

## **Les réserves apportées au Protocole additionnel I aux Conventions de Genève sur le droit humanitaire**

Lise S. Boudreault

Volume 6, Number 2, 1989

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1101220ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1101220ar>

[See table of contents](#)

### Publisher(s)

Société québécoise de droit international

### ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

### Cite this article

Boudreault, L. S. (1989). Les réserves apportées au Protocole additionnel I aux Conventions de Genève sur le droit humanitaire. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 6(2), 105–119. <https://doi.org/10.7202/1101220ar>

## *Études*

# Les réserves apportées au Protocole additionnel I aux Conventions de Genève sur le droit humanitaire

LISE S. BOUDREAU\*

**I.- Le droit international relatif aux réserves et les traités de droit international humanitaire**

- A- Évolution du droit international relatif aux réserves
- B- Les réserves aux traités relatifs aux droits et libertés : le cas des Conventions de Genève

**II.- La conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire et analyse des réserves au Protocole additionnel I**

- A- La Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire
- B- Analyse des réserves au Protocole additionnel I

Personne ne doute du caractère noble et juste du droit international humanitaire, ce droit qui, dès sa première codification, proposa d'humaniser la guerre. Il avait en prévision d'universalité puisqu'il proposait des règles acceptables pour tous les humains de tous les pays. Peu importent les diverses coutumes, morales ou idéologies, ses principes étaient universels parce que pleinement conformes à la nature humaine. Sa codification débutée en 1864 a permis, entre autres, de livrer aux États du monde en 1949, un ensemble de règles qui allaient régir le comportement des belligérants dans leurs actions envers les victimes des conflits armés. Il s'agissait des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 protégeant les blessés et les malades des forces armées en campagne (Convention I)<sup>1</sup>; les blessés, les malades et les naufragés des forces armées sur mer (Convention II)<sup>2</sup>; les prisonniers de guerre (Convention III)<sup>3</sup> et les personnes civiles (Convention IV)<sup>4</sup> - qui aujourd'hui, avec cent soixante-quatre États parties, constituent effectivement les traités les plus universels.

Mais il ne suffit pas qu'un traité soit juste et qu'il reçoive l'approbation de tous, il faut aussi qu'il puisse s'imposer et être appliqué. Pour reprendre les paroles de Blaise Pascal, il faut faire en sorte que ce qui est fort soit juste mais surtout, que ce qui est juste soit fort. Alors, il faut que les principes du droit international humanitaire possèdent cette

force. Mais tout comme le droit international, le droit international humanitaire est au carrefour des rapports de force et des convergences d'intérêts entre les États. Sa force ne peut pas venir de lui-même, elle vient plutôt des compromis que les États lui concèdent. Le droit international est nécessairement l'expression des volontés étatiques mais il se doit aussi d'être contraignant afin de favoriser son respect. C'est dans cet espace un peu restreint que s'est développée la construction juridique sur laquelle reposent les principes de droit international et de droit international humanitaire.

L'évolution du droit des traités illustre bien ce difficile équilibre entre le «vouloir» et le «devoir» et le système des réserves symbolise parfaitement le déséquilibre qui s'opère généralement en faveur de la volonté étatique.

Pour bien comprendre le rôle qu'a joué le système des réserves dans la participation grandissante des États aux traités multilatéraux, la première partie de ce travail sera consacrée à son évolution et à son caractère moins bien adapté aux traités relatifs aux droits et libertés. Dans une première section, il sera question de l'effet qu'a eu l'avis consultatif de la Cour Internationale de Justice (CIJ) en 1952<sup>5</sup> sur la règle d'acceptation des réserves. C'est finalement la *Convention de Vienne sur le droit des traités*<sup>6</sup> qui viendra poser le droit en 1969 en modifiant encore une fois cette règle afin de permettre une plus grande participation.

Toutefois, cette participation croissante rendue possible grâce aux réserves, n'ira pas sans causer quelques brèches à l'intégrité des traités. Si ces brèches sont plus ou moins importantes dans les traités traditionnels, il en va autrement des traités relatifs aux droits et libertés de la personne. Puisque la relation des États dans ce type de traité n'en est pas une d'échange d'avantages mais un engagement envers ses propres ressortissants, une réserve peut alors

\* Avocate, membre du Barreau du Québec. L'auteure tient à remercier Mme Marie Paré, le personnel de l'Institut Henry Dunant et son directeur M. Jean Hoefliger, M. Jiri Toman, Mme Teresa Dutli du C.I.C.R. et, tout particulièrement, le professeur Daniel Turp.

1 *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949*, (1950) 75 R.T.N.U. 31.

2 *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949*, (1950) 75 R.T.N.U. 85.

3 *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949*, (1950) 75 R.T.N.U. 135.

4 *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949*, (1950) 75 R.T.N.U. 287.

5 *Avis sur les réserves à la Convention sur le génocide*, Arrêt C.I.J. Recueil, 1951, p. 21 (ci-après dénommé l'Avis sur les réserves).

6 *Convention de Vienne sur le droit des traités*, (1980) 1155 R.T.N.U. 331 (ci-après dénommée Convention de Vienne).

signifier une perte de droits pour les individus. Dans une étude sur les Conventions de Genève de 1949<sup>7</sup>, il est suggéré que, malgré un certain nombre de réserves apportées par les États, très peu nombreuses sont celles qui affectent les droits des individus. Les réserves aux traités relatifs aux droits et libertés et, plus spécifiquement aux Conventions de Genève, constitueront donc le sujet traité dans la deuxième section.

Dans une seconde partie, ce sont les réserves aux Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949<sup>8</sup>, qui retiendront l'attention. En effet, les types de conflit armé et les moyens de combattre s'étant modifiés avec les années, il s'est avéré nécessaire de convoquer une conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire. Ce sera là l'objet de la première section.

Enfin, la politisation inhérente aux relations juridiques internationales se faisant sentir plus clairement durant cette conférence et le fait que l'adoption des dispositions ait été obtenue par consensus ou par un vote à la majorité, entraîneront de nombreuses déclarations par les États minoritaires. C'est l'analyse de ces réserves qui constituera la dernière section.

En conclusion, il faudra voir si l'argument du plus grand nombre de participants à un traité (malgré les réserves qui risquent d'être formulées) menace de vider de leur contenu ces mêmes traités; à moins que les États n'aient trouvé un intérêt plus grand à participer à ces traités sans y aménager de réserves contraires à l'objet et au but de ceux-ci.

## I.- Le droit international relatif aux réserves et les traités de droit international humanitaire

### A- Évolution du droit international relatif aux réserves

#### 1- L'avis consultatif de la C.I.J. concernant la Convention sur le génocide

##### a) Avant 1951 : la règle de l'unanimité

Le système des réserves aux traités en droit international s'est modifié avec l'évolution des relations internationales. Dès le XIX<sup>e</sup> siècle, la pratique des réserves était utilisée par les États. La France, en 1890, ratifiait l'*Acte général de Bruxelles du 2 juillet 1890 sur l'abolition de l'esclavage* en excluant de son engagement les dispositions relatives au droit de visite<sup>9</sup>. Ce système des réserves, inapplicable aux traités bilatéraux car il signifierait en fait la

réouverture des négociations après leur clôture<sup>10</sup>, a été adopté ensuite par les Conférences de la Haye de 1899 et 1907 et n'a cessé de se développer depuis<sup>11</sup>.

La possibilité pour un État d'émettre une réserve — qui consiste essentiellement en une déclaration unilatérale visant à limiter les obligations découlant du traité par lequel l'État s'est engagé<sup>12</sup> — a été critiquée à maintes reprises. En effet, certains ont qualifié la réserve d'«incident de la procédure de conclusion d'un traité»<sup>13</sup>, tandis que d'autres lui ont reproché de «modifier le traité, de porter atteinte à son intégrité, de bouleverser son équilibre ou de morceler son régime»<sup>14</sup>.

Cette vision du système des réserves explique assez bien pourquoi il a d'abord existé concurremment avec la règle de l'unanimité. Cette dernière voulait qu'un État émettant une réserve devait obtenir le consentement de toutes les parties au traité pour que celle-ci puisse porter effet et pour que l'État réservataire puisse devenir partie au traité<sup>15</sup>. Respectueuse du principe de la souveraineté de l'État, cette façon de faire assurait à chacune des parties qu'elle n'allait pas se voir opposer une modification aux dispositions du traité à laquelle elle n'aurait pas consenti<sup>16</sup>.

Mais cette volonté d'uniformiser le droit et les relations entre les différents États parties au traité a été confrontée à un autre objectif, lequel prônait le rapprochement des peuples par l'extension de la communauté des parties aux traités multilatéraux<sup>17</sup>. En effet, avec la technique d'élaboration des traités multilatéraux qui favorise l'adoption des textes à la majorité qualifiée des deux tiers plutôt qu'à l'unanimité comme c'était l'usage avant 1914, apparaît une nouvelle catégorie d'États dits minoritaires<sup>18</sup>. Pour ceux-ci, le traité contient des dispositions inacceptables (mais adoptées par la majorité) et ils hésiteront à s'engager s'ils ne peuvent formuler des réserves<sup>19</sup>. Or, ces dernières continuent d'être régies par la règle de l'unanimité et le nombre croissant d'États qui s'engagent dans ce type de traité en rend l'application de plus en plus difficile. C'est, en fait, tout le principe de la vocation universelle des traités multilatéraux qui risque d'être atteint.

##### b) Après 1951 : la règle de la compatibilité au traité

Le problème de l'acceptation des réserves s'est posé avec la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* de 1948<sup>20</sup>. Ce traité, contrairement à d'autres traités de cette époque qui déterminaient leur propre régime de réserves<sup>21</sup>, était muet à ce sujet. Devant ce vide juridique, deux thèses se sont affrontées : l'une, traditionnelle, voulait

7 Conventions de Genève de 1949, *supra*, note 1.

8 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes de conflits armés internationaux (Protocole I), du 8 juin 1977 et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes de conflits armés non internationaux (Protocole II), du 8 juin 1977, reproduits en annexe de *Respect For Humanitarian Rights in Armed Conflicts, Fourth Session of the Diplomatic Conference on Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Report of the Secretary-General*, Doc. N.U. A/32/144 (1977), Anns. I et II; aussi reproduits dans C.I.C.R., *Manuel de la Croix-Rouge internationale*, Genève, C.I.C.R., 1983, p. 224 et ss. Source documentaire officielle pour le Canada : (1991) 2 R.T. Can. 3 et 185; entrée en vigueur pour le Canada le 20 mai 1990.

9 Q.D. NGUYEN, P. DAILLIER *et al.*, *Droit international public*, 3e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987, p. 169.

10 P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, Paris, Armand Colin, Collection U, Série Relations et Institutions Internationales, 1972, p. 89.

11 Cf. Q.D. NGUYEN, P. DAILLIER *et al.*, *op. cit. supra*, note 8, p. 169.

12 P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pédone, 1979, p. 18.

13 Cf. P. REUTER, *op. cit. supra*, note 9, p. 89.

14 Cf. Q.D. NGUYEN, P. DAILLIER *et al.*, *op. cit. supra*, note 8, p. 168.

15 Cf. P.-H. IMBERT, *op. cit. supra*, note 11, p. 26.

16 Cf. P. REUTER, *op. cit. supra*, note 9, p. 89.

17 Cf. Q.D. NGUYEN, P. DAILLIER *et al.*, *op. cit. supra*, note 8, p. 169.

18 Cf. P. REUTER, *op. cit. supra*, note 9, p. 89.

19 Cf. Q.D. NGUYEN, P. DAILLIER *et al.*, *op. cit. supra*, note 8, p. 169.

20 Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (1951) 78 R.T.N.U. 277.

21 Cf. P. REUTER, *op. cit. supra*, note 9, p. 90.

que l'on conserve l'intégrité du traité en respectant la règle de l'unanimité, tandis que l'autre prônait l'universalité puisqu'il s'agissait d'un traité largement ouvert, et donc que des réserves pouvaient être formulées à la condition qu'elles ne contredisent pas l'objet et le but du traité<sup>22</sup>. C'est par une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU du 16 novembre 1950 que la CIJ sera saisie de la question afin qu'elle donne son avis sur la possibilité de formuler des réserves en cas de silence du traité<sup>23</sup>. Par son avis du 28 mai 1951, la Cour allait modifier profondément la pratique générale établie en la matière en donnant raison aux tenants de la thèse de l'universalité.

Prenant soin de rappeler que son jugement est limité à cette Convention, la Cour retient le «caractère nettement universel des Nations Unies sous les auspices desquelles la Convention a été conclue et la très large participation que l'article XI a entendu organiser»<sup>24</sup>. C'est ainsi que, malgré la valeur indéniable de la règle de l'unanimité<sup>25</sup>, la Cour la déclare inapplicable en l'espèce. Plus généralement, la Cour critique cette règle qui repose en fait sur une «conception contractuelle de l'absolue intégrité de la Convention telle qu'elle a été adoptée»<sup>26</sup> et qui se marie plutôt mal avec la conception universaliste des traités multilatéraux.

Analysant les traits particuliers de la Convention afin de déterminer le caractère des réserves qui pourraient être formulées, la Cour propose une solution qui respecterait à la fois l'intégrité de la Convention et son caractère universel<sup>27</sup> :

L'exclusion complète de la Convention d'un ou plusieurs États, outre qu'elle restreindrait le cercle de son application, serait une atteinte à l'autorité des principes de morale et d'humanité qui sont à sa base. On ne conçoit pas que les contractants aient pu facilement admettre qu'une objection à une réserve mineure puisse produire un tel résultat. Mais on pourrait moins encore prêter aux contractants la pensée d'avoir sacrifié à la vaine recherche du nombre des participants les fins mêmes de la Convention.

L'objet et le but (de la Convention) assignent ainsi des limites tant à la liberté d'apporter des réserves qu'à celle d'y objecter. Il en résulte que c'est la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but de la Convention qui doit fournir le critère de l'attitude de l'État qui joint une réserve à son adhésion et de l'État qui estime devoir y faire une objection.<sup>28</sup>

La Cour a donc établi que la seule condition de validité des réserves, en l'absence d'une disposition expresse dans la Convention, se résume à leur compatibilité avec l'objet et le but du traité<sup>29</sup>. Ceci implique qu'il faut d'abord déterminer l'objet et le but du traité, tâche qui peut s'avérer fort complexe lorsqu'il s'agit de traités très détaillés ou de traités d'aussi grande portée que ceux concernant les droits et libertés<sup>30</sup>. Mais là où la Cour fut le plus sévèrement critiquée,

c'est lorsqu'elle établit que l'appréciation de la compatibilité des réserves devait relever de chacune des parties à la Convention. Il revient donc à chacun de décider si une réserve possède un caractère compatible ou non avec le traité. Telle que proposée, cette méthode ne pouvait que créer de l'incertitude quant à la situation de l'État réservataire et quant à l'entrée en vigueur du traité<sup>31</sup>.

En résumé, il faut retenir que la Cour, par cet avis, a clairement rejeté la règle de l'unanimité, donne la priorité à la valeur de la réserve selon sa compatibilité au traité plutôt qu'au bon vouloir des États parties et permis qu'un État réservataire devienne partie au traité à l'égard des États qui ont accepté sa réserve mais non à l'égard des autres.

Ces modifications du droit international relatif aux réserves ont provoqué des remous. C'est à la fois en s'inspirant de cet avis et en y réagissant que la Commission du droit international, chargée de rédiger un projet d'articles sur le droit des traités, va proposer une série d'articles qui deviendront le droit commun en matière de réserves dans les traités internationaux, c'est-à-dire les articles 19 à 23 de la Convention de Vienne<sup>32</sup>.

## 2- La Convention de Vienne sur le droit des traités

### a) Le système établi par la Convention

Suite aux travaux de la Commission du droit international sur le droit des traités et à la Conférence de Vienne (1968-1969), est née la *Convention de Vienne sur le droit des traités*<sup>33</sup>, convention qui allait codifier certaines règles coutumières mais aussi poser de nouvelles règles de droit visant au développement progressif du droit international<sup>34</sup>.

Concernant les dispositions relatives aux réserves, soit les articles 19 à 23, l'élément de codification est celui qui démontre bien que certaines nouveautés aient été apportées<sup>35</sup>. En effet, si la Convention reprend des principes établis par la Cour en 1951, elle s'écarte toutefois de l'orientation générale de ceux-ci en modifiant les conditions d'admissibilité des réserves.

Pour mieux comprendre les parallèles entre l'avis de la Cour et la Convention, il convient d'abord de résumer brièvement le système établi par cette dernière :

1- la Convention prévoit deux situations : celle où les traités contiennent des règles applicables aux réserves et celle où, malgré l'absence de telles règles, les réserves demeurent possibles en autant qu'elles ne sont pas incompatibles avec l'objet et le but du traité<sup>36</sup>;

2- la règle est à l'effet que les réserves n'ont plus à être autorisées à moins que le traité ne le prévoit ou que l'on ne soit dans l'un des deux cas d'exceptions prévues à l'article 20 - nombre restreint d'États (article 20(2)) ou un acte constitutif d'une organisation internationale (article 20(3)) ;

3- chaque État apprécie lui-même si une réserve est compatible avec l'objet et le but du traité;

4- l'absence d'objection à une réserve équivaut à son acceptation. Le traité prend alors plein effet, entre l'État

22 Cf. P. REUTER, *op. cit. supra*, note 9, p. 90.

23 Cf. Q.D. NGUYEN, P. DAILLIÉ et al., *op. cit. supra*, note 8, p. 71.

24 Voir Avis sur les réserves à la convention sur le génocide, *supra*, note 5, p. 21.

25 Ibid.

26 Id., p. 24.

27 Cf. P.-H. IMBERT, *op. cit. supra*, note 11, p. 63.

28 Voir Avis sur les réserves à la convention sur le génocide, *supra*, note 4, p. 24.

29 Cf. P.-H. IMBERT, *op. cit. supra*, note 11, p. 65.

30 Id., p. 66.

31 Cf. P.-H. IMBERT, *op. cit. supra*, note 11, p. 67.

32 Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra*, note 5.

33 Ibid.

34 P. REUTER, *La Convention de Vienne du 29 mai 1969 sur le droit des traités*, Paris, Armand Colin, 1970, p. 7.

35 Cf. P.-H. IMBERT, *op. cit. supra*, note 11, p. 80.

36 P. REUTER, *op. cit. supra*, note 33, p. 18.

réserve et celui qui ne s'est pas objecté, tel que modifié par la ou les réserve(s) ajoutée(s). En revanche, si un État s'objecte à une réserve, le traité prend tout de même plein effet entre les deux États à l'exception des dispositions qui ont été réservées, à moins que l'État objectant n'ait nettement exprimé son intention de ne pas établir de relations avec l'État réservataire quant à ce traité (article 20(4) );

5- il suffit qu'un seul État accepte une réserve (ou qu'il ne s'y objecte pas) pour que l'État réservataire devienne partie au traité.

#### b) Les modifications apportées par la Convention : la règle de la participation

C'est en fait un véritable renversement en faveur des réserves qu'opère la Convention de Vienne<sup>37</sup> : l'article 19 consacre le principe qu'une réserve est admissible sauf exception. En ce sens, la Convention reprend et élargit le principe de l'avis de la CIJ qui voulait que, même sans disposition expresse dans le traité, les réserves soient possibles.

De même, la Convention de Vienne permet d'adopter le critère de la compatibilité des réserves au traité tel que proposé par la Cour en 1951. Comme cette dernière, la Convention établit le principe à l'effet que chaque État est le seul juge pour l'apprécier. En revanche, dans son avis consultatif, la Cour insistait sur le critère de compatibilité comme condition d'acceptation de la réserve<sup>38</sup>. Les États pouvaient accepter ou refuser une réserve selon qu'ils la considéraient conforme ou non à l'objet et au but du traité. Or, ce lien est complètement rompu dans la Convention de Vienne<sup>39</sup>. L'article 19 prévoit que, sans mention expresse du traité, les réserves sont possibles en autant qu'elles ne sont pas incompatibles avec le traité. Quant à leur acceptation, il faut voir le paragraphe 4 de l'article 20 où il n'est pas du tout question de compatibilité.

Ce système hybride a pour résultat de vider de toute sa substance le critère de compatibilité. Ce dernier n'est pas une condition objective de l'admissibilité des réserves, mais simplement un élément selon lequel un État déterminé pourra librement se prononcer dans chaque cas sur l'acceptabilité des réserves : dans la Convention de Vienne, les réserves ne sont plus soumises à des conditions d'admissibilité mais d'acceptabilité. Par rapport à l'avis de la Cour un déplacement s'est ainsi opéré du niveau strictement juridique au niveau politique des relations effectives entre les États<sup>40</sup>.

De l'idée de validité, qui était celle de la Cour, on est passé à celle de la participation avec la Convention de Vienne<sup>41</sup>.

De toute évidence, à moins que le traité n'en dispose autrement ou qu'il ne s'agisse de l'une des exceptions prévues, il devient pratiquement impossible d'empêcher un État de devenir partie à un traité à vocation universelle quelles que soient les réserves qu'il formule<sup>42</sup>.

Le coût de la participation est-il trop élevé eu égard à l'intégrité du traité? Une partie de la réponse se trouve peut-être dans la nature même du traité.

Pour la plupart des traités multilatéraux, la Convention de Vienne «doit être approuvée pour son libéralisme en la matière, même si l'on peut avoir quelque doute sur la possibilité de sauvegarder, en toutes hypothèses, l'objet et le but du traité»<sup>43</sup>. Il faut bien admettre que le système des réserves est en fait adapté à une société internationale divisée<sup>44</sup>. Mais ces doutes qui peuvent être soulevés quant au maintien de l'intégrité du traité dans un système souple de réserves, ne prennent-ils pas une autre dimension lorsqu'il s'agit de traités concernant les droits et libertés de la personne? Sous prétexte d'une plus grande participation, il faut voir s'il est légitime d'accepter toutes sortes de réserves lorsque chacune d'entre elles risque, non pas d'entraver des relations interétatiques, mais de limiter ou d'aliéner des droits individuels.

## B.- Les réserves aux traités relatifs aux droits et libertés : le cas des Conventions de Genève de 1949

### 1- Les réserves aux traités relatifs aux droits et libertés

#### a) Le problème de réciprocité

Le système de réserves très libéral établi par la Convention de Vienne a été critiqué à plusieurs reprises en matière de traités relatifs aux droits et libertés<sup>45</sup>. La possibilité pour un État de s'objecter à une réserve permet au traité d'entrer en vigueur entre ces deux États à l'exception de la disposition réservée. Ainsi, un État qui par une réserve réduit certains avantages accordés aux autres parties, risque de voir ces autres parties s'objecter et réduire de la même façon les avantages accordés à cet État réservataire. C'est la règle de la réciprocité mais elle n'est pas toujours parfaite. Les réserves permettant à un État de diminuer ses obligations n'entraînent pas nécessairement la même réaction de toutes les autres parties au traité. Certaines accepteront cette réserve; d'autres s'y objecteront; d'autres, enfin, refuseront que le traité entre en vigueur entre elles. C'est le problème du traité décomposé en un faisceau de relations bilatérales. Chose certaine, chacun a le pouvoir et le droit de rendre la réciprocité. Si ce système général fonctionne relativement bien pour les traités multilatéraux traditionnels, il est toutefois inapproprié à ceux relatifs aux droits et libertés<sup>46</sup>.

Le système actuel des réserves, basé sur la réciprocité, suppose un équilibre entre les divers intérêts des contractants et une certaine égalité dans les obligations qu'ils assument. Or, les traités relatifs aux droits et libertés ne s'appuient pas sur un échange réciproque de droits qui bénéficie mutuellement aux États contractants. Leur objet et leur but sont la protection des droits fondamentaux des êtres humains<sup>47</sup>. Les obligations contractées par chaque État ne

43 Cf. Q.D. NGUYEN, P. DAILLIER *et al.*, *op. cit. supra*, note 8, p. 169.

44 *Ibid.*

45 Cf. P.-H. IMBERT, *op. cit. supra*, note 11, p. 254.

46 G. COHEN-JONATHAN, «Les réserves à la Convention européenne des droits de l'Homme (à propos de l'Arrêt Bélicos du 29 avril 1988)», (1989), 93 R.G.D.I.P. 273.

47 I.A. Court H.R., «The effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention (Arts. 74 and 75)», Advisory Opinion OC-2/82 of September 24, 1982. Series A No. 2, p. 4.

37 P. REUTER, *op. cit. supra*, note 33, p. 18.

38 Cf. P.-H. IMBERT, *op. cit. supra*, note 11, p. 134.

39 *Ibid.*

40 *Id.*, p. 136.

41 *Id.*, p. 160.

42 P. REUTER, *op. cit. supra*, note 33, p. 18.

dépendent pas de l'attitude des autres. Il s'agit plutôt d'une obligation générale et absolue : chacun s'engage à respecter une norme en elle-même et non pas uniquement dans ses rapports avec tel ou tel État<sup>48</sup>. Cette obligation implique l'uniformité de conduite de l'État partie à l'égard de tous les individus soumis à sa compétence<sup>49</sup>. Les avantages produits par ce type de traités ne profitent pas tant aux États parties qu'aux individus qui vivent sur leur territoire.

Un État peut être autorisé à se dispenser pour des raisons personnelles, de remplir une obligation : mais lui permettre cette dérogation uniquement parce qu'un autre État se l'est accordée auparavant semble aller à l'encontre du but poursuivi par de telles conventions (droits et libertés). La «victime» de la réciprocité ne sera pas l'État réservataire, mais l'ensemble de ses ressortissants qui sont les véritables bénéficiaires du traité.<sup>50</sup>

Dans ce contexte, les dispositions relatives aux réserves dans la Convention de Vienne sont-elles toujours aussi pertinentes? La jurisprudence de certains cours internationales apporte des éléments de réponse à cette question.

#### b) La jurisprudence des cours européenne et américaine

En 1982, la Cour interaméricaine des droits et libertés a eu à se pencher sur l'effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la *Convention américaine des droits de l'Homme*<sup>51</sup>. À l'article 75 de cette Convention, il est prévu que les seules réserves possibles sont celles qui sont faites en conformité avec la Convention de Vienne. Après avoir conclu que cet article référait au paragraphe c) de l'article 19 de la Convention de Vienne, c'est-à-dire celui qui prévoit que les réserves doivent être conformes au but et à l'objet du traité, la Cour a recherché lequel des paragraphes de l'article 20, concernant l'acceptation des réserves, serait applicable aux réserves à la Convention américaine. D'abord, elle exclut les paragraphes 2 et 3 qui sont des cas d'exceptions (nombre restreint d'États (par. 2) et acte constitutif d'une organisation internationale (par. 3) ) en déclarant :

La Convention ne se borne pas à constituer un échange réciproque de droits entre un nombre restreint d'États mais, vise plutôt la protection des droits et libertés de tout être humain aux Amériques, peu importe sa nationalité.<sup>52</sup>

Et puis, interprétant le paragraphe 5 de l'article 60 de la Convention de Vienne comme un article reconnaissant le caractère particulier des dispositions relatives à la protection de la personne humaine dans les traités humanitaires, la Cour va rejeter le paragraphe 4 de l'article 20 qui fait dépendre le

moment de l'entrée en vigueur du traité de l'acceptation ou du défaut d'acceptation d'un autre État partie. À ce sujet, la Cour déclare :

Un traité qui attache autant d'importance à la protection de la personne humaine qu'il prévoit que tout individu a le droit de porter plainte contre un État dès que celui-ci l'a ratifié, peut difficilement être interprété comme n'entrant en vigueur à l'égard d'un État réservataire qu'au moment où au moins un autre État accepte l'adhésion de cet État réservataire.<sup>53</sup>

À son avis donc, le seul paragraphe applicable à ce type de convention est le paragraphe 1 de l'article 20, lequel prévoit qu'une réserve autorisée par un traité n'a pas à être ultérieurement acceptée par les autres États. En revanche, il faut noter que la Cour insiste sur le fait que, bien que les réserves n'aient pas à être acceptées, elles doivent en quelque sorte être admissibles puisqu'elles doivent être conformes au but et à l'objet du traité<sup>54</sup>.

De la même façon, un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 29 avril 1988 dans l'*Affaire Bélilos*<sup>55</sup>, a soulevé les problèmes d'application du système «acceptation-objection» établi par la Convention de Vienne en ce qui concerne les traités relatifs aux droits et libertés de la personne.

Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'une déclaration faite par le gouvernement suisse n'était pas valide en tant que réserve formulée par un État contractant<sup>56</sup>. En soulignant, ici aussi, le caractère particulier de la *Convention européenne des droits de l'Homme*, la Cour distingue ce type de traité qui dépasse le cadre de la simple réciprocité et qui se différencie fondamentalement des conventions synallagmatiques classiques<sup>57</sup>. Comme dans l'avis de la Cour interaméricaine, la notion de compatibilité de la réserve au traité est un élément-clé, sauf qu'en l'espèce la Cour sert d'organe de contrôle pour l'appréciation de la validité des réserves<sup>58</sup>. C'est ainsi qu'elle en arrive à la conclusion que la déclaration helvétique est en fait une réserve et qu'elle n'est pas valide. L'effet de cette déclaration, qui n'est pas une objection, est que l'État réservataire reste lié par le traité international nonobstant la réserve<sup>59</sup>.

Ces exemples démontrent que le système de réserves de la Convention de Vienne n'est pas très bien adapté aux traités relatifs aux droits et libertés. Si, en effet, la position exprimée par la Cour interaméricaine peut être utile pour adapter le droit international relatif aux réserves aux conventions traitant des droits et libertés, il n'en demeure pas moins que techniquement l'acceptation des réserves ne se fait pas nécessairement en fonction du but et de l'objet du traité. Dans des traités relatifs aux droits et libertés où aucune disposition ne règle le cas des réserves et où, contrairement à la *Convention européenne des droits de l'homme*, la présence

48 Cf. P.-H. IMBERT, *op. cit. supra*, note 11, p. 153.

49 Cf. COHEN-JONATHAN, *loc. cit. supra*, note 45, p. 277.

50 Cf. P.-H. IMBERT, *op. cit. supra*, note 11, p. 256.

51 Voir I.A. Court H.R., «The effect of Reservation on the Entry into Force of the American Convention (Arts. 74 and 75)», *supra*, note 46. Quant à la *Convention américaine des droits de l'Homme*, elle est reproduite dans INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (O.A.S.), *Handbook of Existing Rules Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, Washington, IACHR Court, 1983, p. 29

52 *Id.*, p. 15. *Textuellement* : «The object and purpose of the Convention is not the exchange of reciprocal rights between a limited number of States, but the protection of the human rights of all individual beings within the Americas, irrespective of their nationality.»

53 *Id.*, p. 18. *Textuellement* : «A treaty which attaches such great importance to the protection of the individual that it makes the right to individual petition mandatory as the moment of ratification, can hardly be deemed to have intended to delay the treaty's entry into force until at least one other State is prepared to accept the reserving State as a party.»

54 *Ibid.*

55 Cour Eur. D.H., *Affaire Bélilos*, décision du 21 mai 1987, série A no 132.

56 Cf. COHEN-JONATHAN, *loc. cit. supra*, note 45, p.

57 Cf. COHEN-JONATHAN, *loc. cit. supra*, note 45, p. 278.

58 *Id.*, p. 294.

59 *Id.*, p. 297.

d'un organe de contrôle fait cruellement défaut, qui va décider de l'incompatibilité d'une réserve au traité? Même l'objection d'un État partie n'est pas très utile puisque le traité entre quand même en vigueur pour l'État réservataire (en autant qu'au moins un État partie ne s'y soit pas objecté). Ce dernier ne remplit pas toutes les obligations du traité, mais bénéficie tout de même du prestige résultant de la participation à un tel traité<sup>60</sup>. L'intégrité du traité représente en fait les droits des individus que l'État s'était engagé à respecter et chaque brèche dans cette intégrité risque d'affecter directement les populations concernées.

Un tel résultat apparaît dans toute sa gravité dans le cadre des traités où les parties ont la possibilité de s'infliger des représailles, comme c'est le cas pour les conventions de droit international humanitaire. Par exemple, une réserve comme celle du gouvernement révolutionnaire provisoire de la République du Viêt-Nam du Sud qui prévoit que des prisonniers de guerre poursuivis et condamnés pour des crimes d'agression ne bénéficieront pas des dispositions de la troisième Convention de Genève sur les prisonniers de guerre, bien que ce gouvernement soit partie aux quatre Conventions de Genève de 1949<sup>61</sup>, laisse entrevoir le danger d'un tel laxisme. L'analyse des réserves de ces Conventions peut donner un indice sur le genre de libertés que se sont permis les États parties aux traités relatifs aux droits et libertés de la personne.

## 2- Les réserves aux Conventions de Genève du 12 août 1949

### a) L'absence de dispositions sur le régime des réserves

Les Conventions de Genève font partie de ces traités relatifs aux droits et libertés qui ne contiennent aucune clause relative aux réserves<sup>62</sup>. Régies à l'époque par la règle de l'unanimité, les réserves aux Conventions ne posent pas de problème puisqu'«aucune objection n'a été soulevée jusqu'à présent contre ces réserves, de sorte qu'il n'existe aucun doute sur la participation à ces Conventions des États auteurs de réserves»<sup>63</sup>. C'était en 1957 alors que soixante-six États étaient liés par les Conventions de Genève et que dix-huit d'entre eux avaient assorti leur participation de réserves<sup>64</sup>. Seuls les États-Unis, en 1955, avaient déclaré rejeter les réserves faites à l'égard des Conventions mais acceptaient tout de même d'être liés aux États réservataires sauf quant aux modifications proposées par les réserves<sup>65</sup>. En 1965, cent six États sont parties aux Conventions dont vingt-trois sont au bénéfice de réserves<sup>66</sup>. Entre temps, d'autres déclarations semblables à celle des États-Unis de 1955 se sont ajoutées, dont celles de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. Mais, comme le laisse entendre le directeur-adjoint des affaires générales du Comité international de la

Croix-Rouge (CICR) de l'époque, le droit n'est pas clairement fixé en ce qui concerne l'effet de telles déclarations. Il conclut en ces termes :

[La] situation, du point de vue théorique est loin d'être simple [...]. Malgré des divergences de vues, la participation de tous les États qui ont ratifié les Conventions de Genève ou qui y ont adhéré ne fait aucun doute [...].<sup>67</sup>

Il est à noter que si dans l'étude de 1957 on attribue l'absence d'objection à la compatibilité des réserves à l'objet et au but du traité<sup>68</sup>, il n'en est point fait mention dans l'étude de 1965. Enfin, avec la Convention de Vienne de 1969, les règles deviennent plus claires et les objections qui apparaissent ne remettent plus en cause l'entrée en vigueur du traité pour le nouvel État réservataire. Mais il faut souligner que, malgré cette latitude, peu d'États auront recours aux réserves. La dernière étude remonte à 1975 alors que cent trente-neuf États étaient parties aux Conventions et que vingt et un d'entre eux avaient formulé des réserves<sup>69</sup>. Avant d'analyser ces réserves sous l'éclairage des principes du droit international général codifiés en grande partie dans la Convention de Vienne, il convient de noter qu'à l'époque de la Conférence diplomatique qui allait donner le jour aux Conventions de Genève de 1949, il avait été prévu un système pour résoudre les difficultés naissant du sens et de la portée des dispositions aux Conventions et des réserves apportées à celles-ci. Ce système prévoyait notamment des méthodes comme celle de l'arbitrage en cas d'ambiguïté, mais toutes les propositions faites dans ce domaine ont été rejetées par la Conférence<sup>70</sup>, ce qui laisse le système de réserves établi par la Convention de Vienne comme le seul guide en la matière, aussi inapproprié soit-il pour des traités de ce genre.

### b) L'analyse des réserves aux Conventions de Genève

Si la souplesse du système peut laisser présager des abus, il semble qu'il n'en est rien, selon une étude menée par le CICR. Sur l'ensemble des communications envoyées au depositaire, concernant les dispositions des Conventions de Genève, toute une série a été écartée comme ne rencontrant pas les critères d'une réserve selon la définition qui lui est attribuée dans la Convention de Vienne (article 2). Il s'agirait plutôt de «commentaire officiel»<sup>71</sup>, de «malentendu»<sup>72</sup>, de «déclaration unilatérale»<sup>73</sup>, de «déclaration d'intention»<sup>74</sup>, de «déclaration d'interprétation»<sup>75</sup>, ou bien de réserves qui n'ont pas été maintenues<sup>76</sup> ou qui étaient «superflues»<sup>77</sup>. Au total, il reste donc vingt et un États réservataires et vingt-six réserves affectant huit articles : une seule réserve concerne la Convention I (article 53); aucune pour la Convention II; dix-huit réserves affectent la Convention III (dont quatorze pour l'article 85, une seule réserve pour l'article 87, de même que

60 Cf. P.-H. IMBERT, *op. cit. supra*, note 11, p. 249.

61 C. PILLOUD, *Les réserves aux Conventions de Genève de 1949*, Genève, C.I.C.R., 1976, p. 37.

62 *Id.*, p. 3.

63 C. PILLOUD, «Les réserves aux Conventions de Genève de 1949», dans C.I.C.R., *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Genève, C.I.C.R. (1957), p. 410.

64 *Ibid.*

65 Cf. PILLOUD, *loc. cit. supra*, note 62, p. 412.

66 Cf. PILLOUD, *loc. cit. supra*, note 63, p. 318.

67 Cf. PILLOUD, *loc. cit. supra*, note 63, p. 324.

68 Cf. PILLOUD, *loc. cit. supra*, note 62, p. 437.

69 Cf. PILLOUD, *loc. cit. supra*, note 60, p. 3.

70 *Id.*, p. 36.

71 *Id.*, p. 16.

72 *Id.*, p. 17.

73 *Id.*, p. 18.

74 *Id.*, p. 24.

75 *Id.*, p. 42.

76 *Id.*, p. 13.

77 *Id.*, p. 28.

pour les articles 99, 100 et 101); et enfin, une réserve a été formulée au sujet de l'article 44 et six autres pour l'article 68 de la Convention IV.

∞ Article 53 (I) :

Voici la traduction littérale de la réserve émise par les États-Unis :

Les États-Unis, en ratifiant la *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les forces armées en campagne*, font la réserve que malgré la ou les dispositions contraires de la Convention, rien ne devra rendre illégal ou forcer les États-Unis à rendre illégal, tout emploi ou droit d'employer, à l'intérieur des États-Unis et dans leurs territoires et possessions, l'emblème, le signe ou l'insigne de la Croix-Rouge, ou les mots «croix rouge,» qui étaient légal en raison de la législation nationale et qui avaient commencé avant le 5 janvier 1905, pourvu que cet emploi par des usagers antérieurs à 1905 ne s'étende pas à l'apposition de l'emblème, du signe ou des insignes de la Croix-Rouge sur des aéronefs, des bateaux, des véhicules, des bâtiments ou autres installations, ainsi que sur le sol.<sup>78</sup>

Cette réserve américaine sur l'emploi de l'emblème de la Croix-Rouge à l'intérieur du pays, a essentiellement des conséquences sur le plan national et sa portée est presque nulle au plan international<sup>79</sup>.

∞ Article 85 (III) :

Cette réserve apportée par quatorze États socialistes concerne les garanties accordées aux prisonniers de guerre poursuivis pour des actes commis avant qu'ils n'aient été faits prisonniers. Voici comment l'U.R.S.S. l'a formulée :

L'Union des Républiques Socialistes Soviétiques ne se considère pas tenue par l'obligation, qui résulte de l'article 85, d'étendre l'application de la Convention aux prisonniers de guerre, condamnés en vertu de la législation de la Puissance détentrice conformément aux principes du procès de Nuremberg, pour avoir commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, étant donné que les personnes condamnées pour ces crimes doivent être soumises au régime établi dans le pays en question pour les personnes qui subissent leur peine.<sup>80</sup>

Résultat de longs débats, il faut simplement retenir que cette réserve n'est pas en contradiction avec l'esprit de la Convention III<sup>81</sup>. Par contre, le texte de cette réserve, étant légèrement différent pour l'ancienne République démocratique du Viêt-Nam, semble soulever plus d'inquiétudes. Appliquer à la lettre, elle risquerait d'être en contradiction avec la Convention.

∞ Articles 87, 100, 101 (III) et 68 (IV) :

L'Uruguay, en ratifiant les quatre Conventions de Genève en 1969, a fait une réserve au sujet des articles 87, 100 et 101 de la Convention III et 68 de la Convention IV «en ce qui concerne leur application et l'exécution de la peine de mort»<sup>82</sup>. Ces dispositions concernent les peines prononcées à l'égard des prisonniers de guerre et particulièrement la peine

de mort. Il semble que le sens de cette réserve ne soit pas clair, mais il est proposé qu'elle ne soit pas interprétée comme si l'Uruguay pouvait appliquer la peine de mort dans des cas autres que ceux envisagés par les Conventions<sup>83</sup>.

∞ Article 99 (III) :

Cette réserve espagnole traite des sources du droit international en vigueur. Elle est formulée ainsi :

Par «droit international en vigueur» (article 99), l'Espagne entend n'accepter que celui de source conventionnelle ou celui qui aurait été élaboré au préalable par des organismes auxquels elle prend part.<sup>84</sup>

Cette réserve semble s'expliquer par des phénomènes conjoncturels de l'époque de la ratification des Conventions et que les raisons qui ont amené l'Espagne à faire cette réserve se seraient estompées<sup>85</sup>.

∞ Article 44 (IV) :

C'est le Pakistan qui a formulé une réserve au sujet de l'article 44 de la Convention IV. La voici :

Toute personne protégée qui *de jure* est ressortissante d'un État ennemi, contre laquelle on prend ou songe à prendre, selon l'article 41, ou selon une loi quelconque, une mesure d'assignation à résidence ou d'internement pour le motif qu'elle est un ressortissant ennemi, doit être admise à soumettre des preuves à la Puissance détentrice ou éventuellement à tout tribunal ou collège administratif habilité à revoir son cas, qu'elle ne jouit de la protection d'aucun État ennemi; cette circonstance doit être prise pleinement en considération si le fait est établi avec ou sans enquête complémentaire effectuée par la Puissance détentrice, pour décider d'une mesure appropriée, soit sous la forme d'une première décision, soit éventuellement sous la forme d'une modification d'une décision antérieure.<sup>86</sup>

Cette réserve pakistanaise, concernant les ressortissants ennemis, semble en fait s'apparenter plus à une déclaration interprétative qu'à une véritable réserve<sup>87</sup>.

∞ Article 68 (IV) :

Cette réserve apportée par les États-Unis, la Nouvelle-Zélande, le Pakistan, les Pays-Bas et la République de Corée, concerne la peine de mort prononcée contre les habitants des territoires occupés. Les États-Unis l'ont formulée ainsi :

Les États-Unis d'Amérique se réservent le droit d'appliquer la peine de mort selon les dispositions de l'article 68, paragraphe 2, sans égard à la question de savoir si les délits qui y sont mentionnés sont punissables ou non par la peine de mort selon la loi du territoire occupé à l'époque où commence l'occupation.<sup>88</sup>

Le sens de cette réserve s'expliquait mieux dans le contexte de l'après-guerre. Les craintes manifestées par les États qui l'ont faite paraissent aujourd'hui non fondées<sup>89</sup>. Pour l'Uruguay, le sens de cette réserve doit être relié à celui des articles 87, 100 et 101 de la Convention III.

<sup>78</sup> *Id.*, p. 20

<sup>79</sup> *Id.*, p. 21.

<sup>80</sup> *Id.*, p. 28.

<sup>81</sup> Cf. P.-H. IMBERT, *op. cit. supra*, note 11, p. 364.

<sup>82</sup> Cf. PILLOUD, *loc. cit. supra*, note 60, p. 40.

<sup>83</sup> *Id.*, p. 41.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> *Id.*, p. 43.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> *Id.*, p. 45

<sup>89</sup> *Ibid.*

En définitive, selon cette étude du CICR, peu de ces réserves, sinon aucune, ne semblent contredire l'esprit du traité. Ce qui surprend plutôt c'est l'absence de la notion de compatibilité à travers l'étude. S'il en est fait mention, ce n'est qu'en de très rares occasions. Est-ce parce que cette tâche revient à chacun des États et que le CICR n'a pas voulu empiéter sur leur compétence, ou bien est-ce parce que cela s'avère inutile de toutes façons puisque l'acceptation (ou la non-objection) est suffisante? Il semble, à la lecture de ces déclarations, qu'elles soient implicitement admissibles sauf, peut-être, celle du gouvernement provisoire du Viêt-Nam du Sud.

Depuis, d'autres textes sont venus compléter les Conventions de Genève. Les Protocoles additionnels de 1977 - en vigueur depuis le 7 décembre 1978 - sont le fruit de longues discussions et de nombreux compromis. En conséquence, beaucoup d'États ont formulé des réserves lors de leur ratification ou de leur adhésion. Ces réserves n'ont pas encore fait l'objet d'étude, d'où la nécessité de les analyser et de voir si les États entendaient soumettre leur engagement aux règles générales du droit international relatif aux réserves.

## II.- La conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire et analyse des réserves au protocole additionnel I

### A- La Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire

#### 1- Nécessité de développer et de réaffirmer le droit international humanitaire

Suite à l'émergence de nouveaux États sur la scène internationale et à l'apparition de nouvelles formes de conflits armés, il s'est avéré nécessaire d'ajouter au corpus juridique déjà existant en la matière, et datant de plus d'un quart de siècle, de nouvelles règles sur la conduite des hostilités et sur la protection des victimes durant les conflits armés. Les moyens et les méthodes de combat s'étant modifiés avec les années et la pratique ayant fait ressortir des imperfections et des imprécisions dans le texte des Conventions de Genève, le CICR travailla à un projet visant à adapter, développer et réaffirmer le droit humanitaire. Recourant à sa méthode habituelle, le CICR réunit une documentation complète afin d'établir quels points de droit devaient être confirmés, complétés et améliorés. Puis, avec le concours d'experts des gouvernements, des sociétés nationales et d'autres institutions humanitaires, il établit des projets de textes conventionnels<sup>90</sup>.

Convoquée et organisée par le gouvernement suisse en sa qualité de dépositaire des Conventions de Genève, la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés s'est déroulée en quatre sessions, à Genève<sup>91</sup>.

Au total, cent cinquante-cinq nations y participèrent, de même que onze mouvements de libération nationale et cinquante et une organisations intergouvernementales ou non gouvernementales qui y assistaient à titre d'observateurs<sup>92</sup>.

Le *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*<sup>93</sup> et le *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux*<sup>94</sup>, furent adoptés le 8 juin 1977 et la Conférence diplomatique s'est terminée deux jours plus tard par la signature solennelle de l'Acte final - au bas duquel la presque totalité des délégations apposèrent leur signature<sup>95</sup>.

Enfin, il faut retenir que presque toutes les dispositions ont été adoptées par consensus. En effet, sur les cent cinquante articles de fond que contiennent les deux Protocoles additionnels, quatorze seulement ont fait l'objet d'un vote formel<sup>96</sup>. N'empêche que plusieurs États ont émis des communications, des déclarations et même des réserves lors de leur ratification ou de leur adhésion aux Protocoles. Puisque la très grande majorité de ces réserves concernent le Protocole I, il faut voir comment elles sont régies.

#### 2- Le régime des réserves aux Protocoles additionnels

##### a) La proposition d'une disposition concernant les réserves

Le projet de Protocoles contenait un article en deux paragraphes concernant les réserves : le premier énumérait les articles auxquels aucune réserve ne devait être admise, c'est-à-dire les articles 5, 10, 20, 35, 37 (par. 1, 1ère phrase), 41 (par. 1, 1ère phrase), 43, 48, 51 et 52; le second prévoyait l'extinction de chaque réserve cinq ans après sa formulation, sauf renouvellement par déclaration adressée au dépositaire<sup>97</sup>.

Mais le paragraphe 2 du projet fut supprimé par le Groupe de travail et ce dernier proposa aussi la suppression du paragraphe 1 ou, à défaut, une nouvelle formulation<sup>98</sup>. Comme un accord ne semblait pas prévisible dans un délai raisonnable, ni à cet égard, ni sur la liste des articles qui devraient être visés, la Conférence a préféré s'en remettre à la Convention de Vienne, en tant que codification des principes du droit coutumier<sup>99</sup>. C'est ainsi que, comme beaucoup d'autres traités muets sur la question des réserves, les Protocoles sont soumis aux règles du droit international général en matière de réserves.

##### b) Réserves, déclarations et communications concernant le Protocole I

La première étape consiste à savoir si on a affaire à une réserve ou non. Lorsqu'un État signe, ratifie ou adhère à

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes de conflits armés internationaux* (Protocole I), *supra*, note 7.

<sup>94</sup> *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes de conflits armés non internationaux* (Protocole II), *supra*, note 7.

<sup>95</sup> Cf. C.I.C.R., *op. cit. supra*, note 89, p. xxxiii.

<sup>96</sup> *Id.*, p. xxxiv.

<sup>97</sup> *Id.*, p. 1089.

<sup>98</sup> *Id.*, p. 1090.

<sup>99</sup> *Id.*, p. 1086.

<sup>90</sup> C.I.C.R., *Commentaires des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Nijhof (1980) p. xxxi.

<sup>91</sup> *Id.*, p. xxxii. La première a eu lieu du 20 février au 29 mars 1974; la deuxième, du 3 février au 18 avril 1975; la troisième du 21 avril au 11 juin 1976 et la quatrième du 17 mars au 10 juin 1977 (p. xxxiii).

un traité, il peut émettre des déclarations unilatérales intitulées «réserve», «déclaration interprétative», «déclaration» ou encore «communication»<sup>100</sup>. Mais la désignation ou le libellé de la déclaration n'est pas décisif<sup>101</sup>. En effet, il peut y avoir deux types de divergences entre sa forme et son fond. Dans le premier cas, une déclaration non désignée comme telle peut en fait constituer une réserve si elle vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité; dans le second cas, ne devant ou ne pouvant pas produire une telle exclusion ou modification, une déclaration peut ne pas être une réserve malgré son libellé ou sa désignation<sup>102</sup>.

Il y a une différence entre les réserves et les déclarations interprétatives : les premières visent à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions dans leur application à l'État qui les formule; les secondes donnent le sens ou la portée qu'un État attribue à telle ou telle autre disposition, sans prétendre en exclure ou en modifier l'effet juridique<sup>103</sup>. Mais cette distinction n'a qu'un effet pratique limité : non seulement il faut déterminer la nature effective d'une déclaration, au-delà de son libellé ou de sa désignation, mais encore cette désignation elle-même sera du ressort de chaque autre État intéressé<sup>104</sup>. Effectivement, c'est à chaque État partie de déterminer si une déclaration quelconque constitue une réserve ou non, de même que chaque État détermine individuellement si une réserve formulée par un autre État est ou n'est pas compatible avec l'objet et le but du traité<sup>105</sup>.

Concernant l'éventualité où une déclaration s'avérerait être une véritable réserve (en dépit du silence des États parties) et que celle-ci affecterait une disposition codifiant une norme de droit coutumier, il faut retenir que l'État réservataire demeurerait soumis à la norme coutumière malgré sa déclaration<sup>106</sup>. Toutefois, l'analyse de ce type de dispositions dépasserait largement le cadre de cette étude. Aussi ne l'aborderons-nous pas ici<sup>107</sup>.

## B- Analyse des réserves au Protocole I

### 1- Les réserves relatives à un terme, une expression, un concept

Puisqu'aucun État ne s'est exprimé sur les déclarations formulées par un autre État - sauf pour les déclarations de non-reconnaissance d'un autre État, problème particulier qui sera traité plus loin<sup>108</sup> - il faut croire que ces déclarations

sont acceptées et sont compatibles avec le traité. En effet, en date du 31 décembre 1990, quatre-vingt-dix-neuf États étaient parties au Protocole I et vingt-six d'entre eux étaient des États réservataires. En fait, neuf États ont qualifié leurs déclarations de «réserves», un (État de «communication» tandis que les quinze autres les ont simplement désignées comme «déclarations» (parfois «interprétatives»). De plus, un État a émis à la fois des réserves et des déclarations d'interprétation. Au total, ces vingt-six États ont comptabilisé cent cinquante-neuf déclarations qui affectent trente articles différents.

Sans porter de jugement sur la compatibilité de ces déclarations au but et à l'objet du Protocole, il est possible, en analysant l'objet des déclarations, de déceler un certain nombre d'indices révélateurs sur leur compatibilité au traité.

Pour faciliter la compréhension, les déclarations traitant de termes, d'expressions ou de concepts se retrouvant dans plusieurs articles sont regroupées dans cette première partie tandis que la deuxième rassemblera des déclarations relatives à des articles isolés. Enfin, c'est dans la troisième partie que l'on retrouvera les autres déclarations.

#### a) Armes

La Belgique, le Canada, l'Espagne, l'Italie et les Pays-Bas ont formulé une déclaration quant à l'interprétation de ce terme. La déclaration espagnole est significative à cet égard :

Le Gouvernement [d'Espagne] comprend que ce Protocole, dans son contexte spécifique, s'applique exclusivement aux armes conventionnelles et sans préjudice dans les règles de droit international applicables à une autre catégorie d'armes.

Certains États ont employé le terme «classiques» plutôt que «conventionnelles» mais assurément, ils visaient le même objectif, à savoir que le Protocole ne s'applique pas aux armes nucléaires - ce que le Canada a exprimé très clairement dans sa déclaration. Pour le CICR, il n'y a pas eu de «consensus» au sens juridique du terme sur l'application ou l'inapplication des Protocoles aux armes nucléaires<sup>109</sup>. Le CICR n'en conclut pas moins que les règles coutumières de la Haye et de St-Petersbourg, reprises par les Protocoles, s'appliquent aux armes nucléaires<sup>110</sup>. En autant que ces déclarations ne visent que les nouvelles règles introduites par le Protocole et non celles qui sont réaffirmées par celui-ci, applicables à l'ensemble des armes<sup>111</sup>, il n'y a pas de contradiction.

#### b) Mercenaires

Trois déclarations en ont traité mais de façons fort différentes. D'abord l'Angola a émis une déclaration qui va au-delà de l'article 47 et qui vise le crime de mercenariat. En cela, l'Angola reprend les discussions qui eurent lieu lors de la Conférence et qui, contrairement au Protocole qui ne traite que des individus, voulaient que l'interdiction d'emploi de mercenaires se situe aussi au niveau des États<sup>112</sup>.

Les Pays-Bas ont, quant à eux, déclaré que «l'article 47 ne porte en aucune manière préjudice à l'application des

100 *Id.*, p. 1085.

101 *Id.*, p. 1086.

102 *Ibid.*

103 *Ibid.*

104 *Id.*, p. 1087.

105 *Id.*, p. 1088.

106 Cf. P.-H. IMBERT, *op. cit. supra*, note 11, p. 245. Voir aussi Plateau continental de la mer du Nord, Arrêt C.I.J. Recueil, 1969, p. 3.

107 Voir à ce sujet : T. MERON, «Customary Law and Additional Protocol I to the Geneva Conventions for Protection of War Victims : Future Directions in Light of the U.S. Decision Not to Ratify», dans AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *Proceedings of the 81st Annual Meeting (8 au 11 avril 1987, Massachusetts)*, Boston, American Society of International Law, (1990), pp. 26 à 43; voir aussi T. MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989; L.R. PENNA, «Customary International Law and Protocol I : An Analysis of Some Provisions», dans C.I.C.R., *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Boston, Nijhoff, 1984, pp. 201 à 225.

108 voir *infra*, partie B, section 3 : «Autres déclarations».

109 E. DAVID, «La pratique du pouvoir exécutif et le contrôle des chambres législatives en matière de droit international», (1987) 20 *R.B.D.I.* 392.

110 *Ibid.*

111 C.I.C.R., *op. cit. supra*, note 89, p. 604.

112 *Id.*, p. 586.

articles 45 et 75 du Protocole I». Il n'y a aucun doute à ce sujet. Même que plusieurs délégations ont trouvé regrettable que cette précision ne figure pas expressément dans le texte de l'article 47<sup>113</sup>. Il est dit : «Si le tribunal arrive à la conclusion que l'intéressé est bien un mercenaire au sens du paragraphe 2 de l'article 47, l'article 75 (garanties fondamentales) joue et les droits de communication restent garantis, même en territoire occupé (...)»<sup>114</sup>.

Enfin, l'Algérie a déclaré qu'elle :

[...] réserve sa position au sujet de la définition du mercenariat telle que contenue dans l'article 47, paragraphe 2 du présent Protocole, cette définition étant jugée restrictive.

Bien que qualifié de «déclaration interprétative», ce texte va bien au delà de l'interprétation car en élargissant la notion de «mercenaire» pour y inclure des individus qui ne rencontreraient pas tous les critères définis par le paragraphe 2, l'Algérie modifie l'effet juridique de la disposition. Ainsi, en permettant de regrouper plus d'individus sous le vocable de «mercenaire» puisque celui du Protocole est trop restrictif, c'est le droit au statut de combattant que cette réserve risque de soustraire à autant d'individus. Si l'effet de cette réserve consiste à limiter le nombre d'individus ou les catégories d'individus susceptibles de bénéficier de la protection qu'offrent le Protocole et les Conventions, cette réserve irait nécessairement à l'encontre de l'objet et du but du traité.

#### c) Possible, utile, «feasible», pratique

Ces termes font l'objet de déclarations pour l'Algérie, la Belgique, le Canada, l'Espagne, l'Italie et les Pays-Bas en relation avec les articles 41, 56, 57, 58, 78 et 86. La déclaration de l'Italie est représentative de celle des autres États :

[Le] gouvernement italien comprend le terme «feasible» comme signifiant possible ou pratiquement possible, compte tenu de toutes les circonstances du moment, y compris des considérations humanitaires et militaires.

Ces mots ont fait l'objet de longues discussions à la Conférence. Déjà lors de l'adoption de l'article 57, des délégations avaient précisé qu'elles entendaient ces termes comme signifiant : tout ce qui est faisable ou pratiquement faisable, compte tenu de toutes les circonstances au moment de l'attaque, y compris celles qui sont liées au succès des opérations militaires<sup>115</sup>. Cette formule paraissait un peu trop large, évoquant les succès des opérations militaires sans trop référer aux considérations humanitaires. Or, il apparaît dans ces déclarations qu'une rectification a été apportée et qu'elle tient compte à la fois des considérations militaires et humanitaires. C'est sûrement là un compromis satisfaisant.

De plus, l'Autriche et la Suisse ont déclaré qu'étant donné que l'article 58 contenait l'expression «dans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible», les alinéas a) et b) seraient appliqués sous réserve des exigences de la défense du territoire national. Cette réserve serait acceptable selon les principes de droit international humanitaire puisqu'elle s'explique par la situation démographique de ces pays. En effet, l'article 58 prévoit que des précautions doivent être

prises afin d'éloigner du voisinage des objectifs militaires, la population et les biens de caractère civil de même qu'il faut éviter de placer des objectifs militaires à l'intérieur ou à proximité des zones fortement peuplées. Or, ces dispositions présentent de sérieuses difficultés dans les régions à forte densité de population où il est difficile de séparer les personnes civiles des objectifs militaires : elles pourraient être préjudiciables à leur défense nationale<sup>116</sup>. En autant que la stratégie de ces armées n'entend pas chercher à mener la lutte principalement dans les localités, il serait possible d'admettre que les impératifs de l'article 58 sont observés<sup>117</sup>.

#### d) Appréciation des informations

Plusieurs États ont formulé des déclarations concernant les articles qui traitent des décisions prises par les commandants militaires. Il s'agit de l'Algérie, de l'Autriche, de la Belgique, de l'Espagne, de l'Italie, de la Nouvelle-Zélande, des Pays-Bas et de la Suisse. Leurs déclarations (qualifiées de «réserve» pour l'Autriche et la Suisse) visent le titre IV, section I (Belgique), les articles 51 à 58 et plus spécifiquement le paragraphe 2 de l'article 57 et les articles 85 et 86. En voici un exemple :

[Le] Gouvernement de Nouvelle-Zélande comprend que les commandants militaires et autres responsables de la planification, de la décision ou de l'exécution d'attaques doivent nécessairement prendre leurs décisions sur la base de leur appréciation des renseignements, de toutes sources, raisonnablement disponibles à ce moment.

Quant au Canada, sur cette même norme de décision, il formule ainsi sa déclaration, concernant les articles 48, 41 à 60 inclusivement, 62 et 67 :

Selon l'interprétation du Gouvernement du Canada (...), les commandants militaires et autres chargés de planifier, de décider ou d'exécuter des attaques doivent prendre leurs décisions d'après leur évaluation des renseignements qui sont raisonnablement mis à leur disposition au moment pertinent, et ces décisions ne peuvent être jugées sur la base des renseignements qui ont été ultérieurement communiqués.

Il est entendu que ceux qui préparent ou décident d'une attaque, fondent leur décision sur les renseignements qui leur sont fournis et on ne peut pas exiger d'eux qu'ils aient une connaissance personnelle de l'objectif à attaquer et de sa nature exacte<sup>118</sup>. N'empêche que leur responsabilité est en jeu et, en cas de doute, ils devraient demander des renseignements complémentaires.

#### e) Avantage militaire

La Belgique, le Canada, l'Espagne, l'Italie, la Nouvelle-Zélande et les Pays-Bas, ont formulé des déclarations quasi identiques concernant cette notion d'avantage militaire visée par les articles 51, 52 et 57, et qui peut se résumer ainsi :

[Le] Gouvernement italien comprend quant à l'avantage militaire attendu d'une attaque, qu'il

113 *Ibid.*

114 *Ibid.*

115 *Id.*, p. 700.

116 M. AUBERT, «Les réserves formulées par la Suisse lors de la ratification du Protocole additionnel II», dans C.I.C.R., *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, op. cit. supra, note 106, p. 144.

117 *Id.*, p. 145.

118 Cf. C.I.C.R., op. cit. supra, note 89, p. 699.

s'agit de l'avantage militaire attendu de l'attaque considérée dans son ensemble et non selon ses phases isolées ou particulières.

Déjà, lors de l'adoption finale de l'article 57, cette interprétation de l'avantage militaire était exprimée par plusieurs délégations<sup>119</sup>. Or, il semble que ces déclarations soient superflues puisqu'il va de soi qu'une attaque qui s'effectue d'une manière concertée en de nombreux points ne peut être jugée que dans son ensemble<sup>120</sup>. Cependant, cela ne peut pas signifier que l'on puisse considérer comme un objectif unique plusieurs objectifs militaires nettement distincts à l'intérieur d'une zone urbaine<sup>121</sup>.

#### f) Territoire occupé et déploiement militaire

L'article 44 a fait l'objet de deux types de déclarations : l'une concernant le paragraphe 3 qui ne pourrait s'appliquer qu'en territoire occupé ou aux situations prévues par le paragraphe 4 de l'article premier et l'autre concernant le paragraphe 3 (b) sur l'interprétation du terme «déploiement». La Belgique, le Canada, la Corée, l'Espagne, l'Italie, la Nouvelle-Zélande et les Pays-Bas ont fait des déclarations de ce genre :

En relation avec l'article 44 du Protocole I, la «situation» décrite dans la deuxième phrase du paragraphe 3 de cet article ne peut se produire qu'en territoire occupé ou dans les conflits armés couverts par le paragraphe 4 de l'article premier, et le Gouvernement de la République de Corée interprétera le terme «déploiement» utilisé à l'alinéa b du paragraphe 3 de l'article 44 comme comprenant «tout mouvement vers un emplacement à partir duquel une attaque doit être lancée».

Concernant le paragraphe 3 de l'article 44, c'est la nature des hostilités qui doit être déterminante. Le fait que ces États aient fait la mention expresse que ce paragraphe s'applique aux guerres de libération nationale et aux territoires occupés, ne semble pas contredire le texte puisque ces deux situations couvrent la majorité des cas, bien que la notion d'«occupation» puisse poser des difficultés de par sa fluidité selon l'évolution de la situation militaire<sup>122</sup>. Enfin, il faut se rappeler que la présente disposition, même restreinte au seul cas des territoires occupés, s'appliquerait tout de même à la situation d'une levée en masse, que celle-ci se produise sur une partie d'un territoire occupé ou non encore occupé<sup>123</sup>.

Quant au terme «déploiement», les avis étaient partagés sur son interprétation au cours de la Conférence<sup>124</sup>. En fait, même après l'adoption de l'article 44, le sens du mot «déploiement» est resté l'objet de nettes divergences de vue<sup>125</sup>, mais il semble que seuls les tenants de cette interprétation ci-haut mentionnée en aient fait une déclaration. Pratiquement, l'intérêt fondamental est de ne pas s'aliéner une population civile par un comportement qui pourrait conduire aux plus graves méprises ou aux pires abus<sup>126</sup>. Si la règle ne

précise pas expressément son champ d'application, c'est la réalité d'une situation qui devrait le dicter.

#### g) Objectif militaire

Le paragraphe 2 de l'article 52 a fait l'objet de déclarations interprétatives par le Canada, l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas et la Nouvelle-Zélande. À titre d'exemple, la déclaration de la Nouvelle-Zélande prévoit :

[...] qu'un terrain déterminé peut constituer un «objectif militaire» si, en raison de son emplacement ou pour d'autres raisons mentionnées dans cet article, sa destruction totale ou partielle, sa capture ou sa neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis. Le Gouvernement de Nouvelle-Zélande comprend en outre que la première phrase du paragraphe 2 de l'article en question n'est pas destinée à traiter et ne traite pas de la question des dommages incidents ou résultant d'une attaque dirigée contre un objectif militaire.

Ces interprétations n'ont pas été discutées lors de la Conférence diplomatique : elles paraissent cependant raisonnables<sup>127</sup>. Bien entendu, une zone spécifique visée par la déclaration ne peut avoir qu'une étendue restreinte. Au surplus, cette notion n'a de valeur que dans la zone des combats<sup>128</sup>.

## 2- Les réserves relatives à des articles

### a) Dispositions générales

∞ Article 1 paragraphe 4 et article 96 paragraphe 3;

L'Espagne a fait une déclaration sur les articles qui traitent du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes :

Ces articles seront interprétés conformément au Principe énoncé à l'article 2, paragraphe 4 de la *Charte des Nations Unies*<sup>129</sup>, tel qu'il est développé et réaffirmé dans les textes suivants :

1. Dispositif 6 de la *Résolution 1514 (XV)* de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1960.

2. Le dernier paragraphe relatif au principe de l'égalité des droits et de la libre détermination des peuples, de la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*<sup>130</sup>, approuvée par la *Résolution 2625 (XXV)*<sup>131</sup> de l'Assemblée générale des Nations Unies du 24 octobre 1970.

L'Espagne a voulu ainsi souligner la nécessité d'assurer l'unité du droit international, refusant d'accepter ou de maintenir un droit humanitaire ne tenant pas compte du droit international général déjà existant<sup>132</sup>.

<sup>119</sup> *Id.*, p. 653

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> *Charte des Nations Unies*, (1945) 59 U.S.S. 1031; C.N.U.C.I.O., vol. 15, p. 365 (texte original). Source documentaire officielle pour le Canada : (1945) *R.T. Can* no 7.

<sup>122</sup> *Déclaration relative aux principes de droit touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, A.G. Rés. 2625, Doc. off. A.G., 25e session, supp. No. 28, p. 131, Doc. N.U. A/5217 (1970).

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> Cf. C.I.C.R., *op. cit. supra*, note 89, p. 51.

<sup>119</sup> *Id.*, p. 703.

<sup>120</sup> *Id.*, p. 704.

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> *Id.*, p. 538.

<sup>123</sup> *Id.*, p. 539.

<sup>124</sup> *Id.*, p. 540.

<sup>125</sup> *Id.*, p. 543.

<sup>126</sup> *Ibid.*

∞ Article 5 : Désignation des puissances protectrices et de leur substitut

L'Arabie Saoudite a adhéré au Protocole en déclarant :

[...] avec une réserve relative à l'article 5 qui stipule «Désignation des Puissances protectrices et de leur substitut».

Elle n'a rien spécifié d'autre. Cette réserve semble être acceptée et acceptable en autant que l'article en question ne codifie pas du droit coutumier<sup>133</sup>.

#### b) Protection générale des blessés, malades et naufragés

∞ Article 11 : Protection de la personne

Le Canada est le seul État à avoir formulé une réserve concernant cet article sur la protection de la personne. Plus spécifiquement, c'est l'alinéa c) du paragraphe 2 - qui traite des prélèvements de tissus ou d'organes pour des transplantations - au sujet duquel le Canada a déclaré :

Le Gouvernement du Canada n'entend pas, 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, être lié par l'interdiction que renferme l'alinéa 2(c) de l'article 11 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 au Canada.

Le but de cette disposition consistait essentiellement à prévenir les abus. En effet, en temps de paix, il est permis qu'un individu donne un de ses organes à un autre individu (deux membres d'une même famille par exemple), mais permettre ce genre de transplantation en temps de conflits armés comportait trop de risques<sup>134</sup>. Par cette réserve, le Canada ne se soustrait pas complètement à son obligation mais il en modifie la teneur en s'engageant à respecter les mêmes normes et pratiques médicales en temps de guerre qu'en temps de paix.

#### c) Méthodes et moyens de guerre

∞ Article 38 : Emblèmes reconnus

Cet article qui traite des emblèmes reconnus a été l'objet d'une seule déclaration formulée par le Canada.

Selon l'interprétation du Gouvernement du Canada au regard de l'article 38, 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.

Cette déclaration rejoint certaines préoccupations qui se sont manifestées lors de la Conférence. En effet, à la séance plénière finale, le représentant de l'État d'Israël avait alors fait une déclaration concernant l'importance qu'accordait la délégation israélienne à l'interdiction d'un usage abusif de tout autre emblème protecteur<sup>135</sup>. Le CICR explique :

Cette déclaration vise le bouclier-de-David rouge, emblème qui n'est pas reconnu par les Conventions, mais qui est utilisé par les services de santé militaires et civils de l'État d'Israël et tient, dans ce pays, le rôle que la croix rouge et le croissant rouge jouent dans les autres. Israël entend ainsi que l'interdiction de faire un usage abusif délibéré, dans un conflit armé, des emblèmes, signes ou signaux protecteurs reconnus sur le plan international s'applique également au bouclier-de-David rouge<sup>136</sup>.

Cet exemple sert d'illustration de cas où la déclaration canadienne prend tout son sens. En voulant prévoir certains usages possibles de ces autres emblèmes, et en spécifiant alors comment ils seraient régis, le gouvernement du Canada, par sa déclaration, ne fait rien d'autre que de reprendre les propos de la Conférence sans trahir l'esprit du traité.

∞ Article 39 : Signes de nationalité

Seul le Canada a formulé une réserve concernant les signes de nationalité. La voici :

Le Gouvernement du Canada n'entend pas être lié par les interdictions que renferment le paragraphe 2 de l'article 39 concernant l'utilisation de symboles, insignes ou uniformes militaires des parties adverses pour dissimuler, favoriser, protéger ou entraver des opérations militaires.

Le gouvernement canadien qui a été plutôt discret sur les raisons qui l'ont motivé à formuler cette réserve, ne laisse toutefois planer aucun doute sur l'effet juridique qu'il entend accorder à cette disposition, c'est-à-dire, aucun. Le Canada affirme ne pas se sentir lié par cette disposition qui commande le respect des signes de nationalité. Il s'agit donc d'une véritable réserve qui pourrait bien aller à l'encontre de l'objet et du but du Protocole.

#### d) Statut de combattant et de prisonnier de guerre

∞ Article 43 : Forces armées

L'Argentine et la Belgique ont fait des déclarations sur cet article qui définit les composantes des forces armées. L'Argentine a fait la déclaration suivante :

Pour ce qui est du paragraphe 1 de l'article 43 et du paragraphe 1 de l'article 44 du *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, la République argentine comprend que ces dispositions n'impliquent pas de dérogation :

a) à la notion de forces armées régulières permanente d'un État souverain;

<sup>133</sup> Cf. C.I.C.R., *op. cit. supra*, note 89, p. 80.

<sup>134</sup> *Id.*, p. 159.

<sup>135</sup> *Id.*, p. 465.

<sup>136</sup> *Ibid.*

b) 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 III<sup>e</sup> Convention de Genève de 1949, d'autre part.

En effet, un mouvement de résistance pourra toujours appartenir à la catégorie des parties au conflit au sens de l'article 4 de cette dernière Convention en autant qu'il n'est pas d'abord possible de le considérer comme une partie au conflit au sens du Protocole I<sup>137</sup>.

La Belgique, pour sa part, a profité de l'occasion pour faire certaines notifications concernant sa gendarmerie :

Le Gouvernement belge, considérant le paragraphe 3 de l'article 43 (forces armées) et le statut spécial de la gendarmerie belge, a décidé de notifier aux Hautes Parties contractantes les renseignements ci-dessous sur les missions assignées à la gendarmerie belge en période de conflit armé. Il considère que cette notification satisfait, pour autant que de besoin, aux exigences de l'article 43 pour ce qui concerne la gendarmerie.

a) La gendarmerie belge, qui a été instituée pour assurer le maintien de l'ordre et l'exécution des lois, est une force publique qui, selon la législation nationale constitue une des forces armées et qui correspond dès lors à la notion de «forces armées d'une partie à un conflit» au sens de l'article 43 du Protocole I. Ainsi, en temps de conflit armé international les membres de la gendarmerie possèdent le statut de «combattant» au sens de ce Protocole.

b) En complément à la présente notification le Gouvernement belge voudrait préciser les tâches qui en temps de guerre sont confiées par la loi à la gendarmerie. Ces tâches sont décrites dans la «loi sur la gendarmerie» du 2 décembre 1957 (publiée au Moniteur belge du 12 décembre 1957). (...)

Cela correspond tout à fait aux exigences du paragraphe 3 de l'article 43, lequel permet que des éléments des forces du maintien de l'ordre en uniforme puissent être membres des forces armées, à la condition que notification en soit faite afin qu'il n'y ait pas de confusion de la part d'éventuels adversaires<sup>138</sup>.

#### e) Population civile

∞ Article 53 : Protection des biens culturels et des lieux de culte

L'Italie et les Pays-Bas ont formulé une déclaration de même nature concernant la protection des biens culturels et des lieux de culte :

Le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas comprend que si, et aussi longtemps que, les objectifs et lieux protégés par cet article servent d'appui à l'effort militaire, en violation de l'alinéa b), ils perdent par là même cette protection.

Quant à lui, le Canada a déclaré :

Selon l'interprétation du Gouvernement du Canada, relativement à l'article 53 :

a) la protection offerte par l'article sera perdue durant toute la 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.

En effet, l'utilisation de tels biens «à l'appui de l'effort militaire» serait manifestement incompatible avec l'obligation pour l'adversaire de les respecter<sup>139</sup>. Mais si cela devait se produire, il n'est pas certain que cette violation de l'article 53 attribuerait un droit d'attaquer ces mêmes biens par l'adversaire. En définitive, si l'attaque était décidée, elle devrait respecter le principe de proportionnalité tel qu'établi à l'article 57<sup>140</sup>.

#### ∞ Article 62 : Protection générale

Au sujet de cet article concernant la protection générale des organismes civils de protection civile, le Canada a déclaré :

Selon l'interprétation du Gouvernement du Canada, rien dans l'article 62 n'empêchera le Canada d'avoir recours à du personnel affecté à la protection civile ou à des travailleurs bénévoles de la protection civile au Canada, conformément aux priorités établies au plan national et indépendamment de la situation militaire.

Cette déclaration s'assimile à une notification. En effet, par cette déclaration le Canada informe les parties contractantes que le personnel et le réseau de bénévoles rattachés à l'organisation de la protection civile au Canada constituent, selon son interprétation, des catégories d'individus visées à l'article 62.

#### ∞ Article 75 : Garanties fondamentales

L'article 75 est un article essentiel du Protocole I car il fixe les garanties fondamentales. Trois alinéas ont été touchés par des déclarations. Il s'agit de l'alinéa e) concernant la présence de l'accusé pendant son procès, l'alinéa h) qui traite essentiellement du principe de la «chose jugée» et de l'alinéa i) qui prévoit la publication du jugement d'une personne accusée d'infraction. Sur le premier point, l'Autriche, le Liechtenstein et la République de Malte ont tous trois déclaré par une réserve, semblable à celle formulée par cette dernière, que :

[...] l'alinéa e) du paragraphe 4 n'est pas incompatible avec la législation disposant que tout prévenu qui cause de l'agitation au procès ou dont la présence est susceptible d'entraver l'interrogatoire d'un autre prévenu ou l'audition d'un témoin ou d'un expert peut être emmené hors de la salle d'audience.

Il n'y a aucun doute à ce sujet : l'inconduite persistante d'un accusé peut justifier son exclusion de la salle d'audience<sup>141</sup>.

Sur le second point, ces trois États, de même que le Danemark, la Finlande, l'Islande et la Suède, se sont aussi prononcés. Cette déclaration, qualifiée de «réserve» par tous ces États à l'exception de la Finlande - qui l'a appelée «déclaration» -, indique essentiellement que l'alinéa h) du paragraphe 4 de l'article 75 ne sera appliqué que :

[...] dans la mesure où il n'est pas en conflit avec les dispositions légales qui permettent, dans des

<sup>137</sup> *Id.*, p. 514.

<sup>138</sup> *Id.*, p. 523.

<sup>139</sup> *Id.*, p. 666.

<sup>140</sup> *Ibid.*

<sup>141</sup> *Id.*, p. 907.

circonstances exceptionnelles, la réouverture des procédures judiciaires ayant abouti à une condamnation finale ou à un acquittement.

Aucun commentaire de ce genre n'a été retenu à la Conférence. Mais considérant que le respect de la « chose jugée » est l'un des principes essentiels de la procédure pénale, il faut probablement comprendre que ces États n'ont pas voulu y contrevenir par cette déclaration mais, plutôt, spécifier qu'avant d'acquiescer le statut de « chose jugée », il faut que tous les recours, mêmes les recours extraordinaires, aient été épuisés.

Enfin, concernant la publication des jugements, le Liechtenstein a formulé une réserve à l'effet que cet alinéa i) :

(...) ne soit pas incompatible avec les dispositions législatives concernant la publicité des audiences et du prononcé de jugement.

Cette déclaration - qualifiée de réserve - vise à harmoniser l'engagement du Liechtenstein à son droit interne. Elle ne constitue donc pas, par sa nature, en une dérogation à l'objet et au but du traité.

#### **f) Répression des infractions aux Conventions ou au présent Protocole**

∞ Article 85 : Répression des infractions au présent Protocole

L'alinéa b) du paragraphe 4 de l'article 85 prévoit que tout retard injustifié dans le rapatriement des prisonniers de guerre ou des civils constitue une infraction grave au Protocole. À ce sujet, la Corée a déclaré ceci :

[En] relation avec le paragraphe 4, alinéa b), de l'article 85 du Protocole I, une partie qui détient des prisonniers de guerre peut ne pas rapatrier ses prisonniers, en accord avec leur 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.

Les prisonniers de guerre doivent être rapatriés à la fin des hostilités mais il existe des cas d'exceptions. Entre autres, selon l'esprit de l'article 118 de la Convention III et des commentaires apportés à son sujet par Jean Pictet, une de ces exceptions porterait justement sur le cas des prisonniers qui ne voudraient pas être rapatriés<sup>142</sup>.

∞ Article 88 : Entraide judiciaire en matière pénale

La Chine a formulé une réserve concernant cet article qui traite de l'entraide judiciaire en matière pénale. En effet, la Chine a déclaré que :

Actuellement la Chine n'a pas de législation sur l'extradition. Et les problèmes d'extradition doivent être traités différemment selon des cas concrets. Pour cette raison la Chine n'accepte pas les contraintes contenues dans le paragraphe 2 de l'article 88 du Protocole I.

La Conférence n'a pu se mettre d'accord sur un texte qui aurait établi que les Conventions ou le Protocole constitueraient la base juridique nécessaire pour les États qui exigeaient un traité pour fonder toute extradition<sup>143</sup>. Le droit de chaque partie contractante de choisir entre poursuivre une personne se trouvant en son pouvoir ou la remettre à une autre partie intéressée à la poursuite est donc resté entier,

mais sous réserve de la législation de la partie requise et des autres traités applicables en l'espèce<sup>144</sup>. Si un État n'a pas de législation en la matière, est-il dégagé de toute obligation? Cela est douteux puisque le droit de juger ou d'extrader repose sur une prémisse plus générale qui veut que la répression pénale des infractions graves soit assurée d'une façon ou d'une autre. Pour qu'aucune infraction grave ne reste impunie, chaque partie contractante a le devoir de participer à l'entraide judiciaire, laquelle implique nécessairement une coopération en matière d'extradition.

∞ Article 91 : Responsabilité

La Corée a déclaré qu'en matière de responsabilité :

Une partie au conflit qui enfreint les dispositions des Conventions ou de ce Protocole, devra assumer la responsabilité du paiement des indemnités à la partie qui subit les dommages dus aux violations, que la partie qui subit les dommages soit ou non légalement partie au conflit.

Cette déclaration ne semble pas poser de problème puisque le CICR lui-même a déclaré :

[...] les ayants droit à l'indemnité seront normalement des parties au conflit (...) mais à titre exceptionnel, peuvent être aussi des pays neutres, en cas de violations des règles de la neutralité ou de comportement illicite à l'égard de ressortissants neutres sur le territoire d'une partie au conflit<sup>145</sup>.

#### **g) Dispositions finales**

∞ Article 96 : Rapports conventionnels dès l'entrée en vigueur du présent Protocole

Cet article prévoit qu'une autorité représentant un peuple engagé contre une haute partie contractante dans un conflit armé du caractère mentionné au paragraphe 4 de l'article premier, peut s'engager à appliquer les Conventions et le Protocole I relativement à ce conflit en adressant une déclaration unilatérale au dépositaire.

À ce sujet, la Belgique et la Corée ont fait des déclarations assez similaires. Voici celle de la Belgique :

En ce qui concerne l'article 96, paragraphe 3, le Gouvernement belge déclare que ne pourrait adresser une déclaration ayant les effets décrits au paragraphe 3 de l'article 96 qu'une autorité qui en tous cas :

a) est reconnue par l'organisation régionale intergouvernementale concernée, et;

b) représente effectivement un peuple engagé dans un conflit armé dont les caractéristiques sont strictement et proprement conformes à la définition donnée par l'article 1 paragraphe 4 et à l'interprétation donnée à l'exercice du droit à l'autodétermination lors de l'adoption du Protocole.

Tandis que le Canada s'est exprimé ainsi :

Selon l'interprétation du Gouvernement du Canada, une déclaration unilatérale, en elle-même, ne valide pas le pouvoir de la personne ou des personnes qui la font, et les États ont le droit de déterminer si, en fait, les auteurs de cette déclaration constituent une autorité au sens de l'article 96. À cet égard, il faut prendre en considération le fait que cette autorité a ou n'a pas été reconnue comme telle par un organisme intergouvernemental régional compétent.

<sup>142</sup> *Id.*, p. 1025.

<sup>143</sup> *Id.*, p. 1052.

<sup>144</sup> *Id.*, p. 1053.

<sup>145</sup> *Id.*, p. 1082.

La première précision, concernant la référence au paragraphe 4 de l'article premier, reprend le paragraphe 3 de l'article lui-même. En revanche, la reconnaissance de ce peuple par une organisation régionale n'est pas prévue au texte. En fait, cette condition avait été proposée lors de la Conférence mais n'avait pas été retenue<sup>146</sup>. Plusieurs auteurs qui ont traité de la question ont noté la valeur de cette reconnaissance mais croient tout de même que l'article 96 ne l'exige pas<sup>147</sup>.

### 3- *Autres déclarations*

Parmi les déclarations apportées au Protocole, huit de celles-ci avaient un caractère purement politique. En effet, la déclaration de la Syrie en est un bon exemple :

[...] avec la réserve que cette adhésion ne constitue en aucune façon une reconnaissance d'Israël ni l'établissement de relations avec lui concernant l'application des dispositions dudit Protocole.

Israël a été la cible de ce genre de déclaration par les États d'Oman, de la Syrie, des Émirats Arabes Unis et de Qatar, et a répliqué à son tour par une attitude de totale réciprocité dans le cas des trois premiers États cités.

Enfin, concernant la Namibie, l'Afrique du Sud a déclaré dans une communication qu'elle rejetait les instruments d'adhésion de celle-ci comme n'ayant aucun effet légal. À ce sujet, le CICR déclare que :

Il est à souhaiter que les déclarations de ce genre touchant aux instruments de droit humanitaire n'affectent jamais leur application effective : c'est à cette fin, et pour dissiper toute crainte d'effets indirects non désirés qu'ont été adoptés l'article 4 et le paragraphe 5 de l'article 5 du Protocole<sup>148</sup>.

\*\*\*

En examinant le nombre et le type de réserves et de déclarations apportées au Protocole I, il semble qu'il y en ait eu peu et que, dans la très grande majorité des cas, les déclarations et les réserves soient compatibles avec l'objet et le but du traité. Ce qui permet aux auteurs des réserves de manifester leur intention de reconnaître la valeur des principes du droit international humanitaire. Cependant, certains énoncés de déclarations et réserves sont suffisamment flous pour pouvoir se dire engagés en temps de paix, puis, en cas de conflit, prétendre que leurs obligations à ces traités ont été modifiées par leurs déclarations. Il y a alors lieu de s'inquiéter.

Et c'est là une autre question qui reste en suspens : comment se fait-il que ces déclarations n'aient suscité aucune réaction des États parties? Est-ce par manque d'intérêt? Ou bien est-ce parce que le Protocole I, qui traite des conflits armés internationaux mais vise essentiellement les guerres de libération, est apparu trop tard? La majorité des guerres de libération appartenant déjà au passé, peut-on penser qu'il n'y aurait plus vraiment d'intérêt à s'assurer que les instruments juridiques qui les régissent soient ratifiés en complète conformité avec l'esprit de ces traités?

Actuellement, la planète est encore affligée de plusieurs conflits armés et de trop nombreuses victimes paient de leur vie les accrocs aux principes de droit international humanitaire. Bien sûr, au plan juridique, certains pourront toujours plaider que tel ou tel conflit n'atteint pas le degré d'hostilité nécessaire pour être soumis aux instruments juridiques qui les concernent. De même, d'autres se déclareront non liés par tel traité ou telle disposition. Mais au-delà du débat théorique, ce sont des vies humaines dont il est question. Un État peut très bien ratifier tous les traités des droits et libertés, c'est sa volonté de les appliquer et de les observer qui détermine son engagement réel et sa croyance au respect des droits de la personne.

En définitive, même si l'étude juridique de la participation des États aux traités de droit international humanitaire laisse le lecteur perplexe, et même si la pratique des États a de quoi le rendre plutôt pessimiste, pourquoi ne pas opter malgré tout pour une attitude de confiance, pour un regard optimiste?

Sur le plan strictement juridique, les déclarations ou réserves permettent, du moins en théorie, une définition plus exacte de la portée des règles de droit international humanitaire en ce que ces déclarations ou réserves opèrent, de par le fait même de leur formulation, une plus grande «transparence» de la façon dont l'État conçoit et entend appliquer ces règles. Conséquences directes de cette «transparence», le droit international humanitaire devient un reflet plus fidèle de la réalité politique internationale, et, partant, sa prévisibilité se voit bonifiée.

Beaucoup de progrès ont été accomplis durant le dernier siècle dans le domaine des droits et libertés. Les États ont reconnu l'importance de ce nouveau droit et ont permis qu'il se développe. Il faut croire que lorsqu'un État s'engage à un traité de ce genre, c'est qu'il adhère aux principes qu'il contient. Après tout, n'existe-t-il pas une présomption de bonne foi?

146. *Id.*, p.1113

147. *Ibid.*

148. *Id.*, p.1087.