le traité[20].

Dans le cas présent, les déclarations d'exclusion s'avèrent sans objet immédiat, Israël n'étant pas partie aux Protocoles. Il n'empêche que ce type de déclaration peut réellement avoir un effet juridique sur l'application du traité qui s'en trouve entièrement exclue entre la partie déclarante et l'entité non reconnue – ces dernières restent néanmoins liées par les règles coutumières existantes – et que cette situation est pour le moins préoccupante dans le cadre de traités à vocations humanitaire et universelle.

Réserves et déclarations interprétatives relatives au Protocole I[21]

Situations d'occupation

Le Protocole I s'applique, en dehors des situations visées par son article 1 (4), aux situations de conflit armé international prévues à l'article 2 commun aux Conventions de Genève, soit « en cas de guerre déclarée ou de

19 CDI, *Rapport sur les travaux de sa 51e session*, 3 mai-23 juillet 1999, Documents officiels de l'Assemblée générale, 54e session, Supplément n° 10 (A/54/10), p. 225, et la référence citée: Joe Verhoeven, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, Paris, Pedone, pp. 428-431. C'est sans doute pour dissiper tout doute qu'a été adopté l'article 4 du Protocole I qui stipule que «[l']application des Conventions et du présent Protocole [...] n'aur[a] pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit».

20 Pellet, *Quatrième rapport sur les réserves aux traités*, 24 mars 1999, Doc. A/CN.4/499, par. 44-54. Voir également les auteurs cités dans le rapport précité de la CDI, pp. 226-227; Imbert, précité, p. 17.

21 Ne font pas l'objet d'un examen les déclarations exprimant la position générale de certains États à l'égard des Protocoles (Egypte, Irlande, Russie, Saint-Siège) ni les déclarations de reconnaissance de la compétence de la Commission internationale d'établissement des faits formulées par 62 États en vertu de l'article 90 PA I.

tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, ainsi que dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante».

La République fédérative socialiste de Yougoslavie avait en son temps déclaré qu'il serait fait application des dispositions du Protocole qui concernent l'occupation, «en conformité avec l'article 238 de la constitution [aux termes duquel nul n'a le droit de reconnaître ou de signer un acte de capitulation, ni d'accepter ou de reconnaître l'occupation de la [RFSY] ou d'une quelconque de ses parties constitutives». L'article 123 de la constitution de la Macédoine, unique État parmi ceux ayant succédé à la RFSY à avoir repris la déclaration à son compte[22], stipule de la même manière que «nul n'est autorisé à reconnaître l'occupation de la Macédoine ou d'une de ses parties». On voit mal comment la mise en œuvre d'une telle déclaration pourrait modifier l'application du Protocole: l'occupation correspond à une situation de fait dont l'existence objective entraîne l'application de règles spécifiques en dehors de tout acte de reconnaissance de l'occupation[23].

Guerres de libération nationale – articles 1(4) et 96(3)

Font aussi partie des situations de conflit armé international auxquelles le Protocole I s'applique, aux termes de l'article 1(4), «les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes [...]». L'article 96(3) permet à l'autorité représentant un tel peuple luttant contre un État partie au Protocole de s'engager, par le biais d'une simple déclaration unilatérale adressée au dépositaire, à appliquer les Conventions et le Protocole dans le cadre du conflit qui les oppose. L'autorité déclarante devient de

22 Notification du 19 septembre 1996 clarifiant la déclaration de succession du 16 septembre 1993. Bien que l'article 20 de la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités affirme qu'un «État nouvellement indépendant [...] est réputé maintenir toute réserve au traité [...] à moins [qu'il] n'exprime l'intention contraire», la Suisse et le CICR ont longtemps considéré que la succession valait sans réserve dans les cas où l'État successeur ne s'était pas exprimé sur ce point. Voir Serge Gamma et Lucius Caflish, «La Suisse, dépositaire des Conventions de Genève», *Beilage zur ASMZ*, n° 3, 1999, pp. 7-9; Bruno Zimmermann, «La succession d'États et les Conventions de Genève», dans Christophe Swinarski (éd.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge – en l'honneur de Jean Pictet*, Genève/La Haye, CICR/Martinus Nijhoff, 1984, pp. 122-123.

23 Art. 42 du Règlement de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Le Commentaire explique qu'il y a occupation «dans la mesure où la résistance militaire organisée est vaincue, où l'exercice souverain du pouvoir légalement confié à l'autorité gouvernementale est rendue impossible et où une administration est établie en vue du maintien de la loi et de l'ordre» (par. 1699).

ce fait immédiatement liée par ces instruments, exerçant par conséquent les mêmes droits et s'acquittant des mêmes obligations que tout autre État partie au conflit.

Huit États (Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, France, Irlande, République de Corée et Royaume-Uni) ont formulé une déclaration relative à l'article 96 (3). Si les déclarations allemande et espagnole ne font qu'insister – sans les modifier – sur certains éléments de la disposition, les six autres déclarations cherchent réellement à en restreindre la portée. La Belgique et la République de Corée, malgré l'intitulé de leurs « déclarations » respectives, ainsi que le Canada et l'Irlande, exigent qu'une autorité visée par l'article 96(3) soit en outre reconnue par l'organisation régionale intergouvernementale concernée[24]. La France et le Royaume-Uni ont pour leur part signifié se réserver en propre la tâche de reconnaître l'autorité déclarante.

Ces réserves sont-elles toutefois incompatibles avec l'objet et le but du Protocole ? Il est permis d'en douter, dès lors qu'elles ne remettent pas en cause l'application des Conventions et du Protocole aux conflits armés pour l'autodétermination.

La France et le Royaume-Uni ont également déclaré en relation avec l'article 1(4) « que le terme ‹ conflits armés ›, de lui-même et dans son contexte, indique une situation du genre qui ne comprend pas la commission de crimes ordinaires, y compris les actes de terrorisme, qu'ils soient collectifs ou isolés ».

Le problème paraît plus lié au seuil d'application de ces instruments – à partir de quand un conflit armé international existe-t-il ? – qu'aux caractéristiques particulières des conflits couverts par l'article 1(4). Une chose est certaine : ni l'article 1 du Protocole ni l'article 2 commun aux Conventions ne requièrent que le conflit ait atteint un certain niveau d'intensité, comme le Royaume-Uni l'avait dans un premier temps suggéré[25]. Les termes de

24 Une telle exigence n'a pas été insérée dans le texte final, bien que ce critère ait été retenu pour procéder à l'invitation de mouvements de libération nationale à participer à la Conférence diplomatique. Comme l'explique le commentaire de l'article, « [l]a qualité de peuple d'un groupe de population ne naît pas d'une décision d'une organisation intergouvernementale régionale ou universelle : par leurs déclarations, ces organisations constatent et proclament mais ne créent pas dans ce domaine. Si l'on peut considérer qu'un groupe de population déclaré « peuple » par une organisation intergouvernementale en est effectivement un, l'absence de déclaration ne permet pas d'emblée une conclusion contraire, tant les raisons de cette absence peuvent varier » (par. 104).

25 Le Royaume-Uni avait lors de la signature déclaré « a) in relation to Article 1, that the term ‹ armed conflict › of itself and in its context implies a certain level of intensity of military operations which must be present before the Conventions or the Protocol are to apply to any given situation, and that this level of intensity cannot be less than that required for the application of Protocol II, by virtue of Article 1 of that Protocol, to internal conflicts ».

l'article 2 commun, selon lesquels les Conventions s'appliquent « en cas [...] de tout [...] conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes » exigent à tout le moins un usage de la force de la part des parties en présence, étant entendu qu'un mouvement de libération nationale peut se qualifier de la sorte.

Bien qu'il soit admis que la seule commission d'actes de terrorisme ne donne pas lieu à un conflit armé au sens de l'article 1(4), les mesures prises par un État pour contrer ces actes terroristes, par exemple le déclenchement d'opérations militaires, risquent quant à elles de transformer la situation en conflit armé. C'est alors que les Conventions et le Protocole auront vocation à s'appliquer pour l'ensemble des parties au conflit et que le 5e considérant du préambule du Protocole prendra tout son sens[26].

Puissances protectrices – article 5

La réserve de l'Arabie saoudite à l'encontre de l'article 5 dans son ensemble surprend du fait que cet État n'a formulé aucune déclaration quant aux articles 8/8/8/9 et 10/10/10/11 communs aux Conventions et relatifs aux puissances protectrices. La réserve est d'autant plus inattendue que le consentement des parties reste sous le Protocole au cœur de la mise en œuvre du système[27]. Il est difficile de mesurer la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but du Protocole. D'un côté, les dispositions de l'article 5 sont tellement liées aux dispositions des Conventions qu'il paraît impossible qu'un État accepte les unes tout en s'opposant valablement aux autres. Force est pourtant d'admettre que le pessimisme qui règne à l'égard du système, lequel a à peine fonctionné depuis son inclusion dans les Conventions et auquel on n'a jamais eu recours sur la base du Protocole[28], devrait dans la pratique atténuer l'impact de la réserve.

Notons au passage que la déclaration australienne relative aux fonctions que les puissances protectrices auraient éventuellement à exercer dans les zones de combat apparaît conforme à l'esprit des dispositions des Conventions

26 « Réaffirmant, en outre, que les dispositions des Conventions [...] et du présent Protocole doivent être pleinement appliquées en toutes circonstances à toutes les personnes protégées par ces instruments, sans aucune distinction défavorable fondée sur la nature ou l'origine du conflit armé ou sur les causes soutenues par les Parties au conflit, ou attribuées à celles-ci ».

27 Granville Glover, p. 223.

28 Hamidou Coulibaly, « Le rôle des Puissances protectrices au regard du droit diplomatique, du droit de Genève et du droit de La Haye », dans F. Kalshoven et Y. Sandoz (éd.), *Mise en œuvre du droit international humanitaire*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 69-78, aux pp. 75 et s.

et du Protocole, en ce que ces dernières n'ont « pas prévu la présence de ces Puissances dans le cadre même du combat »[29].

Protection de la personne contre les prélèvements de tissus ou d'organes – article 11

L'article 11 protège toute personne privée de liberté en raison d'un conflit armé international contre toute atteinte injustifiée à sa santé et à son intégrité physique ou morale, étant entendu que seul est justifié l'acte à la fois motivé par l'état de santé de cette personne et conforme aux normes médicales généralement reconnues (par. 1). L'interdiction spécifique de pratiquer – même sur une personne consentante – des prélèvements de tissus ou d'organes aux fins de transplantation (par. 2, al. c) vise clairement à éliminer tout risque d'abus, appréhendé en temps de guerre, dans la pratique de transplantations thérapeutiques autrement admise en temps de paix[30]. Une dérogation est pourtant prévue « lorsqu'il s'agit de dons de sang en vue de transfusion ou de peau destinée à des greffes » dès lors que certaines garanties liées au respect de la volonté de la personne concernée et à la déontologie médicale sont présentes (par. 3). Enfin, toute infraction à ces règles qui met gravement en danger une « personne au pouvoir d'une partie autre que celle dont elle dépend » constitue une infraction grave au Protocole (par. 4).

L'Irlande et le Canada ont déclaré leur intention de ne pas être liés par l'interdiction de prélèvement contenue au paragraphe 2(c), la première dans les cas de « donation of tissue, bone marrow or of an organ from a person who is detained, interned or otherwise deprived of liberty [...] to a close relative who requires a donation [...] from such a person for medical reasons, so long as the removal [...] is in accordance with Irish law and the operation is carried out in accordance with normal Irish medical practice, standards and ethics », le deuxième « en ce qui concerne les ressortissants canadiens ou d'autres personnes résidant habituellement au Canada qui peuvent être internés, détenus ou autrement privés de liberté en raison d'une situation mentionnée à l'article premier [...] tant que le prélèvement de tissus ou d'organes pour des transplantations est conforme aux lois canadiennes et s'applique à la population en général et que l'opération est menée conformément à la déontologie, aux normes et pratiques médicales normales du Canada ».

29 CICR, *Projets de Protocoles*, p. 9 (art. 2, al. d, *in fine*) ; *Commentaire*, pp. 82-83, par. 189.

30 W.A. Solf, « Development of the protection of the wounded, sick and shipwrecked under the Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions », dans Swinarski, *précité*, pp. 237-248, aux pp. 240-242 ; *Commentaire*, par. 478 ; Boudreault, p. 116.

Certes, ces réserves ne pourront être mises en œuvre que dans des cas limités; elles apparaissent en outre peu sujettes à donner lieu à une infraction grave, l'une n'étant applicable qu'aux ressortissants et résidents canadiens, l'autre aux transplantations entre parents proches. Sur une question aussi délicate, les experts invitent néanmoins à la prudence. C'est ainsi que l'Association médicale mondiale déclarait récemment:

« Free and informed decision making is a process requiring the exchange and understanding of information and the absence of coercion. Because prisoners and other individuals in custody are not in a position to give consent freely and can be subject to coercion, their organs and tissues must not be used for transplantation except for members of their immediate family »[31].

La réserve irlandaise répond mieux à ces craintes que la réserve canadienne.

Toujours en relation avec l'article 11, l'Irlande se réserve, « [f]or the purposes of investigating any breach of the Geneva Conventions of 1949 or of the Protocols Additional [...] the right to take samples of blood, tissue, saliva or other bodily fluids for DNA comparisons from a person who is detained, interned or otherwise deprived of liberty as a result of a situation referred to in Article 1, in accordance with Irish law and normal Irish medical practice, standards and ethics ».

L'Irlande a raison de considérer que le prélèvement d'échantillons d'ADN puisse constituer une atteinte à l'intégrité d'une personne protégée par l'article 11. C'est pourquoi le droit irlandais, à l'instar d'autres législations prévoyant le prélèvement de substances corporelles aux fins d'enquêtes criminelles, assujettit cette pratique au respect de nombreuses garanties, y compris l'obligation d'obtenir le consentement de la personne concernée ou à tout le moins une autorisation judiciaire[32]. Par sa réserve, l'Irlande veut s'assurer qu'elle pourra appliquer, sans violer les dispositions du Protocole, le même régime aux enquêtes portant sur des violations du droit international humanitaire. En l'absence d'une norme médicale généralement reconnue ou

31 World Medical Association, *Statement on Human Organ & Tissue Donation and Transplantation*, 52e assemblée générale, Edimbourg, octobre 2000 (disponible à l'adresse www.wma.net). Voir également D.J. Rothman, E. Rose et als., « The Bellagio Task Force Report on Transplantation, Bodily Integrity, and International Traffic in Organs », *Transplantation Proceedings*, 1997, pp. 2739-45 (disponible sur le site du CICR).

32 *Criminal Justice* (Forensic Evidence) Act, 1990. Pour une analyse des législations allemande, américaine, britannique et canadienne, voir Deborah Crosbie, *Protection of genetic Information: An International Comparison*, Report to the Human Genetics Commission, Royaume-Uni, sept. 2000, pp. 80-87 (disponible à l'adresse www.hgc.gov.uk/business_publications_international_regulations.pdf).

d'un principe des droits de l'homme clairement à l'effet contraire, on doit conclure que la réserve reste à l'intérieur des frontières du droit existant.

Restrictions à l'emploi d'aéronefs sanitaires – article 28(2)

L'article 28 stipule qu'il « est interdit aux parties au conflit d'utiliser leurs aéronefs sanitaires pour tenter d'obtenir un avantage militaire sur une partie adverse » (par. 1). Valable non seulement pour les transports sanitaires mais aussi pour toute personne ou tout bien bénéficiant d'une protection particulière, le principe constitue l'un des piliers sur lesquels repose le droit international humanitaire. Plus spécifique, le paragraphe 2 interdit l'utilisation d'un aéronef sanitaire pour « rechercher ou transmettre des renseignements de caractère militaire, ou pour transporter [du] matériel destiné à ces fins ».

Les déclarations de l'Irlande et du Royaume-Uni ont ainsi été reprises par la France :

« Etant donné les besoins pratiques d'utiliser des avions non spécifiques pour des missions d'évacuation sanitaire, [la France] n'interprète pas le paragraphe 2 de l'article 28 comme excluant la présence à bord d'équipements de communication et de matériel de cryptologie, ni l'utilisation de ceux-ci uniquement en vue de faciliter la navigation, l'identification ou la communication au profit d'une mission de transport sanitaire, comme définie à l'article 8 ».

La déclaration reflète l'inquiétude ayant mené à l'ajout de la dernière phrase de l'article 28(2), où il est précisé que « [l]e transport à bord [...] de matériel exclusivement destiné à faciliter la navigation, les communications ou l'identification n'est pas considéré comme interdit ». La légitimité du transport ou de l'utilisation du matériel dépend ici des seules fins auxquelles ce matériel est voué. Dès lors, il n'apparaît pas superflu de préciser que le matériel dont le transport est admis à certaines conditions, c'est-à-dire sa non-utilisation « pour tenter d'obtenir un avantage militaire sur une partie adverse », pourra logiquement aussi être « utilisé » dans le respect de ces conditions.

Emblèmes reconnus – article 38

Le Canada est le seul État à avoir déclaré « que lorsque le Service sanitaire des armées d'une partie à un conflit armé emploie comme signe distinctif un emblème autre que ceux mentionnés à l'article 38 de la Première Convention de Genève du 12 août 1949, cet autre emblème, une fois notifié, devrait être respecté par la partie adverse comme un emblème protecteur

dans le conflit, dans des conditions analogues à celles prévues dans les Conventions de Genève de 1949 et les Protocoles additionnels de 1977 concernant l'utilisation des emblèmes mentionnés à l'article 38 de la Première Convention de Genève et du Protocole I. Dans de telles situations, l'usage abusif de cet emblème devrait être considéré comme un usage abusif des emblèmes mentionnés à l'article 38 de la Première Convention de Genève et du Protocole I ».

Il faut trouver l'origine de cette déclaration dans la tentative avortée du Canada de faire inscrire au Protocole la répression de l'usage abusif de tout emblème non reconnu mais habituellement employé[33], tel le bouclier-de-David rouge utilisé par les services de santé militaires et civils de l'État d'Israël[34]. Le Canada ne peut de toute évidence accroître les obligations des autres États parties, que ce soit par rapport à la reconnaissance d'un nouvel emblème ou à la répression de l'éventuel usage abusif d'un tel emblème. Il ne semble pas que ce soit là son intention. En fait, le Canada ne fait qu'énoncer la conduite – qu'on est en droit d'imaginer qu'il suivra – qu'il aurait souhaité voir adoptée par la Conférence diplomatique. Enfin, il n'est pas inutile de rappeler que l'emblème n'est pas constitutif de protection; même identifiés par un sigle non officiellement reconnu, les services de santé d'une partie à un conflit sont en tant que tels protégés par le droit humanitaire, l'identification ayant pour objectif de faciliter leur reconnaissance.

Signes de nationalité – article 39(2)

L'interdiction d'utiliser les drapeaux, symboles, insignes ou uniformes militaires de la partie adverse s'applique, aux termes de l'article 39(2), tant « pendant les attaques que lorsqu'il s'agit de dissimuler, protéger ou entraver des opérations militaires ». L'interdiction d'utiliser « au combat » les signes de nationalité de l'ennemi est depuis longtemps reconnue[35]. Toutefois, tant le libellé de l'article 23(f) du Règlement de La Haye de 1907, lequel interdit « d'user indûment » des insignes et de l'uniforme de l'ennemi[36], que la décision du tribunal militaire américain dans l'affaire *Skorzeny*[37] ont contribué à

33 Leslie C. Green, « Rewriting the Laws of War : the Geneva Protocols of 1977 », *International Perspectives* (Ottawa), novembre-décembre 1977, pp. 36-43, à la p. 39.

34 *Commentaire*, par. 1557, note 40; Boudreault, p. 116.

35 Instructions de 1863 pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique (Code Lieber), art. 63 et 65.

36 L'article 8(b)(vii) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale reprend la même formulation.

37 Case No. 56, « Trial of Otto Skorzeny and others », 9 *Law Reports*, pp. 90-94.

maintenir l'incertitude quant à l'application de la règle autrement que « durant les attaques »[38].

Lors de la Conférence diplomatique, le Canada, les États-Unis et le Royaume-Uni ont plaidé sans succès que la portée de la règle ne devait pas être élargie au-delà du cadre strict des combats[39]. Seul le Canada a néanmoins déclaré, conformément à son manuel militaire, qu'il n'entendait pas être lié par l'interdiction d'utiliser les « symboles, insignes ou uniformes militaires des parties adverses pour dissimuler, favoriser, protéger ou entraver des opérations militaires »[40].

Il est difficile de conclure à l'incompatibilité de cette réserve, qui semble par ailleurs toujours refléter l'état du droit coutumier, avec l'objectif et le but du Protocole. Comme elle se rattache à une règle qui n'a d'effet qu'entre les ennemis combattants, la réserve ne porte pas atteinte aux personnes et aux biens qui jouissent d'une protection particulière en vertu du Protocole. Elle représente néanmoins une limitation sérieuse à l'effet de l'article 39(2) dont le libellé a le mérite d'être clair. Il serait donc souhaitable que le Canada songe à la retirer, suivant ainsi l'exemple du Royaume-Uni qui, malgré les réticences exprimées lors de l'adoption de l'article, n'en a pas pour autant fait l'objet d'une réserve.

Définition des forces armées – article 43

L'Argentine a déclaré comprendre que les dispositions des articles 43(1) et 44(1) du Protocole « n'impliquent pas de dérogations [...] à la notion de forces armées régulières permanentes d'un État souverain [et] à la distinction entre les notions de forces armées régulières, comprises comme corps militaires permanents placés sous l'autorité des Gouvernements d'États souverains, d'une part, et de mouvements de résistance auxquels se réfère l'article 4 de la IIIe Convention de Genève de 1949, d'autre part ».

Il est vrai que l'article 4(1)(a) de la IIIe Convention distingue les membres des forces armées de ceux des mouvements de résistance appartenant à une partie au conflit, seuls ces derniers devant remplir, pour se qualifier comme combattants et bénéficier du statut de prisonnier de guerre, les quatre conditions présumées acquises aux forces armées régulières (commandement responsable, port d'un signe distinctif, port ouvert des armes et observance des lois

38 *Commentaire*, par. 1573-1574.

39 Actes XIV, pp. 291-294, CCDH/III/SR.29, par. 14, 17 et 28.

40 *Le Droit des conflits armés au niveau opérationnel et tactique*, 1999, p. 6-2, par. 13 et 14.

et coutumes de la guerre). Le Protocole intègre plutôt dans une définition unique des forces armées toutes les composantes armées et organisées d'une partie au conflit, dès lors que celles-ci relèvent d'un commandement responsable et sont soumises à un régime de discipline interne permettant d'assurer le respect du droit des conflits armés (art. 43). Tous les membres des forces armées d'une partie au conflit – hormis le personnel sanitaire et religieux – sont donc des « combattants » et ont le droit de participer aux hostilités (art. 44).

Sans doute l'Argentine tenait-elle à indiquer qu'elle ne place pas sur le même pied les forces armées régulières et les mouvements de résistance. Il semble pourtant que c'est sur la base de considérations tant relatives aux nouveaux types de combattants qu'aux nouvelles méthodes de combat utilisées par les forces armées régulières qu'a vu le jour la nouvelle définition des forces armées[41].

Enfin, seuls la Belgique et la France ont notifié au moment de ratifier le Protocole, comme les y invite l'article 43(3), que leurs forces armées incluent respectivement la gendarmerie belge et la gendarmerie nationale française. La notification par un État du fait qu'il incorpore dans ses forces armées « une organisation paramilitaire ou un service armé chargé de faire respecter l'ordre » a pour but d'éviter toute confusion chez l'adversaire. Il est suggéré à tout État qui ne l'aurait pas fait de notifier, le cas échéant, qu'une telle situation prévaut au sein de ses forces armées ou, à l'inverse, qu'elle ne prévaut plus[42].

Combattants et prisonniers de guerre – article 44

Seule la deuxième partie du paragraphe 3 de l'article 44 a fait l'objet de déclarations. Relatif à la reconnaissance du statut de combattant aux guérilleros, l'extrait de l'article va ainsi :

« Etant donné, toutefois, qu'il y a des situations dans les conflits armés où, en raison de la nature des hostilités, un combattant armé ne peut se distinguer de la population civile, il conserve son statut de combattant à condition que, dans de telles situations, il porte ses armes ouvertement : a) pendant chaque engagement militaire ; et b) pendant le temps où il est exposé à la vue de l'adversaire alors qu'il prend part à un déploiement militaire qui précède le lancement d'une attaque à laquelle il doit participer ».

41 Solf, dans Bothe, *précité*, pp. 235-236.

42 En ce sens, il est à signaler qu'une loi belge a eu pour effet de détacher la gendarmerie des forces armées. Voir la *Loi du 18 juillet 1991 modifiant la loi du 2 décembre 1957 sur la gendarmerie et la loi du 27 décembre 1973 relative au statut du personnel du cadre actif du corps opérationnel de la gendarmerie et portant démilitarisation de la gendarmerie*, Moniteur Belge, 26 juillet 1991, p. 3017.

Dix États (Allemagne, Australie, Belgique, Canada, France, Irlande, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, République de Corée, Royaume-Uni) considèrent que la disposition est uniquement applicable dans les cas d'occupation ainsi que dans les conflits pour l'autodétermination couverts par l'article 1 (4). L'Espagne et l'Italie limitent ces « situations » aux seuls cas d'occupation.

L'interprétation majoritaire apparaît conforme à ce qui a été envisagé par la Conférence diplomatique[43]. Elle est raisonnable, explique un auteur, « dans la mesure où l'on ne saurait justifier la dissimulation des guérilleros au sein de la population civile lorsque le territoire n'est pas contrôlé par l'ennemi. Si la guerre de guérilla a été légitimée par le Protocole I, cette technique continue de présenter de nombreux inconvénients du point de vue de la protection des populations civiles : la difficulté de distinguer le combattant guérillero du reste de la population a en effet pour conséquence de fragiliser la protection des civils considérés comme suspects. Dans des circonstances où un mouvement armé contrôle de façon claire un territoire, c'est-à-dire lorsque celui-ci n'est pas soumis à la souveraineté de l'ennemi, comme c'est le cas dans les guerres de libération nationale, ou n'est pas occupé, le recours à la technique de guérilla préjudiciable à la population civile doit donc être exclue »[44].

Les douze États ont en outre interprété de manière extensive le terme « déploiement » comme « tout mouvement vers un lieu d'où une attaque doit être lancée », et ce, dans le meilleur intérêt de la population civile[45]. L'Australie et la Nouvelle-Zélande interprètent l'expression « exposé à la vue de l'adversaire » comme visible à l'aide des détecteurs appropriés. Si l'interprétation semble correcte, la règle n'en paraît pas moins difficile d'application dans la pratique.[46]

Enfin, l'Argentine a déclaré estimer que « les paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 44 [ne peuvent être interprétés : a) comme accordant à ceux qui enfreignent les normes du droit international applicables dans les conflits armés une quelconque impunité qui les soustrairait à l'application du régime de sanctions correspondant à chaque cas ; b) comme favorisant spécifiquement ceux qui violent les normes dont l'objectif est de faire la distinction

43 Solf, *Ibid.*, p. 248 ; Rapport de la Commission III, Actes XV, CDDH/407/Rev.1, p. 471, par. 18.

44 Cyril Laucci, « La France adhère au protocole 1 relatif à la protection des victimes des conflits internationaux », *RGDIP*, 2001, vol. 3, pp. 677-704, à la p. 691.

45 Solf, *Ibid.*, p. 254 ; *Commentaire*, par. 1709-1712.

46 Voir Solf, *Ibid.*, pp. 254-255. Contra *Commentaire*, par. 1712.

entre les combattants et la population civile; c) comme affaiblissant le respect du principe fondamental du droit international de la guerre qui impose de distinguer les combattants et population civile dans le but prioritaire de protéger cette dernière».

Une interprétation de bonne foi des dispositions visées par la déclaration argentine ne devrait pas entraîner les conséquences redoutées.

Mercenaires – article 47

Quatre États ont formulé une déclaration relative aux mercenaires. Les Pays-Bas et l'Irlande y ont simplement rappelé que l'article 47 ne porte en aucune manière préjudice à l'application des articles 45 (Protection des personnes ayant pris part aux hostilités) et 75 (Garanties fondamentales). Cela ne fait pas de doute: l'article 45(3) affirme clairement qu'une personne ayant pris part aux hostilités mais n'ayant pas droit au statut de prisonnier de guerre – ni à un traitement plus favorable en vertu de la IVe Convention – a droit en tout temps aux garanties minimales de l'article 75.

Les déclarations algérienne et angolaise sont liées à la définition du mercenariat contenue à l'article 47(2). D'une part, l'Algérie a réservé sa position au sujet de la définition «jugée restrictive». D'autre part, l'Angola a affirmé que tant que la Convention internationale contre le mercenariat ne serait pas entrée en vigueur à son égard[47], elle considérerait comme incluses dans le crime de mercenariat tant les activités des mercenaires commises en Angola et à l'étranger que celles liées à leur recrutement ou encore le fait de permettre que se déroulent de telles activités dans un territoire sous son contrôle.

Il est difficile de mesurer la portée de ces déclarations. Bien qu'elles reflètent l'idée avancée lors de la Conférence diplomatique d'incorporer au Protocole un régime rigoureux de répression du mercenariat[48], elles ne s'en situent pas moins au-delà de l'article 47[49]. Ni le Protocole ni le droit des conflits armés n'abordent la question de la licéité des activités mercenaires ni ne cherchent à établir la responsabilité des individus, groupes ou États s'adonnant au mercenariat. Le Protocole ne fait que définir le statut de merce-

47 A ce jour, l'Angola a signé sans les ratifier la *Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires* (adoptée le 4 décembre 1989 et entrée en vigueur le 20 octobre 2001) et la *Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique* (adoptée peu après les Protocoles et entrée en vigueur le 22 avril 1985).

48 *Commentaire*, par. 1799, note 25.

49 Boudreault, p. 113.

naire et ses conséquences en cas de capture, et c'est afin d'éviter de fragiliser la protection due aux prisonniers de guerre que le libellé de la disposition est si restrictif[50]. Ainsi, si la mise en œuvre des déclarations algérienne et angolaise avait pour effet d'exclure du bénéfice du Protocole et des Conventions des individus qui y auraient autrement droit, on pourrait arguer de leur incompatibilité avec le Protocole[51]. Il semble toutefois que l'Algérie et l'Angola signifient uniquement qu'ils ne désirent pas préjuger d'une définition sur la base de laquelle ils entendent réprimer le crime de mercenariat.

Armes nucléaires

Neuf États ont formulé des déclarations relatives aux armes nucléaires lors de la ratification du Protocole (Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, France, Irlande, Italie, Pays-Bas, Royaume-Uni), contre deux lors de la signature (États-Unis, Royaume-Uni). Seule l'Irlande a positivement rattaché ses déclarations à des dispositions spécifiques du Protocole:

« Ireland accepts, as stated in Article 35 paragraph 1, that the right of Parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited. In view of the potentially destructive effect of nuclear weapons, Ireland declares that nuclear weapons, even if not directly governed by Additional Protocol I, remain subject to existing rules of international law as confirmed in 1996 by the International Court of Justice in its Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons »[52].

Les huit autres États ont affirmé, plus ou moins dans les mêmes termes, que le Protocole I n'a pas vocation à s'appliquer ni ne s'applique aux armes nucléaires. La France, pour ne reprendre que la déclaration la plus récente, a ainsi déclaré:

« Se référant au projet de protocole rédigé par le [CICR] qui a constitué la base des travaux de la Conférence diplomatique de 1974-1977, le gouver-

50 Solf, *Ibid.*, p. 271.

51 Boudreault, p. 114.

52 L'Irlande a aussi déclaré, en relation avec les articles 35(3) et 55 (Protection de l'environnement): « In ensuring that care shall be taken in warfare to protect the natural environment against widespread, long-term and severe damage and taking account of the prohibition of the use of methods or means of warfare which are intended or may be expected to cause such damage to the natural environment thereby prejudicing the health or survival of the population, Ireland declares that nuclear weapons, even if not directly governed by Additional Protocol I, remain subject to existing rules of international law as confirmed in 1996 by the International Court of Justice in its Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Ireland will interpret and apply this Article in a way which leads to the best possible protection for the civilian population ».

nement de la République française continue de considérer que les dispositions du protocole concernent exclusivement les armes classiques, et qu'elles ne sauraient ni réglementer ni interdire le recours à l'arme nucléaire, ni porter préjudice aux autres règles du droit international applicables à d'autres activités, nécessaires à l'exercice par la France de son droit naturel de légitime défense ».

S'il est admis que la question de l'emploi et des restrictions à l'emploi de l'arme nucléaire a été tenue à l'écart de la Conférence diplomatique, la réponse à la question de savoir si le Protocole I est néanmoins applicable aux armes nucléaires ne va pas de soi. La Cour internationale de justice a simplement jugé, dans son avis consultatif de 1996, qu'il n'était pas nécessaire d'y répondre :

« La Cour n'a pas non plus à s'étendre sur la question de l'applicabilité aux armes nucléaires du protocole additionnel I de 1977. Il lui suffira d'observer que, si la Conférence diplomatique de 1974-1977 n'a consacré aucun débat de fond à la question nucléaire et si aucune solution spécifique concernant cette question n'y a été avancée, le Protocole additionnel I n'a en aucune manière remplacé les règles générales coutumières qui s'appliquaient à tous les moyens et toutes les méthodes de combat, y compris les armes nucléaires. La Cour rappellera en particulier que tous les États sont liés par celles des règles du Protocole additionnel I qui ne représentaient, au moment de leur adoption, que l'expression du droit coutumier préexistant, comme c'est le cas de la clause de Martens, réaffirmée à l'article premier dudit protocole. Le fait que la Conférence de 1974-1977 n'ait pas traité spécifiquement de certains types d'armes ne permet de tirer aucune conclusion juridique quant aux problèmes de fond que le recours à ces armes soulèverait »[53].

Plus direct, le professeur Kalshoven affirme que le Protocole I « does not purport to prohibit the use of nuclear weapons, and neither does it lay down any further restrictions on such use than already result from pre-existent law of armed conflict (and which were re-affirmed in the Protocol) »[54].

53 CIJ, *Avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Recueil CIJ, 1996, par. 84. Le Commentaire ne répond pas non plus directement à la question : « Quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir sur l'étendue de l'application du Protocole I, [les règles générales qui s'appliquent à toutes les méthodes et moyens de combat] restent entièrement valables et continuent à s'appliquer aux armes nucléaires comme à toutes les autres armes. On ne saurait donc soutenir que le Protocole, en reprenant ces règles, a exclu les armes nucléaires de leur champ d'application » (par. 1852).

54 Fritz Kalshoven, « Arms, Armaments and International Law », *Recueil des cours*, Académie de droit international, 1985-II, pp. 183-341, à la p. 283.

La position retenue par le manuel militaire allemand a aussi le mérite d'être claire:

« The new rules introduced by Additional Protocol I were intended to apply to conventional weapons, irrespective of other rules of international law applicable to other types of weapons. They do not influence, regulate, or prohibit the use of nuclear weapons »[55].

Selon le commentaire rattaché à cet extrait du manuel, les déclarations faites par le Royaume-Uni et les États-Unis à la signature du Protocole[56] constituent des éléments pertinents d'interprétation du champ d'application du Protocole, au sens de l'article 31(1) et (2)(b) de la Convention de Vienne[57]. Il en résulte que, si les règles du Protocole ne sont pas applicables à titre conventionnel aux armes nucléaires, les règles coutumières réaffirmées par ses dispositions le sont[58].

De fait, le Commentaire du CICR parvient au même résultat lorsqu'il affirme que les déclarations relatives à l'arme nucléaire ne contredisent pas le traité: en ne visant que les règles « nouvellement introduites » par le Protocole, les États ne devraient pas remettre en question l'application des règles « seulement réaffirmées » par le Protocole[59]. La même interprétation devrait valoir pour l'ensemble des déclarations touchant aux armes nucléaires. Celle-ci a l'avantage d'être respectueuse de la volonté dominante exprimée lors de la Conférence diplomatique, laquelle s'est perpétuée jusque dans la récente formulation de déclarations au même effet. Respectueuse aussi de l'avis unanime de la Cour internationale de justice, selon lequel les règles et principes fondamentaux du droit humanitaire s'appliquent aux armes nucléaires, notamment le principe de distinction entre combattants et civils, l'interdiction de diriger des attaques contre des civils, l'interdiction d'utiliser

55 Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed conflict*, p. 429, n° 430.

56 « It is the understanding of the United States of America that the rules established by this Protocol were not intended to have any effect on and do not regulate or prohibit the use of nuclear weapons [...] Le Royaume-Uni avait pour sa part signé le Protocole « on the basis of the following understandings: (i) that the new rules introduced by the Protocol are not intended to have any effect on and do not regulate or prohibit the use of nuclear weapons...». La déclaration fut ainsi confirmée: « (a) It continues to be the understanding of the United Kingdom that the rules introduced by the Protocol apply exclusively to conventional weapons without prejudice to any other rules of international law applicable to other types of weapons. In particular, the rules so introduced do not have any effect on and do not regulate or prohibit the use of nuclear weapons ».

57 Stefan Oeter, dans Fleck, p. 430, n° 430-5. Voir également Solf, dans Bothe, p. 191, note 12.

58 *Ibid.*, p. 430, n° 430-6.

59 *Commentaire*, par. 1853.

des armes qui ne permettent pas de distinguer entre les objectifs civils et militaires, de même que celles de nature à causer des maux superflus ou qui aggravent inutilement les souffrances[60].

Protection de l'environnement – articles 35 et 55

Les articles 35(3) et 55(1) interdisent l'utilisation de méthodes de guerre et d'armes conçues pour causer ou dont on peut attendre qu'elles causent des dommages étendus, durables et graves à l'environnement. De manière comparable à la France, le Royaume-Uni « understands both of these provisions to cover the employment of methods and means of warfare and that the risk of environmental damage falling within the scope of these provisions arising from such methods and means of warfare is to be assessed objectively on the basis of the information available at the time »[61].

Les deux États cherchent vraisemblablement à s'assurer que leur responsabilité ne pourra pas être engagée pour des dommages causés à l'environnement du fait de l'utilisation d'armes, par exemple, dont on ignorait à l'époque le potentiel dommageable[62]. L'interprétation semble aller de soi. Les mots « dont on peut attendre [qu'elles] causeront des dommages » impliquent néanmoins que le risque de dommages soit déterminé de manière objective ainsi que de bonne foi et, pour être utile, avant le lancement d'une attaque, soit dans le cadre général des précautions à prendre dans l'attaque. Vu le seuil élevé des dommages que les articles 35 et 55 cherchent à prévenir, il apparaît toutefois que la détermination des risques reviendra le plus souvent aux décideurs de haut niveau[63].

Expression « possible dans la pratique » – articles 41, 56, 57, 58, 78 et 86

Dix États (Algérie, Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, France, Irlande, Italie, Pays-Bas et Royaume-Uni) ont précisé le sens qu'ils accordent à l'expression « dans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible » ou aux autres expressions similaires retrouvées aux articles 41 (Sauvegarde de l'ennemi hors de combat), 56 (Protection des ouvrages et installations contenant des forces dangereuses), 57 (Précautions dans l'attaque), 58 (Précautions

60 Avis, par. 78.

61 Mise à part la déclaration irlandaise sur les effets des armes nucléaires sur l'environnement, *infra*.

62 Cyril Laucci, p. 693.

63 Solf, *Ibid.*, p. 348. En tout état de cause, une détermination de compatibilité avec les articles 35(3) et 55(1) devra avoir été faite par l'État lors « de l'étude, la mise au point, l'acquisition ou l'adoption d'une nouvelle arme, de nouveaux moyens ou d'une nouvelle méthode de guerre » (art. 36 PA I).

contre les effets des attaques), 78 (Évacuation d'enfants) et 86 (Omissions).

Le choix des termes, notamment leur adéquation dans les langues anglaise et française, a fait l'objet de longues discussions lors de la Conférence diplomatique[64]. Suite au vote unanime – avec abstentions – ayant mené à l'adoption des dispositions concernées, plusieurs États ont tenu à exprimer l'importance et l'interprétation accordées aux termes utilisés[65]. Ainsi, le Royaume-Uni avait déclaré à la signature du Protocole que le mot ‹feasible› means that which is practicable or practically possible, taking into account all circumstances at the time including those relevant to the success of military operations...».

Le CICR avait alors mis en garde contre une interprétation trop large de l'expression, craignant qu'en n'invoquant que le succès des opérations militaires, on en vienne à négliger les devoirs humanitaires prescrits par les différentes règles[66]. Il est heureux qu'au moment de ratifier le Protocole, l'ensemble des États énumérés plus haut, y compris le Royaume-Uni[67] mais à l'exclusion de l'Algérie qui n'a pas apporté de précision en ce sens, ont invoqué des considérations d'ordre à la fois militaire et humanitaire. La formulation a d'ailleurs été reprise à l'article 10 du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, tel que modifié le 3 mai 1996.

L'article 58 exige des États certains comportements précis en vue de protéger la population civile se trouvant sur leur propre territoire ou un territoire sous leur contrôle: d'une part, qu'ils s'efforcent d'éloigner du voisinage des objectifs militaires les personnes et biens de caractère civil (alinéa a) et, d'autre part, qu'ils évitent de placer des objectifs militaires à l'intérieur ou à proximité de zones densément peuplées (alinéa b).

La Suisse et l'Autriche ont fait valoir combien l'application de ces dispositions pouvait être préjudiciable à la défense nationale des États caractérisés par une forte concentration de population, d'où leur réserve commune:

«Étant donné que l'article 58 contient l'expression ‹dans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible›, les alinéas a et b seront appliqués sous réserve des exigences de la défense du territoire national».

64 *Commentaire*, par. 2198, note 6. On notera que l'expression «feasible» correspond à la fois aux termes français «pratique» (art. 56), «pratiquement possible» ou «possible dans la pratique» (art. 57, 58, 78 et 86) et «utile» (art. 41), alors que cette dernière est aussi traduite par le terme «practical» (art. 56 (3).

65 Actes VI, CDDH/SR.42, pp. 212-214, notamment les par. 41, 59, et 61 et 220-239.

66 *Commentaire*, par. 2198.

67 La déclaration a ainsi été modifiée: «The United Kingdom understands the term ‹feasible› as used in the Protocol to mean that which is practicable or practically possible, taking into account all circumstances ruling at the time, including humanitarian and military considerations».

Bien que qualifiées de réserves, ces déclarations n'emportent pas nécessairement une modification de l'effet juridique de l'article 58; elles en offrent une interprétation *a priori* raisonnablement adaptée à la géographie de l'Autriche et de la Suisse[68]. L'évaluation de la mise en application par ces derniers des obligations découlant de l'article sera néanmoins effectuée au cas par cas.

Norme de prise de décision des commandants – partie IV, section I

Treize États ont précisé la norme rattachée à la prise de décision par les commandants militaires dans la préparation et le lancement des attaques. Les déclarations sont soit libellées de manière générale (Égypte, Royaume-Uni), en référence à l'ensemble de la section I du titre IV qui porte sur la protection générale contre les effets des hostilités (Allemagne, Belgique, Canada), plus précisément en relation avec les articles 51 à 58 (Australie, Espagne, Irlande, Italie, Nouvelle-Zélande et Pays-Bas) ou encore dans le cadre limité du paragraphe 2 de l'article 57 (Autriche et Suisse). La déclaration britannique est donnée à titre d'exemple:

«Military commanders and others responsible for planning, deciding upon, or executing attacks necessarily have to reach decisions on the basis of their assessment of the information from all sources which is reasonably available to them at the relevant time»[69].

Les travaux préparatoires font état d'importantes divergences entre les participants lorsqu'il s'est agi de définir les responsabilités des commandants militaires, principalement en raison du libellé jugé imprécis de l'article 57 sur les mesures de précaution dans l'attaque[70]. On a vu plus haut que les règles sur les précautions à prendre dans l'attaque et contre les effets des attaques exigent de ceux qui les préparent ou en décident de faire «tout ce qui est faisable ou pratiquement faisable, compte tenu de toutes les circonstances au

68 Un auteur affirme que «les réserves de la Suisse n'ont qu'un caractère interprétatif»: Maurice Aubert, «Les réserves formulées par la Suisse lors de la ratification du Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des conflits internationaux (Protocole I)», dans Swinarski, *précité*, à la p. 145.

69 Une déclaration identique avait été faite lors de la signature du Protocole.

70 Selon le Commentaire, «[c]es préoccupations étaient renforcées par le fait que, dans l'article 85 (Répression des infractions au présent Protocole), des manquements aux règles de l'article 57 peuvent constituer des infractions graves et être réprimées comme telles. Ceux qui désiraient davantage de précision faisaient valoir que, dans le domaine du droit pénal, il faut être précis, afin que les éventuels violateurs sachent qu'ils commettent une infraction grave. Ceci explique que l'Autriche, comme la Suisse, ait en outre déclaré que [p]our juger toute décision prise par un commandant militaire, les articles 85 et 86 du Protocole I seront appliqués pour autant que les impératifs militaires, la possibilité raisonnable de les reconnaître et les informations effectivement disponibles au moment de la décision soient déterminants» (par. 2187).

moment de l'attaque [...] » pour s'assurer que les objectifs visés sont militaires et que les moyens et méthodes utilisés réduisent au minimum les dommages collatéraux pouvant être infligés aux personnes civiles et aux biens de caractère civil. Cela implique que la décision soit basée « on a reasonable and honest reaction to the facts and circumstances known to them from information reasonably available to them at the time they take their actions and not on the basis of hindsight »[71]. Les déclarations des États vont toutes en ce sens.

Enfin, seule la Suisse a fait valoir que les termes « ceux qui préparent ou décident une attaque » risquaient de donner à des militaires subalternes de lourdes responsabilités qui incombent normalement aux militaires de grade supérieur :

« Les dispositions du paragraphe 2 de l'article 57 ne créent des obligations que pour les commandants au niveau du bataillon ou du groupe et aux échelons les plus élevés. Sont déterminantes les informations dont [ils] disposent au moment de leur décision »[72].

Il est à craindre que cette réserve limite de manière sensible le champ des personnes auxquelles l'article 57 est voué à s'appliquer[73].

Définition des personnes civiles et de la population civile – article 50

L'article 50 (1) stipule qu'en cas de doute quant au statut d'une personne, celle-ci devra être considérée comme une personne civile. Seuls la France et le Royaume-Uni ont déclaré, usant des même termes, « que la règle [...] ne peut être interprétée comme obligeant le commandement militaire à prendre une décision qui, selon les circonstances et les informations à sa disposition, pourrait ne pas être compatible avec son devoir d'assurer la sécurité des troupes sous sa responsabilité ou de préserver sa situation militaire, conformément aux autres dispositions du Protocole ».

71 Solf, *Ibid.*, aux pp. 279-280.

72 La Suisse avait déjà déclaré lors de la signature du Protocole que « les dispositions du chiffre 2 de cet article ne créent des obligations que pour les commandants dès le niveau du bataillon ou du groupe et aux échelons les plus élevés ».

73 Selon le Commentaire, « il est manifeste que la Conférence diplomatique, dans sa très grande majorité, a voulu couvrir par une seule disposition l'ensemble des situations, y compris celles qui peuvent se produire au cours de combats à faible distance, dans lesquelles des chefs, même subalternes, peuvent avoir à prendre des décisions très graves pour le sort de la population civile et des biens civils. Il en résulte clairement, pour le commandement des armées, le devoir d'instruire leur personnel d'une manière suffisante pour qu'il réagisse correctement dans les situations envisagées, même s'il s'agit de militaires de rang inférieur » (par. 2197). Voir également Solf, dans Bothe, p. 363. Selon Maurice Aubert, la réserve suisse serait pleinement justifiée (p. 143).

On a fait valoir que la déclaration française ne remettait pas en cause la portée de la présomption mais indiquait seulement que le doute devait s'apprécier en fonction de l'ensemble des circonstances[74]. Telles que rédigées, les déclarations semblent plutôt indiquer qu'en cas de doute, la « sécurité des troupes » et la « préservation de la situation militaire » constituent des facteurs déterminants. Or, le but de la présomption n'est pas de favoriser la protection des troupes au détriment des civils mais plutôt l'inverse[75]; toute interprétation défavorable à la reconnaissance de la protection revenant aux civils s'apparente à une réserve, par ailleurs difficilement justifiable. La prise en compte du comportement, de la location et de l'apparence d'une personne pour trancher la question de son statut[76], apparaît plus compatible avec l'objectif de la disposition et du Protocole dans son ensemble.

Avantage militaire – article 51

Dix États (Allemagne, Australie, Belgique, Canada, Espagne, France, Italie, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Royaume-Uni) ont déclaré que l'expression « avantage militaire » retrouvée aux articles 51 (Protection de la population civile), 52 (Protection générale des biens de caractère civil) et 57 (Précautions dans l'attaque) signifie « l'avantage attendu de l'attaque dans son ensemble, et non uniquement des parties isolées de celle-ci ». L'Australie a, comme la Nouvelle-Zélande, ajouté les précisions suivantes:

«... le terme ‹avantage militaire› implique diverses considérations comprenant la sécurité des forces attaquantes. En outre [...] les termes ‹l'avantage militaire concret et direct attendu›, utilisés dans les articles 51 et 57, signifient l'espoir *bona fide* que l'attaque apportera une contribution pertinente et proportionnelle à l'objectif de l'attaque militaire en question ».

Il est admis qu'une attaque effectuée de manière concertée en de nombreux points doit être jugée dans son ensemble[77] et que la sécurité des forces attaquantes fait partie des considérations pertinentes à la détermination de l'avantage militaire[78]. Il ne faut pas pour autant oublier les limites du principe, c'est-à-dire que « même dans une attaque générale, l'avantage attendu doit être militaire, concret et direct; il ne peut s'agir de créer, par des

74 Marie-Hélène Aubert, *infra*.
75 Laucci, p. 673.
76 Solf, *Ibid.*, p. 297.
77 Fleck, p. 162, par. 444; *Commentaire*, par. 2218.
78 Solf, *Ibid.*, p. 311.

attaques qui atteindraient incidemment la population civile, des conditions propres à amener la reddition »[79].

Objectif militaire – article 52(2)

Neuf États (Allemagne, Australie, Canada, Espagne, France, Italie, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas et Royaume-Uni) ont formulé une déclaration visant à interpréter la notion « d'objectif militaire » définie en ces termes à l'article 52 (2):

« Les attaques doivent être strictement limitées aux objectifs militaires. En ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis ».

Tous, à l'exception de l'Australie, ont signalé qu'une « zone terrestre déterminée » pouvait constituer un objectif militaire au sens de cette disposition. Six États (Australie, Canada, France, Italie, Nouvelle-Zélande et Royaume-Uni) ont en outre précisé que la première phrase du paragraphe 2 ne touche pas à la question des dommages incidents ou collatéraux découlant d'une attaque dirigée contre un objectif militaire. Ces déclarations apparaissent raisonnables. Il doit néanmoins être précisé qu'une « aire déterminée » ne peut qu'avoir une étendue restreinte et que la notion n'a de valeur que dans les zones de combat[80].

Réaction à une attaque – articles 51 et 52

En droit des conflits armés, on entend par représailles les actes dérogatoires à ce droit qui sont dirigés par une partie au conflit contre une autre partie pour la contraindre à cesser de violer les règles de ce droit[81]. Longtemps considérées comme un moyen de coercition essentiel dans la conduite des hostilités, les représailles ont néanmoins été graduellement interdites: premièrement contre les prisonniers de guerre dans la Convention de Genève de 1929, ensuite contre les diverses catégories de personnes et biens protégés par les Conventions de Genève de 1949, puis contre les biens culturels dans la Convention de La Haye de 1954.

79 *Commentaire, Ibid.*

80 *Commentaire*, par. 1955 et 2025-2026.

81 Fritz Kalshoven, « Belligerent Reprisals Revisited », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXI, 1990, pp. 43-80, à la p. 44.

Lors de la Conférence diplomatique, les uns proposaient d'interdire toutes formes de représailles à l'encontre des personnes et biens protégés par le Protocole, tandis que les autres insistaient pour que le recours aux représailles soit plutôt assorti de conditions strictes[82]. Résultat d'un compromis, le Protocole comprend une série d'interdictions inconditionnelles qui protègent contre les représailles les blessés, les malades, les naufragés ainsi que le personnel sanitaire et religieux (art. 20), les personnes civiles (art. 51(6)), les biens civils (art. 52(1)), les biens culturels (art. 53), les biens indispensables à la survie de la population civile (art. 54(4)), l'environnement (art. 55(2)) ainsi que les ouvrages et installations contenant des forces dangereuses (art. 56(4)). La plus-value du protocole se situe essentiellement dans la protection généralisée des personnes et biens de caractère civil[83].

Le compromis n'a toutefois pas eu le mérite de clore la question, à en juger par les déclarations suivantes formulées par cinq États (Allemagne[84], Égypte, France, Italie, Royaume-Uni):

« La République arabe d'Égypte s'engage donc à respecter toutes les dispositions des Protocoles. Elle réaffirme, conformément au principe de réciprocité, son attachement au droit d'utiliser tous les moyens autorisés par le droit international pour réagir contre toute violation de ces lois par une partie quelconque, et prévenir ainsi toute autre infraction... »;

« Le Gouvernement de la République française déclare qu'il appliquera les dispositions du paragraphe 8 de l'article 51 dans la mesure ou l'interprétation de celles-ci ne fait pas obstacle à l'emploi, conformément au droit international, des moyens qu'il estimerait indispensables pour protéger sa population civile de violations graves, manifestes et délibérées des Conventions de Genève et du Protocole par l'ennemi »;

« L'Italie réagira aux violations graves et systématiques par un ennemi des obligations découlant du Protocole additionnel I, notamment de ses articles 51 et 52, par tous les moyens admissibles en vertu du droit international en vue de prévenir toute nouvelle violation »;

« The obligations of Articles 51 and 55 are accepted on the basis that any adverse party against which the United Kingdom might be engaged will itself scrupulously observe those obligations. If an adverse party makes serious and deliberate attacks, in violation of Article 51 or Article 52 against the civilian popu-

82 Kalshoven, *Ibid.*, pp. 48-49 et 60.

83 Par opposition à la protection offerte par l'article 33(3) CG IV aux seules personnes civiles tombées au pouvoir d'une partie dont elles ne sont pas ressortissantes et à leurs biens.

84 Étant identique à la déclaration italienne, la déclaration allemande n'est pas reproduite.

lation or civilians or against civilian objects, or, in violation of Articles 53, 54 and 55, on objects or items protected by those Articles, the United Kingdom will regard itself as entitled to take measures otherwise prohibited by the Articles in question to the extent that it considers such measures necessary for the sole purpose of compelling the adverse party to cease committing violations under those Articles, but only after formal warning to the adverse party requiring cessation of the violations has been disregarded and then only after a decision taken at the highest level of government. Any measures thus taken by the United Kingdom will not be disproportionate to the violations giving rise there to and will not involve any action prohibited by the Geneva Conventions of 1949 nor will such measures be continued after the violations have ceased. The United Kingdom will notify the Protecting Powers of any such formal warning given to an adverse party, and if that warning has been disregarded, of any measures taken as a result».

On peut se demander pourquoi l'Allemagne, l'Égypte et l'Italie ont tenu à déclarer conserver le droit «de réagir aux violations commises par une partie adverse par les moyens admissibles en vertu du droit international», quand on sait que pour une partie qui adhère au Protocole ces moyens deviennent pour ainsi dire inexistants[85]. Le professeur Kalshoven considère que la déclaration italienne pourrait, vu son libellé imprécis, recevoir diverses interprétations et même constituer une réelle réserve à l'interdiction des représailles telle que contenue aux articles 51 et 52[86].

La réserve du Royaume-Uni a le seul mérite d'être clair. Le recours aux représailles y est, conformément au manuel militaire britannique[87], soumis à une liste de conditions strictes traditionnellement reconnue par le droit coutumier. Plus ambiguë, la réserve française nous laisse d'autant perplexe quant aux effets escomptés.

Il devient chaque jour plus ardu de défendre le recours à des violations du droit international humanitaire – qui plus est au détriment des personnes civiles qu'il a pour ultime but de protéger des abus de la guerre – pour obtenir le respect de ce droit. Le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie concluait d'ailleurs dans l'affaire *Kupreskic* à l'émergence d'une règle coutumière prohibant toute forme de représailles contre les personnes civiles[88]. Selon le

85 L'emploi autrement illégal de certaines armes dirigées contre les forces armées ennemies constituerait la seule mesure de représailles admissible en vertu du Protocole. Voir Gerald I.A.D. Draper, «War, Laws of, Enforcement», *Encyclopedia of Public International Law*, p. 1383 et Kalshoven, pp. 79-80.

86 Kalshoven, pp. 66-67.

87 The *Law of War on Land*, The War Office, 1958, p. 184, par. 644 et note 2.

88 ICTY, *Prosecutor* v. *Kupreskic*, (IT-95-16-T), 14 janvier 2000, par. 527-536.

Tribunal, la barbarie inhérente à ces mesures, leur totale incompatibilité avec les droits fondamentaux de la personne, la mise en place contemporaine d'un système de répression des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité aux niveaux national et international ainsi que la pratique des États « seem to support the contention that the demands of humanity and the dictates of public conscience, as manifested in *opinio necessitatis*, have by now brought about the formation of a customary rule also binding upon those few States that at some stage did not intend to exclude the abstract legal possibility or resorting to reprisals [against civilians] ».

Comment, dans ce contexte, peut-on arguer en faveur de la compatibilité avec l'objet et le but humanitaire du Protocole des réserves à l'interdiction inconditionnelle qu'il énonce d'employer des mesures de représailles contre les personnes civiles et leurs biens ?

Biens culturels – article 53

L'article 53 interdit, « [s] ans préjudice des dispositions de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et d'autres instruments internationaux pertinents », a) de commettre des actes d'hostilité contre les biens culturels, b) d'utiliser ces biens à l'appui de l'effort militaire et c) de faire de ces biens l'objet de représailles.

Six États (Canada, France, Irlande, Italie, Pays-Bas et Royaume-Uni) ont déclaré que les biens culturels utilisés à l'appui de l'effort militaire en violation de l'alinéa b) perdent de ce fait la protection qui leur est attribuée par l'alinéa a). Si le Canada, l'Italie et les Pays-Bas ont introduit une limite temporelle à la perte de la protection, seul le premier a ajouté une référence au concept de nécessité militaire impérieuse :

« a) la protection offerte par l'article [53] sera perdue durant toute période où les biens protégés seront utilisés à des fins militaires ; et b) les interdictions énoncées aux alinéas a) et b) de cet article ne pourront être levées que si des nécessités militaires impérieuses l'exigent ».

L'assujettissement de l'obligation de respecter les biens culturels à la condition qu'ils ne soient pas utilisés à l'appui de l'effort militaire paraît généralement acceptée[89], bien que cela ne ressorte pas directement du texte de l'article 53. Le professeur Solf défend aussi cette conclusion, dans la mesure où

89 *Commentaire*, par. 2077 ; Fritz Kalshoven, « Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts : The Diplomatic Conference, Geneva, 1974-1977 », Part II, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. IX, 1978, p. 124.

l'article 53 est « sans préjudice » de l'article 27 du Règlement de la Haye de 1907 qui énonce l'obligation d'épargner certains objets de valeur culturelle à condition qu'ils ne soient pas employés en même temps à un but militaire[90].

Il n'est cependant pas inutile de rappeler qu'une violation de l'interdiction d'utiliser les biens culturels à l'appui de l'effort militaire n'entraîne pas automatiquement le droit de les attaquer puisque les attaques doivent être strictement limitées aux objectifs militaires (art. 52), c'est-à-dire aux biens qui apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre un avantage militaire précis. Ainsi, un bien temporairement occupé par l'ennemi ne constitue plus, une fois l'ennemi parti, un objectif militaire. La limite temporelle introduite par le Canada, l'Italie et les Pays-Bas constitue en ce sens une meilleure formulation. En outre, le principe de proportionnalité ainsi que les mesures de précaution énoncées à l'article 57 (vérification de l'objectif, précautions contre les dommages collatéraux) devront être respectées[91].

La deuxième partie de la déclaration canadienne réintroduit la notion de nécessité militaire énoncée à l'article 4(2) de la Convention de La Haye de 1954. Le Canada étant partie à cette Convention, sa déclaration ne peut être qualifiée de réserve[92]. Elle rappelle que le Canada entend seulement utiliser des biens culturels à des fins militaires ou attaquer ceux qui auraient été transformés en objectifs militaires « lorsque des nécessités militaires impérieuses l'exigent, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe aucun autre choix possible »[93].

Biens indispensables à la survie – article 54 (2)

L'article 54 interdit d'utiliser la famine comme méthode de guerre. Les actes spécifiques prohibés au paragraphe 2 se limitent à ceux posés « en vue de priver » la population civile des biens essentiels à sa survie (denrées alimentaires, récoltes, bétail, réserves d'eau potable, zones agricoles et ouvrages d'irrigation), étant entendu que l'interdiction ne s'applique pas aux biens utilisés « pour la subsistance des seuls membres » des forces armées d'une partie (par. 3). Dans la mesure où elles ne font qu'insister sur certains aspects de

90 Solf, *Ibid.*, pp. 332-333.

91 *Commentaire*, par. 2079.

92 Solf, *Ibid.*, p. 330, note 2.

93 Le principe a été précisé à l'article 6 du Deuxième Protocole du 26 mars 1999 relatif à la Convention de 1954.

ces dispositions, on peut s'interroger sur l'utilité des déclarations française et anglaise. S'il est vrai que les actions militaires licites causant incidemment des dommages à la population civile ne sont pas visées par l'article 54, rappelons que celles-ci doivent néanmoins être conformes aux prescriptions de l'article 57 (Précautions dans l'attaque)[94].

Forces dangereuses – article 56

Il n'y a encore une fois que la France et le Royaume-Uni à avoir formulé une déclaration relative à l'article 56, lequel accorde une protection spéciale aux ouvrages et installations contenant des forces dangereuses. Les déclarations mentionnent aussi l'article 85(3)(c) qui stipule que sera réprimé comme infraction grave le fait de lancer une attaque contre de tels ouvrages et installations « en sachant que cette attaque causera des pertes en vies humaines, des blessures aux personnes civiles ou des dommages aux biens de caractère civil, qui sont excessifs au sens de l'article 57(2)(a) (iii) ». Plus spécifiquement, les deux États ont déclaré ne pouvoir garantir une protection absolue aux ouvrages et installations contenant des forces dangereuses « qui peuvent contribuer à l'effort de guerre de la partie adverse » ni aux défenseurs de telles installations mais qu'ils prendront toutes les précautions nécessaires prévues aux articles 56, 57 et 85(3)(c).

Selon l'article 56, le seul fait qu'un ouvrage ou une installation contenant des forces dangereuses constitue un objectif militaire au sens de l'article 52 ne justifie pas qu'il puisse faire l'objet d'une attaque lorsque celle-ci peut provoquer la libération de ces forces et partant, causer des pertes sévères dans la population civile (par. 1). Cette protection spéciale ne se perd que 1) si les ouvrages sont utilisés pour l'appui régulier, important et direct d'opérations militaires; 2) si de telles attaques sont le seul moyen pratique de faire cesser cet appui et 3) s'agissant de barrages ou de digues, lorsqu'ils sont utilisés à des fins autres que leur fonction normale (par. 2).

Il va sans dire que ces conditions sont beaucoup plus rigoureuses que le critère de la « contribution à l'effort de guerre » de la partie adverse retenu par les États déclarants, marquant un retour à la notion d'objectif militaire que la disposition a pour but de renforcer. Leurs déclarations constituent donc de sérieuses réserves ayant l'effet de méconnaître la protection spéciale accordée à des installations dont la destruction risque d'être grandement préjudiciable à la population civile et l'environnement.

94 Solf, *Ibid.*, p. 339.

Enfin, la question des « défenseurs d'installations » est liée au paragraphe 5 de l'article 56[95]. Le professeur Kalshoven a souligné la difficulté pratique de trouver un moyen de défense efficace qui réponde par ailleurs aux conditions de cette disposition, et affirmé « tout au plus espérer que, tant qu'il sera possible d'éviter tout malentendu quant aux fins réelles d'une installation de défense, la partie adverse sera prête à en tolérer la présence »[96].

Obligation d'interrompre ou d'annuler une attaque – article 57(2)(b)

Cette disposition requiert l'annulation ou l'interruption d'une attaque lorsqu'il apparaît que son objectif n'est pas militaire ou bénéficie d'une protection spéciale ou encore que l'on peut attendre que l'attaque cause incidemment des pertes civiles et des dommages excessifs. Pour la France, l'obligation « appelle seulement l'accomplissement des diligences normales pour annuler ou interrompre cette attaque, sur la base des informations dont dispose celui qui décide de l'attaque ». Pour le Royaume-Uni, l'obligation « only extends to those who have the authority and practical possibility to cancel or suspend the attack ».

Selon le CICR, l'obligation incombe non seulement à ceux qui préparent ou décident une attaque mais aussi à ceux qui l'exécutent[97]. Ainsi, le soldat du rang qui réalise que son objectif n'est clairement pas un objectif militaire ou que celui-ci bénéficie d'une protection spéciale devra interrompre l'attaque. Il semble pourtant difficile d'exiger de lui le même comportement dans les cas où l'évaluation de l'avantage militaire ne va pas de soi ou lorsque doit être appliqué le principe de proportionnalité[98]. L'interprétation retenue par la France et le Royaume-Uni ne paraît pas entrer en conflit avec ces considérations.

Protection civile – article 62

L'article 62 accorde une protection aux « organismes civils » de protection civile (par. 1) ainsi qu'aux « civils » n'appartenant pas à ces organismes

95 « Les installations établies à seule fin de défendre les ouvrages ou installations protégés contre les attaques sont autorisées et ne doivent pas être elles-mêmes l'objet d'attaques, à condition qu'elles ne soient pas utilisées dans les hostilités, sauf pour les actions défensives nécessaires afin de répondre aux attaques contre les ouvrages ou installations protégés et que leur armement soit limité aux armes qui ne peuvent servir qu'à repousser une action ennemie contre les ouvrages ou installations protégés ».

96 Frits Kalshoven, *Restrictions à la conduite de la guerre*, 1991, p. 113-114.

97 *Commentaire*, par. 2220.

98 Solf, *Ibid.*, pp. 366-367.

mais qui répondent à un appel des autorités pour accomplir sous leur contrôle des tâches de protection civile (par. 2). Le Canada et l'Irlande ont déclaré que « rien dans l'article 62 [ne les] empêchera d'avoir recours à du personnel affecté à la protection civile ou à des travailleurs bénévoles de la protection civile [...], conformément aux priorités établies au plan national et indépendamment de la situation militaire ».

Selon une auteure, le Canada et l'Irlande entendraient ainsi notifier aux autres États parties que le personnel et le réseau de bénévoles rattachés à l'organisation de la protection civile au sein de leur pays constituent des catégories d'individus protégés par l'article 62[99]. Il va de soi qu'une protection spéciale ne sera accordée à ces personnes que si elles répondent dans les faits aux critères requis par les articles 61 et suivants.

Actions de secours – article 70

L'article 70(1) prévoit que lorsque la population civile d'un territoire autre qu'un territoire occupé est insuffisamment approvisionnée en biens essentiels à sa survie, des actions de secours humanitaires, impartiales et conduites sans discrimination, seront entreprises avec l'agrément des parties concernées. Il semble aujourd'hui admis que cet accord ne puisse être refusé arbitrairement[100].

On comprend aisément que le blocus naval, c'est-à-dire la méthode de guerre classique ayant pour but de priver l'adversaire des approvisionnements nécessaires à la conduite des hostilités, puisse entrer en conflit direct avec les dispositions de l'article 70. C'est vraisemblablement pourquoi les déclarations française et britannique indiquent que cet article « n'a pas d'implication sur les règles existantes dans le domaine de la guerre navale en ce qui concerne le blocus maritime, la guerre sous-marine ou la guerre des mines ».

Il est toutefois difficile d'évaluer dans quelle mesure la France et le Royaume-Uni se réservent l'application de l'article 70[101]. La référence aux « règles existantes dans le domaine de la guerre navale » n'est pas d'une

99 Boudreault, p. 117.

100 *Commentaire*, par. 2805-2808; Henry Merovitz, « Le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 et le droit de la guerre maritime », RGDIP, pp. 243-298, à la p. 281; Bothe, dans Bothe, p. 434.

101 Invité à expliquer devant une commission parlementaire les réserves et déclarations envisagées par la France en vue de la ratification du Protocole, le représentant des affaires étrangères a indiqué que la déclaration « distingue les champs d'application respectifs du nouvel instrument et des Conventions de La Haye qui régissent les opérations maritimes. De façon concrète, l'article 70 du Protocole I, relatif aux actions de secours, ne portera pas préjudice à l'application des conventions en vigueur ». Voir Marie-Hélène Aubert, *infra*.

grande aide, étant donnée « [l]'incertitude gênante quant au contenu du droit international contemporain applicable aux conflits armés sur mer »[102].

C'est dans l'objectif de parer à cette incertitude qu'un groupe d'experts a consigné dans le *Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer* un ensemble de dispositions énonçant tant les règles coutumières et que des propositions de développement progressif du droit en la matière. Le Manuel contient dans sa section « Méthodes de guerre » trois règles claires visant à protéger la population civile des effets d'un blocus maritime, dont voici la plus pertinente à notre propos :

« Si la population civile du territoire soumis au blocus est insuffisamment approvisionnée en nourriture et autres biens nécessaires à sa survie, la partie imposant le blocus doit permettre le libre passage des vivres et autres fournitures essentielles, sous réserve que : a) la partie imposant le blocus ait le droit de prescrire les conditions techniques de l'autorisation de passage, y compris la perquisition ; et b) la distribution de ces approvisionnements soit placée sous le contrôle local d'une Puissance protectrice ou d'une organisation humanitaire offrant des garanties d'impartialité, telle que le Comité international de la Croix-Rouge »[103].

Il est intéressant de noter qu'à l'instar des récents manuels militaires australien et canadien qui reproduisent textuellement cet extrait du Manuel de San Remo[104], le nouveau manuel français mentionne aussi, renvoyant aux articles 23 de la Convention (IV) de La Haye et 70 du Protocole I que « [le] blocus est un acte de guerre réglementé par le droit des conflits armés. Ce droit oblige néanmoins à accorder le libre passage des secours de caractère indispensable à la survie de la population civile »[105]. Il est pour le moins surprenant que la France ait formulé une déclaration s'apparentant à une

102 Louise Doswald-Beck, « Le Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer », RICR, 1995, n° 309. Voir également *Commentaire*, par. 2093 et s., et par. 2232.

103 Les deux autres règles stipulent : « 102. La déclaration ou la mise en place d'un blocus est interdite si : a) il a pour unique objectif d'affamer la population civile ou de lui interdire l'accès aux autres biens essentiels à sa survie ; ou b) si les dommages causés à la population civile sont, ou si on peut prévoir qu'ils seront, excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu » ; « 104. Le belligérant imposant le blocus doit permettre le passage de fournitures médicales pour la population civile et pour les militaires blessés ou malades, sous réserve de son droit de prescrire les conditions techniques de l'autorisation de passage, y compris la perquisition ».

104 *Australian Defence Force Manual (1994)*, par. 666 ; Manuel canadien « *Droit des conflits armés au niveau opérationnel et tactique* » (1999), § 68. Les manuels militaires de l'Allemagne, de l'Argentine, de la Nouvelle-Zélande et des Pays-Bas contiennent aussi une disposition en ce sens.

105 Manuel français, p. 33.

réserve à l'égard d'une règle qu'elle reconnaît par ailleurs pleinement. Enfin, il serait regrettable que la France et le Royaume-Uni entendent se réserver l'application d'une disposition vouée à renforcer de manière importante la protection due aux populations civiles en cas de conflit armé.

Garanties fondamentales – article 75

L'article 75 énumère les garanties fondamentales reconnues aux « personnes qui sont au pouvoir d'une Partie au conflit et qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu des Conventions et du Protocole » (par. 1). La Conférence diplomatique ayant laissé subsister une incertitude quant au champ d'application *rationae personae* de cette disposition, la Finlande a déclaré « eu égard à l'article 72, [que] le champ d'application de l'article 75 sera interprété de façon à inclure également les ressortissants de la Partie contractante appliquant les dispositions de l'article en question, ainsi que les ressortissants d'États neutres ou d'autres États qui ne sont pas parties au conflit, et [que] les dispositions de l'article 85 seront interprétées de façon à s'appliquer aux ressortissants d'États neutres ou d'autres États qui ne sont pas parties au conflit comme elles s'appliquent aux personnes mentionnées au paragraphe 2 de l'article en question ».

Si la première partie de la déclaration apparaît juste[106], la deuxième contient par contre une proposition, honorable certes mais non entérinée par la Conférence : ne constitue pas une infraction grave au sens de l'article 85 l'infraction commise par une partie au conflit contre ses propres ressortissants.

Les autres déclarations sont entièrement liées aux alinéas e), h) et i) du paragraphe 75(4), lequel pose les règles minimales, inspirées des dispositions de l'article 14 du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques (le Pacte), devant présider à la conduite d'un procès pénal pour toute infraction commise en relation avec le conflit.

- Alinéa e)

Cinq États (Allemagne, Autriche, Irlande, Liechtenstein, Malte) ont formulé une réserve à la disposition qui stipule que « toute personne accusée d'une infraction a le droit d'être jugée en sa présence ».

L'Allemagne a déclaré que la règle sera appliquée « de manière à ce que ce soit le tribunal qui décide si une personne accusée se trouvant en détention doit comparaître en personne devant la juridiction de cassation ».

106 *Commentaire*, par. 2912-2916 et 3082 ; Partsch, dans Bothe, p. 457.

Lors de la Conférence, le délégué allemand avait expliqué que lorsqu'une « procédure pénale se déroule devant plusieurs instances, dont la dernière a pour rôle de dire seulement le droit applicable et non de se prononcer sur les conclusions de l'instance précédente, l'instance supérieure doit décider si l'accusé doit comparaître devant elle. Cette instance supérieure ne peut pas condamner l'accusé, en son absence, à une peine plus lourde, et tous ses droits, tels qu'ils sont définis à l'alinéa e) du paragraphe 4 de l'article 65, sont par conséquent pleinement sauvegardés »[107].

Ainsi comprise, la réserve paraît respecter l'essentiel, soit que l'inculpé puisse être présent aux audiences du réquisitoire et aux plaidoiries et qu'il puisse entendre les témoins et les experts, poser ses questions et faire valoir ses objections ou rectifications.

Les quatre autres États ont formulé une réserve similaire, qualifiée de déclaration par l'Irlande, selon laquelle le paragraphe 4(e) sera appliqué pour autant qu'il ne soit pas incompatible avec les dispositions de droit interne prévoyant qu'un accusé « qui trouble l'ordre » ou « dont la présence risque de gêner l'interrogatoire d'un autre accusé ou l'audition d'un témoin » puisse être exclu de la salle d'audience. Si l'interprétation selon laquelle le comportement de l'accusé peut équivaloir à une renonciation à son droit d'être jugé en sa présence apparaît conforme à l'intention des rédacteurs du Protocole[108], il semble néanmoins que les exceptions au principe – également énoncé aux articles 14(3)(d) du Pacte et 67(1)(d) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale – doivent recevoir une interprétation stricte[109].

• Alinéa h)

Cette disposition énonce le principe de la chose jugée: « aucune personne ne peut être poursuivie ou punie par la même Partie pour une infraction ayant déjà fait l'objet d'un jugement définitif d'acquittement ou de condamnation rendu conformément au même droit et à la même procédure judiciaire ».

107 Actes XV, p. 209, CDDH/III/SR.58, par. 10.

108 Le Rapport de la Commission III affirme « [qu'il] a été entendu que l'inconduite persistante d'un accusé peut justifier son exclusion de la salle d'audience » : Actes XV, p. 481, CDDH/407/Rev.1, par. 48.

109 Le libellé de l'article 63(2) du Statut de Rome milite en ce sens : « Si l'accusé, présent devant la Cour, trouble de manière persistante le déroulement du procès, la Chambre de première instance peut ordonner son expulsion de la salle d'audience et fait alors en sorte qu'il suive le procès et donne des instructions à son conseil de l'extérieur de la salle, au besoin à l'aide des moyens techniques de communication. De telles mesures ne sont prises que dans des circonstances exceptionnelles, quand d'autres solutions raisonnables se sont révélées vaines et seulement pour la durée strictement nécessaire ».

Huit États (Allemagne, Autriche, Danemark, Finlande, Islande, Liechtenstein, Malte, Suède) ont déclaré que la règle ne devait pas être interprétée de manière à la rendre incompatible avec les dispositions de droit interne qui autorisent la « réouverture » d'un procès ayant conduit à une déclaration définitive de condamnation ou d'acquittement.

L'article 14(7) du Pacte[110] a pareillement fait l'objet de nombreuses réserves[111]. Le Comité des droits de l'homme a constaté à ce propos que la majorité des États opéraient une nette distinction entre le fait de juger à nouveau une personne en violation du principe *ne bis in idem* et la réouverture d'un procès criminel justifiée par des circonstances exceptionnelles – comme des vices de procédure graves ou la découverte de faits nouveaux – et, sur cette base, a invité les États à réévaluer leur réserve[112].

• Alinéa i)

Cette disposition stipule que « toute personne accusée d'une infraction a droit à ce que le jugement soit rendu publiquement ». Le Liechtenstein s'est engagé à la respecter pour autant qu'elle « ne soit pas incompatible avec les dispositions législatives [internes] concernant la publicité des audiences et du prononcé du jugement »[113].

Le Comité des droits de l'homme a rappelé en relation avec l'article 14(1) du Pacte que même dans les cas où le public est exclu d'un procès le jugement doit, en dehors de certaines exceptions strictement définies, être rendu public[114]. Telle que rédigée, la réserve du Liechtenstein n'offre aucune garantie de bonne justice que la publicité des jugements a pour fonction d'assurer.

Rapatriement des prisonniers de guerre – article 85 (4) (b)

La République de Corée a déclaré, en relation avec l'article 85 (Répression des infractions au présent Protocole), « [qu']une partie qui détient des prisonniers de guerre peut ne pas les rapatrier, en accord avec leur

110 L'article 14(7) du Pacte offre une garantie supérieure à l'accusé qui peut aussi invoquer le principe *ne bis in idem* en regard d'une infraction pour laquelle il a été jugé dans un autre État.

111 Mafred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, N.P. Engel, Kelh, Strasbourg, Arlington, 1993, p. 273.

112 *General Comment 13/21 of 13 April 1984 [Procedural Guarantees and Criminal Trials]*, par. 19.

113 Une réserve finlandaise en ce sens, justifiée par le fait « qu'en vertu du droit finlandais, un jugement peut être déclaré secret si sa publication est susceptible de porter atteinte à la morale ou de compromettre la sécurité nationale », a été retirée en 1987.

114 *General Comment* 13/21, par. 6. Voir également le *Commentaire*, p. 909.

volonté ouvertement et librement exprimée, ce qui ne sera pas considéré comme un retard injustifié dans le rapatriement des prisonniers de guerre constituant une infraction grave à ce Protocole ».

La déclaration relance la question longtemps débattue de l'interprétation de l'article 118 de la IIIe Convention de Genève qui stipule que « [l]'es prisonniers de guerre seront libérés et rapatriés sans délai à la fin des hostilités actives »[115]. Le problème était d'ailleurs au cœur des négociations de l'armistice à la fin de la guerre de Corée, une majorité de prisonniers de guerre nord-coréens et chinois s'étant opposés à leur rapatriement[116]. Il n'était donc pas surprenant que la République de Corée formule, lors de son adhésion aux Conventions de Genève en 1966, une déclaration similaire à celle dont il est ici question. Selon Claude Pilloud, il s'agit d'une déclaration interprétative par laquelle la République de Corée indique la manière dont elle agira avec ses prisonniers de guerre, sans pour autant exiger la réciproque de la partie adverse[117].

Pas plus que les déclarations coréennes, l'interprétation de l'article 118 selon laquelle il ne peut être procédé au rapatriement d'un prisonnier de guerre contre sa volonté n'a pas été contestée. Durant la dernière décennie, le principe a été intégré de manière expresse dans les accords intervenus

115 De façon générale, voir Jan P. Charmatz and Harold M. Wit, « Repatriation of prisoners of war and the 1949 Geneva Convention », 62 Yale *Law Journal*, vol. 62, 1953, n° 3, pp. 391-415 ; Yoram Dienstein, « The release of prisoners of war », dans Swinarski, *précité*, pp. 37-45, aux pp. 40 et s. ; Albert J. Esgain et Waldemar A. Solf, « The 1949 Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war : its principles, innovations and deficiencies », *The North Carolina Law Review*, vol. 41, n° 3, Spring 1963, pp. 537-596, aux pp. 589 et s. ; Howard S. Levie, *Prisoners of War in International Armed Conflict*, International Law Studies, vol. 59, pp. 417 et s. ; Jean Pictet, *Commentaire de la Convention III*, pp. 569 et s. ; Christiane Shields Delessert, *Release and repatriation of prisoners of war at the end of active hostilities : A study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1977. Voir également Stéphane Jaquemet, « The cross-fertilization of international humanitarian law and international refugee law », *RICR*, septembre-octobre 2001, vol. 83, n° 843, pp. 651-674, aux pp. 661-662 et Yoram Dienstein, Israel Book on Human Rights, vol. 12, 1982, aux pp. 100-102.

116 La question a été réglée par l'accord de Panmunjom du 8 juin 1953 : *Agreement on Prisoners of War*, reproduit dans AJIL, vol. 47, Issue 4, Supplement : Official Documents (Oct., 1953), 180-186. L'accord prévoyait que les prisonniers n'ayant pas exercé leur droit à être rapatrié seraient pris en charge par une commission neutre de rapatriement responsable, en cas de confirmation du refus d'être rapatrié, de les assister à se réinstaller dans un État tiers.

117 Pilloud, pp. 215-216. L'interprétation est conforme à la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptée le 3 décembre 1952 dans le cadre du conflit coréen : « Il ne sera pas fait usage de la force contre les prisonniers de guerre pour empêcher ou effectuer leur retour dans leur patrie, et aucune violence contre leur personne, ou atteinte à leur dignité et à leur respectabilité ne sera permise d'aucune manière, ou pour aucun but quelconque. Ce devoir est confié et incombe à la Commission de rapatriement et à chacun de ses membres. Les prisonniers de guerre seront traités en tout temps humainement, selon les dispositions correspondantes de la Convention de Genève, et selon l'esprit général de cette Convention ».

entre les différentes entités de l'ex-Yougoslavie[118]. L'acceptation générale des conditions de participation du CICR à des opérations de rapatriement, y compris l'exigence que celui-ci puisse s'assurer dans le cadre d'un entretien sans témoin de la volonté du candidat au rapatriement, en est une autre indication[119]. Comme l'expliquait récemment le professeur Meron,

« Practice has in fact recast Article 118. Interpretation has drastically modified its categorical language, steering it to respect for individual autonomy. This adjustment exemplifies the potential of developing law through interpretation and custom. Of course, respect for the POW's choice is predicated both on assurances that the detaining power will not abuse the system by unduly influencing that choice and on the readiness, at least of some governments, to allow the prisoners to enter and stay in their countries »[120].

La justesse de l'interprétation donnée par la République de Corée dans sa déclaration doit être confirmée. L'omission de procéder à la fin des hostilités au rapatriement des prisonniers de guerre qui le refusent ne constituerait donc pas un « retard injustifié » équivalent à une infraction grave au sens de l'article 85(4)(b).

Entraide judiciaire en matière pénale – article 88 (2)

L'obligation de coopérer en matière d'extradition est faite, aux termes de l'article 88 (2), « sous réserve des droits et obligations établis par les Conventions et par l'article 85, paragraphe 1 du présent Protocole », ainsi que « lorsque les circonstances le permettent »[121]. Or, selon les Conventions, l'État sur le territoire ou au pouvoir duquel se trouve une personne soupçonnée d'avoir commis ou ordonné de commettre une infraction grave est placé devant un choix, juger le prévenu devant un tribunal national ou l'extrader pour qu'il soit jugé dans un autre État, la remise étant en outre subordonnée aux conditions prévues par la législation nationale de la partie requise[122].

Les déclarations chinoise et mongole ont surtout une valeur affirmative :

« Actuellement la Chine n'a pas de législation sur l'extradition. Et les problèmes d'extradition doivent être traités différemment selon des cas concrets.

118 Accords entre la Croatie et la République fédérale de Yougoslavie de 1991, par. 6 à 8, et du 7 août 1992, art. 1 (4) ; accords entre les parties au conflit de Bosnie-Herzégovine de 1992, art. 3 (6) et du 14 décembre 1995 (accord de Dayton), art. IX.

119 Sur la pratique du CICR, voir François Bugnion, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, CICR, 2e édition, 2000, p. 798.

120 Theodor Meron, « The Humanization of Humanitarian Law », *AJIL*, 2000, vol. 94, pp. 239-278, à la p. 256.

121 Granville Glover, p. 226.

122 Alinéa 2 *in fine* de l'article commun 49/50/129/146. Voir *Commentaire*, par. 3565 ; Draper, p. 1383.

Pour cette raison la Chine n'accepte pas les contraintes contenues dans le paragraphe 2 de l'article 88 du Protocole I » ;

« En ce qui concerne l'article 88, paragraphe 2, du Protocole [I], qui précise que ‹... les Hautes Parties contractantes coopéreront en matière d'extradition›, la loi mongole, qui interdit la privation et l'extradition de ses citoyens de Mongolie, sera respectée »[123].

Vu le libellé permissif de l'article auquel elles se rattachent, on peut difficilement assimiler ces déclarations à des réserves, dans la mesure où elles ne comportent pas une renonciation à l'obligation de réprimer les infractions graves[124]. Et l'absence d'une loi spécifique en Chine ne devrait pas *a priori* empêcher cet État de répondre par l'affirmative à une éventuelle demande d'extradition[125].

Responsabilité – article 91

L'article 91 stipule que « [l]a Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées ». La République de Corée a ajouté que l'obligation d'indemniser existe « que la partie qui subit les dommages soit ou non légalement partie au conflit ».

On sait qu'un État ne peut par le biais d'une réserve imposer aux autres parties des obligations qui ne découlent pas directement du traité. Il ne semble pas que ce soit le cas ici. Selon le Commentaire, « [l]es ayants droit à l'indemnité seront normalement des Parties au conflit, ou leurs ressortissants, mais, à titre exceptionnel, peuvent être aussi des pays neutres, en cas de violation des règles de la neutralité ou de comportement illicite à l'égard de ressortissants neutres sur le territoire d'une Partie au conflit »[126]. En tout état de cause, une partie lésée peut toujours demander réparation à l'État fautif sur la base du régime général de la responsabilité des États pour fait internationalement illicite.

123 Par note verbale du 26 février 1996 adressée au dépositaire, le gouvernement mongol a précisé que l'expression « deprivation » (dans l'original anglais) signifie la « privation d'un citoyen mongol de sa nationalité ».

124 « La plupart des lois et traités internationaux refusent l'extradition des inculpés qui sont de la nationalité de l'État qui les détient. Dans de tels cas, il est bien certain que, dans l'esprit de l'article 146, l'État qui détient l'inculpé doit le déférer à ses propres tribunaux » : Jean Pictet, *Commentaire de la IVe Convention de Genève*, p. 635.

125 Pour une opinion contraire quant à la déclaration chinoise, voir Boudreault, p. 118.

126 *Commentaire*, par. 3656.

Réserves et déclarations interprétatives relatives au Protocole II[127]

Définitions

Le Canada a déclaré que « les termes non définis qui sont employés dans le Protocole additionnel II, mais qui sont définis dans le Protocole additionnel I s'entendent dans le sens qui leur est donné dans le Protocole additionnel I et également que [l]es interprétations énoncées par le Gouvernement du Canada à l'endroit du Protocole additionnel I s'appliqueront, le cas échéant, aux termes et dispositions comparables figurant dans le Protocole additionnel II ».

Ces déclarations vont de soi, étant entendu qu'une « interprétation » pouvant constituer une réserve au Protocole I devra être examinée en fonction du but et de l'objet du Protocole II.

Champ d'application – article premier

L'Argentine a déclaré être « d'avis que la dénomination de groupes armés organisés, employée dans l'article premier du Protocole [II], n'est pas considérée comme équivalente à la dénomination utilisée à l'article 43 du Protocole I pour définir la notion de forces armées, même si ces groupes remplissent les conditions fixées à l'article 43 précité ».

La déclaration rappelle celle déjà faite à propos de l'article 43 du Protocole I et fait vraisemblablement écho au vote négatif de l'Argentine lors de l'adoption de l'article 1 du Protocole II. Le champ d'application des Protocoles I et II comprend à la fois des aspects personnel et matériel inséparables, les sujets de droit étant définis en fonction du type de conflit dans lequel ils s'affrontent. Ainsi, le fait que les « groupes armés organisés » dans un conflit interne couvert par le Protocole II remplissent par ailleurs les critères énumérés à l'article 43 du Protocole I ne rend pas le conflit international pour autant, l'élément matériel du champ d'application du Protocole I – l'existence d'une situation de conflit armé international telle que définie à l'article premier – étant absent.

Garanties fondamentales – article 6(2)(e)

L'article 6(2)(e) étant identique à l'article 75(4)(e) sur le droit d'un accusé d'être présent à son procès, il est normal que les mêmes cinq États (Allemagne, Autriche, Irlande, Liechtenstein, Malte) aient formulé la même

127 Ne sont pas abordées les déclarations de non-reconnaissance formulées par les Émirats arabes unis et Oman ni les déclarations générales de l'Égypte, la Russie et le Saint-Siège, déjà évoquées.

réserve à l'égard des deux Protocoles. Le lecteur est invité à se référer à l'analyse précédemment faite.

Conclusion

Il n'est pas surprenant que seul le Protocole I ait fait l'objet de réserves, vu le champ d'application beaucoup plus restreint du Protocole II. Et il est rassurant de constater que sur les quelques 150 déclarations unilatérales formulées, une trentaine au maximum constituent potentiellement des réserves telles que définies par la Convention de Vienne. L'ambiguïté du libellé de plusieurs déclarations – qu'elle soit volontaire, due à l'imprécision de la traduction ou à la rédaction elle-même douteuse des dispositions auxquelles elles se rattachent – explique ce constat approximatif. On peut aussi se réjouir que de nombreuses déclarations d'interprétation viennent clarifier certains points non réglés par le Protocole I, faute pour les États d'être parvenus à une entente ou d'avoir réalisé l'importance de détailler la règle.

Dans la quasi-totalité des cas, les dispositions réservées ne sont pas purement écartées; c'est plutôt l'objet de la disposition ou les modalités de sa mise en œuvre qui se trouvent affectés par la réserve, généralement afin de lui substituer les dispositions correspondantes du droit interne. Le plus souvent, l'État réservataire s'obstine à ne pas être lié par la « portion » de la règle inscrite dans le Protocole qui innove par rapport au droit coutumier. L'évaluation de la compatibilité d'une telle réserve préservant l'acquis coutumier, à la lumière de l'objet et du but d'un traité qui à la fois « réaffirme et développe » le droit international humanitaire, est inévitablement difficile. D'un côté, le fondement de la règle – le plus souvent la nécessité de protéger les personnes qui ne participent pas ou plus aux hostilités, au premier plan desquelles les personnes civiles – apparaît « réaffirmé ». De l'autre, le refus d'être lié par la règle qui renforce une protection déjà reconnue apparaît contraire au but et à l'objectif du Protocole qui est aussi de « développer » une telle protection.

La question se pose avec acuité pour les réserves à l'interdiction des représailles contre les civils et leurs biens (art. 51 et 52) ainsi qu'à l'obligation de permettre le libre passage des actions de secours (art. 70) mais dans une moindre mesure pour ce qui est du respect des signes de nationalité de l'ennemi en dehors des situations de combat (art. 39), la règle étant au bénéfice des combattants. Toutefois, les réserves à l'encontre de certaines dispositions qui relèvent clairement du développement du droit ne sont pas sans poser problème, comme c'est le cas dans le cadre de la protection spéciale accordée aux ouvrages contenant des forces dangereuses (art. 56).

On ne retient souvent que le côté odieux des réserves qui sont autant d'amputations au droit international humanitaire, les inégalités qu'elles créent dans les obligations entre les parties ou encore l'insécurité qu'elles entraînent quant à l'état du droit. C'est oublier que les réserves constituent par ailleurs un moindre mal nécessaire, une brèche à l'intégrité d'un traité permettant d'atteindre sa participation universelle, et qu'il s'agit là d'un objectif essentiel des Protocoles additionnels. Aussi, les réserves ne sont pas irréversibles puisqu'elles peuvent en tout temps faire l'objet d'un retrait. Il est à espérer que la tendance récente des États à retirer leurs réserves aux Conventions de Genève, laquelle devrait se poursuivre vu les engagements pris lors de la dernière Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, s'étendra au Protocole additionnel I.