

# L'adoption des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 : une étape décisive dans le développement du droit international humanitaire

**François Bugnion**

François Bugnion est un consultant indépendant en droit et en action humanitaires. Il est entré au Comité international de la Croix-Rouge en 1970. Il a été délégué en Israël et dans les territoires occupés, au Bangladesh, en Turquie et à Chypre, puis chef de mission au Tchad, au Vietnam et au Cambodge. De janvier 2000 à juin 2006, il fut directeur du Droit international et de la Coopération au CICR et, de 2010 à 2017, membre de l'Assemblée du CICR. Il est l'auteur de plus de quatre-vingts publications portant sur le droit international humanitaire ou sur l'histoire du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

*Texte original en français*

## Résumé

*Le 8 juin 1977, la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés adoptait deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1949. C'était l'aboutissement de dix années de négociations intenses et délicates. Le Protocole I protège les victimes des conflits armés internationaux, tandis que le Protocole II protège les victimes des conflits armés non internationaux. Ces protocoles, qui ne remplacent pas les Conventions de 1949, mais qui les complètent, ont mis à jour aussi bien les règles protégeant les victimes de la guerre que le droit de la conduite des hostilités. Cet article commémore le 40<sup>e</sup> anniversaire de l'adoption des Protocoles additionnels de 1977.*

**Mots clés :** Conventions de Genève, Protocoles additionnels aux Conventions de Genève, conflits armés internationaux, conflits armés non internationaux, guerres de libération nationale, protection des victimes de la guerre, conduite des hostilités, armes nucléaires, droit international humanitaire coutumier.



## Introduction

Le 8 juin 1977, la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable aux conflits armés adoptait deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949<sup>1</sup>. C'était l'aboutissement de dix années d'intenses et délicates négociations – un accouchement prolongé et, par moments, douloureux.

En 2017, nous avons célébré le 40<sup>e</sup> anniversaire de l'adoption de ces Protocoles. Cet événement nous donne l'occasion de soulever une série de questions. Pourquoi a-t-il fallu compléter les Conventions de 1949 par les protocoles additionnels ? Quels étaient les enjeux de la négociation ? Quels furent les principaux développements et les principaux échecs ? Telles sont les questions auxquelles le présent article s'attachera à répondre.

## Pourquoi a-t-il fallu compléter les Conventions de 1949 par les Protocoles additionnels ?

L'ensemble des règles protégeant les militaires blessés ou malades, les naufragés, les prisonniers de guerre (PG) et les civils au pouvoir de la puissance ennemie ont été révisées de fond en comble à la suite de la Seconde Guerre mondiale pour tirer les leçons de cet épouvantable conflit. Ce processus aboutit à l'adoption des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, qui sont encore en vigueur aujourd'hui et qui demeurent le socle sur lequel est ancrée la protection des victimes de la guerre<sup>2</sup>.

- 1 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (PA I) ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (PA II). On peut trouver les textes des Protocoles additionnels dans les *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés Genève*, (1974-1977), 17 volumes, Département politique fédéral, Berne, 1978 (*Actes de la CDDH*), vol. I, pp. 115-200 ; *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 59, n° 704-705, août-septembre 1977, pp. 1-103 ; *Nations Unies, Recueil des Traités*, vol. 1125, pp. 1-699 ; *Revue Générale de Droit International Public*, tome 82, n° 1, 1978, pp. 329-398 ; Dietrich Schindler et Jiří Toman (dir.) *Droit des conflits armés, Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, Martinus Nijhoff, Dordrecht et Institut Henry-Dunant, Genève, 1988, pp. 621-718 ; Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge *Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, quatorzième édition, Genève, 2011 (Manuel de la Croix-Rouge), pp. 239-331.
- 2 Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (CG I) ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (CG II) ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (CG III) ; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en

En revanche, la Conférence diplomatique de 1949 n'a pratiquement pas révisé le droit de la conduite des hostilités, en d'autres termes les règles qui régissent les méthodes et moyens de combat. Quatre ans après Hiroshima, les règles régissant les méthodes et moyens de combat et, en particulier, les règles relatives à la guerre aérienne, étaient encore, pour l'essentiel, les dispositions de la Convention de La Haye relative aux lois et coutumes de la guerre sur terre, du 18 octobre 1907, adoptées à l'époque des ballons et des dirigeables<sup>3</sup>. L'Union soviétique, en particulier, dénonçait le fait que la Conférence diplomatique avait refusé de discuter de la légalité des armes nucléaires et qu'elle s'était refusée à prendre des mesures adéquates pour protéger la population civile contre les effets des hostilités et, en particulier, contre la menace de l'arme nucléaire<sup>4</sup>. Pleinement conscient qu'il fallait mettre à jour les règles protégeant la population civile contre les effets des hostilités, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) prépara, avec le concours d'un groupe d'experts, un ambitieux projet intitulé « Projet de règles limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre<sup>5</sup> ». C'était l'ébauche d'une « Cinquième Convention de Genève » qui visait à restaurer le principe fondamental de l'immunité des populations civiles contre les effets des hostilités, qui avait été outrageusement violé tout au long de la Seconde Guerre mondiale et dont le Tribunal de Nuremberg s'était refusé à rétablir l'autorité en condamnant ceux qui s'étaient rendus responsables de ces violations. L'article 14 du projet de règles comportait une interdiction du recours aux armes « *dont l'action nocive – notamment par dissémination d'agents incendiaires, chimiques, bactériens, radioactifs ou autres – pourrait s'étendre d'une manière imprévue ou échapper, dans l'espace ou dans le temps, au contrôle de ceux qui les emploient et mettre ainsi en péril la population civile*<sup>6</sup> ». Cette disposition équivalait à une interdiction d'emploi des armes nucléaires. C'est ce qui entraîna l'échec du projet.

temps de guerre (CG IV). On peut trouver les textes de ces Conventions dans les *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, 4 tomes, Département politique fédéral, Berne, 1949, (*Actes de 1949*), tome I, pp. 203-351 ; *Nations Unies, Recueil des Traités*, vol. 75, 1950, pp. 5-468 ; D. Schindler et J. Toman (dir.), *op. cit.* note 1, pp. 373-594 ; Manuel de la Croix-Rouge, *op. cit.* note 1, pp. 33-237.

- 3 Convention (II) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 29 juillet 1899, dans les Actes des Conférences internationales de la Paix à La Haye : *Conférence internationale de la Paix, La Haye, 18 mai - 29 juillet 1899*, nouvelle édition, La Haye, Ministère des Affaires étrangères et Martinus Nijhoff, 1907, première partie, annexe, pp. 19-28 ; Georg Friedrich von Martens, *Nouveau Recueil général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, deuxième série, tome XXVI, Librairie Dietrich, Leipzig, 1901, pp. 949-979 ; D. Schindler et J. Toman (dir.), *op. cit.* note 1, pp. 65-95. Convention (IV) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907, dans les Actes des Conférences internationales de la Paix à La Haye : *Deuxième Conférence internationale de la Paix, La Haye, 15 juin - 18 octobre 1907, Actes et Documents*, La Haye, Ministère des Affaires étrangères, 1907, tome I, pp. 626-637 ; Georg Friedrich von Martens, *Nouveau Recueil général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, troisième série, tome III, Librairie Hans Buske, Leipzig, 1907, pp. 461-503 ; D. Schindler et J. Toman (dir.), *op. cit.* note 1, pp. 65-98 ; Manuel de la Croix-Rouge, *op. cit.* note 1, pp. 344-355 ; Déclaration (XIV) de La Haye relative à l'interdiction de lancer des projectiles et des explosifs du haut de ballons, La Haye, 18 octobre 1907, dans les Actes des Conférences internationales de la Paix à La Haye : *Deuxième Conférence internationale de la Paix*, tome I, pp. 687-688 ; G. F. von Martens et H. Triepel, *Nouveau Recueil général de Traités*, *op. cit.* pp. 745-750 ; D. Schindler et J. Toman (dir.), *op. cit.* note 1, pp. 277-282.
- 4 *Actes de 1949*, *op. cit.* note 2, tome II-A, pp. 745-746 et 785-789 ; tome II-B, pp. 496-511 ; tome III, p. 183.
- 5 *Projet de règles limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre*, CICR, Genève, 1956.
- 6 *Ibid.*, p. 99.

Le CICR soumit ce projet à la 19<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge, réunie à La Nouvelle Delhi en octobre et novembre 1957. Il fut littéralement descendu en flammes par une alliance contre nature des États-Unis et de l'Union soviétique<sup>7</sup>. Cet échec laissa une profonde blessure dans la mémoire du CICR : il paralysa pour longtemps tout nouveau projet de codification.

On ne pouvait attendre aucun secours des Nations Unies (NU) qui, durant les années 1950 et 1960, se refusaient obstinément à se préoccuper du droit humanitaire. La Charte des Nations Unies avait été adoptée pour prévenir la guerre. Discuter des lois et coutumes de la guerre, c'était avouer que l'Organisation risquait de faillir à sa mission primordiale, une perspective que les Nations Unies refusaient d'envisager<sup>8</sup>.

Le vent tourna lorsque la Conférence internationale des droits de l'homme, réunie à Téhéran en mai 1968, considéra dans sa résolution XXIII que « *la Convention de Genève de la Croix-Rouge de 1949 n'a pas une portée assez large pour s'appliquer à tous les conflits armés* » et pria l'Assemblée générale d'inviter le Secrétaire général à envisager « *la nécessité d'élaborer des conventions humanitaires internationales supplémentaires ou de réviser éventuellement les conventions existantes...* »<sup>9</sup>.

La référence au « respect des droits de l'homme en période de conflit armé » en lieu et place du droit humanitaire dans le titre de la résolution XXIII et le fait que la Conférence internationale des droits de l'homme ait fait l'impasse sur l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, qui traite des « conflits armés ne présentant pas un caractère international » témoignent du peu d'intérêt que les gouvernements ont porté au droit humanitaire au cours des vingt années qui ont précédé l'adoption de cette résolution – pour ne pas parler d'ignorance<sup>10</sup>.

Comment dès lors expliquer ce soudain accès d'intérêt de la part de la Conférence internationale des droits de l'homme en 1968 ?

Il s'agissait principalement d'une conséquence de la décolonisation et de l'émergence d'un groupe d'États qui avaient récemment accédé à l'indépendance en Afrique et en Asie. Ces États acceptaient mal d'être liés par un ensemble de traités à l'élaboration desquels ils n'avaient pu prendre part puisqu'ils n'étaient pas représentés à la Conférence diplomatique de 1949.

7 XIX<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge, La Nouvelle Delhi, octobre-novembre 1957, compte rendu, Croix-Rouge indienne, La Nouvelle Delhi, 1957 ; 19<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge, La Nouvelle Delhi, octobre-novembre 1957 : *Actes concernant le Projet de règles limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre*, CICR, Genève, avril 1958.

8 Josef L. Kunz, « The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for their Revision », *The American Journal of International Law*, vol. 45, n° 1, janvier 1951, pp. 37-61.

9 Conférence internationale des droits de l'homme, résolution XXIII « Le respect des droits de l'homme en période de conflit armé », *Téhéran, 22 avril - 13 mai 1968*, Doc. NU A/ CONF.32/41, New York, 1968, pp. 19-20. De 1968 à 1977, l'Assemblée générale des NU a adopté lors de chaque session ordinaire une ou plusieurs résolutions relatives à la réaffirmation et au développement du droit international humanitaire, généralement sous le titre « Respect des droits de l'homme en période de conflit armé » : voir résolutions 2444 (XXIII) 1968, 2597 (XXIV) 1969, 2674 (XXV) 1970, 2675 (XXV) 1970, 2676 (XXV) 1970, 2677 (XXV) 1970, 2852 (XXVI) 1971, 2853 (XXVI) 1971, 3032 (XXVII) 1972, 3076 (XXVIII) 1973, 3102 (XXVIII) 1973, 3103 (XXVIII) 1973, 3319 (XXIX) 1974, 3500 (XXX) 1975, 31/19-1976, 32/44-1977.

10 La version française de la résolution XXIII fait référence à « la » Convention de Genève [au singulier] de la Croix-Rouge de 1949, ce qui montre le degré d'ignorance du droit international qui prévalait alors dans les milieux diplomatiques.

Ces États estimaient en particulier que les règles relatives à la conduite des hostilités n'étaient pas adaptées aux guerres de la décolonisation qu'ils avaient dû livrer pour recouvrer leur indépendance. Ils avaient également ressenti le fait qu'en cas de capture, les « combattants de la liberté » s'étaient vu refuser le statut de PG et la protection de la Troisième Convention de Genève.

Le CICR a senti le vent du boulet lorsqu'il a pris connaissance de la résolution XXIII et se vit confronté à deux questions :

- Premièrement, le CICR devait-il laisser les NU prendre la responsabilité de la révision des Conventions de Genève ou devait-il s'efforcer de récupérer le « leadership » qui lui avait été reconnu dans ce domaine depuis l'adoption de la Convention de Genève du 22 août 1864, qui marque le point de départ du droit international humanitaire contemporain<sup>11</sup> ?
- Deuxièmement, fallait-il porter la cognée sur les Conventions de Genève de 1949 en ouvrant une procédure de révision, comme le demandait la résolution XXIII, ou devait-on viser l'adoption de protocoles additionnels à ces Conventions, sans toucher aux Conventions elles-mêmes ?

Sur le premier point, le CICR ne doutait pas que si les NU s'emparaient de la direction des travaux préparatoires et des négociations en vue du développement du droit international humanitaire, cela déboucherait inévitablement sur une politisation de cette branche du droit. Le CICR se devait dès lors de s'efforcer de recouvrer le « leadership » qui avait traditionnellement été le sien dans ce domaine. Il le fit en soumettant à la 21<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge, réunie à Istanbul en septembre 1969, un important rapport sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire et en s'assurant du soutien des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge ainsi que de celui des États qui participaient à cette conférence<sup>12</sup>.

Le CICR entreprit alors des consultations étendues en vue d'identifier aussi bien les attentes de la communauté internationale que les domaines dans lesquels de nouveaux développements étaient possibles<sup>13</sup>. Il réunit ensuite deux conférences d'experts appartenant au Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-

11 François Bugnion, « The International Committee of the Red Cross and the development of international humanitarian law », *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, n° 1, Été 2004, pp. 191-215.

12 CICR, *Réaffirmation et développement des lois et coutumes applicables dans les conflits armés*, (Document D. S. 4 a, b, e), Rapport présenté à la 21<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge, Istanbul, septembre 1969. Ce rapport était complété par un deuxième document qui visait spécifiquement la protection des victimes des conflits armés non internationaux : CICR, *Protection des victimes des conflits armés non internationaux*, (Document D. S. 5 a-b), Rapport présenté à la 21<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge, Istanbul, septembre 1969 ; *XXI<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge réunie à Istanbul du 6 au 13 septembre 1969, Compte rendu*, Croissant-Rouge turc, Istanbul, 1969.

13 Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève, 24 mai – 12 juin 1971, Documentation présentée par le CICR, 8 volumes, Genève, CICR, 1971 : vol. I, *Introduction* ; vol. II, *Mesures visant à renforcer l'application du droit en vigueur* ; vol. III, *Protection de la population civile contre les dangers des hostilités* ; vol. IV, *Règles relatives au comportement des combattants* ; vol. V, *Protection des victimes des conflits armés non internationaux* ; vol. VI, *Règles applicables dans la guérilla* ; vol. VII, *Protection des blessés et des malades* ; vol. VIII, *Annexes*.

Rouge, ainsi que deux conférences d'experts gouvernementaux<sup>14</sup>. Sur la base de ces consultations, le CICR élaborera deux projets de protocoles additionnels, qu'il soumit à la 22<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge, réunie à Téhéran en 1973<sup>15</sup>. La Conférence marqua son soutien à ces projets<sup>16</sup>. Fort de cet appui, le CICR demanda au gouvernement suisse, dépositaire des Conventions de Genève, de convoquer une conférence diplomatique.

La Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (Conférence diplomatique de 1974-1977) a tenu quatre sessions à Genève, entre 1974 et 1977. Tous les États parties aux Conventions de Genève ont été dûment invités à prendre part à la conférence en qualité de membres de plein droit. Les NU, le CICR et différents mouvements de libération nationale reconnus par les organisations régionales ont été invités à y prendre part en qualité d'observateurs. Les représentants du CICR ont pris part à toutes des séances en qualité d'experts<sup>17</sup>.

- 14 Conférence d'experts de la Croix-Rouge sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, La Haye, 1<sup>er</sup> - 6 mars 1971, *Rapport sur les travaux de la Conférence*, (Document D-1195), CICR, Genève, avril 1971 ; Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (Genève, 24 mai - 12 juin 1971), *Rapport sur les travaux de la Conférence*, Genève, CICR, août 1971 ; Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, seconde session, Genève, 3 mai - 3 juin 1972, Documentation présentée par le CICR, 3 volumes, Genève, CICR, janvier 1972 : vol. II, Textes ; vol. III et IV, *Commentaires* ; Conférence d'experts de la Croix-Rouge sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, seconde session, Vienne, 20 - 24 mars 1972, *Rapport sur les travaux de la Conférence*, (Document D-1254), CICR, Genève, avril 1972 ; Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, seconde session, Genève, 3 mai - 3 juin 1972, *Rapport sur les travaux de la Conférence*, 2 volumes, CICR, Genève, juillet 1972.
- 15 Projets de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949, CICR, Genève, juin 1973 (projets de PA) ; *Projets de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 : commentaires*, CICR, Genève, octobre 1973 (Commentaires du CICR sur les projets de PA).
- 16 XXII<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge, Téhéran 8-15 novembre 1973 : *compte rendu*, Société du Lion-et-Soleil-Rouge de l'Iran, Téhéran, 1973 ; *Rapport sur l'examen des Projets de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 par la XXII<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge*, Doc. CDDH/6, CICR, Genève, janvier 1974.
- 17 *Actes de la CDDH, op. cit.* note 1. Cinq ans après l'adoption des Protocoles additionnels, un petit groupe d'experts animé par le professeur Michael Bothe a publié un commentaire des Protocoles additionnels : Michael Bothe, Karl Josef Partsch, Waldemar A. Solf, avec le concours de Martin Eaton, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1982. Quatre ans plus tard, le CICR publiait son propre commentaire, essentiellement rédigé par les représentants du CICR qui avaient pris part aux travaux des divers comités, commissions et groupes de travail de la Conférence diplomatique en qualité d'experts : Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Genève, 1986 (Commentaires des PA par le CICR). Il convient également de mentionner trois recueils d'études qui éclairent les travaux de la Conférence diplomatique de 1974-1977 ainsi que l'interprétation et la portée des Protocoles additionnels : Charles Rousseau et Michel Virally, « Vers un nouveau droit international humanitaire ? » *Revue générale de Droit international public*, vol. 82, n° 1, 1978 ; Antonio Cassese (dir.) ; *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, 2 volumes, Editoriale Scientifica, Naples, 1979 ; Christophe Swinarski (dir.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, CICR, Genève et Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1984. Pour une évaluation récente des Protocoles additionnels, voir Giovanni Mantilla, « The Origins and Evolution of the 1949 Geneva Conventions and the 1977 Additional Protocols » in Matthew

Sur le second point, le CICR s'est rapidement convaincu que ce serait pure folie que de mettre en révision les Conventions de Genève de 1949, dès lors qu'il n'y avait aucune assurance que la communauté internationale, profondément divisée par la guerre froide, parvienne à s'entendre sur de nouveaux traités. Le risque était grand de saper l'autorité des Conventions existantes en les soumettant à révision, sans parvenir à les remplacer par de nouveaux traités<sup>18</sup>. La plus élémentaire prudence commandait de s'assigner comme objectif l'adoption de protocoles additionnels, sans remettre en cause les Conventions de 1949.

Cela nous conduit à la deuxième question : quels étaient les enjeux de la négociation et les principaux points de discordance ?

## Enjeux et perspectives

Deux questions devaient dominer les débats : la question des armes nucléaires et la qualification des guerres de libération nationale<sup>19</sup>.

Dès les premières consultations, les États-Unis et d'autres États qui disposent de l'arme nucléaire ont fait savoir qu'ils ne se prêteraient pas à des discussions portant sur la licéité ou l'illicéité de l'arme nucléaire, qu'ils considéraient comme la pierre angulaire de leur politique de sécurité.

Comme les négociations n'auraient eu aucun sens sans la participation de ces États, il était impératif de trouver un terrain d'entente. En définitive, il fut convenu que la question de la licéité des armes nucléaires ne figurerait pas à l'ordre du jour de la Conférence. En revanche, il fut également convenu que les règles relatives à la protection de la population civile contre les effets des hostilités, que la Conférence serait appelée à réviser, s'appliquaient à toutes les armes, y compris les

Evangelista et Nina Tannenwald (dir.) *Do the Geneva Conventions Matter ?*, Oxford University Press, Oxford et New York, 2017, pp. 35-68.

18 Sur la sanction d'un projet de codification qui n'aboutit pas, voir Richard R. Baxter, « The effects of ill-conceived codification and development of international law », in *En hommage à Paul Guggenheim*, Faculté de droit de l'Université de Genève et Institut universitaire de hautes Études internationales, Genève, 1968, pp. 146-166.

19 Dès lors que les projets de protocoles additionnels que le CICR avait préparés et que la Conférence diplomatique de 1974-1977 adopta comme base de ses travaux, couvraient un vaste éventail de défis posés par les conflits armés contemporains, la Conférence fut inévitablement confrontée à un grand nombre d'enjeux, tels que le droit de la conduite des hostilités, la guérilla, le statut des combattants capturés lors de guerres irrégulières, le sort des disparus, la protection de la population civile contre les effets des hostilités, les actions de secours, le blocus, les conflits armés non internationaux, les mécanismes de contrôle et la répression des violations. Toutes ces questions ont donné lieu à des débats passionnés, fréquemment conclus par des votes. Il est toutefois généralement admis que l'attention s'est focalisée sur deux questions qui ont risqué de conduire à l'échec de la Conférence : la question de la licéité ou de l'illicéité des armes nucléaires, qui menaçait d'amener les États-Unis et d'autres puissances nucléaires à boycotter la Conférence et la question de la qualification juridique des guerres de libération nationale, qui a totalement dominé la première session de la Conférence diplomatique, dès la cérémonie inaugurale, qui provoqua une profonde division de la Conférence et qui déboucha sur deux votes, dont le second eut lieu au dernier jour de cette session. Cette question domina également les débats relatifs à de nombreux autres égards, par exemple le statut des combattants en cas de guerre irrégulière (article 44 du Protocole additionnel I [PA I]). Le vote qui conclut la première session de la Conférence diplomatique de 1974-1977 laissa des blessures profondes et durables, comme en témoigne le refus de certains États de ratifier le PA I.

armes nucléaires<sup>20</sup>. Ceci explique que dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la « Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », la Cour internationale de Justice (C.I.J.) ait pu prendre largement appui sur les dispositions du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève (PA I), alors même que les armes nucléaires en tant que telles ne sont pas mentionnées dans ce traité<sup>21</sup>.

Sur le second point – la qualification juridique des guerres de libération nationale – il apparut rapidement que les griefs des pays en développement plongeaient leurs racines dans un passé éloigné. En effet, lorsqu'ils se sont lancés à la conquête des pays d'Amérique, d'Asie ou d'Afrique, les États européens ont refusé aux peuples qui habitaient ces pays le bénéfice des lois et coutumes de la guerre, sous prétexte que ce corps de règles ne s'appliquait qu'entre « nations civilisées », et non pas dans les rapports entre ces États et les peuples qu'ils cherchaient à soumettre à leur autorité. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, durant la conquête de l'Algérie (1830-1847), l'armée française mit en œuvre une politique de la terre brûlée, détruisant à large échelle villages et récoltes, une méthode de combat qui aurait sans doute été qualifiée d'illicite si elle avait été appliquée dans le cadre d'une guerre entre États européens<sup>22</sup>.

Inversement, lorsque les peuples d'Asie et d'Afrique ont pris les armes pour recouvrer leur indépendance à la suite de la Seconde Guerre mondiale, les Puissances coloniales ont déclaré que, dès lors qu'un territoire colonial était partie intégrante du territoire de la métropole, ces conflits étaient essentiellement une affaire intérieure relevant de la compétence exclusive de l'État en cause. Les Puissances coloniales ont ainsi argué, soit que le droit international humanitaire (DIH) ne s'appliquait en aucune façon à ces luttes, soit qu'elles relevaient du seul article 3 commun aux quatre Conventions de 1949, qui s'applique aux conflits armés non internationaux et qui n'offre aux combattants capturés et aux populations civiles qu'une protection minimale. Telle fut par exemple la position adoptée par la France à propos de la guerre d'Algérie (1954-1962) ou par le Royaume-Uni vis-à-vis de l'insurrection Mau Mau au Kenya (1952-1959)<sup>23</sup>.

En se fondant sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré dans la Charte des NU et dans une longue série de résolutions de l'Assemblée générale des NU, les pays en développement affirmaient au contraire que les peuples coloniaux avaient une personnalité juridique distincte de celle des puissances métropolitaines et que les guerres de libération nationale devaient dès lors être reconnues comme

20 CICR, Commentaire des PA, *op. cit.* note 17, pp. 595-606.

21 C.I.J., *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, C. I. J. Recueil 1996, pp. 226-267, aux pp. 256-260.

22 Alain-Gérard Slama, *La guerre d'Algérie, Histoire d'une déchirure*, Collection La Découverte, n° 301, Éditions Gallimard, Paris, 1996, pp. 16-17 ; Bruno Étienne et François Pouillon, *Abd El-Kader, le Magnifique*, Paris, Collection La Découverte, n° 431, Éditions Gallimard et Institut du Monde Arabe, Paris, 2003, pp. 24-53.

23 Françoise Perret et François Bugnion, *De Budapest à Saïgon, Histoire du Comité international de la Croix-Rouge*, vol. IV, 1956-1965, CICR et Georg Éditeur, Genève, 2009, pp. 177-221 et 259-268. Voir également Fabian Klose, *Human Rights in the Shadow of Colonial Violence: The Wars of Independence in Kenya and Algeria*, traduit de l'allemand par Dona Geyer, University of Pennsylvania Press, Philadelphie (Pennsylvanie), 2013, pp. 120-125.



des conflits armés internationaux auxquels l'ensemble des Conventions de Genève de 1949 était applicable et non pas comme des conflits armés non internationaux régis par le seul article 3 commun<sup>24</sup>.

Cette question a totalement dominé la première session de la Conférence diplomatique de 1974-1977, provoquant un débat passionné dans lequel des considérations tirées du *jus ad bellum* – à savoir la question de la licéité du recours à la force – ont interféré dans un débat relatif au *jus in bello* – à savoir la question des limites imposées à l'emploi de la force armée.

Après un débat prolongé et passionné, la Conférence diplomatique a conclu par deux votes qui ont permis l'adoption de l'article 1, paragraphe 4, du PA I, qui qualifie de conflits armés internationaux « ... 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...<sup>25</sup> ».

Cette victoire, toutefois, devait avoir un prix. On a de bonnes raisons de penser que l'article 1, paragraphe 4, est la principale raison qui a poussé l'Afrique du Sud jusqu'à la fin de l'apartheid, Israël et les États-Unis à refuser de ratifier les Protocoles additionnels de 1977<sup>26</sup>. De fait, cette disposition prend appui sur la notion de « peuple » qui est chargée d'incertitudes, comme l'ont encore montré bon nombre de crises récentes de par le monde.

## Développements et échecs

Après ce rappel des principaux points de controverses, il est possible d'aborder la troisième question : quels furent les principaux développements les principaux échecs des Protocoles additionnels ?

Il ne fait aucun doute que le principal succès de la Conférence diplomatique de 1974-1977 fut la restauration du principe traditionnel de l'immunité de la population civile contre les effets des hostilités, principe qui avait été outrageusement violé durant la Seconde Guerre mondiale et lors de bon nombre des conflits qui ont suivi.

À l'issue de débats prolongés et délicats, la Conférence diplomatique adopta des dispositions détaillées sur la protection de la population civile et sur ce qui peut

24 Georges Abi-Saab, « Wars of national liberation and the laws of war », *Annals of International Studies*, vol. 3, 1972, pp. 93-117 ; Georges Abi-Saab, « Wars of national liberation in the Geneva Conventions and Protocols », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, vol. 165, n° 4, 1979, pp. 353-445. Le président de la République islamique de Mauritanie, M. Mokhtar Ould Dada, vint à Genève pour dénoncer avec force, dès la cérémonie d'ouverture de la Conférence diplomatique de 1974-1977, la persistance de situations coloniales en Afrique, en Asie et au Moyen-Orient, pour affirmer le droit des peuples opprimés à recourir à la lutte armée afin de recouvrer leur indépendance et pour réclamer la reconnaissance du statut des « combattants de la liberté » ; voir *Actes de la CDDH*, *op. cit.* note 1, vol. V, document CDDH/SR.1, pp. 13-14.

25 Un premier vote est intervenu lors de la 13<sup>e</sup> séance de la Commission I, le 22 mars 1974 ; le projet d'article I, paragraphe 4, a été adopté par 70 voix contre 21 avec 13 abstentions. Un second vote, portant sur l'article I dans son ensemble, est intervenu lors de la 36<sup>e</sup> séance plénière, le 23 mai 1977 ; l'article a été adopté par 87 voix contre 1 avec 11 abstentions. *Actes*, *op. cit.* note 1, vol. VIII, document CDDH/I/SR.13, p. 113 ; vol. VI, document CDDH/SR.36, pp. 40-41.

26 George H. Aldrich, « Some reflections on the origins of the 1977 Geneva Protocols », in C. Swinarski (dir.), *op. cit.* note 17, pp. 129-137, à la p. 136.

apparaître comme l'autre face de la même médaille, la définition des combattants et des objectifs militaires<sup>27</sup>.

Il y a quelques années, le CICR a conduit une étude très approfondie sur le DIH coutumier avec le concours d'une centaine d'experts de haut vol provenant de tous les continents<sup>28</sup>. Cette étude a démontré que les dispositions du Protocole I relatives à la conduite des hostilités et à la protection de la population civile (art. 35-60) reflètent le droit international coutumier, soit parce que ces dispositions ont codifié des règles coutumières préexistantes, soit parce que la coutume internationale s'est cristallisée autour des formulations consacrées dans les dispositions pertinentes du PA I. Cela implique que ces dispositions sont opposables à tous les États, qu'ils soient ou non parties au PA I<sup>29</sup>.

L'Étude sur le DIH coutumier a également démontré que les règles coutumières codifiées par le biais de ces dispositions s'appliquent à tous les conflits armés, internationaux ou non internationaux<sup>30</sup>.

Cette conclusion s'explique aisément. En effet, il ne serait guère admissible que les États prétendent recourir à l'encontre de leur propre population, à des méthodes et des moyens de guerre qu'ils se sont interdits d'utiliser à l'encontre d'un ennemi extérieur. C'est ce qu'avait déjà relevé avec force la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) dans son arrêt du 2 octobre 1995 dans l'affaire Tadić :

De fait, des considérations élémentaires d'humanité et de bon sens rendent absurde le fait que les États puissent employer des armes prohibées dans des conflits armés internationaux quand ils essaient de réprimer une rébellion de leurs propres citoyens sur leur propre territoire. Ce qui est inhumain et par conséquent interdit dans les conflits internationaux ne peut pas être considéré comme humain et admissible dans les conflits civils<sup>31</sup>.

27 PA I, articles 35-60.

28 Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (dir.), *Droit international humanitaire coutumier*, CICR, Genève et Éditions Bruylant, Bruxelles, 2006 (Étude du CICR sur le DIH coutumier).

29 *Ibid.* Voir aussi Jean-Marie Henckaerts « Étude sur le droit international humanitaire coutumier. Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 87, n° 857, *Sélection française* 2005, pp. 289-330 ; François Bugnion, « Droit international humanitaire coutumier », *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht / Revue suisse de droit international et de droit européen / Swiss Review of International and European Law*, vol. 17<sup>e</sup>, n° 2, 2007, pp. 165-214, aux pp. 183-190.

30 Voir les références cités note 29. Pour un regard critique sur l'étude du CICR sur le DIH coutumier, voir John B. Bellinger et William J. Haynes, « A US Government response to the International Committee of the Red Cross study on Customary International Humanitarian Law », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 89, n° 866, 2007, pp. 443-471. Pour un autre regard américain sur la nature coutumière des dispositions du PA I qui ont trait à la conduite des hostilités, voir Michael J. Matheson, « The United States Position on the Relation of Customary International Law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions », *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 2, n° 2, 1987, pp. 419-436. Pour l'analyse de l'ancien chef de la délégation des États-Unis à la Conférence diplomatique de 1974-1977, voir George H. Aldrich, « Customary International Humanitarian Law – An Interpretation on behalf of the International Committee of the Red Cross », *British Year Book of International Law*, vol. 76, 2006, pp. 503-524.

31 TPIY, le Procureur c. Dusko Tadić, alias « Dule », arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (chambre d'appel), 2 octobre 1995, par. 119, cité dans Marco Sassòli, Antoine Bouvier et Anne Quintin (dir.), *Un droit dans la guerre ? Cas, documents et supports*

On mesure par-là l'impact remarquable du PA I, qui déborde largement le cadre des seuls conflits armés internationaux.

À notre avis, l'échec le plus douloureux de la Conférence diplomatique concerne le Protocole additionnel II (PA II), qui s'applique aux conflits armés non internationaux – la grande majorité des conflits survenus depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. À la suite de larges consultations, le CICR soumit à la Conférence diplomatique un projet relativement ambitieux qui visait à renforcer la protection assurée aussi bien aux combattants capturés – membres des forces armées gouvernementales ou membres de forces rebelles – qu'aux populations civiles affectées par ces conflits<sup>32</sup>. Ce niveau de protection fut encore renforcé lors des débats de la Conférence diplomatique<sup>33</sup>.

Toutefois, à partir du moment où les guerres de libération nationale ont été qualifiées de conflits armés internationaux, bon nombre de pays d'Asie, d'Afrique ou d'Amérique latine se sont désintéressés du projet de PA II. En outre, plusieurs de ces pays s'opposaient à l'adoption de dispositions contraignantes dont ils craignaient qu'elles puissent entraver leur capacité à réprimer une rébellion et à rétablir l'unité nationale.

Comme la Conférence diplomatique approchait de son terme, il devint évident que le projet de PA II n'obtiendrait pas la majorité des deux tiers requise pour son adoption. C'est alors que la délégation du Pakistan proposa de substituer au projet issu des travaux des commissions, qui comptait 47 articles, un projet révisé en 28 articles, amputé de toutes les dispositions controversées, ainsi que de toutes les dispositions les plus contraignantes. Le temps pressant, le projet pakistanais fut adopté à la hâte, dans une atmosphère de liquidation au plus bas prix<sup>34</sup>.

Ainsi, alors que le projet du CICR comportait plusieurs dispositions en vue de la protection des combattants capturés et des autres personnes privées de liberté à la suite d'un conflit armé non international, afin de leur assurer un traitement humain et un minimum de garanties judiciaires en cas de poursuites<sup>35</sup>, le PA II n'offre aux combattants capturés – qu'il s'agisse d'insurgés ou de membres des forces armées gouvernementales – aucune véritable protection juridique en cas de capture qui aurait pu les inciter à respecter les lois et coutumes de la guerre.

*d'enseignement relatifs à la pratique contemporaine du droit international humanitaire*, vol. 3, Genève, CICR, 2011, pp. 1758–1795, à la p. 1781.

32 Projets de Protocoles, *op. cit.* note 15, pp. 33-46 ; Commentaires du CICR sur les projets de Protocoles, *op. cit.* note 15, pp. 133-182 ; *Actes de la CDDH*, *op. cit.* note 1, vol. 1, Part 3, pp. 33-46 .

33 Doc. CDDH/402. À notre connaissance, ce document n'est pas reproduit dans les *Actes*. Pour connaître le texte des projets d'articles adoptés par les trois commissions plénières de la Conférence, il faut se reporter aux rapports de ces commissions reproduits dans les volumes X, XIII et XV des *Actes*, *op. cit.* note 1.

34 Alors que les Commissions de la Conférence diplomatique avaient consacré tout ou partie de 77 séances à l'examen du projet du CICR – sans parler des innombrables réunions de différents groupes de travail, la Conférence plénière expédia l'examen du projet pakistanais en six séances. Différer l'adoption du PA II à une 5<sup>e</sup> session de la Conférence Diplomatique ou à une autre conférence n'était pas non plus une solution. Après quatre sessions de la Conférence Diplomatique, la plupart des délégations voulaient en finir et n'avaient aucun intérêt à tenir une autre session. Il était également évident que, dans leur majorité, les États ne soutiendraient pas la perspective d'une conférence diplomatique dont le principal objet aurait été de mettre à jour le droit applicable aux conflits armés non internationaux.

35 Projets de Protocoles, *op. cit.* note 15, Projet de Protocole II, art. 6-10, pp. 35-36.

Aucune disposition du PA II n'interdit en effet d'appliquer à des combattants capturés les peines les plus sévères – y compris la peine de mort pour autant qu'ils aient dépassé l'âge de dix-huit ans au moment des faits qui leur sont reprochés – au seul titre de leur participation aux hostilités, que ce soit en tant que membre de groupes armés insurgés ou en tant que membres des forces armées gouvernementales<sup>36</sup>. Or, si des combattants capturés peuvent être soumis aux peines les plus sévères au seul titre de leur participation aux hostilités, les violations des lois et coutumes de la guerre ne peuvent plus, en pratique, être sanctionnées, puisqu'aucune peine additionnelle ne peut plus être infligée. Inversement, si des combattants – insurgés ou membres des forces armées gouvernementales – savent que le DIH ne leur offre aucune protection effective en cas de capture, quel motif auraient-ils de respecter les lois et coutumes de la guerre ?

De même, le projet du CICR comportait une disposition rappelant qu'en cas de conflit armé non international, toutes les parties au conflit jouissent des mêmes droits et sont tenues par les mêmes obligations, qui disposait : « Les droits et devoirs qui découlent du présent Protocole valent de manière égale pour toutes les parties au conflit<sup>37</sup> ». Ce projet d'article reflétait le principe de l'égalité des belligérants en vertu du droit de la guerre, qui sous-tend l'ensemble des lois et coutumes de la guerre<sup>38</sup>. Ce projet d'article visait aussi à inciter les insurgés à respecter les lois et coutumes de la guerre en leur rappelant qu'ils ne peuvent revendiquer le bénéfice de ces règles s'ils n'acceptent pas les obligations qui en sont la contrepartie. C'était aussi une façon de s'assurer que les insurgés se sentent liés par le PA II, puisque ni cet instrument, ni le droit international général ne leur donne la possibilité d'accéder à un tel traité.

Ce projet d'article fut écarté, comme le furent tous les projets d'articles qui mentionnaient les droits et devoirs des insurgés. On en connaît les conséquences.

36 Comme l'a montré la guerre civile espagnole (1936-1939), rien n'interdit à des insurgés, pour autant qu'ils atteignent un certain degré d'organisation, de créer leurs propres tribunaux et d'intenter des poursuites à l'encontre de leurs adversaires. Ainsi, les tribunaux militaires institués par les insurgés ont poursuivi et condamné pour rébellion armée les officiers et les soldats qui sont restés loyaux à la République espagnole, exactement comme les tribunaux de la République espagnole poursuivaient et condamnaient les officiers et soldats nationalistes.

37 Projets de Protocoles, *op. cit.* note 15, Projet de Protocole II, art. 5, p. 34.

38 Le fait que les insurgés et les forces gouvernementales se trouvent dans des positions radicalement différentes au regard du droit national et, dans la plupart des cas, au regard du droit international public, ne les empêche pas de jouir des mêmes droits et d'être soumis aux mêmes obligations au titre des lois et coutumes de la guerre. Toute autre solution est condamnée à conduire à une guerre sans frein et à une violence sans limite, puisqu'aucune force au monde ne peut contraindre des insurgés à respecter un ensemble de règles qu'ils percevraient comme discriminatoire à leur encontre. En outre, la distinction entre forces armées gouvernementales et groupes armés insurgés peut devenir relative et fluide en cas de guerre civile, soit parce que la communauté internationale se divise selon des lignes de fracture idéologiques, certains États reconnaissant l'une des parties au conflit comme le représentant légitime de l'État déchiré par la guerre civile, alors que d'autres États reconnaissent à ce titre la partie adverse, comme ce fut le cas durant de nombreuses années en ce qui concernait le Vietnam, le Laos et le Cambodge, soit parce que la victoire des armes conduit à un renversement des positions et des statuts juridiques, les insurgés prenant la place de l'ancien gouvernement, comme ce fut le cas à la fin de la guerre civile espagnole (1936-1939), après la victoire des insurgés conduits par Fidel Castro à Cuba en janvier 1959, après la victoire de l'insurrection sandiniste au Nicaragua en juillet 1979 et lors de conflits plus récents.

## Conclusion

En conclusion, il n'y a guère de doute que le CICR a pris la bonne décision lorsqu'il a décidé d'assumer la responsabilité des travaux préparatoires en vue de la Conférence diplomatique de 1974-1977. Non seulement cette décision lui permettait de prendre appui sur son expérience dans le domaine de la codification et du développement du droit humanitaire, mais elle lui permettait aussi, grâce à sa présence sur le théâtre des conflits, de porter la voix des victimes au sein des réunions préparatoires, puis de la Conférence diplomatique – même si plusieurs participants ainsi que certains observateurs extérieurs aux conférences d'experts ou à la Conférence diplomatique auraient souhaité que le CICR parlât d'une voix plus claire et plus forte, lorsqu'il portait dans ces enceintes la voix des victimes.

De même, il ne fait pas de doute que le CICR avait vu juste lorsqu'il s'est assigné pour objectif l'adoption de protocoles additionnels en lieu et place d'une révision des Conventions de Genève de 1949. Cela balisait l'espace de la négociation, limitait les risques et préservait les acquis de la Conférence diplomatique de 1949.

En ce qui concerne l'évaluation des Protocoles additionnels de 1977, il convient de relever deux développements essentiels. Premièrement, la longue négociation qui a conduit à l'adoption des Protocoles additionnels de 1977 a donné aux nations qui ont accédé à l'indépendance après 1949 la possibilité, non seulement de prendre part à l'élaboration de ces nouveaux traités, mais aussi de les façonner selon leurs attentes et leurs besoins. Les débats sur les guerres de libération nationale, sur le statut des combattants en cas de guerre irrégulière, sur la conduite des hostilités, sur la protection de la population civile furent soit conduits, soit largement influencés par les pays en développement qui pouvaient, s'ils parlaient d'une seule voix, s'assurer par des votes de l'adoption de dispositions qui répondaient à leurs attentes. Ainsi, ces négociations ont permis à ces États de s'approprier le DIH, une condition essentielle de son universalité et de son respect. Deuxièmement, les Protocoles additionnels ont mis à jour le droit de la conduite des hostilités et restauré le principe de l'immunité des populations civiles contre les effets des hostilités, aussi bien lors des conflits armés internationaux que lors des conflits armés non internationaux.

Ce sont des succès majeurs qui justifient que l'on célèbre aujourd'hui le 40<sup>e</sup> anniversaire de l'adoption des deux Protocoles additionnels de 1977.