

L'occupation en Irak depuis 2003 et les pouvoirs du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies*

Robert Kolb

Robert Kolb est professeur de droit international public aux universités de Genève et de Neuchâtel

Résumé

Cet article présente un résumé analytique de la question des limites au pouvoir du Conseil de sécurité de déroger au droit d'occupation. Le Conseil ne peut pas déroger aux dispositions du droit international humanitaire qui sont de nature spécifiquement humanitaire (ordre public humanitaire), des dérogations du droit international ou du droit international humanitaire ne sauraient en aucun cas être présumées et le Conseil n'a d'aucune manière dérogé au droit d'occupation dans le cas de l'occupation de l'Irak depuis 2003 : telles sont les réponses à cette question.

L'occupation de l'Irak a mis en exergue un problème latent depuis l'occupation de l'Allemagne et du Japon après la Seconde Guerre mondiale. Il s'agit de la question de savoir jusqu'à quel point le droit d'occupation – qui est basé sur la conservation du *statu quo* dans le territoire occupé jusqu'au retour du souverain légitime, expression de l'autodétermination du peuple autochtone¹ – peut être remodelé ou soumis à dérogation afin de permettre la reconstruction de l'Etat occupé sous le parapluie d'une opération internationale à laquelle les Nations Unies apportent un certain degré de concours précisément aux fins d'un *nation (re)building*. La volonté et le contrôle de la communauté internationale, exprimés par les Nations Unies, peuvent-ils repousser le respect du *statu quo* issu du droit d'occupation, respect exigé peut-être avant tout de l'occupant non couvert du parapluie des Nations Unies ? Le droit d'occupation pourrait-il être écarté (en tout ou en partie) du moment où les Nations Unies autorisent certaines mesures transformatives ? Ce qui précède revient à se poser deux questions : (1) Le droit d'occupation s'applique-t-il à des opérations mandatées ou chapeautées par les Nations Unies ? (2) Le droit d'occupation peut-il être dérogé par le Conseil de sécurité des Nations Unies en vertu de ses pouvoirs issus de l'article 25 de la Charte et du Chapitre VII de celle-ci ? Autrement dit, dans quelle mesure le droit d'occupation est-il du *jus cogens* pour le Conseil de sécurité ? Nous examinerons ici seulement cette deuxième question.

* Original français. La version anglaise de cet article a été publiée sous le titre "Occupation in Iraq since 2003 and the powers of the UN Security Council", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 869, mars 2008, pp. 29-50.

¹ Article 43 du Règlement de La Haye de 1907.

Le concept de dérogation et le caractère de *jus cogens* du droit d'occupation

Supposons que le régime juridique de l'occupation soit applicable. Est-il admissible d'y apporter des modifications *ad hoc* en fonction des intérêts et nécessités d'une opération donnée ? Si c'est le cas, qui peut les permettre et selon quelles modalités ? De telles dérogations peuvent effectivement apparaître comme étant utiles et constructives. Par exemple : quel sens y aurait-il à demander un respect strict de la législation locale quand une opération internationale est installée pour réaliser des réformes de structure afin de consolider la paix dans un pays donné ? D'un autre côté, de telles manipulations *ad hoc* par le Conseil présentent de nombreux dangers. Le plus éminent d'entre eux est qu'un organe politique s'érige en juge de l'application du droit humanitaire en échafaudant des régimes juridiques sélectifs au cas par cas selon les intérêts politiques de telle ou telle puissance prépondérante en son sein à tel ou tel moment de l'histoire². L'idée même d'un droit objectif en faveur des populations locales pourrait ainsi être mise en danger par un subjectivisme politique sélectif selon les intérêts en cause, pour ne pas dire par des marchandages les plus divers et les moins prévisibles.

Le *jus cogens* est une technique juridique qui vise à maintenir l'unité et l'intégrité d'un régime juridique en ne permettant pas sa fragmentation en régimes juridiques plus particuliers qui seraient autrement applicables prioritairement en vertu du principe de la *lex specialis*, et ce dans tous les cas où il existe un intérêt public (collectif) à cet effet. Exemple : l'interdiction de la torture ou de la traite sont considérés comme relevant du *jus cogens* ; le droit n'admet pas, dès lors, à des Etats ou à d'autres sujets d'adopter des actes juridiques³ qui s'écartent de l'interdiction et qui revendiqueraient de lier les parties qui y ont souscrit dans leurs rapports réciproques en lieu et place de la règle prohibitive générale. Le *jus cogens* constitue donc une limitation du *law-making power* eu égard à l'intégrité de régimes normatifs. Le terme-clé de ce concept de *jus cogens* est donc celui de la « dérogation » ou de la « dérogeabilité ». La dérogation désigne la substitution d'un régime normatif plus restreint *ratione personae* à un régime normatif plus général *ratione personae*, le premier étant prioritairement valable *inter partes*. Dans ces cas, le régime général reste applicable entre les parties qui n'ont pas souscrit au régime spécial, dérogatoire ; le régime spécial régit en revanche les relations juridiques entre les parties qui l'ont accepté. La dérogation se distingue ainsi de l'abrogation, qui met un terme objectif, envers tous les sujets, à un régime normatif ; ce dernier cesse dès lors d'exister *erga omnes*. L'indérogeabilité ou l'interdiction de la dérogation vise à interdire aux sujets l'adoption de régimes normatifs applicables entre eux de la manière décrite, et cela pour protéger l'intégrité normative du régime général, considéré indispensable au regard de certaines valeurs sociales (humanitaires, morales, politiques, etc.). C'est là le domaine du *jus cogens*. C'est dans ce sens qu'on recherchera si le DIH et le droit

² On a récemment vécu de telles manipulations *ad hoc* du Conseil, dans le domaine du droit pénal international : par la Résolution 1422 (2002) le Conseil a enjoint à la Cour pénale internationale de ne pas instruire une affaire et de ne pas commencer des poursuites pendant une période de 12 mois après une date fixée – période d'ailleurs renouvelable – contre des membres d'une opération internationale de maintien ou de rétablissement de la paix établie ou autorisée par le Conseil émanant d'un Etat non-membre au Statut de la Cour pénale internationale. Cette Résolution visait de fait à octroyer une immunité de blanc-seing au personnel des Etats-Unis d'Amérique participant dans de telles opérations, car, à défaut d'une telle immunité, les Etats-Unis menaçaient d'utiliser leur veto contre de telles opérations, ou simplement de ne pas y participer, ce qui les aurait souvent fait capoter. Cf. Sebastian Heselhaus, "Resolution 1422 (2002) des Sicherheitsrates zur Begrenzung des Internationalen Strafgerichtshofs", *ZaöRV*, Vol. 62, 2002, pp. 907ss. Ce régime dérogatoire a entre-temps été abandonné : cf. Eric David, "La Cour pénale internationale", *RCADI*, Vol. 313, 2005, pp. 353-356.

³ Multilatéraux, plurilatéraux, bilatéraux ou unilatéraux.

d'occupation peuvent être dérogez, que ce soit par des Etats (accord) ou par le Conseil de sécurité (résolution unilatérale)⁴.

La question des limites juridiques au pouvoir du Conseil de sécurité de déroger au droit international humanitaire (et au droit d'occupation en particulier) peut être posée à trois niveaux. D'abord : le Conseil a-t-il la compétence de cette dérogation en vertu du droit de la Charte ? Ensuite : le Conseil est-il lié par le droit international général, dont la grande majorité des normes du droit international humanitaire font partie. Enfin : le droit international humanitaire limite-t-il lui-même la faculté de quiconque de lui apporter des dérogations⁵. Logiquement, la question qui nous intéresse se présente dans cette séquence : d'abord il faut s'interroger si le Conseil possède une compétence, ensuite si celle-ci est limitée par un corps de droit général ou particulier. La perspective endogène se combine ainsi avec la perspective exogène.

Compétence du Conseil de sécurité

La Charte n'affirme nulle part en termes exprès une compétence du Conseil de déroger à des normes de DIH. Ce n'est guère étonnant, car la Charte ne peut pas donner une liste complète, *pro futuro* de surcroît, de toutes les normes auxquelles le Conseil pourrait être appelé à déroger. Il faut donc s'orienter du côté des pouvoirs implicites ou de la pratique subséquente pour avoir une réponse plus claire. Écartons tout de suite cette dernière. Le Conseil a constamment réaffirmé l'importance du respect du DIH et a même considéré à maintes reprises que sa violation constituait une menace contre la paix⁶. Il est donc difficilement imaginable qu'il puisse lui-même y déroger en bloc⁷. Tout au plus faudra-t-il identifier des normes dérogeables ou indérogeables. Quant aux pouvoirs implicites d'écarter le DIH, on pourrait trouver un point d'appui dans l'idée que le Conseil doit posséder la capacité juridique de prendre toutes les mesures censées être nécessaires au maintien et au rétablissement de la paix. Le Chapitre VII de la Charte a une telle importance, et donc une telle prééminence, reconnues d'ailleurs par la Charte (voir les articles 25 et 103), qu'il faut estimer qu'à chaque fois qu'une norme du droit international externe à la Charte s'oppose à la réalisation de ce but suprême, elle doit pouvoir céder devant lui. On pourrait excepter des normes indérogeables restant à être identifiées. Cette lecture de la Charte accroît les pouvoirs du Conseil. Elle s'inscrit dans la ligne de pensée qui voit dans le maintien de la paix et dans les pouvoirs du Chapitre VII, ainsi que dans la Charte en général, une espèce de constitution suprême de la communauté internationale⁸. Cette constitution posséderait une primauté intrinsèque et

⁴ L'acte du Conseil de sécurité a beau être un acte unilatéral (résolution), il n'en demeure pas moins un acte normateur, posant des normes applicables dans une situation d'espèce. En ce sens, il peut « déroger » au droit d'occupation et être soumis à une analyse ressortissant au concept de *jus cogens*.

⁵ C'est la perspective de *jus cogens*.

⁶ Voir Jochen A. Frowein et Nico Kirsch, "Article 41", dans Bruno Simma, *The Charter of the UN: A Commentary*, 2^{ème} éd., Oxford, 2002, pp. 724-725 avec des renvois. On peut mentionner les cas suivants à titre d'exemples : Yougoslavie (Résolution 771, 1991 ; Résolution 836, 1993) ; Somalie (Résolution 794, 1992), Rwanda (Résolution 918, 1994 ; Résolution 929, 1994) ; Haïti (Résolution 940, 1994), Timor oriental (Résolution 1264, 1999 ; Résolution 1272, 1999), Sierra Leone (Résolution 1306, 2000). Voir aussi Fred Grünfeld, « Human Rights Violations : A threat to International Peace and Security », dans : Monique Castermans-Holleman e.a (éds), *The Role of the Nation State in the 21st Century*, Essays in Honour of P. Baehr, La Haye, 1998, pp. 427ss.

⁷ David Schweigman, *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter*, La Haye / Boston / Londres, 2001, p. 180 : « A rather awkward conclusion would ensue from the assumption that the Council itself can employ measures of which it has indicated that they threaten international peace and security ».

⁸ Sur cette idée de constitution, développée surtout dans la doctrine allemande, voir Christian Walter,

l'emporterait sur tout obstacle. Rien ne résisterait à son ébranlement, sauf peut-être le *jus cogens*⁹.

Mais on peut aussi prendre les choses par l'autre bout et se demander, pour ce qui est du DIH, s'il ne serait pas nécessaire de demander une base juridique expresse pour permettre une dérogation à un corps juridique lui-même aussi fondamental. Le DIH fait partie des normes de civilisation essentielles. Celles-ci sont largement « verrouillées » par le truchement de normes spéciales contenues dans ce corps du droit (les articles 7, 8, 47, dans la Convention de Genève IV). Elles sont considérées fondamentales par le Conseil lui-même, qui en exige le respect par tous les acteurs internationaux et infra-étatiques dans nombre de cas. Elles constituent des standards de valeur vers lesquels tous les efforts des Nations Unies doivent tendre en vertu des articles 1 et 55 de la Charte. Dès lors, selon F. Seyersted¹⁰, le pouvoir d'interférer avec les règles « militaires et humanitaires » de la guerre a une telle portée et une telle gravité qu'il devrait probablement être prévu expressément par la Charte pour être exercé. Or, toute norme habilitatrice fait défaut. Au regard de la matière et des conséquences attendues, il n'est pas non plus possible, selon Seyersted, d'impliquer une telle compétence. Des prises de position similaires se trouvent chez d'autres auteurs, parfois dans des contextes plus circonscrits¹¹. On peut en effet douter que le fait d'écarter le DIH puisse jamais être nécessaire pour le maintien de la paix, voire même qu'une telle mesure puisse faire en quoi que ce soit avancer la paix et la sécurité internationale. L'impossibilité de dérogation culminerait ici dans une fiction juridique liée aux conditions de mise en œuvre du Chapitre VII.

En somme, on peut retenir l'idée que la Charte confère au Conseil de sécurité uniquement le pouvoir de déroger à des normes précises du DIH et du droit d'occupation, mais non pas à ces corps juridiques en bloc. Un pouvoir tellement grave et tellement contraire à la pratique même du Conseil ne peut être impliqué. De plus, bien évidemment, il n'est pas prévu expressément, ni n'a été développé par la pratique subséquente. La pratique subséquente plaide d'ailleurs contre toute implication selon laquelle une telle dérogation en bloc serait « nécessaire » à l'exercice des fonctions pour maintenir ou rétablir la paix internationale.

"International law in a process of constitutionalization", dans J. Nijman et A. Nollkaemper (eds), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, 2007, pp. 191ss; Régis Chemain et Alain Pellet (éds.), *La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale ?* Paris, 2006; Pierre-Marie Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », *Recueil des cours. Hague Academy of International Law*, Vol. 297, 2002, pp. 215ss ; Bardo Fassbender, *UN Security Council Reform and the Right of Veto*, La Haye / Londres / Boston, 1998, pp. 89ss.

⁹ Selon l'opinion d'Elihu Lauterpacht dans l'affaire de l'Application de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1993, p. 440, par. 100: « La notion de *jus cogens* fait fonction de norme supérieure à la fois pour le droit international coutumier et le traité. Le recours que l'article 103 de la Charte peut apporter au Conseil de sécurité en cas de conflit entre l'une de ses décisions et une obligation conventionnelle en vigueur ne saurait – par le simple jeu de la hiérarchie des normes – s'étendre à un conflit entre une résolution du Conseil de sécurité et le *jus cogens*. De fait, il suffit d'énoncer la proposition inverse – à savoir qu'une résolution du Conseil de sécurité peut aller jusqu'à exiger la participation à un génocide – pour que l'on constate qu'un tel critère est inacceptable ». Sur les limitations du Conseil de sécurité au regard du *jus cogens*, voir aussi Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, OUP, 2006, pp. 423ss.

¹⁰ Voir Finn Seyersted, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, Leide, 1966, pp. 206-7.

¹¹ Voir par exemple Henri Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, 1970, pp. 168-169 : "Aucune disposition de la Charte ne confère, explicitement ou implicitement, au Conseil de sécurité la compétence de modifier les lois de la guerre en prescrivant ou en autorisant l'application inégale de ces lois vis-à-vis d'un Etat agresseur. [...] [U]ne résolution du Conseil qui ordonnerait ou autoriserait, dans l'exécution de cette action armée, la discrimination au regard des règles du *jus in bello* [...] serai[t] illégale".

Applicabilité du droit international général

En tant que sujet du droit international, toute organisation internationale est liée par le droit international dans lequel elle se meut et sur lequel est fondé son instrument constitutif, en vertu duquel elle existe et détient des pouvoirs et compétences. Cette applicabilité du droit international général n'est cependant pas illimitée. Il y a toute une série de normes générales qui s'appliquent *intuitu personae* aux seuls Etats. L'exemple le plus simple est fourni par le principe de souveraineté. Les pouvoirs du Conseil de sécurité sont par nature gravement dérogoires du droit international général. En effet, le Conseil possède le pouvoir de décider d'actions les plus variées, y compris militaires, de décider des moyens de les mettre en œuvre et de conférer à ces décisions force contraignante. L'action du Chapitre VII suppose par essence une dérogation à toutes les normes les plus élémentaires du droit coutumier inter-étatique : au non-recours à la force ; à la non-intervention dans les affaires intérieures (ce que reconnaît l'article 2, paragraphe 7 de la Charte en statuant expressément une exception pour le Chapitre VII) ; au respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriales ; etc.¹². Ainsi, un degré de dérogation important au droit coutumier général est déjà implicite dans les pouvoirs « exorbitants du Conseil ». Malgré que certains auteurs doutent de la possibilité de ce dernier de se libérer du droit coutumier parce que l'article 103 de la Charte n'assure *expressis verbis* la priorité des obligations en vertu de la Charte que par rapport aux obligations conventionnelles concurrentes¹³ et non aux obligations coutumières concurrentes¹⁴, la doctrine majoritaire et la pratique constante montrent que le Conseil n'est pas lié, dans l'exercice de ses fonctions en vertu du Chapitre VII, à l'ensemble du droit international général¹⁵. De même, l'Etat *uti singulus*¹⁶ n'est pas non plus toujours lié au droit international général : il peut l'écarter quand il agit en contre-mesures, à condition de respecter les règles générales secondaires que le droit établit à propos de cette action spécifique¹⁷.

Ce qui précède ne veut donc pas dire que le Conseil est entièrement libre par rapport au droit coutumier. Ce serait contraire à la nature juridique des organisations internationales. Ce serait contraire aussi à la praticabilité et à la raison. Il y a deux limitations principales. Tout d'abord, la règle générale est que le Conseil ne doit s'écarter du droit international

¹² On peut évoquer aussi, par exemple, les décisions de « blocus » maritime, qui dérogent au principe du pavillon et de la liberté des mers : cf. Danesh Sarooshi, *The United Nations and the Development of Collective Security*, Oxford, 1999, pp. 194ss, 263ss, avec les cas de la Rhodésie du Sud (1965/1966), de l'Irak (1990), de Haïti (1993) et de Yougoslavie (1993).

¹³ Il en était ainsi parce que l'objectif de cet article n'était initialement que de neutraliser la règle ordinaire de collision des traités (la règle de la *lex specialis vel posterior*) en assurant à cet égard la priorité de la Charte. Par rapport au droit coutumier, cette précision pouvait sembler inutile, car le droit de la Charte étant plus spécial, il l'emporte selon les règles ordinaires (*lex specialis*).

¹⁴ Voir par exemple Alix Toublanc, "L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies", *Revue générale de droit international public*, Vol. 108, 2004, p. 446. L'auteur affirme donc que l'article 103 n'assure pas la priorité de la Charte par rapport à ces obligations coutumières, si bien que la possibilité du Conseil de sécurité de s'en écarter avec succès s'amenuise considérablement au plan du droit.

¹⁵ Voir Jochen A. Frowein et Nico Kirsch, *op. cit.* (note 6), p. 711 ; Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, Londres, 1951, p. 730 ; Terry. D. Gill, "Legal and Some Political Limitations on the Power of the UN Security Council to Exercise its Enforcement Powers Under Chapter VII of the Charter", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 26, 1995, pp. 61ss ; Bernd Martenczuk, *Rechtsbindung und Rechtskontrolle des Weltsicherheitsrats*, Berlin, 1996, pp. 219ss ; Karl Zemanek, "The Legal Foundations of the International System", *Recueil des cours. Hague Academy of International Law*, Vol. 266, 1997, p. 232 ; Schweigman, *op.cit.* (note 7), pp. 195ss ; Erika De Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford / Portland, 2004, pp. 182ss ; etc.

¹⁶ Il ne s'agit pas ici de la situation de dérogation par accord entre deux ou plusieurs Etats, mais bien d'écarts à la règle générale par un sujet seul, écarts permis par le droit coutumier.

¹⁷ Karl Zemanek, *op.cit.* (note 15), p. 232.

*qu'autant que sa mission l'exige impérieusement, c'est-à-dire le moins possible*¹⁸. Le droit international est l'ordre juridique de la communauté des Etats. C'est l'ordre que l'expérience historique a forgé comme le plus proche des exigences de la justice internationale et comme réalité normative essentielle à la survie de la communauté des Etats. C'est l'ordre qui enveloppe le Conseil et établit son lien avec le monde inter-étatique. Cet ordre doit être troublé aussi peu que possible. La présomption reste donc toujours en faveur du droit international. C'est au Conseil d'établir la nécessité impérieuse d'y déroger. En droit, elle ne sera pas présumée. La pratique du Conseil ne respecte pas suffisamment ce précepte. Les Puissants ont de plus en plus la fâcheuse tendance à se considérer au-dessus du droit. En second lieu, *le Conseil ne saurait être libre par rapport à toutes les règles du droit coutumier*. Il y en a qui s'imposent à lui. On peut considérer ces règles comme faisant partie d'un droit international général applicable spécifiquement au Conseil de sécurité et le liant à l'instar de ce que fait le droit coutumier pour les Etats ; ou alors on peut considérer ces règles comme faisant partie du *jus cogens* qui lie l'ensemble des Etats et des autres sujets du droit international indistinctement, y compris le Conseil de sécurité¹⁹. Dans les deux cas, le Conseil ne pourrait pas s'écarter du droit général ainsi posé. Celui-ci serait pour lui infranchissable, c'est-à-dire « intransgressible »²⁰ et « indérogeable ». Peu importe la construction juridique. On est en tout cas renvoyé vers les plages de la dérogeabilité des normes. C'est vers cette question qu'il faut maintenant se tourner, dans une perspective bien précise toutefois, celle du droit humanitaire.

Dérogeabilité / *jus cogens*

Le droit international humanitaire constitue-t-il du *jus cogens* de droit international général ? Est-ce que le Conseil de sécurité peut écarter le droit des conflits armés et, en utilisant ses pouvoirs en vertu de la Charte, prévoir des règles particulières qui s'imposeraient aux Etats membres et aux Forces des Nations Unies en vertu des articles 25 et 103 de la Charte en tant que *lex specialis* contraignante ? Si un tel pouvoir existe, où faut-il juridiquement en tracer les limites ? Jusqu'à quel point l'ordre public du droit de la Charte peut-il s'assurer la priorité sur le droit des conflits armés qui représente lui aussi un droit imprégné de l'idée d'un ordre public international ?²¹

Quelques auteurs, parmi lesquels on peut citer L. Condorelli²², estiment que le Conseil doit *respecter le droit international humanitaire dans son intégralité*. La règle conventionnelle²³ et coutumière selon laquelle le droit international humanitaire doit être

¹⁸ Cette exigence de nécessité est soulignée, y compris dans le contexte du droit international humanitaire, par Evelyne Lagrange, "Le Conseil de sécurité peut-il violer le droit international ?", *Revue belge de droit international*, Vol. 37, 2004, p. 590.

¹⁹ On reviendra sur ce point. Comparer par exemple Schweigman, *op. cit.* (note 12), p. 197 ; De Wet, *op. cit.* (note 12), p. 187ss.

²⁰ Ce terme est employé dans l'affaire de la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ, *Recueil*, 1996, p. 257, paragraphe 79 : "Ces règles fondamentales [du droit international humanitaire] s'imposent d'ailleurs à tous les Etats ... parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier". Sur ce concept, voir les réflexions dans Robert Kolb, "*Jus cogens*, intangibilité, intransgressibilité, dérogação 'positive' et 'négative'", *Revue générale de droit international public*, Vol. 109, 2005, p. 305ss.

²¹ Sur la nature du *jus cogens* en droit international humanitaire, voir aussi la thèse de doctorat de Catherine Maia, *Le concept de jus cogens en droit international public*, thèse de l'Université de Bourgogne, 2006, p. 611ss.

²² Voir Luigi Condorelli, "Le statut des Forces des Nations Unies et le droit international humanitaire", dans : Claude Emanuelli (éd.), *Les casques bleus : policiers ou combattants ?*, Montréal, 1997, pp. 105-6.

²³ Article 1 commun des Conventions de Genève de 1949. Sur cette disposition, voir Luigi Condorelli et Laurence Biosson de Chazournes, "Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats 'de respecter et faire respecter le

« respecté en toutes circonstances » s'applique à tous les sujets du droit international, y compris au Conseil, parce qu'il touche essentiellement à des garanties minimales pour l'individu. On peut apparenter à ce courant ceux, comme E. David²⁴, qui estiment que la grande majorité de règles du droit des conflits armés appartiennent au *jus cogens* parce que ce droit constituerait un ultime rempart contre la barbarie. Par conséquent, son application ne saurait être subordonnée à l'accord contraire des Etats ou à la volonté discrétionnaire d'un organe international. D'autres auteurs choisissent d'emblée de limiter les normes du droit des conflits armés inaltérables par le Conseil à l'ordre public humanitaire, c'est-à-dire à un réduit de normes du droit des conflits armés censées essentielles notamment pour la protection de la personne humaine. Ainsi, selon D. Schindler²⁵, le droit des conflits armés indérogable correspond au noyau dur (*Kerngehalt*) de celui-ci. Ce noyau est formé par les règles à visée humanitaire, par exemple celles sur les moyens et méthodes de combat ou celles sur la protection des victimes. Le Conseil ne pourrait d'ailleurs pas s'écarter de ces normes dont le but est d'offrir une protection élémentaire à l'individu. Certains auteurs, notamment aux Etats-Unis d'Amérique, sont plus déférents aux pouvoirs du Conseil. Les règles du droit des conflits armés, mais aussi des règles appartenant au droit international humanitaire *stricto sensu*, pourraient être écartées par le Conseil en cas d'urgence. Les dérogations ne seraient permises que s'il y a une décision du Conseil en bonne et due forme et en vertu du Chapitre

droit international humanitaire en toutes circonstances", *Mélanges J. Pictet*, CICR/Martinus Nijhoff, Genève / La Haye, 1984, pp. 17ss. Nicolas Levrat, "Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties contractantes de 'faire respecter' les Conventions humanitaires", dans : Frits Kalshoven et Yves Sandoz (éds), *Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Dordrecht, 1989, pp. 263ss. Kamen Sachariw, "State's Entitlement to Take Action to Enforce International Humanitarian Law", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 71, 1989, pp. 177ss; Paolo Benvenuti, "Ensuring Observance of International Humanitarian Law : Function, Extent and Limits of the Obligations of Third States to Ensure Respect of International Humanitarian Law", *Yearbook of the Institute of Humanitarian Law* (San Remo), 1992, pp. 27ss. Hans-Peter Gasser, "Ensuring Respect for the Geneva Conventions and Protocols: The Role of Third States and the United Nations", dans: Hazel Fox et Michael A. Meyer (éds), *Armed Conflict and the New Law*, Vol. II, Londres, 1993, pp. 15ss. Giovanni Casalta, « L'obligation de respecter et de faire respecter le droit humanitaire lors des opérations militaires menées ou autorisées par l'ONU », *Droit et défense*, Vol. 97/3, 1997, pp. 13ss; Fateh Azzam, "The duty of third states to implement and enforce international humanitarian law », *Nordic Journal of International Law*, Vol. 66, 1997, pp. 55ss; Frits Kalshoven, "The Undertaking to Respect and Ensure Respect in All Circumstances : From Tiny Seed to Ripening Fruit", *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2, 1999, pp. 3ss. Birgit Kessler, *Die Durchsetzung der Genfer Abkommen von 1949 in nicht internationalen bewaffneten Konflikten auf Grundlage ihres gemeinsamen Artikels 1*, Berlin, 2001. Birgit Kessler, "The duty to 'ensure respect' under Common Article 1 of the Geneva Conventions", *German Yearbook of International Law*, Vol. 44, 2001, pp. 498ss. Voir aussi: CICR (éd.), *Commentaire des Protocoles Additionnels*, Genève, 1986, pp. 34ss., et l'affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, CIJ, *Recueil*, 2004, para. 154ss.

²⁴ Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, 2^e éd., Bruxelles, 1999, p. 85. Voir aussi Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law. Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, 1988, p. 622. Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin, 1991, pp. 70-1. Stefan Kadelbach, "Zwingende Normen des humanitären Völkerrechts", dans : *Humanitäres Völkerrecht*, Informationsschrift, Vol. 5/3, 1992, pp. 118-124.

²⁵ Voir Dietrich Schindler, "Probleme des humanitären Völkerrechts und der Neutralität im Golfkonflikt 1990/91", *Revue suisse de droit international et européen*, Vol. 1, 1991, p. 12. Voir aussi Dietrich Schindler, "Die erga-omnes Wirkung des humanitären Völkerrechts", dans : *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung*, Berlin, 1995, pp. 199ss. Dans le contexte du droit d'occupation, voir par exemple: Odile Debbasch, *L'occupation militaire : Pouvoirs reconnus aux forces armées hors de leur territoire national*, Paris, LGDJ, 1962, p. 419; David J. Scheffer, "Beyond Occupation Law", *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, pp. 843, 849; Daniel Thürer and Malcolm McLaren, 'Ius Post Bellum' in Iraq: A Challenge to the Applicability and Relevance of International Humanitarian Law?, in *Festschrift für Jost Delbrück*, Berlin, 2005, p. 763; Marten Zwanenburg, "Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the Law of Occupation", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, No 856, décembre 2004, p. 763; Massimo Starita, "L'occupation de l'Iraq: Le Conseil de sécurité, le droit de la guerre et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes", *Revue générale de droit international public*, Vol. 108, No 4, 2004, p. 903.

VII, et si les dérogations sont temporaires, proportionnelles et strictement limitées aux exigences incompressibles de la situation. Le Conseil ne pourrait dispenser en aucun cas des garanties fondamentales, surtout celles contenues à l'article 3 commun des quatre Conventions de Genève (1949)²⁶. Dans les temps les plus récents, nombre d'auteurs²⁷, insécurisés par les développements de la pratique suite à la guerre en Irak (2003), ne serrent plus de près la question du degré de dérogation admise. Ils se contentent de supposer, très sommairement, que l'action du Conseil en vertu du Chapitre VII, en combinaison avec les articles 25 et 103 de la Charte, l'emporte sur le droit des conflits armés – cela est noté avec une pointe de satisfaction ou de regret, selon les cas. Or, une telle position suppose ce qui est à prouver.

Il semble utile de retenir la notion d'ordre public humanitaire. Elle harmonise de la façon la plus équilibrée les prérogatives d'action et les exigences de flexibilité du Conseil de sécurité d'un côté, et les impératifs humanitaires dont l'action du Conseil, y compris dans son intérêt propre, ne doit pas se départir, de l'autre. Une telle construction nuancée est utile surtout pour ce qui est du droit d'occupation. En résumant, l'idée générale qui sous-tend notre analyse est que le Conseil peut déroger en établissant des règles spéciales au droit des conflits armés « non spécifiquement humanitaire ». Dans le droit de l'occupation, c'est le cas des normes ne prévoyant pas des protections spécifiques pour l'individu. Il s'agit des dispositions du Règlement de La Haye de 1907 qui touchent à l'administration du territoire occupé, par exemple à la manière de traiter la propriété publique de l'Etat occupé : l'usufruit prévu par l'article 55 du Règlement. Le Conseil ne peut en revanche pas déroger à l'ordre public humanitaire, c'est-à-dire aux normes du droit international humanitaire au sens strict. Il s'agit des normes touchant aux protections fondamentales des individus en cas de conflit armé. L'effort de préciser ces normes une par une sera entrepris dans une autre étude, à laquelle nous ne pouvons ici que renvoyer²⁸.

Application au cas de l'Irak (2003-...)

L'occupation de l'Irak suite à l'invasion de la coalition d'Etats volontaires autour des Etats-Unis d'Amérique²⁹ fournit quelques enseignements significatifs. Comme on le verra, ces

²⁶ Voir Brian D. Tittmore, "Belligerents in Blue Helmets : Applying International Humanitarian Law to United Nations Peace Operations", *Stanford Journal of International Law*, Vol. 33, 1997, pp. 105-106. Que l'article 3 commun des Conventions de Genève constitue du *jus cogens* est généralement accepté : voir Hans-Peter Gasser, *Le droit international humanitaire*, Genève / Berne, 1993, p. 74. La pratique Suisse l'affirme aussi à plusieurs reprises : voir *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 9, 1999, p. 711 ; *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 11, 2001, p. 604.

²⁷ Voir, le plus souvent dans le contexte du droit d'occupation, Marco Sassóli, "Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers", *European Journal of International Law*, Vol. 16, 2005, pp. 681, 683-684, 690 ; M. Zwanenburg, *op.cit.* (note 25), p. 763 ; Steven R. Ratner, Foreign Occupation and International Territorial Administration: The Challenges of Convergence, *European Journal of International Law*, Vol 16, N° 4, 2005, p. 710 ; Gregory H. Fox, "The Occupation of Iraq", *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 36, hiver 2005, pp. 296-297.

²⁸ Robert Kolb et Sylvain Vité, *Problèmes contemporains du droit d'occupation de guerre*, à paraître en 2008, chez Bruylant, Bruxelles.

²⁹ Sur cette intervention sous l'angle du *jus ad bellum*, voir notamment les contributions dans *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, pp. 553ss et dans Karine Bannelier, Olivier Corten, Théodore Christakis et Pierre Klein (éds), *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, 2004. Voir aussi Michael Bother, "Der Irak-Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot", *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 41, 2003, pp. 255ss; Thomas Bruat, "Irak-Krieg und Vereinte Nationen", *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 41, 2003, pp. 295ss; Christopher Clarke-Posteraro, "Intervention in Iraq : Towards A Doctrine of Anticipatory Counter-Terrorism, Counter-Proliferation Intervention", *Florida Journal of International Law*, Vol. 15, 2002, pp. 151ss; Olivier Corten, "Opération 'Iraqi Freedom' : peut-on admettre l'argument de l'autorisation implicite du Conseil de sécurité ?",

enseignements sont toutefois limités, tant les résolutions du Conseil de sécurité brillent par l'ambivalence, l'ambiguïté, la retenue. Autrement dit : tant les préoccupations politiques immédiates l'ont emporté sur des considérations juridiques de principe. Il ne faut guère s'en étonner. Le Conseil est un organe politique. De plus, il est un organe agissant dans l'urgence.

La question qui nous intéressera n'est pas celle de savoir si les forces d'occupation en Irak ont violé le droit d'occupation. Il y a peu de doutes qu'il en soit ainsi. La doctrine est pratiquement unanime à cet égard³⁰. Elle évoque notamment l'absence de préparation adéquate pour maintenir l'ordre dans les premiers jours après l'invasion³¹ et les réformes de structure profondes de l'économie irakienne³². L'une des réformes les plus discutées est celle, radicale, du droit des investissements étrangers. Par l'Ordonnance n° 39 (2003) de l'Autorité provisoire, l'Irak est intégralement ouvert à de tels investissements étrangers. Toute législation antérieure, plus restrictive, est abrogée. Le degré d'ouverture semble outrepasser celle en vigueur dans tout autre Etat du monde. De plus, les investisseurs étrangers ne sont plus soumis au devoir de réinvestir une partie des profits en Irak. Tout bénéfice peut être exporté³³. Ce privilège n'était concédé dans l'ancien droit de l'Irak qu'aux seuls ressortissants d'Etats arabes³⁴. Cette réforme de structure, à laquelle ni la sécurité de l'armée d'occupation ne forçait ni le maintien de la vie civile n'obligeait, est manifestement contraire à l'article 43 du Règlement de 1907, sauf si, le cas échéant³⁵, une résolution du Conseil de sécurité

Revue belge de droit international, Vol. 36, 2003, pp. 205ss; Rainer Hofmann, "International Law and the Use of Military Force Against Iraq", *German Yearbook of International Law*, Vol. 45, 2002, pp. 9ss; Patrick McLain, "Settling the Score with Saddam : Resolution 1441 and Parallel Justifications for the Use of Force Against Iraq", *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 13, 2003, pp. 233ss; Paolo Picone, "La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo", *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 86, 2003, pp. 329ss; W. Michael Reisman, "Assessing Claims to Revise the Laws of War", *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, pp. 82ss; Christian Schaller, "Massvernichtungswaffen und Präventivkrieg – Möglichkeiten der Rechtfertigung einer militärischen Intervention im Irak aus völkerrechtlicher Sicht", *Zeitschrift für ausländisch öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 62, 2002, pp. 641ss; Pierre-Marie Dupuy, "Sécurité collective et coopération multilatérale", dans : *Le droit international à la croisée des chemins*, VIème rencontre internationale de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Paris, 2004, pp. 61ss, 72ss. Les Alliés des Etats-Unis dans la guerre en Irak ont été notamment : le Royaume-Uni, l'Australie, l'Espagne, l'Italie, le Japon, la Pologne, le Portugal. Les sites officiels du Gouvernement américain indiquent, de manière bien généreuse et indiscriminée, le chiffre de 49 Etats : <http://www.whitehouse.gov/infocus/iraq/news/20030327-10.html> (dernière consultation le 26 novembre 2007).

³⁰ Voir Sassóli, *op.cit.* (note 27), pp. 679, 694 ; M. Zwanenburg, *op.cit.* (note 25), pp. 757-759; Starita, *op.cit.* (note 25), pp. 886ss; Kaiyan Homi Kaikobad, "Problem of Belligerent Occupation: the Scope of Powers Exercised by the Coalition Provisional Authority in Iraq, April/May 2003-June 2004", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, Issue 1, p. 260 (qui parle de nullité des réformes contraires au droit d'occupation) ; G.H. Fox, *op.cit.* (note 27), pp. 202ss, 240ss, 295-296 ; Adam Roberts, "The End of Occupation in Iraq (2004)", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, N° 1, January 2005, pp. 36ss ; Adam Roberts, "Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights", *American Journal of International Law*, Vol. 100, 2006, pp. 614-615.

³¹ Voir Hans-Peter Gasser, "From military invitation to occupation of territory: New relevance of international law of occupation", dans Horst Fischer, Ulrike Froissart, Wolff Heintschel von Heinegg, Christian Raap (éds), *Crisis Management and Humanitarian Protection: In honour of Dieter Fleck*, Berlin, 2004, p. 154; D.J. Scheffer, *op.cit.* (note 25), pp. 853ss.

³² Libéralisation complète de l'économie et des échanges, ouverture presque complète du pays à des investissements étrangers, abolition des devoirs de ré-investition dans le pays, réforme complète du système de taxation, etc.). Voir notamment les Ordonnances numéros 37, 39, 64 de l'Autorité provisoire de la coalition portant sur la taxation, le droit des investissements, et le droit des sociétés.

³³ On voit donc l'utilité de cette réforme pour les nombreux investisseurs des Etats-Unis d'Amérique.

³⁴ Voir Marten Zwanenburg, *op. cit.* (note 25), p. 757. L'Autorité provisoire a avancé l'argument qu'elle était autorisée à entreprendre ces réformes en vertu de la Résolution 1483 du Conseil de sécurité. C'est inexact : voir *infra* dans le texte.

³⁵ On a déjà dit que le Conseil ne possède pas une liberté illimitée. De plus, comme le souligne Sassóli, *op.cit.* (note 27), p. 694, même dans le cas d'une ACIT (dans laquelle le droit d'occupation ne s'applique peut-être pas entièrement et *de jure*), des réformes profondes devraient être laissées au peuple administré, en vertu du principe

l'autorisait. Cela nous mène à la question qu'il s'agit de serrer de plus près ici : le Conseil a-t-il dérogé au droit d'occupation dans le cas de l'Irak ? Comme on le verra, ce n'est pas le cas.

Avant de plonger *in medias res*, quelques remarques liminaires sont de mise :

- a) Notons tout d'abord que les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité exigent toutes, explicitement ou par renvoi, le respect du DIH et du droit d'occupation. Ainsi, dans la Résolution clé 1483 (2003), établissant le régime de l'Irak après la fin de la phase des hostilités (malgré que la résistance continuât), il est dit que le Conseil prend note des lettres des représentants des Etats-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni par lesquelles ils « reconnaissent les responsabilités et obligations spécifiques de ces Etats en tant que puissances occupantes agissant sous un commandement unifié [...], en vertu du droit international » (paragraphe 13 du Préambule). Ce constat est déclaratif et non constitutif. Le Conseil reconnaît une obligation préexistante à laquelle les Etats en cause se soumettent ; il ne la crée pas. C'est l'une des raisons pour lesquelles ce constat figure dans un paragraphe préambulaire. Ensuite, dans la Résolution 1546 (2004), visant à consacrer la fin de l'occupation, on trouve deux paragraphes pour le moins équivoques. D'un côté, la Résolution affirme que l'occupation de l'Irak va cesser à la date du 30 juin 2004 (paragraphe 2)³⁶. Il s'agit du moment prévu pour la passation des pouvoirs entre l'Autorité provisoire de la coalition et le Gouvernement provisoire de l'Irak. Or, le paragraphe 17 du Préambule rappelle que « toutes les forces qui agissent en faveur du maintien de la sécurité et de la stabilité en Iraq se sont engagées à se conformer au droit international, y compris aux obligations qui découlent du droit international humanitaire... ». On sait que le droit d'occupation est une partie du DIH. Il y a donc au moins une ambiguïté entre les deux paragraphes : le droit d'occupation semble ne plus devoir s'appliquer ; mais à travers le droit humanitaire, dont la Convention IV de Genève, qui contient le droit d'occupation, fait partie, il pourrait dans une certaine mesure maintenir son emprise. Et en effet on voit mal les forces post-occupationnelles (selon la qualification du Conseil) ne pas respecter les dispositions humanitaires de la Convention IV.
- b) Le Conseil peut déroger au droit d'occupation, ou, plus précisément, à certaines de ses dispositions. Toutefois, une telle dérogation ne saurait être présumée. En effet, elle écarte le droit international ordinairement applicable. Qui plus est, elle s'exempte de normes du droit international de grande importance, comme le souligne la Convention de Genève IV à travers ses techniques de verrouillage contenues dans les articles 7, 8 et 47. Une dérogation à un tel corps juridique doit donc être établie clairement et par une disposition ayant un caractère contraignant. On ne saurait, par exemple, déroger au droit international en exprimant un vœu, une recommandation, une orientation. On ne saurait pas non plus y déroger par une attitude équivoque, prêtant à interprétation incertaine. Les marchandages politiques ne peuvent pas se faire sur le dos du droit humanitaire. Ce n'est donc qu'une

d'autodétermination : « [E]ven a UN administration should not introduce such fundamental changes, but at the outmost suggest them to the population of the territory it administers as a solution to their problems ». Voir aussi Hazel Fox, *op.cit.* (note 23), pp. 267-268, 276.

³⁶ Le constat est contenu cette fois dans le corps du texte de la Résolution, paragraphe 2, mais qui semble tout aussi déclaratoire et non constitutive : ainsi, en fait, l'occupation aurait cessé dès le 27 juin 2004, puisque l'Autorité a remis formellement ses pouvoirs au Gouvernement provisoire de l'Irak avec trois jours d'anticipation. Il serait probablement faux de penser que le Conseil eût voulu maintenir le droit d'occupation entre le 27 et le 30 juin, malgré cette remise des pouvoirs. Or, s'il en est ainsi, le constat est déclaratif et non constitutif. L'essentiel, dans l'optique du Conseil, est de savoir quand l'Autorité aurait rendu son pouvoir. On peut en revanche s'interroger si ce constat-là n'est pas constitutif : le Conseil ne lie-t-il pas de manière obligatoire pour tous les membres des Nations Unies le principe d'effectivité tel que prévu à l'article 42 du Règlement à la passation de pouvoirs entre l'Autorité et le Gouvernement provisoire ? Si cela est vrai, toute effectivité postérieure à cette date ne serait plus une occupation selon la Résolution, mais pourrait en être une selon l'article 42 du Règlement. Sur ces aspects, voir *infra* dans le texte.

décision claire dans son injonction et contraignante au sens de l'article 25 de la Charte qui peut écarter des normes du droit international autrement applicables. Dès lors, toute ambiguïté dans le mandat du Conseil de sécurité doit être interprétée contre l'idée de dérogation.

Considérons désormais séparément l'aspect préliminaire (applicabilité du droit d'occupation) et l'aspect matériel (dérogation aux garanties substantielles du droit d'occupation).

L'applicabilité du droit d'occupation

Quant à l'applicabilité du droit d'occupation, les résolutions du Conseil offrent à l'analyse critique deux aspects. D'abord, le Conseil semble s'autoriser à affirmer *qui est occupant et qui ne l'est pas*. Ensuite, le Conseil semble se permettre de déterminer le moment de la *fin de l'occupation*.

Ratione personae : *qui est occupant* ?

Tournons-nous d'abord vers la qualification de l'occupant et par opposition de celui qui ne l'est pas. Dans le Préambule de la Résolution 1483 (2003) – texte fondateur comparable la Résolution 1244 (1999) pour le Kosovo – on peut lire que le Conseil prend note de la lettre des représentants des Etats-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni par lesquelles ces Etats « reconnaissent les responsabilités et obligations spécifiques de ces Etats en tant que puissances occupantes agissant sous un commandement unifié [...], en vertu du droit international » (paragraphe 13 du Préambule). Dans le paragraphe suivant, le Conseil prend note « que d'autres Etats qui ne sont pas des puissances occupantes travaillent actuellement ou pourraient travailler sous l'égide de l'Autorité » (paragraphe 14 du Préambule). Il s'agit d'Etats comme l'Espagne, la Pologne, le Japon. Comme le rappellent beaucoup d'auteurs³⁷, le but de ces dispositions peu heureuses du Préambule de la Résolution 1483 était de libérer les Etats secondaires présents en Irak du fardeau de l'étiquette de « puissances occupantes ». Ce qualificatif, ressenti comme très négatif – presque infamant – en Europe et aux Etats-Unis après la Seconde guerre mondiale, s'avérait encombrant pour ces Etats du point de vue de leur politique intérieure. Devoir admettre, en Espagne ou en Pologne, d'être une puissance « occupante » en Irak aurait éveillé des réminiscences historiques et aurait singulièrement compliqué la politique de gouvernements engagés aux côtés des Etats-Unis souvent contre la volonté prononcée de leur population. Quoi qu'il en soit, ces constats du Conseil semblent entrer en collision avec le principe d'effectivité statué dans l'article 42 du Règlement. Pour le DIH, le contrôle effectif d'un territoire est le seul facteur déterminant pour l'existence d'une occupation belligérante.³⁸ Si la Pologne³⁹, par exemple, contrôlait des zones du territoire irakien, elle était une puissance occupante. Le Conseil peut-il qualifier autrement la situation et libérer l'Etat en cause de ses devoirs en vertu du droit d'occupation ?

³⁷ Voir par exemple Adam Roberts, *op.cit.* (note 30), p. 33.

³⁸ Ce constat a été récemment rappelé par la C.I.J dans l'affaire relative aux *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, C.I.J Recueil 2005, p. 59, par. 172. Voir aussi *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé. Avis consultatif*, C.I.J Recueil 2004, p. 167, par. 78, et p. 172, par. 89.

³⁹ Plus que tout autre Etat « non-occupant », la Pologne exerça de fait des attributions d'occupation : cf. Liesbeth Lijnzaad, "How not to Be an Occupying Power: Some Reflections on UN Security Council Resolution 1483 and the Contemporary Law of Occupation", *Making the Voice of Humanity Heard*, Leiden, M. Nijhoff (etc) 2004, pp. 302-304.

Il ne semble pas qu'on puisse admettre une dérogation par le Conseil. Tout d'abord, on notera que les paragraphes en cause sont uniquement déclaratifs et simplement préambulaires. Le Conseil prend note d'une situation telle qu'elle lui est communiquée. Il estime qu'au regard des faits, *tels qu'on les lui présente*, il y a des Etats occupants et des Etats non-occupants. De plus, aucune qualification juridique n'est entreprise. Le Conseil se borne à affirmer qu'il « prend note » de cette situation, à titre d'introduction préambulaire, avant de passer aux injonctions contenues dans le corps de la Résolution. De tels constats ne suffisent pas aux conditions strictes de la dérogation telles que définies plus haut. Dès lors, le droit d'occupation continue à s'appliquer. Si les Etats « non-occupants » s'avèrent en fait exercer des pouvoirs d'occupation selon les critères de l'article 42, ils devront être qualifiés comme tels. Mais il y a plus. Le Conseil de sécurité enjoint en effet lui-même à « toutes les parties concernées [et non pas seulement aux occupants tels que déterminés par lui] de s'acquitter pleinement de leurs obligations au regard du droit international, en particulier les Conventions de Genève de 1949 et le Règlement de La Haye de 1907 » (paragraphe 5 du corps opérationnel de la Résolution). L'article 42 est donc implicitement réservé. Le principe d'effectivité du droit international n'est certainement pas écarté, au contraire.

Quel est alors le statut des Etats non occupants selon la vision du Conseil ? Il y a plusieurs interprétations possibles. Le Conseil a pu estimer, par exemple, que ces Etats n'établiraient pas un contrôle territorial autonome et n'accompliraient que des tâches limitées (d'ordre humanitaire, de reconstruction, etc.) sous le contrôle global et effectif des Etats-Unis et du Royaume-Uni. Ne possédant pas de réelle autonomie, étant subordonné aux deux puissances dominantes, le Conseil a pu estimer que leurs actes devraient être attribués aux deux puissances principales. Toutefois, cette position ne semble pas très convaincante pour ce qui est de la Pologne. Cette dernière administra et contrôla une petite zone au sud de l'Irak de manière suffisamment autonome et effective pour être qualifiée de force d'occupation⁴⁰. Le principe d'effectivité de l'article 42 du Règlement doit alors prévaloir : la Pologne fut sans nul doute une puissance d'occupation au sens du Règlement. Très logiquement, le CICR a demandé à la Pologne de respecter dans sa zone les dispositions du droit d'occupation, comme il l'a fait d'ailleurs aussi à l'égard d'autres Etats « non-occupants » sans qu'aucun d'entre eux ne proteste⁴¹.

En définitive, il faut noter que le Conseil n'a pas entendu déroger au droit d'occupation et n'a pas pu le faire par les moyens qu'il a choisis. Les paragraphes préambulaires ne contiennent qu'une indication déclaratoire de la manière dont le Conseil voit la situation de fait sur le terrain, indication dépourvue de toute force contraignante⁴². Dès lors, la position des Pays-Bas⁴³, qui estimèrent que ces constats constituent des décisions contraignantes du Conseil en vertu du Chapitre VII, n'est pas défendable en droit. Elle s'analyse comme une prise de position politique, s'inscrivant dans une volonté de « détente transatlantique ».

⁴⁰ *Ibid.*, note 38, pp. 302-304.

⁴¹ Voir D. Thürer and M. McLaren, *op.cit.* (note 25), p. 761, qui soulignent que le CICR a rappelé le droit d'occupation à ces autres Etats sans qu'aucun d'entre eux n'objecte d'ailleurs à cet égard.

⁴² Voir surtout D. Thürer and M. McLaren, *op.cit.* (note 25), pp. 759-761. Voir, en termes moins clairs et souvent trop courts, L. Lijnzaad, *op.cit.* (note 39), pp. 292ss. Voir aussi M. Zwanenburg, *op.cit.* (note 25), pp. 755-756. Nombre d'auteurs ont estimé que la Résolution 1483 est pour le moins ambiguë : Jorge Cardona Llorens, « Libération ou occupation ? Les droits et devoirs de l'État vainqueur », *L'intervention en Irak et le droit international*, (coll. Cahiers internationaux N° 19), Paris, Pedone, 2004, pp. 239ss ; K.H. Kaikobad, *op.cit.* (note 30), pp. 262-263.

⁴³ Voir M. Zwanenburg, *op.cit.* (note 25), p. 756.

La fin de l'occupation

Les constats du Conseil de sécurité sur la fin de l'occupation contenus dans la Résolution 1546 (2004) nous confrontent en quelque sorte à une situation inversée. En effet, le Conseil note que « d'ici le 30 juin 2004 [...] l'occupation prendra fin, l'Autorité provisoire de la coalition cessera d'exister et l'Iraq retrouvera sa pleine souveraineté » (paragraphe 2 opérationnel de la Résolution). Toutefois, le paragraphe 17 du Préambule précise que « toutes les forces qui agissent en faveur du maintien de la sécurité et de la stabilité en Iraq se sont engagées à se conformer au droit international, y compris aux obligations qui découlent du droit international humanitaire... ». La situation est inverse en cela qu'ici le droit d'occupation est « écarté » par le paragraphe opératoire alors qu'il est réaffirmé par le paragraphe préambulaire. Mais le droit d'occupation est-il réellement écarté ? Le constat du Conseil au paragraphe 2 semble purement déclaratoire : le Conseil note qu'il y aura la passation des pouvoirs entre l'Autorité des puissances occupantes et le Gouvernement provisoire le 30 juin 2004 ; et il s'estime satisfait de l'affirmation implicite contenue dans cette expression selon laquelle le Gouvernement irakien va de fait jouir de la souveraineté sur son territoire à partir de ce jour. Il s'agit d'un constat qui est en ligne avec le principe d'effectivité contenu à l'article 42 du Règlement. Si effectivement la passation de pouvoirs a lieu, et qu'il y a recouvrement⁴⁴ de la souveraineté irakienne, l'occupation cessera dès ce moment-là. Le Conseil interprète cette passation de pouvoirs comme impliquant une telle cessation de l'effectivité occupationnelle.

On sait que la passation des pouvoirs eut lieu trois jours avant cette date fixée dans la Résolution, c'est-à-dire le 27 juin 2004. Si l'on suit la motivation, ainsi que l'objet et le but de la Résolution, plutôt que sa lettre, l'occupation arriva à son terme le 27 juin. Le constat du Conseil est déclaratif, non constitutif : il renvoie à l'effectivité. Il s'agit donc d'un renvoi mobile et non pas fixe. Ainsi, si l'effectivité occupationnelle cesse le 27 et non le 30 juin, l'occupation elle-même cesse le 27 et non le 30 juin. Le constat reste toutefois hypothétique, car tout dépend de la situation effective, qui n'est pas encore connue au moment de l'adoption de la résolution. On peut se poser la question de savoir si la qualification du Conseil n'est pas néanmoins constitutive sur un point, à savoir sur la signification juridique du passage des pouvoirs de l'Autorité au Gouvernement. Le Conseil ne détermine-t-il pas de manière contraignante pour tous les Etats membres des Nations Unies que ce passage prévu pour le 30 juin correspondra, *pro veritate*, à la perte d'effectivité des puissances occupantes dès la date où il a lieu ? Dès lors, il ne serait plus loisible d'argumenter qu'il puisse y avoir encore de l'effectivité (et donc une occupation) après la passation des pouvoirs.

La situation sur le terrain n'apporte pas son suffrage à l'idée d'une césure nette opérée à travers cette passation des pouvoirs du 27 juin. Les Etats-Unis, avant tout, se sont préoccupés d'installer au Gouvernement des personnes ayant des liens intimes avec eux et à exclure ceux qu'ils estimèrent être hostiles à leurs intérêts ; ils continuent à maintenir sur place⁴⁵ les mêmes contingents militaires qu'avant la date butoir ; ils placent toutes ces forces, utilisées dans le combat contre la résistance et le terrorisme en Irak, sous leur commandement exclusif ; et ils conservent un droit de regard strict sur les actions du Gouvernement dont la marge de manœuvre autonome est très limitée. Dès lors, on peut dire tout au plus que la

⁴⁴ Non pas « transfert » de souveraineté, comme l'indiquent les sources américaines, car l'occupation n'altère pas la souveraineté : celle-ci reste toujours investie dans l'Etat occupé, si bien qu'il n'y a rien à transférer. C'est jusqu'à ce point que le politique obscurcit désormais les plus élémentaires vérités juridiques. Voir Rahim Kherad, « La souveraineté de l'Irak à l'épreuve de l'occupation », dans : D. Maillard Desgrées du Loû (éd.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, 2006, p. 152.

⁴⁵ Et dès 2007 il est même prévu d'augmenter le nombre de ces forces.

réinstallation de la souveraineté irakienne est un processus continu⁴⁶ dans lequel la date du 27 juin 2004 n'est qu'un passage limité et peut-être insuffisant pour produire des effets juridiques quant à l'existence ou non d'une occupation. Certains auteurs préfèrent ouvertement parler d'un Gouvernement irakien trop dépendant pour être réellement autonome et pour pouvoir de ce fait transformer la situation juridique en invitant librement les forces coalisées à rester sur son territoire (ce qui transformerait l'occupation de guerre en une occupation par invitation située hors du DIH). Selon la manière de voir de ces auteurs, il ne s'agit peut-être pas d'un gouvernement fantoche, mais on n'en serait pas loin⁴⁷. Dans ce cas, il n'est pas permis de voir dans les actes du nouveau Gouvernement des actes de souveraineté. L'article 47 de la Convention de Genève IV serait donc applicable et opposable à l'occupant. Nous estimons pour notre part que l'effectivité gouvernementale autonome dans l'Irak après le mois de juin 2004 n'est pas encore de nature à autoriser la conclusion que le droit de l'occupation ne s'applique plus.

Quelle que soit la grille de lecture, il faut en tout cas constater que la Résolution 1546 n'opère pas une dérogation suffisamment claire de l'article 42 du Règlement et du droit coutumier, basés tous les deux sur le critère de l'effectivité⁴⁸. Le paragraphe 2 semble déclaratif. Il n'exclut en rien expressément le critère concurrent de l'effectivité ; au contraire, il semble le supposer. Le paragraphe 17 préambulaire note que les forces en cause se sont engagées à respecter le DIH. Ce paragraphe est également déclaratoire. Il note ce que les Etats ont accepté, ce à quoi ils se sont juridiquement engagés. Par conséquent, il renvoie à une obligation juridique « dure ». Ce régime juridique « dur » se trouve dans le DIH dont le droit d'occupation fait partie. Comment penser que cette admission contraignante de l'applicabilité du DIH (et donc aussi du droit d'occupation avec son principe d'effectivité) soit écartée par le paragraphe 2 qui note simplement que l'Irak retrouvera sa pleine souveraineté le 30 juin, si bien que l'occupation arrivera à son terme ? Il s'agit là d'une simple prévision. Si celle-ci est démentie par les faits, par l'effectivité précisément, le DIH et le droit d'occupation continueront à s'appliquer, dans la mesure où leurs conditions d'applicabilité ordinaires seront réunies.

Ajoutons que le paragraphe opératoire 1 renforce cette lecture, car il impose au Gouvernement intérimaire de « s'absten[ir] de prendre des décisions affectant le destin de l'Iraq au-delà de la période intérimaire, jusqu'à l'entrée en fonction d'un gouvernement de transition issu d'élections... ». Cela revient à dire que l'esprit du principe codifié dans l'article

⁴⁶ A. Roberts, "The end of occupation", *op.cit.* (note 30), pp. 41-42, 46-47. Cet auteur admet que le droit d'occupation pourrait donc s'appliquer aussi après la date du 27/30 juin 2004, en fonction de l'effectivité. Voir encore A. Roberts, "Transformative military occupation", *op.cit.* (note 30), pp. 616-618.

⁴⁷ D. Thürer and M. McLaren, *op.cit.* (note 25), pp. 769ss. Selon ces auteurs, la souveraineté effective n'étant pas retournée au gouvernement irakien, l'occupation continue en vertu du principe d'effectivité. Telle est l'unité de mesure juridiquement correcte ; Andrea Carcano, « End of the Occupation in 2004 ? The Status of the Multinational Force in Iraq After the Transfer of Sovereignty to the Interim Iraqi Government », *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 11, 2006, p. 58. Voir aussi Kherad, *op.cit.* (note 44), pp. 153-154, qui estime que le Gouvernement intérimaire n'était ni légal ni légitime, car il était désigné par et soumis aux autorités des puissances occupantes ; il ne pouvait, dès lors, formuler une invitation à des forces militaires étrangères de rester sur le territoire en transformant une occupation de guerre en une occupation pacifique à laquelle les Conventions de la Haye IV et de Genève IV ne seraient pas applicables. Luigi Condorelli, "Le Conseil de sécurité entre autorisation de la légitime défense et substitution de la sécurité collective : Remarques au sujet de la Résolution 1546 (2004)", dans : SFDI (éd.), *Les métamorphoses de la sécurité collective, Droit pratique et enjeux stratégiques*, Paris, 2005, p. 237, estime que la souveraineté et indépendance du nouveau gouvernement intérimaire, proclamées par la Résolution 1546, « relèvent du monde des fables et ne ressemblent en rien à la réalité ».

⁴⁸ Il n'y a donc pas de base pour penser que la Résolution 1546 (2004) l'emporte sur le droit d'occupation parce qu'elle y dérogerait, comme l'affirme, par voie d'une pétition de principe, M. Sassóli, *op.cit.* (note 27), pp. 683-684. Sassóli reconnaît toutefois à juste titre que l'effectivité de l'occupation continue, quand on regarde simplement aux faits sur le terrain.

43 du Règlement de 1907 vient limiter la marge d'action du gouvernement irakien d'après 27 juin 2004, le Conseil le considérant manifestement comme un organe n'étant pas en possession de la souveraineté pleine et entière⁴⁹. S'il n'y a donc plus occupation au sens strict – dans les prévisions du Conseil – il n'y a pas non plus indépendance réelle et totale du gouvernement irakien. On se trouverait donc dans une situation intermédiaire, ambiguë, *sui generis*. Cette situation ne serait en tout cas pas affranchie des prescrits du droit d'occupation.

L'article 42 du Règlement est indérogeable par le Conseil de sécurité⁵⁰. Cette indérogeabilité touche à la question de savoir qui est occupant (ou ne l'est pas) et aussi à la question de savoir quand l'occupation se termine. Si l'on suit cette conception, le Conseil n'aurait déjà pas le pouvoir matériel d'y déroger. Il faudrait alors obligatoirement interpréter les clauses des résolutions précitées dans le sens déclaratif et non constitutif, sous peine d'affirmer leur nullité. On appliquera donc le principe d'interprétation : *in dubio pro validitate*.

La dérogation aux dispositions matérielles du droit d'occupation

La situation juridique est, pour ainsi dire, encore plus maigre en ce qui concerne les dérogations du Conseil portant sur des normes matérielles. En fait, on ne peut en recenser aucune dans les résolutions pertinentes. Selon certains auteurs, celles-ci pratiquent sur ce point comme sur d'autres la vertu et le vice d'une certaine ambiguïté⁵¹. En réalité, cette ambiguïté est limitée. En effet, toutes les résolutions en cause affirment directement ou indirectement – par renvoi à la Résolution 1483 – l'applicabilité du DIH et du droit d'occupation, sans exception aucune. Ainsi, dans la Résolution clé 1483 (2003), qui est de nature « constitutionnelle », on lit au paragraphe 13 du Préambule que le Conseil prend note des lettres des représentants des Etats-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni par lesquelles ils « reconnaissent les responsabilités et obligations spécifiques de ces Etats en tant que puissances occupantes agissant sous un commandement unifié [...], en vertu du droit international ». Dans le paragraphe 5 opérationnel on lit que « le Conseil demande à toutes les

⁴⁹ Roberts, "Transformative military occupation", *op.cit.* (note 30), pp. 617-618.

⁵⁰ Pourquoi cette disposition doit-elle être impérative ? Il faut avoir recours à une conclusion par conséquence logique. Si la condition d'applicabilité des protections matérielles du droit de l'occupation n'était pas impérative, cela signifierait qu'on laisserait à une puissance occupante ou au Conseil de sécurité la faculté d'écarter *de plano* toutes ces protections matérielles, y compris celles humanitaires. En affirmant que ce droit n'est pas applicable, ou en restreignant ses conditions d'application, il serait ainsi possible de s'évader des garanties de fond. Dès lors, tout l'effort de verrouiller les protections humanitaires ou de les déclarer impératives, comme nous venons de le faire, serait une entreprise vaine, car la modification formelle du champ d'application permettrait d'évacuer d'un trait de plume tout le régime d'occupation dès l'amont. Les garanties matérielles seraient alors privées de tout effet utile, contrairement à l'esprit le plus intime du droit d'occupation moderne (articles 7, 8, 47 de la Convention IV). La conclusion inverse s'impose donc : si une seule disposition du droit matériel possède un statut impératif, alors il faut tenir pour impérative aussi la norme qui définit le champ d'application matériel ou personnel de cette norme de fond, et qui constitue ainsi à proprement parler la condition première de son application. C'est en quelque sorte une norme de *jus cogens* de deuxième degré qui est ici en cause. En ce sens, le critère d'effectivité du droit d'occupation – qui est le contenu essentiel de l'article 42 – l'emporte sur toute qualification adverse du Conseil. Ce n'est toutefois pas dire qu'une qualification adverse du Conseil de sécurité soit dépourvue d'effets ou de pertinence. En effet, elle constitue une indication de la manière dont l'effectivité est perçue par un organe important des Nations Unies. Cette qualification pourra être suivie par tout opérateur juridique, du moins si elle n'est pas en claire contradiction avec les faits. Il faut donc conclure que le Conseil a la possibilité de tenter d'influencer le droit d'occupation par des qualifications subjectives de la situation, mais que ces qualifications ne sauraient s'imposer au détriment des critères de l'article 42. Et le Conseil n'a pas reçu dans la Charte le mandat de donner une interprétation contraignante des conditions d'application de l'article 42.

⁵¹ C'est ce que notent nombre d'auteurs : voir par exemple Nehal Bhuta, "The antinomies of transformative occupation", *European Journal of International Law*, Vol. 16, 2005, p. 735 ; M. Zwanenburg, *op.cit.* (note 25), pp. 763ss.

parties concernées de s'acquitter pleinement de leurs obligations au regard du droit international, en particulier les Conventions de Genève de 1949 et le Règlement de La Haye de 1907 ». Aucune dérogation – encore moins aucune dérogation claire – n'est ainsi statuée. Au contraire !

Divers paragraphes opérationnels enjoignent ensuite aux autorités en place et aux Etats membres de prendre des mesures visant à reconstruire l'Irak et à le mener à l'indépendance souveraine. Toutes ces dispositions sont génériques. Aucune ne permet ni n'oblige d'aller à l'encontre du droit d'occupation. Au paragraphe 1 on lit que les autorités et les Etats membres doivent « aider le peuple iraquien dans les efforts qu'il déploie pour réformer ses institutions et reconstruire le pays et de contribuer à assurer la stabilité et la sécurité en Iraq *conformément à la présente résolution* » (italiques ajoutées) ; au paragraphe 4 on lit que ces autorités doivent promouvoir « le bien-être de la population iraquienne en assurant une administration efficace du territoire, notamment en s'employant à rétablir la sécurité et la stabilité et à créer les conditions permettant au peuple iraquien de déterminer librement son avenir politique » ; au paragraphe 8, lettre c, on lit que les autorités devront chercher, en coopération avec le Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies, d'œuvrer « à la création et au rétablissement d'institutions nationales et locales permettant la mise en place d'un gouvernement représentatif, notamment en travaillant ensemble pour faciliter un processus débouchant sur la mise en place d'un gouvernement iraquien représentatif... » ; à la lettre e dudit paragraphe on lit qu'il faudra « favoriser le relèvement économique et l'instauration de conditions propices au développement durable... » ; à la lettre g dudit paragraphe il est dit qu'il faudra assurer la « promotion de la protection des droits de l'homme » ; etc.

Il faut donc conclure que le paragraphe 13 du Préambule et le paragraphe 5 opérationnel interdisent des dérogations au droit d'occupation applicable étant donné qu'aucun autre paragraphe ne les permet expressément ou par implication nécessaire⁵². Comme on l'a dit avec raison, aucune disposition des résolutions du Conseil ne demande d'agir au-delà, ou en s'écartant, du droit d'occupation⁵³. Cela tranche très nettement avec la situation en Bosnie ou au Kosovo⁵⁴. Tout au plus peut-on voir dans le paragraphe 4 opérationnel une invitation à des réformes de structure quelque peu transformationnelles⁵⁵, mais le langage reste ici vague et imprécis. C'est trop peu pour déroger au droit d'occupation, péremptoirement rappelé comme limite à l'action dans la même résolution. Il n'est donc pas certain que les auteurs affirmant sommairement que ces résolutions étendent les pouvoirs des puissances occupantes au-delà du droit d'occupation aient raison⁵⁶. Certes, il y a quelques dépassements, mais plus par concrétisation du droit de La Haye que par écart à celui-ci. Ces dépassements sont très ponctuels, comme par exemple en matière de traitement du pétrole⁵⁷.

⁵² Voir aussi K.H. Kaikobad, *op.cit.* (note 30), pp. 262-263 ; D. Thürer et M. McLaren, *op.cit.* (note 25), p. 766.

⁵³ Voir G.H. Fox, *op.cit.* (note 27), pp. 257ss, 261.

⁵⁴ *Ibid.* note 27, pp. 261-262.

⁵⁵ Voir D.J. Scheffer, *op.cit.* (note 25), pp. 844-845 ; M. Zwanenburg, *op.cit.* (note 25), pp. 766.

⁵⁶ Voir Massimo Starita, *op.cit.* (note 25), pp. 893ss ; A. Roberts, "Transformative military occupation", *op.cit.* (note 30), p. 613 : "Taken as a whole, the purposes of the occupation as outlined in Resolution 1483 went beyond the confines of the Hague Regulations and the Fourth Geneva Convention."

⁵⁷ Jorge Cardona Llorens, *op.cit.* (note 42), p. 246, évoque la vente du pétrole par l'Autorité comme écart (ou ajout ?) par rapport au droit d'occupation. Mais d'abord, cette réglementation de la vente du pétrole fait suite au programme « pétrole contre nourriture », c'est-à-dire à une internationalisation déjà intervenue du commerce de ce bien. En second lieu, il n'est pas certain que le droit d'occupation ne permette pas des solutions souples sous le principe général de « l'usufruit » retenu par l'article 55 du Règlement de 1907. Voir Langenkamp R. Dobie and Rex J. Zedalis, "What Happens to the Iraqi Oil ? Thoughts on Some Significant Unexamined International Legal Questions Regarding Occupation of Oil Fields", *European Journal of International Law*, Vol. 14, N° 3, 2003, pp. 417ss. Il est clair toutefois que l'établissement des Fonds spéciaux et le détail de la réglementation dépasse le droit d'occupation : mais est-il contraire à ce droit ?

S'opposent-ils vraiment au droit d'occupation ou le développent-ils dans ses zones de flexibilité ?

Comme on l'a déjà dit, notre but n'est pas de passer en revue les innombrables réformes de l'Autorité et de décider si elles sont compatibles ou non avec le droit d'occupation. Cette question n'a pas directement trait au pouvoir de dérogation du Conseil et ne nous intéresse donc pas à cette place. Il est toutefois permis de rappeler que des réformes telles que la 'De-Baathification', pour ce qui est des structures oppressives, mais aussi certaines réformes de droits de l'homme, comme l'interdiction de l'exploitation des mineurs par le travail, sont compatibles avec le droit d'occupation. Dans le principe, ces réformes sont couvertes par l'exception des lois oppressives et par l'obligation de garantir les droits reconnus dans la Convention de Genève IV et d'autres sources de droits « intransgressibles » (Pacte II sur les droits civils et politiques de 1966 par exemple)⁵⁸.

Conclusion

Notre conclusion de l'étude du cas irakien peut être résumée en une phrase : il n'y a pas eu, dans les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, de dérogation expresse ou implicite du droit d'occupation formellement applicable.

Le Conseil a opéré plus subtilement. Il a adopté des textes entourés d'une ambiguïté étudiée et potentiellement féconde, tout en laissant la question des rapports du droit d'occupation et du mandat (légèrement⁵⁹) transformationnel octroyé à être précisé dans la pratique. Dès lors, au vu de ce vague invitant et créateur, il ne faut pas s'étonner que l'Autorité des puissances occupantes en Irak en ait appelé à la Résolution 1483 même pour ses réformes les plus transformationnelles, comme celles entamées dans la sphère économique. Il y a là une lecture du droit d'occupation dont le moins qu'on puisse dire est qu'elle est *self-serving*. Ces mandats flous du Conseil, basés sur une approche toute politique, constituent une menace rampante pour la légalité internationale. Certes, le rempart du droit international est encore formellement maintenu, car aucune dérogation expresse au DIH n'est admise. Mais pour combien de temps encore sera-t-il ainsi, s'il y a d'autres précédents comme l'Irak ? De plus, la substance de ce droit si fondamental pour la protection des populations locales et pour leur autodétermination est subrepticement abandonnée à l'auto-interprétation des occupants. On devine d'avance dans quel sens elle se mouvra. Ce droit finit

⁵⁸ Il est accepté depuis l'issue de la seconde guerre mondiale que l'occupant ne doit pas appliquer, ou laisser inaltérées, des législations internes oppressives et discriminatoires, à l'instar de la législation national-socialiste de Nuremberg. Le but de la norme interdisant les modifications de la législation locale est celui d'éviter des législations imposées de l'extérieur et contraires à l'autodétermination. Cette norme serait interprétée de manière contraire à son objet et à son but si elle était censée empêcher les modifications législatives contre des lois oppressives. Il a même été affirmé que l'occupant voit peser sur lui une obligation positive d'abroger, ou pour le moins de suspendre, de telles législations. Cette obligation positive ne fait pas de doute, car, autrement, l'occupant enfreindrait ses devoirs « humanitaires » en vertu de la Convention de Genève. En effet, celle-ci exige que certains droits soient garantis dans tous les cas par l'occupant. Voir Gerhard Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, Minneapolis, The University of Minnesota Press, 1957, pp. 95, 107; Morris Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*, Berkeley (etc.), University of California, 1959, p. 245; Allan Gerson, "War, Conquered Territory, and Military Occupation in the Contemporary International Legal System", *Harvard International Law Journal*, Vol. 18, N° 3, Summer 1977, p. 531; M. Sassóli, *op.cit.* (note 27), pp. 675-676; Howard S. Levie, *The Code of International Armed Conflict*, Vol. 2, Londres / Rome / New York, 1986, p. 716. Voir aussi Jean Pictet (éd.), *Commentaire de la Convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, 1956, p. 360 : « La seconde [réserve] est en faveur de la population et permet d'abroger toutes mesures discriminatoires incompatibles avec les exigences de l'humanité ».

⁵⁹ Bien moins que celui de l'ACIT au Kosovo.

ainsi par se déliter et par se flétrir. La crédibilité d'un droit apparemment malléable au point d'être étranglé dans la prise multiple d'un certain vague intrinsèque des règles du droit de La Haye (explicable historiquement), des mandats souples et implicites du Conseil, et de l'auto-interprétation complaisante des Etats occupants, ne peut que fléchir. Ce droit finit dans le pire des cas par être perçu comme un voile grimaçant n'offrant aucune force directrice ferme, sauf le service insigne, mais indésirable, consistant à masquer pudiquement la réalité.

Une nouvelle codification du droit d'occupation, pour le développer et le mettre au niveau des exigences et des problèmes actuels, serait en soi une bonne chose. On comprend aisément que le moment n'est politiquement pas propice. Si l'on s'engage dans cette voie actuellement, on risque de reculer au lieu d'avancer. Certains Etats tenteront de saisir l'occasion pour dépecer plutôt que pour renforcer, ou pour le moins pour adapter, le droit d'occupation. A défaut d'une telle entreprise, on ne peut qu'espérer que le Conseil ne se laissera pas aller facilement à des dérogations explicites au droit d'occupation dans l'avenir. Il faut espérer qu'il ne prêtera pas sa main non plus à des violations implicites du droit en laissant aux forces d'occupation une place excessive dans la concrétisation des règles qu'il pose, tout en leur offrant un semblant de légitimité à travers des résolutions invocables par eux d'autorité et susceptibles d'impressionner les non-initiés. Tel ne devrait pas être le prix pour que les Nations Unies se réinsèrent dans le processus décisionnel sur le terrain au lieu de rester cantonnées définitivement sur la touche. Telle ne doit pas être la politique rachetant le fait que l'Organisation mondiale a été exclue auparavant, dans la phase des opérations militaires entreprises sans son aval et en dehors de sa légalité. C'est là toute la différence entre une administration civile centrée d'emblée sur les Nations Unies et l'appui lointain apporté par le Conseil de sécurité à des puissances occupantes possédant leur agenda politique propre et leurs buts occupationnels particuliers.

C'est donc toute la question de la *rule of law* internationale, dans la faible mesure où elle existe, et toute la place du droit international, qui sont en jeu. On sait les tensions et les attaques que subit ce droit en ce moment. La mésaventure relative du droit d'occupation en Irak n'en est qu'un avatar, dont l'histoire a apporté déjà de nombreux témoignages auparavant. Si l'on peut dire : *Caveant consules, ne quid detrimenti res publica (universale) capiat !*⁶⁰

⁶⁰ Que les consuls prennent garde que la République n'éprouve aucun dommage !