

Volume 94 Sélection française 2012/1

Volume 94 Sélection française 2012/1

REVUE INTERNATIONALE de la Croix-Rouge Sélection française

REVUE
INTERNATIONALE
de la Croix-Rouge

Occupation



Débat humanitaire: droit, politiques, action
Occupation



ICRC

ICRC

REVUE INTERNATIONALE de la Croix-Rouge

But et contenu

Créée en 1869, la *Revue internationale de la Croix-Rouge* est un périodique publié par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) qui entend favoriser la réflexion sur le droit international humanitaire, la politique et l'action en temps de conflit armé et d'autres situations de violence armée collective. En tant que revue spécialisée en droit humanitaire, elle cherche à promouvoir la connaissance, l'examen critique et le développement de ce droit, et elle contribue à la prévention de violations des règles protégeant les valeurs et les droits fondamentaux. La *Revue* offre une tribune pour discuter de l'action humanitaire contemporaine et analyser les causes et les caractéristiques des conflits, afin de favoriser la compréhension des problèmes humanitaires qui en découlent. Enfin, la *Revue* informe ses lecteurs sur les questions ayant trait au Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et, en particulier, sur la doctrine et les activités du CICR.

Comité international de la Croix-Rouge

Organisation impartiale, neutre et indépendante, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a la mission exclusivement humanitaire de protéger la vie et la dignité des victimes de conflits armés et d'autres situations de violence, et de leur porter assistance. Le CICR s'efforce également de prévenir la souffrance par la promotion et le renforcement du droit et des principes humanitaires universels. Créé en 1863, le CICR est à l'origine des Conventions de Genève et du Mouvement international de la Croix-Rouge, dont il dirige et coordonne les activités internationales dans les conflits armés et les autres situations de violence.

Membres du Comité

Président: Jakob Kellenberger

Vice-président: Olivier Vodoz

Vice-présidente permanente: Christine Beerli

Christiane Augsburger
Paolo Bernasconi
François Bugnion
Bernard Daniel
Paola Ghillani
Jürg Kesselring

Claude Le Coultre
Yves Sandoz
Rolf Soiron
Bruno Staffelbach
Daniel Thürer
André von Moos

Équipe éditoriale

Rédacteur en chef: Vincent Bernard
Assistante de rédaction: Mariya Nikolova
Consultant: Michael Siegrist
Conseiller spécial sur l'occupation:
Tristan Ferraro
Assistante de publication:
Claire Franc Abbas

Revue internationale de la Croix-Rouge
Avenue de la Paix 19
CH - 1202 Genève
Tél: +41 22 734 60 01
Fax: +41 22 733 20 57
Courriel: review@icrc.org

Rédacteur en chef

Vincent Bernard, *CICR*

Comité de rédaction

Rashid Hamad Al Anezi,
Université de Koweït, Koweït

Annette Becker,
*Université de Paris-Ouest Nanterre
La Défense, France*

Françoise Bouchet-Saulnier,
Médecins sans Frontières, Paris, France

Alain Delétroz,
*International Crisis Group, Bruxelles,
Belgique*

Helen Durham,
*Croix-Rouge australienne, Melbourne,
Australie*

Mykola M. Gnatovskyy,
*Université nationale Taras-Shevchenko,
Kiev, Ukraine*

Bing Bing Jia,
Université de Tsinghua, Pékin, Chine

Abdul Aziz Kébé,
*Université Cheikh Anta Diop, Dakar,
Sénégal*

Elizabeth Salmón,
*Université pontificale catholique du Pérou,
Lima, Pérou*

Marco Sassòli,
Université de Genève, Suisse

Yuval Shany,
Université hébraïque de Jérusalem, Israël

Hugo Slim,
Université d'Oxford, Royaume Uni

Gary D. Solis,
*Université de Georgetown, Washington
DC, USA*

Nandini Sundar,
Université de Delhi, New Delhi, Inde

Fiona Terry,
*Chercheuse indépendante en action
humanitaire, Australie*

Peter Walker,
*Feinstein International Center,
Université de Tufts, Boston, USA*

Volume 94 Sélection française 2012/1

REVUE

INTERNATIONALE de la Croix-Rouge Sélection française

Occupation

TABLE DES MATIÈRES

La *Revue* est publiée en anglais et paraît quatre fois par an, en mars, juin, septembre et décembre. La présente édition rassemble une sélection d'articles du N° 885.

Occupation

- 005** **Éditorial**
Vincent Bernard, Rédacteur en chef

-
- 013** **Interview de Raja Shehadeh**
Juriste et écrivain palestinien, Ramallah

Débat

- 031** **Le droit de l'occupation est-il applicable à la phase d'invasion ?**
Marten Zwanenburg, Michael Bothe et Marco Sassòli

Articles

- 055** **Les dilemmes de la protection des civils des territoires occupés : l'exemple précurseur de la Première Guerre mondiale**
Annette Becker
- 073** **Comment déterminer le début et la fin d'une occupation au sens du droit international humanitaire**
Tristan Ferraro

Un article paraissant dans la *Revue* n'engage que son auteur. En publiant un article dans la *Revue*, ni la rédaction ni le CICR ne prennent position au sujet des opinions exprimées par son auteur. Seuls les textes signés par le CICR peuvent lui être attribués.

- 107 Le droit de l'occupation belligérante devant la Cour suprême israélienne**
David Kretzmer
- 141 Occupation transformative et impulsion unilatéraliste**
Gregory H. Fox
- 179 L'emploi de la force en période d'occupation : maintien de l'ordre public et conduite des hostilités**
Kenneth Watkin
- 237 Les obligations relatives aux droits de l'homme dans le cadre de l'occupation militaire**
Noam Lubell

Rapports et documents

- 261 Résolutions du Conseil des Délégués de 2011 et de la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge**
Genève, 26 novembre – 1^{er} décembre 2011

ÉDITORIAL – OCCUPATION

Vae victis ! (Malheur aux vaincus !) Cette expression en latin du chef gaulois Brennos, dictant ses conditions après avoir vaincu Rome¹ dans l'antiquité, illustre une réalité historique : la défaite sur le champ de bataille a entraîné à travers les siècles un cortège de malheurs pour les peuples vaincus. Meurtres, viols, esclavage et pillages, la conquête donnait tous les droits aux vainqueurs sur les populations et leurs biens et elle signifiait souvent l'annexion pure et simple des territoires capturés. « Se comporter comme en pays conquis » est resté une expression courante qui reflète l'arbitraire du conquérant, la raison du plus fort.

Depuis le dix-neuvième siècle, le développement du droit international humanitaire (DIH) a mis fin à cette apparente fatalité en élargissant progressivement la protection des personnes tombées aux mains de l'ennemi et les limites à la conduite des hostilités. Le système international a lui aussi évolué pour bannir le recours à la force dans les relations entre États, l'annexion² par la force et la colonisation³. Cette évolution a eu lieu parallèlement au développement du DIH qui s'applique dans les conflits armés, indépendamment de leurs causes ou de leur licéité.

À première vue, l'occupation semble bien couverte par le droit conventionnel et coutumier, à tel point que le droit de l'occupation fait figure de chapitre « classique » du DIH. Déjà durant la guerre de Sécession, une série de devoirs pour l'occupant figurait dans le code de l'armée des États de l'Union rédigé par le professeur Lieber⁴. En droit international, la troisième section des Règlements concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexés aux Conventions de La Haye de 1899 et 1907, traite « De l'autorité militaire sur le territoire de l'État ennemi ». Des limitations additionnelles à la conduite de

1 Titus Livius, *Histoire de Rome depuis sa fondation (Ab Urbe Condita Libri)*, livre 5, p. 48.

2 Charte des Nations Unies, Art. 2(4) ; Assemblée générale des Nations Unies (AGNU), résolution 2625 du 24 octobre 1970, Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, doc. AGNU A/RES/25/2625.

3 Voir par exemple le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, dans la Charte de l'ONU, Art. 1(2) ; Chapitres XI, XII et XIII de la Charte de l'ONU ; AGNU, résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960, Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux ; et AGNU, résolution 2625, *op. cit.*, note 2.

4 'Instructions de 1863 pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique', Ordre général N° 100, Département de la Guerre des États-Unis, Government Printing Office, Washington D.C., 24 avril 1863 (Lieber Code).

l'occupant ont été introduites dans les Conventions de Genève de 1949 et dans le Protocole additionnel I de 1977, ce qui fait que les pouvoirs des occupants sont aujourd'hui régis par ces instruments, dont la plupart des dispositions relèvent du droit international coutumier.

L'idée que le comportement de l'occupant vis-à-vis de la population occupée doit être encadré est à la base des règles du DIH régissant aujourd'hui l'occupation. Un autre fondement de ce droit est l'impératif de préservation des institutions de l'État occupé. En effet, l'occupation n'est pas une annexion, elle est conçue comme une situation temporaire et la puissance occupante n'acquiert pas la souveraineté sur le territoire concerné. Non seulement le droit vise à empêcher l'occupant d'exploiter indûment les ressources conquises, mais il lui impose de subvenir aux besoins de la population et de « rétablir et d'assurer l'ordre et la vie publique en respectant, *sauf empêchement absolu*, les lois en vigueur dans le pays »⁵. Les mesures prises par l'occupant doivent donc préserver le *status quo ante* (« principe conservacionniste »).

Pourtant, à y regarder de plus près, le droit de l'occupation laisse plusieurs questions sans réponse claire. Ces dernières années, certains États ont proposé de réinterpréter, voire ont remis en question, les principes classiques du droit de l'occupation. L'occupation de l'Irak en 2003-2004 a suscité d'intenses débats sur les responsabilités des puissances occupantes et le droit de l'occupation en général. Certains territoires sont encore occupés aujourd'hui ou font l'objet de contestations entre États mais, généralement, les puissances occupantes ont tendance à refuser leur statut d'occupant au regard du DIH et nient l'applicabilité *de jure* du droit de l'occupation à leurs actions en territoire ennemi.

L'occupation demeure une réalité contemporaine et rien ne permet d'exclure que dans le futur de nouvelles situations d'occupation vont se produire, dans le cadre d'interventions multinationales par exemple. Les situations d'occupation sont de dangereuses lignes de fracture géopolitiques, sur lesquelles se radicalisent les opinions et se forment les germes de futurs conflits. On se souvient par exemple du précédent que l'annexion des régions françaises d'Alsace et de Lorraine par l'Allemagne en 1871 a représenté pour la stabilité internationale jusqu'en 1945... Les tensions récurrentes entre Israël, la Syrie, le Liban et l'Iran demeurent liées en grande partie au sort des populations et territoires palestiniens occupés et ont un potentiel de déstabilisation des relations internationales qui va bien au-delà de la région.

Lutttes territoriales et occupations sont la cause de problèmes humanitaires affectant les populations occupées ou exilées. Les habitants de ces territoires occupés ou contestés peuvent être ainsi victimes directes des hostilités ou de l'insécurité généralisée, certains sont détenus (accusés de délits ou des crimes) ou internés (pour raisons de sécurité) pour de longues durées ou

5 Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexe à la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907, Art. 43. (Accentué par l'auteur).

encore forcés de quitter leur foyer. En effet, à côté de l'avantage militaire direct résultant du contrôle effectif sur le territoire ennemi, l'occupant peut quelquefois chercher à refaçonner la composition démographique de ce territoire, afin de créer une nouvelle situation de fait et éteindre toute résistance. Cela peut se traduire notamment par la mise en place d'une politique de déplacements forcés (parfois qualifiée de « nettoyage ethnique ») ou la colonisation du territoire. Des millions de déracinés croupissent dans la précarité permanente des camps de réfugiés, transmettant aux générations suivantes leur amertume et leur désir de vengeance. Les droits civils et politiques des populations, mais aussi leurs droits économiques et sociaux, tel le droit à l'éducation ou le droit à la santé, sont généralement sévèrement compromis par l'imposition d'un gouvernement militaire étranger, tout particulièrement quand celui-ci se prolonge dans la durée. Les opposants à l'occupation ont de leur côté souvent recours à la violence aveugle pour faire reconnaître leur cause ou faire vaciller la résolution de leurs adversaires.

Les organisations humanitaires opérant dans les territoires occupés font face à de nombreux défis et dilemmes⁶. Bien que l'occupation soit considérée comme une situation de conflit qui demande un certain savoir-faire propre aux organisations d'urgence, les humanitaires doivent en fait déployer des programmes de développement post-conflit quand la situation perdure et que les besoins deviennent chroniques. De plus, subvenir aux besoins humanitaires de la population revient à prendre le risque de se substituer aux responsabilités de la puissance occupante et la décharger de sa responsabilité première. Comment être perçu comme neutres et impartiaux par l'armée d'occupation, dans un contexte où les besoins humanitaires sont principalement du côté de l'occupé ? En sens inverse, travailler en coordination avec l'occupant qui contrôle l'accès au territoire est incontournable, mais ces contacts risquent d'être interprétés comme une connivence avec l'occupant, voire une légitimation de l'occupation.

Acteur humanitaire sur le terrain, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) opère notamment dans les situations d'occupation et territoires contestés afin de protéger et d'assister les victimes. Confronté directement aux défis juridiques posés par les situations d'occupation contemporaines, le CICR a estimé qu'il était nécessaire de vérifier si les règles de l'occupation devaient être renforcées, clarifiées ou développées, et a initié dans ce but un processus de consultation d'experts sur le droit de l'occupation et d'autres formes d'administration de territoires étrangers.

6 Voir par exemple Xavier Crombé, *L'action humanitaire en situation d'occupation*, CRASH/Fondation – Médecins Sans Frontières, janvier 2007.

À l'occasion de la publication des résultats de ce projet⁷, la *Revue internationale de la Croix-Rouge* a choisi de contribuer à cette réflexion en consacrant la présente édition au sujet de l'occupation et notamment aux zones d'ombres et sujets de débat que le droit de l'occupation laisse subsister. La *Revue* a demandé à des spécialistes des questions liées à l'occupation de donner leur perspective respective : historique, militaire ou juridique. La *Revue* a également souhaité donner la parole à un habitant d'un territoire occupé. L'occupation des territoires palestiniens et du Golan par Israël représente sans doute le contexte d'occupation emblématique de notre temps ; la *Revue* a ainsi interviewé Raja Shehadeh, juriste, auteur et co-fondateur de l'organisation palestinienne de défense des droits de l'homme Al Haq. Raja Shehadeh a une perspective unique sur le DIH et les droits de l'homme, de par sa pratique du droit dans le dialogue avec Israël mais aussi en tant qu'essayiste, engagé pour la paix et la coexistence pacifique des peuples.

Les contributions rassemblées dans cette édition explorent six questions principales soulevées par les situations d'occupation contemporaines, posent les termes du problème et donnent des éléments de réponses.

Comment et sur quelles bases se sont développées les règles du droit de l'occupation ?

Le droit de l'occupation a parfois été remis en cause sous prétexte qu'il ne serait plus adapté aux situations contemporaines. Afin de comprendre les principes qui sous-tendent aujourd'hui le droit de l'occupation, les premières contributions de cette édition reviennent sur l'histoire du développement de ce droit. En remontant à l'élaboration du code de Lieber, le droit de l'occupation apparaît à l'origine comme le produit d'une vision des relations internationales centrée sur l'État, soucieuse surtout de protéger les droits du souverain dont le territoire est temporairement occupé par un autre, mais aussi d'assurer la sécurité de ce dernier. Bien qu'il lui soit contemporain, le développement du droit de l'occupation ne s'appliquera pourtant pas à l'entreprise coloniale des États européens, puisque ces derniers nient la souveraineté des peuples assujettis. La première guerre mondiale voit se révéler une autre limite de ce droit naissant : l'insuffisance des règles protégeant les civils. Les souffrances des populations occupées, à l'arrière des lignes de front, ont été longtemps occultées par celles des combattants dans l'horreur des tranchées. La communauté internationale ne saura pas tirer les leçons de la Première Guerre mondiale pour développer la protection des civils aux mains de l'ennemi avant l'éclatement de la Seconde Guerre mondiale. Ce n'est qu'en 1949 que leurs droits vont être développés dans la quatrième Convention de Genève.

7 Voir Tristan Ferraro (éd.), *Expert meeting: Occupation and other forms of administration of foreign territories*, CICR, Genève, 2012, disponible en anglais sur : <http://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4094.pdf> (dernière consultation mars 2012).

Quand se termine la phase d'invasion et commencent les obligations des occupants et les droits des occupés ?

« *In the first weeks after the fall of Baghdad in April 2003, Iraqis would stop Americans on the street and ask who was in charge of the country. No one seemed to know. The Iraqi leadership had vanished, and the institutions of the state had collapsed* »⁸. Cette citation illustre la confusion qui entoure la fin de l'invasion et la détermination du début de l'occupation. Or la question du début – et de la fin – précise de l'occupation n'est pas réglée en détail par le droit. Elle a pourtant des implications pratiques et juridiques très importantes pour la population occupée, mais aussi pour les militaires en charge de l'intervention en territoire ennemi : par exemple, quand commencent leurs responsabilités vis-à-vis des populations, pour rétablir l'approvisionnement en eau ou en électricité ou empêcher les pillages ? Doivent-ils rétablir et assurer l'ordre public et la sécurité ? Doivent-ils désormais administrer les biens publics de l'État occupé⁹ ? Quatre spécialistes donnent leurs réponses respectives à la question de savoir si le droit de l'occupation s'applique ou non dès la phase d'invasion. Cette question clé du début et de la fin de l'occupation fait l'objet d'un article ainsi que d'un nouveau débat juridique de la *Revue*.

Le droit est-il toujours adapté lorsqu'une occupation se prolonge ?

Selon le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY): « L'occupation se définit comme la période de transition entre l'invasion et la conclusion d'un accord sur la cessation des hostilités »¹⁰. L'occupation étant conçue comme une situation temporaire et courte, les principes de ce droit s'avèrent difficiles à concilier avec une occupation qui perdure. La durée de l'occupation remet-elle en question le principe conservateur en rendant impossible, voire même nuisible, l'obligation pour l'occupant de ne pas altérer la réalité socio-économique du territoire ? Le caractère prolongé de l'occupation ne demande-t-il pas aussi à accorder plus d'importance aux droits humains des populations, notamment aux droits économiques et sociaux ? La question de l'importance du facteur temps sur l'application du droit de l'occupation est abordée par plusieurs auteurs dans cette édition et notamment dans l'ana-

8 Georges Paker, dans R. Gutman, D. Rieff et A. Dworkin, *Crimes of war 2.0: What the public should know*, W.W. Norton & Co. Ltd, Londres, 2007, p. 307.

9 Pour une illustration de ce problème, voir par exemple le rapport d'Amnesty International sur le rappel des devoirs des puissances occupantes au moment de l'invasion de l'Irak, *Irak : les pillages, l'anarchie et les conséquences humanitaires*, MDE 14/085/2003, New York, 10 avril 2003 ; ainsi que le communiqué de presse du CICR du 11 avril 2003, « Irak : le CICR lance un appel pressant pour la protection de la population et des services civils, et des personnes qui ne participent plus aux combats », disponible sur : <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5lhhl6.htm> (dernière consultation mars 2012).

10 TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilic and Vinko Martinovic*, Affaire N° IT-98-34-T, Jugement (Chambre de Première Instance), 31 mars 2003, para. 214.

lyse de la jurisprudence de la Cour Suprême israélienne, seule cour au monde qui ait déclaré recevables - et se prononce régulièrement sur - les recours d'une population occupée.

Existe-t-il des justifications pour modifier les institutions et/ou les lois du territoire occupé ?

En s'appuyant notamment sur les précédents de la dénazification de l'Allemagne et la réforme des institutions japonaises après 1945, l'occupation de l'Irak a été présentée comme une opportunité de réformer le système politique afin de démocratiser le pays. Les expressions de « nation-building », « reconstruction » ou encore « transformative occupation » ont été utilisées dans ce contexte. Y a-t-il dès lors de « bonnes » occupations qui justifieraient une exception au principe de conservation cité plus haut ? La question peut se poser pour réformer un régime oppressif ou rebâtir un État dévasté. La validité juridique du concept de « transformative occupation » est discutée dans cette édition.

Quel est le rôle des militaires dans l'occupation d'un territoire ?

Comment une force d'invasion peut-elle se préparer à l'occupation qui va suivre ? Quel est le rôle des militaires dans le cadre d'une « transformative occupation », autrement dit une entreprise de réforme politique, économique et sociale ? En effet, la gestion d'un territoire occupé et sa reconstruction sont des tâches bien différentes de sa conquête par les armes. Le Général Rupert Smith écrit dans *The Utility of Force* :

« It is necessary to understand that in many circumstances into which we now deploy, our forces as a military force will not be effective. The coalition forces in Iraq were a classic example of this situation: their effectiveness as a military force ended once the fighting between military forces was completed in May 2003. And though they then went on to score a series of victories in local skirmishes, they had greatly diminished – if any – effect as an occupation and reconstruction force, which had become their main mandate »¹¹.

La *Revue* présente une perspective militaire américaine des leçons à retenir de l'invasion et de l'occupation de l'Irak.

11 Rupert Smith, *The Utility of Force : The Art of War in the Modern World*, Penguin Books, Londres, 2006, p. 10.

Quelle est la place des droits de l'homme dans les situations d'occupation ?

L'occupation (qu'elle survienne au cours ou à la suite d'un conflit armé, ou bien sans déclaration de guerre ou même d'hostilités) est régie par le DIH. Quelle est la place des droits de l'homme notamment en matière de maintien de l'ordre ? Quels sont les droits politiques, économiques et sociaux des populations occupées quand la situation se pérennise ? Comment concilier leur application par l'occupant avec l'obligation de respecter le droit et les institutions en place ? La jurisprudence¹² de la Cour internationale de Justice reconnaît clairement que les droits de l'homme s'appliquent aux situations couvertes par le DIH. Toutefois, les contours et l'étendue exacte des responsabilités de l'occupant conférées par les droits de l'homme demandent à être précisés. Une meilleure compréhension de la façon dont s'appliquent ces deux domaines juridiques complémentaires va dans le sens d'une meilleure protection des victimes des conflits.

La protection des personnes tombées aux mains de l'ennemi est aujourd'hui au cœur de l'entreprise de développement du DIH. Le droit de l'occupation en est emblématique, car il vise à protéger toute une population placée dans une position hautement vulnérable. Pourtant, les populations et les organisations humanitaires parviennent rarement à faire valoir ses dispositions. En effet, comme le soulève le rapport du CICR:

«In fact occupying States have repeatedly contested the applicability of occupation law to situations of effective foreign control over territory, which clearly shows their reluctance to be labelled as occupying powers and/or to see their actions constrained by this body of law»¹³.

Dans un essai de 1944, Albert Camus écrit : « Mal nommer un objet, c'est ajouter au malheur de ce monde »¹⁴. Trop souvent les États ont recours à des euphémismes et à des raisonnements juridiques tortueux pour s'absoudre de leurs responsabilités. Par cette édition, la *Revue* souhaite participer à une meilleure compréhension de la réalité contemporaine de l'occupation et au travail de délimitation des droits et des devoirs de l'occupant.

Vincent Bernard
 Rédacteur en chef

12 Voir Cour internationale de Justice (CIJ), *Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004, para. 102 et suivants. CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, Décision du 19 décembre 2005, para. 178.

13 T. Ferraro, *op. cit.*, note 7, p. 4.

14 Albert Camus, « Sur une philosophie de l'expression », dans *Poésie* 44, P. Seghers, Paris, 1944.



Interview de Raja Shehadeh*

Juriste et écrivain palestinien

Pour ce numéro consacré à l'occupation, la Revue internationale de la Croix-Rouge a jugé indispensable d'exposer non seulement le point de vue d'universitaires et de militaires, mais aussi celui d'une personne qui a vécu dans un territoire occupé et y a pratiqué le droit. La Revue a choisi de s'entretenir avec Raja Shehadeh, juriste palestinien, écrivain et défenseur des droits de l'homme, qui vit à Ramallah. En 1979, il a cofondé Al-Haq, organisation palestinienne indépendante et non gouvernementale de défense des droits de l'homme, qui a son siège à Ramallah et est affiliée à la Commission internationale de juristes à Genève. Il a travaillé avec Al-Haq en qualité de codirecteur jusqu'en 1991, date à laquelle il a quitté l'organisation pour poursuivre une carrière littéraire.

Raja Shehadeh est l'auteur de plusieurs livres sur le droit international, le droit humanitaire et le Moyen-Orient tels que La Cisjordanie et la primauté du droit (1980), Occupier's Law: Israel and the West Bank [Droit de l'occupant: Israël et la Cisjordanie]¹ (1985 et 1988), et From Occupation to Interim Accords: Israel and the Palestinian Territories [De l'occupation aux Accords intérimaires: Israël et les territoires palestiniens] (1997). Il s'est vu décerner le Prix Orwell en 2008 pour son livre Naguère en Palestine. Plusieurs de ses livres sont disponibles en français, dont Tenir bon, journal d'un Palestinien en Cisjordanie (Seuil, 1983) et Palestine terre promise, journal d'un siège (Payot, 2007). Son dernier livre s'intitule Occupation Diaries [Cahiers de l'occupation].

* Cette interview a été réalisée le 13 mars 2012 à Ramallah par Vincent Bernard, rédacteur en chef de la Revue internationale de la Croix-Rouge, Michael Siegrist, assistant de rédaction, et Anton Camen, conseiller juridique du CICR en Israël et dans les territoires occupés.

La version originale en anglais est publiée dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, N° 885, printemps 2012, pp. 13-28.

Dans cet entretien, Raja Shehadeh s'exprime sur la pertinence du droit de l'occupation aujourd'hui et livre ses réflexions personnelles sur Israël, l'Autorité palestinienne et le travail d'organisations internationales telles que le Comité international de la Croix-Rouge (CICR).



Comment résumeriez-vous votre carrière de défenseur des droits de l'homme ?

Lorsque je suis arrivé de Londres en 1976, l'occupation était déjà en place depuis neuf ans. Le fait de travailler dans le cabinet d'avocat de mon père m'a permis d'étudier les modifications que les autorités israéliennes apportaient au droit et je me suis aperçu qu'il y avait un décalage énorme entre ce que l'on disait de l'occupation et de son caractère bienveillant, et la réalité. Il était clair pour moi que les changements apportés n'étaient pas dus au hasard. En même temps, j'ai compris que le système judiciaire était en plein désarroi et que personne ne faisait attention à ces aspects.

Mon père et moi étions d'avis que la solution du conflit israélo-palestinien était la création d'un État palestinien aux côtés d'Israël et je pensais que nous, Palestiniens, devions travailler à la création de cet État, que personne n'allait le faire à notre place, et qu'il y avait fort à faire pour établir le principe important de la primauté du droit afin que, lorsque nous aurions atteint notre objectif d'un État palestinien, il respecte ce principe. Depuis, j'ai acquis la conviction qu'il ne fallait pas seulement faire état des changements apportés au droit et des violations des droits de l'homme, mais essayer de faire quelque chose pour atténuer ces violations et s'employer à faire appliquer le principe de la primauté du droit.

La première publication conjointe d'Al-Haq (organisation alors connue sous le nom de Le Droit au Service de l'Homme) et de la Commission internationale de juristes, intitulée *La Cisjordanie et la primauté du droit*, révélait que les ordonnances militaires n'étaient pas publiées et que cela avait d'énormes répercussions sur le droit local qui régissait divers aspects de la vie des Palestiniens dans les territoires occupés. À cette époque, les relations qu'entretenait Al-Haq avec les responsables des services juridiques du gouvernement militaire israélien étaient ce qu'on peut qualifier de « polies ». Au lieu d'interdire le livre ou d'en arrêter les auteurs et de fermer Al-Haq, Israël a répondu par la publication d'un livre entier qui réfutait les allégations de violations des droits de l'homme et de violations du droit de l'occupation avancées dans notre ouvrage.

Al-Haq a donc eu un bon départ. De plus, c'était un travail entièrement bénévole. Nous étions tous volontaires. La défense des droits de l'homme ne devait pas être une activité lucrative et nous tenions beaucoup à cette idée. Il a aussi été décidé relativement tôt que toutes les personnes engagées dans l'organisation seraient associées à la prise de décision, co-décisionnaires, et donc responsables et comptables de ces décisions. Ce fut un apprentissage pour nous tous et nous voulions que tout le monde sache comment les décisions étaient prises. Nous devions en outre être très prudents parce que rien n'était fait sur les droits de l'homme dans notre région. Il n'y avait pas d'autre organisation.

Nous étions soupçonnés de toutes parts et les risques de voir interdire l'organisation étaient considérables. Nous marchions donc sur des œufs.

Ensuite, nous avons commencé à nous développer; nous essayions de tenir informées des changements, et des directions dans lesquelles ils nous menaient, toutes les personnes et institutions intéressées partout dans le monde. Nous analysions ces changements d'un point de vue juridique, les suivions un à un, si insignifiants qu'ils soient, indiquions comment ils s'inséraient dans le plan d'ensemble, rassemblions des informations sur les droits de l'homme individuels, publiions des rapports et ainsi de suite. Bien entendu, notre travail a alors pris de l'ampleur et, avec la première *intifada* qui a commencé en 1987, nous avons dû aller très vite et étendre sensiblement nos activités.

Je suis resté dans l'organisation jusqu'en 1991. À ce moment-là, beaucoup de nos collaborateurs avaient reçu une formation en matière de droits de l'homme, une vraie formation, sanctionnée, pour nombre d'entre eux, par des diplômes universitaires. L'organisation avait donc à son service une équipe de personnes engagées, qui avaient un solide bagage, et elle commençait à avoir une certaine autorité.

Cette année-là, je suis également devenu conseiller de la délégation à Washington pour les négociations entre l'Organisation de libération de la Palestine (OLP) et Israël. J'ai vu cela comme un poste politique. En effet, ma position sur le plan politique n'avait pas l'adhésion de tout le monde. J'ai donc pensé que le moment était venu de quitter mon poste de codirecteur de l'organisation. J'ai gardé des liens avec Al-Haq, mais pas à titre officiel.

Après l'entrée en vigueur des Accords d'Oslo, j'ai été très déçu par la tournure des événements. J'avais passé beaucoup de temps à faire connaître les aspects juridiques de l'occupation, mais pas une parcelle de ce travail n'avait la moindre influence sur la direction palestinienne. Pis encore, j'avais le sentiment que tous les atouts juridiques que la Palestine avait en main avaient été dilapidés. En fait, je ne comprenais pas comment l'OLP pouvait baisser les bras au point de signer des documents tels que les Accords d'Oslo de 1993 et l'Accord intérimaire de 1995. Jamais je n'avais été aussi déprimé que pendant cette période. Bien que voyant réduite à néant une grande partie de ce pour quoi j'avais travaillé, j'ai pensé qu'avant de passer à d'autres domaines d'intérêt, je devais me servir de mes compétences de juriste pour écrire une analyse juridique des Accords d'Oslo. C'est ainsi qu'en 1996 j'ai travaillé sur le livre *From Occupation to Interim Accords*, qui a été publié par Kluwer International en 1997.

Je continue à apporter ma contribution à la lutte pour les droits de l'homme, en tant qu'auteur et membre de la Commission indépendante palestinienne pour les droits de l'homme – qui fait office de médiateur ici. Mais j'ai toujours été convaincu que militer pour les droits de l'homme, ce n'était pas seulement siéger au conseil d'administration d'une organisation de défense des droits de l'homme ou écrire un article de temps à autre. J'ai toujours pensé que militer pour les droits de l'homme, c'était s'engager totalement pour les droits de l'homme, épouser pleinement cette cause et mener la vie d'un militant et pas seulement celle d'un universitaire à l'abri des combats.

Pendant mon mandat de codirecteur d'Al-Haq, j'avais toujours mené de front l'écriture littéraire et ma profession de juriste. Je voyais l'écriture comme une manière de servir la cause de la justice et des droits de l'homme. Les rapports sur les droits de l'homme n'atteignant qu'un lectorat limité n'ont que peu d'impact, mais si vous écrivez quelque chose qui touche plus de gens et qui passe par la grande distribution, le retentissement est beaucoup plus grand.

L'impact des livres ne s'arrête pas au moment de la lecture. Si vous êtes touché par ce que vous lisez, cela devient partie intégrante de votre vécu; vous l'assimilez ou le ressentez de manière beaucoup plus forte.

Dans l'un de vos livres, Occupier's Law de 1988, vous décrivez certaines étapes de l'occupation. Comment décririez-vous l'évolution depuis cette époque ?

Mon idée depuis le début, que j'ai essayé d'exprimer dans mes écrits et mon travail, c'est que l'occupation est de nature coloniale. Son but est en définitive d'encourager les Palestiniens à partir – certainement pas par l'usage de la force – pour laisser la place aux colons israéliens. Dès lors, par mesure de précaution, les Palestiniens devaient faire tout ce qu'ils pouvaient, malgré toutes les difficultés, pour s'accrocher à leur terre. Dans *Tenir bon, journal d'un Palestinien en Cisjordanie* (publié en 1983), j'appelle cela *sumud*, ce qui signifie persévérance, ténacité, tenir bon. Au fil des années, la tactique utilisée par Israël pour appliquer cette politique a changé, de même que la réponse des Palestiniens. Mais l'objectif principal de l'occupation israélienne est resté le même.

Pour atteindre cet objectif, Israël doit surmonter un certain nombre d'obstacles. Au début, je m'intéressais aux subterfuges juridiques utilisés pour rendre possibles de larges implantations d'Israéliens dans les territoires palestiniens occupés: je ne comprenais pas comment Israël allait pouvoir encourager sa population à s'installer dans les territoires occupés, transférer là-bas certains de ses ressortissants et cependant faire en sorte qu'ils soient considérés, légalement, comme vivant dans l'État alors qu'en fait ils vivaient hors de ses frontières. Autrement dit, comment annexer les territoires sans les annexer? J'étais très curieux de voir comment ils allaient résoudre ce problème, qui est un problème de droit des plus techniques.

Pendant les dix premières années environ, ils n'ont pas trouvé de solution mais – et c'est là quelque chose de très intéressant et d'important – en 1967, Theodor Meron, alors conseiller juridique du ministère israélien des affaires étrangères, a été chargé par ce ministère et par le Premier ministre, Levi Eshkol, de rédiger un mémorandum secret sur le point de savoir si les implantations étaient légales, et il a expliqué qu'elles n'étaient pas légales, qu'elles étaient contraires aux Conventions de Genève. Son avis a été écarté et ils ont trouvé quelqu'un d'autre qui a imaginé une curieuse interprétation, ce qu'on appelle la théorie de «l'absence d'ayant droit à la réversion»¹. En bref, cela signifie qu'aucun autre État n'est souverain sur

1 Voir Yehuda Z. Blum, « The missing reversioner: Reflections on the status of Judea and Samaria », dans *Israel Law Review*, Vol. 3, 1968, p. 279, disponible sur: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/israel3&div=26&g_sent=1&collection=journals (dernière consultation en février 2012).

ce territoire puisqu'il n'appartient à personne et qu'en conséquence, il n'est pas occupé; de ce fait, les Conventions de Genève ne s'appliquent pas puisque Israël ne l'a pas occupé en évinçant une puissance souveraine. Cette idée d'absence d'ayant droit à la réversion est une absurdité juridique et n'a aucun fondement en droit international, mais Israël s'y est accroché parce qu'elle était commode. Et quelques mois après le début de l'occupation, les implantations israéliennes ont commencé.

Cependant, pendant les douze ou treize premières années d'occupation, peu d'Israéliens avaient envie de s'installer dans les territoires palestiniens occupés. Le gouvernement ne savait pas encore comment il allait percevoir l'impôt israélien sur le revenu, faire profiter des avantages et services sociaux israéliens les citoyens qui vivaient hors des frontières de l'État, comment faire pour qu'ils soient considérés comme actifs travaillant en Israël alors que ce n'était pas le cas. Or, il s'agissait là de points de droit très techniques, pointus, importants et fondamentaux qui devaient être réglés.

Avant que Menahim Begin ne devienne Premier ministre, les colons étaient peu nombreux. Ils avaient pour avant-garde idéologique le *Gush Emunim* (Bloc des fidèles). Begin a compris qu'à moins de mobiliser les Israéliens qui n'étaient ni religieux ni mus par une idéologie, le projet des implantations ne décollerait pas. Il a donc commencé à encourager, par des incitations financières, les Israéliens à relativement faibles revenus à déménager dans les territoires palestiniens occupés, où ils pourraient avoir la maison et la qualité de vie dont ils ne pouvaient que rêver en Israël. Avec des arguments aussi séduisants, le nombre de colons est monté en flèche.

L'accord de Camp David avec l'Égypte en 1979 a marqué une autre étape importante. Dans cet accord, Israël a renoncé au Sinaï pour conserver la Cisjordanie et, à partir de là, les implantations ont progressé.

Le changement le plus important sur le plan juridique, qui était alors fondamental et l'est toujours, s'est produit en 1981 quand l'ordonnance militaire n° 947 a été rendue. Cette ordonnance a institué l'administration civile qui est encore en place aujourd'hui. C'était une façon de séparer le gouvernement civil des Israéliens juifs de celui des non-Juifs vivant sur le même territoire, d'assujettir chaque groupe à des lois et à des autorités différentes appliquant chacune leurs lois propres, ce qui est une forme d'apartheid. Toute une série d'ordonnances militaires et de lois jordaniennes ont été transférées du gouvernement militaire à l'administrateur civil israélien dont relevaient les non-Juifs vivant dans les territoires occupés. En même temps, à l'aide de divers subterfuges juridiques, les lois israéliennes ont été appliquées aux Juifs israéliens vivant dans ces mêmes territoires. L'administration civile, qui avait à sa tête une personnalité israélienne nommée par l'armée, n'avait guère de civil que le nom. Israël a conçu cette structure pour résoudre le problème des lois israéliennes qu'il voulait applicables à une partie de la population et non à l'autre et pour faire officiellement et «légalement» la distinction entre les deux groupes d'habitants vivant sur le même territoire. C'est ainsi que l'apartheid a été introduit dans les territoires palestiniens occupés.

Al-Haq a immédiatement compris l'importance de ce changement. Juste après la publication de l'ordonnance, nous avons réalisé une étude approfondie



© Michael Siegrist

intitulée *Civil Administration in the Occupied West Bank: Analysis of Israeli Military Government Order No. 947* [L'administration civile dans la Cisjordanie occupée: analyse de l'ordonnance n° 947 du gouvernement militaire israélien]². Il est intéressant de relever qu'Israël a de nouveau répondu en exposant sa position dans le *Israeli Yearbook on Human Rights* (Annuaire israélien sur les droits de l'homme). Faisant fi de l'opposition populaire à l'administration civile, Israël s'est obstiné et a continué à chercher des Palestiniens qui puissent reprendre en main l'administration des aspects civils qu'il avait relevés. Sous Begin et plus tard Shamir, Israël a créé, financé et contrôlé les « ligues villageoises », systèmes de conseils locaux, collaborateurs pour la plupart, gérés par des Palestiniens qui étaient choisis par Israël pour tenir l'administration des villes et des villages locaux. Dans l'esprit des Israéliens, les ligues villageoises finiraient peut-être par se charger de l'administration civile. Théoriquement, le projet ne manquait pas de logique parce qu'il se fondait sur le fait, exact, que la majorité des Palestiniens vivent dans des villages – à la campagne – et non pas dans les agglomérations urbaines considérées acquises à l'OLP. Mais cela n'a pas marché et la recherche a continué. Ce genre de raisonnement s'est malheureusement étendu aux Accords d'Oslo.

Vous avez participé à la négociation des Accords d'Oslo entre l'OLP et Israël en qualité de conseiller de la délégation palestinienne à Washington. Comment décririez-vous le processus et son résultat ?

Le 30 octobre 1991, les négociations se sont ouvertes entre Israël et l'OLP (qui faisait alors partie de la délégation commune jordano-palestinienne). Mais le champ des négociations était limité dès le départ. Les deux parties avaient pour mandat de négocier des arrangements intérimaires d'autonomie pour les Palestiniens. Ainsi, il s'agissait d'abord de quelque chose « d'intérimaire » – ou du moins prétendu tel, alors qu'il n'a jamais été destiné à l'être – puis « d'arrangements d'autonomie » et « pour les Palestiniens ». Sachant ce qui s'était passé auparavant, je voyais exac-

2 Aussi disponible sur le site Web d'Al-Haq: <http://www.alhaq.org/> (dernière consultation en février 2012).

tement où les Israéliens voulaient en venir. En ce qui me concernait, l'important était d'étendre ce mandat aux questions de terre et aux colonies parce que, de toute évidence, dans la mesure où les arrangements n'avaient trait qu'à l'autonomie des Palestiniens, ils laissaient de côté la question des terres et des colonies. D'où mon désir de participer aux négociations et d'essayer de trouver quelque chose qui puisse faire la différence. J'ai suivi les négociations à Washington pendant un an seulement et puis j'ai compris qu'il se passait quelque chose que je ne saisisais pas. Je ne savais pas que des pourparlers se déroulaient en secret pendant que la délégation palestinienne négociait à Washington, et que c'était pour cette raison qu'Arafat donnait à la délégation à Washington des instructions et des directives qui, à mon sens, ne tenaient pas debout.

Deux ans plus tard, en 1993, j'ai lu la Déclaration de principes sur des arrangements intérimaires d'autonomie [le nom officiel des Accords d'Oslo] dans le journal *Guardian* alors que j'étais en vacances en Écosse. Dès le début de ma lecture, j'ai été déçu; en même temps, je pensais qu'on arriverait peut-être à des résultats sur certains points, que certaines interprétations favorables seraient possibles. Mais plus tard, quand j'ai lu les « Minutes agréées » jointes au document, j'ai compris que toutes les issues possibles avaient été closes. J'ai compris que la politique que le gouvernement israélien avait poursuivie dans ces négociations et dans la rédaction de ce document (parce qu'il était essentiellement l'œuvre de juristes israéliens) rendait impossible la paix entre les deux parties.

De retour à Ramallah, j'ai assisté en janvier 1994 à une conférence sur les Accords d'Oslo où j'ai parlé des aspects légaux et cité des passages des « Minutes agréées ». « Mais quelles Minutes agréées ? » m'ont demandé mes interlocuteurs. « Nous n'en avons jamais entendu parler ! » Il s'est révélé que les journaux locaux avaient publié la Déclaration de principes sans les Minutes agréées et qu'il y avait donc eu une tentative délibérée pour tromper le peuple, obtenir de lui qu'il soutienne les Accords sans connaître tous les faits.

J'avais de la peine à comprendre comment, après tous ces efforts et alors que les colonies étaient au cœur du problème, l'OLP avait pu consentir à quelque chose qui ne pose pas comme condition préalable la cessation des activités de colonisation. Comment se faisait-il que l'OLP ait laissé Israël poursuivre une politique aussi contraire à la paix, à savoir l'implantation de colonies juives dans les territoires palestiniens ? Pis encore, les changements illégaux qu'Israël avait apportés jusque-là au droit à coup d'ordonnances unilatérales du gouvernement militaire sont devenus effectivement bilatéraux lorsque les Palestiniens ont signé les Accords d'Oslo. Tout cela fut une terrible déception.

Au moment des Accords d'Oslo, le nombre des implantations juives était encore raisonnablement modeste. Mais après la signature de l'Accord intérimaire en 1995, par lequel quelque 60 % de la Cisjordanie étaient désignés zone C, on a fait croire à la population israélienne qu'elle pouvait sans danger s'installer en zone C, parce que cette zone allait être annexée à Israël et que ceux qui s'y installeraient n'auraient pas à craindre d'être expulsés au cas où un accord de paix serait finalement conclu avec les Palestiniens. Ainsi, aux yeux de la plupart des Israéliens,

si vous vous installez en zone C³, vous n'êtes pas vraiment un colon, vous n'enfreignez pas le droit international et vous ne compromettez pas non plus la paix future.

C'est ainsi que les implantations se sont multipliées depuis les Accords d'Oslo et, comme je crois que les colonies sont l'un des obstacles fondamentaux à la paix, le problème est devenu beaucoup plus compliqué depuis la signature des Accords d'Oslo.

Quels sont les problèmes et défis que pose une occupation qui dure depuis plus de quarante ans ? Quelles en sont les conséquences humanitaires ou juridiques pour la population ?

Eh bien, même si, à de nombreux égards, conformément au droit international, elle reste une occupation et que les territoires ici continuent d'être des territoires occupés, avec le temps, elle s'est tellement éloignée des règles et des paramètres de ce qui est autorisé sous l'occupation qu'elle a acquis certains caractères coloniaux. Aussi, dans un certain sens, la question est la même que dans une situation coloniale : je veux parler de la façon dont évoluent les relations entre la puissance coloniale et le peuple colonisé et des effets d'une situation coloniale qui s'éternise sur le peuple colonisé. Je pense que c'est le cœur du problème.

Au début de l'occupation, quand il n'y avait pas autant de colonies et qu'elles n'avaient pas de conséquences aussi néfastes sur la vie des gens, les relations entre Israéliens et Palestiniens étaient totalement différentes de ce qu'elles sont aujourd'hui. Toutes sortes de possibilités étaient ouvertes pour l'avenir ; il y avait des échanges et parfois des avantages, pour les deux parties. Les choses auraient pu évoluer tout autrement. Mais maintenant, on ne peut plus parler de l'occupation sans parler des colonies et du fait que les gens ne voient plus Israël seulement comme un occupant qui contrôle certains aspects de leur vie mais comme un colonisateur qui veut leur terre. C'est comme une tumeur cancéreuse qui leur ronge le corps et qui les empêche à tous égards de mener une vie normale.

Je me souviens que, quand nous parlions à Al-Haq des implantations vers la fin des années 70, on s'étonnait : « Pourquoi faites-vous tant d'histoires à ce sujet ? ». En effet, la plupart des gens ne voyaient pas ces implantations et n'en ressentaient pas les effets sur leur vie. Bien entendu, si vous étiez un cultivateur et que vos terres vous étaient enlevées, c'était autre chose. Mais les effets immédiats sur la plupart des gens n'étaient pas perceptibles. Les colonies étaient implantées le plus souvent loin des centres où vivait la population palestinienne (à l'exception d'Hébron). Il en va tout autrement aujourd'hui. Les colonies ont

3 Note du rédacteur : conformément à l'Accord intérimaire d'Oslo, la zone A est placée sous le contrôle civil exclusif des Palestiniens qui sont aussi compétents en matière de sécurité, la zone B relève totalement du pouvoir civil palestinien, mais les questions de sécurité sont du ressort conjoint des autorités israéliennes et palestiniennes, et la zone C est placée sous le contrôle total d'Israël pour ce qui est de la sécurité, de la planification et de la construction. Pour consulter la carte, voir le Bureau des Nations Unies pour la coordination des affaires humanitaires (OCHA), territoire palestinien occupé, *Bulletin d'information humanitaire sur la zone C de Cisjordanie*, juillet 2011, disponible sur : http://www.ochaopt.org/documents/ocha_opt_Area_C_Fact_Sheet_July_2011_french.pdf (dernière consultation le 2 mars 2012).

des répercussions sur tous les aspects de la vie des Palestiniens. En conséquence, on ne peut pas parler des effets de l'occupation israélienne sans avoir à l'esprit la nature de cette occupation, sa nature coloniale en particulier.

Comment voyez-vous la tension entre l'obligation qui incombe à la puissance occupante de maintenir la législation locale en vigueur et la nécessité de l'adapter aux besoins de la population qui évoluent, en particulier dans ce cas d'occupation prolongée ? Quel est à votre avis le rôle de la Haute Cour de justice à cet égard ?

Là encore, il faut distinguer entre l'avant et l'après-Oslo. Avant Oslo, Israël avait les pleins pouvoirs dans tous les domaines. Après Oslo, certains pouvoirs ont été transférés à l'Autorité palestinienne qui venait de voir le jour, pour la plupart ceux qui portaient sur les aspects civils de la vie et, dans les limites prescrites dans l'Accord intérimaire de 1995, les Palestiniens avaient le droit et le pouvoir de modifier les lois, de les adapter à l'évolution des réalités de la vie. C'est un aspect. Alors que dans les domaines et pour les aspects de la vie qui continuent à relever de l'autorité des Israéliens, les changements apportés à la loi l'ont été et le sont toujours par l'administration civile israélienne qui est maintenant, et depuis quelque temps déjà, composée de colons et très influencée par eux.

L'administration civile légifère très simplement en rédigeant une nouvelle loi ou un amendement à une loi existante. Lorsqu'Al-Haq apprenait ces changements unilatéraux et souvent illégaux apportés au droit local, il analysait les textes de loi et les portait à l'attention de tous ceux qui pouvaient s'élever contre eux. Et parfois, cela marchait : avec le soutien d'autres, nous avons pu arrêter la mise à exécution de certaines ordonnances militaires. D'autres fois, la décision était prise de contester la nouvelle loi ou la décision devant la Haute Cour d'Israël.

Au fil des années, divers groupes ont contesté de nombreux textes ou décisions devant la Haute Cour, avec les encouragements d'Al-Haq et d'autres organisations. Cela a été une grande déception parce que la Haute Cour, qui aurait pu jouer un rôle important en mettant un terme à ces changements illégaux apportés au droit par les Israéliens, n'a fait que trouver des motifs pour les justifier et légaliser ces changements dangereux et illégaux. Elle produisait de longues décisions très érudites, avec une telle profusion de distinctions subtiles que vous en étiez littéralement tout étourdi. Mais le résultat était presque toujours décevant.

Par exemple, le changement le plus important s'est produit lorsque la Haute Cour a commencé à considérer que la « population locale », dont le haut commandement militaire devait protéger les intérêts et satisfaire les besoins, englobait les colons israéliens vivant dans les territoires occupés. C'était complètement subvertir le droit international, dont l'objet est dans une large mesure la protection et le bien-être de la population occupée et non pas des citoyens de l'État occupant.

Le Règlement de La Haye de 1907 et la Quatrième Convention de Genève ont été rédigés et adoptés dans le but de préserver la population locale, qui est le terme le plus faible de l'équation. Ils n'ont pas d'autre raison d'être. Pourtant, la Haute Cour israélienne a assimilé la population locale aux colons israéliens dont



© Michael Siegrist

il faudrait préserver les intérêts. Sa position est donc totalement idéologique ; il y a confusion entre l'idéologie d'Israël, qui voit les territoires palestiniens occupés comme une partie de la terre biblique qui comprend la Judée et la Samarie, et les règles de droit. Le droit international est ainsi privé du rôle qu'il était censé jouer.

Quels sont les besoins des Palestiniens pour ce qui est de la protection des droits de l'homme et quel est le rôle des autorités palestiniennes à cet égard ?

Je suis membre de la Commission indépendante palestinienne des droits de l'homme et, chaque année, la Commission publie un rapport annuel sur la situation des droits civils et politiques. Je pense que, par leur travail, les organisations de défense des droits de l'homme, les ONG et le mouvement de la société civile ont réussi notamment à faire comprendre à la population palestinienne l'importance des droits de l'homme. Je pense qu'il y a eu une évolution dans ce sens. Mais rien n'est jamais figé. Vous ne pouvez jamais vous dire que telle chose est acquise pour toujours, que vous pouvez maintenant rentrer chez vous et faire une pause. C'est une lutte constante.

Lorsque l'OLP est arrivée ici, elle a adopté la position suivante : « Bon, vous qui travaillez sur les droits de l'homme, vous faites partie de la résistance à l'occupation israélienne ; mais maintenant que nous avons conclu un accord avec Israël, il faut mettre fin à cette résistance. Rentrez chez vous. » C'était littéralement leur position.

Alors nous avons expliqué que nous n'en ferions rien parce que les défis avaient changé de nature et que l'Autorité palestinienne en faisait partie. Ils ont été assez surpris parce que de là où ils venaient, ils n'avaient pas eu l'expérience de ce type de travail. Mais je pense que maintenant un changement positif s'est produit. Ils s'aperçoivent que la défense des droits de l'homme est une sauvegarde importante et contribue à un développement sain de la société. Alors, chaque année, nous allons voir le Premier ministre et le président de l'Autorité palestinienne pour rendre compte de la situation – il arrive que nous y allions aussi en cours d'année – et nous sommes toujours reçus très poliment et écoutés avec attention. Cela au moins est positif. Je pense que nous avons pu exercer une certaine influence en ce qui concerne les droits civils.

Ce qui m'inquiète, c'est autre chose. La police palestinienne commet des violations, mais le système actuel est plus réceptif aux appels que nous lançons contre ces violations. Les forces de sécurité, en revanche, c'est une autre affaire parce qu'on ne sait pas exactement de qui elles relèvent et que leur structure n'est pas claire. Des incertitudes planent aussi sur les lois qu'elles appliquent. Elles semblent opérer comme si elles étaient au-dessus des lois.

Je vais vous donner l'exemple des fonctionnaires. Les services de sécurité, les *Mukhabarat* (les renseignements généraux) insistent pour examiner le dossier de chaque fonctionnaire et, s'ils décident qu'Untel n'est pas politiquement favorable, Untel devra quitter son emploi. On dénombre au moins une centaine de gens qui avaient été acceptés comme enseignants dans des écoles publiques, étaient entrés en fonction, avaient même obtenu une évaluation positive dans certains cas et ont été licenciés simplement parce que les services de sécurité voulaient qu'ils le soient. La Commission des droits de l'homme a fait appel de la décision de renvoi devant la Haute Cour palestinienne et le dossier se tient parfaitement parce que la loi n'autorise pas le licenciement pour de tels motifs. Et cela a pris – combien de temps cela fait-il maintenant ? Au moins deux ans. Et la Haute Cour est incapable ou peut-être n'ose pas se prononcer sur le sujet. Chaque fois que nous allons présenter le rapport au pouvoir en place, nous lui disons : « Vous parlez toujours de l'importance d'une justice indépendante et de la primauté du droit, cette affaire en serait une bonne illustration. Vous devez la régler. » Mais rien ne se passe ; elle n'a toujours pas été réglée⁴.

Il y a des améliorations. Il est certain que des mesures ont été prises contre la corruption. On essaie d'améliorer la justice. Mais il y a encore du souci à se faire parce qu'une fois qu'un État policier a été mis en place, il est très difficile d'en démonter les rouages.

Il y a aussi des attaques dirigées contre des militants des droits de l'homme. La tendance n'est ni totalement négative ni totalement positive, le pendule peut aller dans les deux sens. Ainsi, il arrive parfois que les autorités policières et les services de sécurité autorisent des visites dans les prisons sous leur surveillance, mais ce n'est pas toujours le cas. Le nombre de personnes qui meurent sous la torture est en baisse mais la pratique elle, n'est pas abandonnée, et on continue bel et bien à mourir sous la torture. La peine capitale n'est pas abolie, malgré tout le travail fait pour mettre fin à cette violation du droit à la vie.

Et la société civile, comment peut-elle encourager le respect de la loi ?

Je pense qu'elle a là un rôle très important à jouer. Mais il est difficile pour moi de porter un jugement d'ensemble, parce que j'ai le sentiment que ma position pourrait être biaisée – on a toujours tendance à se mettre en avant et à penser à son époque.

Ce qui m'attriste, c'est que quand les activités civiles ont commencé, une grande partie du travail était bénévole. Bon nombre de grandes organisations comme le Secours médical palestinien, les Comités palestiniens de secours

4 La Haute Cour a finalement statué en faveur des requérants le 3 septembre 2012.

agricole (PARC) et Al-Haq n'avaient pour personnel que des bénévoles. Et il est certain que lors de la première *intifada*, il y avait beaucoup de volontaires. Je suis fermement convaincu qu'une société doit avoir le sentiment de pouvoir agir par elle-même et que faire partie d'une société, la considérer comme sienne, implique un travail bénévole à son service dans le but de l'améliorer.

Je pense qu'après les Accords d'Oslo, cet esprit a été sérieusement corrompu parce que les fonds internationaux ont commencé à affluer. Et d'une certaine manière, l'aide internationale nous a desservis, non seulement en finançant l'occupation – ce qui était aussi nous rendre un mauvais service – et en relevant Israël de certaines de ses responsabilités en droit international – mais aussi en attirant, par l'offre d'emplois bien rémunérés, certains de nos meilleurs éléments qui offraient bénévolement leurs services, ce qui, dans un certain sens, revenait à les corrompre.

Cela ne veut pas dire que les ONG ne font pas encore aujourd'hui un important et gros travail sur tous les fronts, surtout sur le front culturel. Le travail de la société civile est si profondément ancré dans notre société qu'il n'a pas été possible de le détruire.

Il y a donc du bon et du mauvais, mais je pense que le mouvement des droits de l'homme a réussi à établir quelque chose de durable, qui est passé par tous ces stades et qui a produit des militants de terrain et des professionnels compétents. Ce sont là d'importantes réalisations à mettre à son actif. Mais il faut bien comprendre que l'on a jamais fini de se battre pour les droits de l'homme. C'est un combat sans fin.

Dans l'un de vos livres, Naguère en Palestine, vous décrivez comment vous vous êtes appuyé sur le droit et en avez fait un outil. Quel est à votre avis l'intérêt de se servir du droit international, en particulier du droit de l'occupation, de s'y adosser et dans quelle mesure vous est-il encore utile dans votre travail aujourd'hui ?

J'ai foi dans le droit international. Je suis convaincu que si l'on ne veut pas la guerre, il faut trouver un moyen d'éviter le conflit et que le droit international est un instrument important pour ce faire. C'est pourquoi nous devons être extrêmement attentifs à préserver cet instrument, qui marque un progrès majeur pour l'humanité, parce qu'elle n'a pas toujours eu le droit international à invoquer. Il a évolué avec le temps. Et d'une certaine manière, il est bien triste qu'Israël contribue maintenant à en détruire une grande partie. Nous autres Palestiniens en ressentons vivement et directement les effets, mais c'est en fait toute l'humanité qui est touchée.

Initialement, le droit international était d'une grande valeur pour nous parce qu'à Al-Haq les critères auxquels nous nous référions étaient les principes et les normes du droit international. Il a donc été la base d'une grande partie de notre travail. Je continue à croire que le droit international est vital pour l'avenir. À mon avis, toutes ces divisions du Moyen-Orient en petits États non viables qui résultent de la Première Guerre mondiale sont arbitraires, artificielles et incapables de fonctionner. Elles ne tiennent pas compte de la rareté des ressources de la région, de l'eau en particulier. Et si nous sommes empêtrés dans cette situation

aujourd'hui, nous finirons par en sortir à l'avenir. C'est pourquoi le droit international reste important.

Cependant, je continue à croire que pour parvenir à une forme de fédération entre la Jordanie, la Palestine, Israël et peut-être aussi la Syrie et le Liban (ce qui, à mon avis, finira par arriver), nous devons régler les problèmes un à un. C'est pourquoi ceux qui disent que la solution est un État regroupant Israël et les territoires palestiniens occupés sont, à mon avis, des rêveurs. Oui, il ne doit y avoir finalement qu'un seul État, ou une seule unité politique, mais on ne peut pas brûler les étapes et la première, incontournable, c'est la fin de l'occupation. Il est impératif de franchir cette première étape importante, qui est de mettre fin à l'occupation et de se conformer aux principes du droit international, pour passer aux suivantes. De l'abandon du droit international ne peut naître que la confusion.

Je pense que le droit international est très important comme moyen de maintenir l'ordre et des règles. Nous ne pouvons pas l'abandonner. Naturellement, comme toutes les autres branches du droit, le droit international doit évoluer et continuer à se former, mais d'ici à ce que cela se produise, nous devons nous conformer à ce qu'il contient maintenant. Sinon, ce serait le chaos.

Croyez-vous que le droit de l'occupation, tel qu'il existe aujourd'hui, est encore propre à régir les situations d'occupation partout dans le monde ou faut-il à votre avis le réformer ?

C'est une grande question à laquelle je ne suis sans doute pas qualifié pour répondre parce que tout ce que je puisse dire, c'est que, d'après mon interprétation, le droit de l'occupation a pour objet d'empêcher les agresseurs de tirer profit de leur agression. Pour moi, c'est un principe très important, qui est incontournable. Le droit international essaie de préserver les relations entre les nations et de les maintenir sur une base légale ; il doit donc accepter que des nations se forment et aient une place. Alors, si une nation s'empare du territoire d'une autre, le droit international devrait prévoir des sanctions contre elle.

C'est un principe sain. Cependant, pour que le droit international puisse se faire respecter, quelque chose doit changer. L'idée, si j'ai bien compris, c'était que les Conventions de Genève, qui disent tout ce qu'il y a à dire, trouvent dans le CICR un gardien neutre. L'organisation pouvait donc jouer un rôle important. C'est une fonction cruciale qui, à mon sens, n'a pas été remplie.

Qu'attendiez-vous du CICR ?

On ne peut pas sous-estimer l'importance de l'aide que l'organisation apporte aux individus. Je sais ce que représentent les visites du CICR pour quelqu'un qui est isolé. Il ne faut pas déprécier l'aide apportée à petite échelle, pour rétablir les contacts, faire parvenir des choses à telle personne. Et cette aide, le CICR l'a toujours apportée.

Israël a toujours cherché à séparer les aspects humanitaires – qui s'appliquent, il l'a toujours dit, aux territoires occupés – des aspects non humanitaires des Conventions. Il a alors défini et tracé la ligne qu'il voulait entre les deux.



© Michael Siegrist

Il voulait aussi préserver certains des aspects humanitaires parce que, sinon, il y aurait eu une explosion. Mais le fait de s'occuper des aspects humanitaires ne remplace pas le travail sur les autres aspects ; c'est là le point crucial. Mais mes attentes étaient peut-être simplement excessives.

Quand j'ai commencé, j'avais de grands espoirs. Je pensais que le CICR était une organisation neutre, qu'il s'intéressait aux problèmes et avait la volonté et le pouvoir de jouer un rôle important. C'est peut-être l'inconvénient quand vous partez avec de grands espoirs, vous êtes déçu. Pourtant, j'ai senti une réticence de la part du CICR à s'attaquer aux problèmes de manière efficace, à prendre ouvertement position contre les implantations ou l'administration civile et à user de tout son pouvoir pour contribuer à faire cesser ces violations attentatoires. Parfois, j'ai senti plus de peur chez lui à se prononcer contre Israël que je n'en ai senti en Israël même. Les nombreuses fois où j'ai rencontré des délégués du CICR et remis en cause l'organisation, on m'a expliqué que vous aviez pour politique de ne pas vous prononcer ouvertement trop souvent. Pourtant, dans le cas de l'Irak, j'ai constaté qu'il y avait beaucoup plus de déclarations publiques exprimant une condamnation et prenant clairement position que dans le cas de la Palestine.

Je comprends parfaitement l'importance de se montrer économe dans la fréquence des déclarations publiques. Dès le début, Al-Haq a décidé de ne pas publier de communiqué de presse chaque fois que l'occasion s'en présentait parce que, s'il le faisait, il perdrait de son efficacité. Ainsi, au moment où je suis parti, nous avons probablement publié une quarantaine de communiqués de presse. C'est très, très peu, mais chaque fois que nous nous sommes prononcés, nous nous sommes assurés que le moment était le bon, que le communiqué était rédigé en termes vigoureux, qu'il était juste et ainsi de suite.

Je suis donc d'accord avec le CICR sur le fait que la condamnation n'est pas toujours le meilleur moyen de s'opposer aux violations. Néanmoins, je pense que le CICR ne s'est pas prononcé quand il aurait dû le faire. Il n'a pas pris les positions utiles et n'a pas usé de tous les moyens dont il disposait pour attirer l'attention du monde sur ce qui se passait vraiment ici.

De plus, c'était un cas d'école, celui d'une occupation où les Conventions de Genève s'appliquaient et qui, dans un sens, permettait d'en tester l'efficacité.

Je ne suis pas historien mais je crois que c'est l'une des premières fois que l'on a l'occasion de voir comment fonctionnent les Conventions de Genève dans le cas d'une occupation prolongée. Le CICR aurait donc dû saisir cette occasion très importante qui lui était donnée de jouer son rôle pour s'assurer qu'elles étaient convenablement appliquées, et mettre en garde l'occupant contre le danger de se laisser emporter par son pouvoir et de transformer les territoires occupés en une colonie, une extension de son propre territoire.

Je ne suis pas suffisamment engagé sur le terrain à l'heure actuelle pour en être sûr mais, d'après ce que je sais des organisations internationales, qu'elles travaillent dans le domaine du développement ou celui des droits de l'homme, chacune, globalement, respecte les paramètres israéliens. Je vous en donne un exemple : Israël a annexé *de facto* quelque 60 % de la Cisjordanie – la partie qui, dans l'Accord intérimaire, a été désignée sous le nom de zone C et qui relève entièrement de la juridiction israélienne. Le CICR et d'autres organisations ne font pas grand-chose pour contester cette pratique israélienne qui est en totale contradiction avec le droit international de l'occupation.

La vague actuelle de contestation sociale et politique dans la région a-t-elle, à votre avis, une influence sur la situation des Palestiniens ?

Je pense qu'elle aura une grande influence. La situation politique antérieure a permis à Israël de jouir d'une longue période de fausse paix avec l'Égypte et de continuer à coloniser la Cisjordanie. Avec la Syrie, Israël était aussi en paix *de facto*. C'est une autre fausse paix qui règne entre Israël et la Jordanie. Et au lieu d'aider Israël et les Israéliens à parvenir à une paix réelle avec leurs voisins, cette situation leur a fait croire que tant que ces tyrans régneraient dans le monde arabe, les peuples seraient réduits au silence et tairaient ce qu'ils pensent vraiment des politiques israéliennes à l'égard de leurs frères arabes, les Palestiniens. Cela va peut-être changer. Peut-être verrons-nous les choses évoluer vers quelque chose de plus positif. Personnellement, je ne crois pas qu'il faille détruire Israël, parce que ce serait une catastrophe. Je pense que les Israéliens sont là pour de bon. Mais dans quelles conditions ? C'est là la question. Et il ne me semble pas que les Israéliens pensent à ces conditions. Par exemple, quelle est leur relation avec la région ? Comment faire pour établir des relations viables à long terme avec leurs voisins de la région ?

Vous leur parlez en arabe et ils répondent : « Nous ne parlons pas arabe. » Et pourquoi pas ? Vous êtes dans une région arabophone ! Ils n'ont pas le désir de s'intégrer dans la région. Ils ne cherchent pas à tisser des liens avec la région. Ils comptent uniquement sur leur puissance militaire, sur le soutien total des États-Unis et sur leur alliance avec eux. S'ils veulent penser à leur bien à long terme, ils doivent se demander ce qu'ils doivent faire pour pouvoir faire partie de la région.

Dans le passé, les populations vivaient ensemble ; croyez-vous qu'une telle coexistence soit à nouveau possible et comment ?

Vous savez, j'ai vu bien des phases dans les relations entre Israéliens et Palestiniens, et j'ai aussi tiré la leçon du processus d'Oslo. La plupart des gens font l'erreur

de prendre leur expérience du présent comme point de départ de leur réflexion sur l'avenir. Ainsi, après les Accords d'Oslo, j'étais ouvertement sceptique, mais j'étais le plus souvent seul à l'être. Presque du jour au lendemain, beaucoup de jeunes ont commencé à dire : « Nous voulons qu'on nous donne une chance. Nous voulons vivre en paix. Nous voulons un avenir. Nous voulons oublier le passé. Nous voulons être amis avec les Israéliens ! » Ces jeunes, qui avaient alors un peu plus de vingt ans, étaient trop jeunes pour savoir quoi que ce soit de ce que j'avais vécu. J'ai compris que mes expériences pendant la première *intifada* et la lutte ne concernaient que moi et ceux de ma génération ! Je ne peux donc pas m'attendre à ce qu'ils sachent ce que je sais. Ainsi va le monde et c'est pourquoi il y a de l'espoir, parce qu'il y a toujours de nouvelles générations et de nouvelles expériences. Et ce n'est pas négatif.

Je n'ai jamais souscrit à l'idée que quelque chose dans le tempérament des Juifs et des Arabes fait qu'ils seront éternellement ennemis, parce que les Juifs et les Arabes ont toujours vécu ensemble sur cette terre et coopéré, et le fait d'avoir les trois religions monothéistes a été un enrichissement pour cette terre. Il n'y a donc rien dans le tempérament des deux peuples qui empêche qu'il en soit de nouveau ainsi.

Je vous donnerai un exemple qui date de vendredi dernier. Le vendredi, le plus souvent, nous partons en promenade. Vendredi dernier, au cours de notre promenade, nous sommes tombés sur une colonie. Il est devenu presque impossible désormais de faire une promenade dans ces collines sans tomber sur des colonies ou des routes qui y mènent et qui, taillées dans les collines, détruisent le paysage, ou sur des fils de fer barbelés, des murs, etc. Nous sommes donc arrivés à cette colonie, qui était d'un côté du *wadi*. De l'autre côté, il y avait un énorme rocher et des colons étaient venus faire de l'escalade. En temps normal, nous aurions pu nous arrêter, bavarder et les inviter à partager une partie de nos provisions. À la campagne, les gens sont d'ordinaire plus amicaux qu'ailleurs. Mais au contraire, en passant à proximité – mais pas trop près parce que nous étions sur un niveau et eux sur un autre, et qu'il y avait des fils de fer barbelés entre eux et nous – nous avons remarqué qu'ils avaient appelé une voiture des services de sécurité. Ils avaient peur que nous leur fassions du mal et avaient demandé des renforts venant de la colonie.

Finalement, ils sont allés de leur côté et nous du nôtre. Mais quelle tristesse ! Ils pratiquent l'escalade et ils ne peuvent pas le faire sans se retrancher derrière des fortifications, sans avoir besoin que des gardes du corps viennent à la rescousse et écrasent les fleurs sauvages avec leur 4x4. Il n'y a pas d'humanité commune entre les deux camps. Il n'y a pas d'humanité. C'est déplaisant, c'est cruel et cela ne peut pas fonctionner. C'est un exemple parfait, je crois.

Mais cela ne veut pas dire que les deux groupes ne finiront pas par vivre ensemble. Si l'injustice disparaît et que les problèmes sont réglés, ils apprendront à vivre ensemble, parce qu'il y a plus de traits communs entre eux que de différences. Après tout, la plupart des Israéliens viennent de pays arabes et nous sommes tous des Sémites. Où que je me trouve dans le monde, je suis immédiatement attiré vers quelqu'un de religion juive et nous constatons que nous

avons beaucoup en commun. Il se peut qu'aujourd'hui nous ayons encore plus d'expériences, de souffrances et d'attitudes en commun. Il y a plus d'éléments communs entre nous mais il faut d'abord lever les obstacles. Les peuples de l'Inde et du Royaume-Uni, par exemple, sont beaucoup plus proches aujourd'hui que lorsque l'Inde était une colonie. Chacun apprécie la culture de l'autre alors qu'à l'époque ce rapprochement était impossible.

Quels petits pas les deux côtés pourraient-ils faire pour se rapprocher de cet avenir que vous venez de décrire ?

Parmi les obstacles à la coopération entre les deux parties, il n'y a pas seulement l'exploitation, économique et matérielle, des ressources, mais aussi le regard porté sur le passé. Plus j'y réfléchis, plus je m'aperçois que tant que les Israéliens n'admettront pas ce qui s'est passé en 1948, lorsque les forces juives ont expulsé plus de 750 000 Palestiniens de leurs foyers en refusant de les laisser revenir – ce que les Palestiniens appellent leur *Nakba* (catastrophe) – il ne peut pas y avoir de réconciliation entre les deux côtés. Il est donc important de s'attacher à comprendre le passé.

De même, il est important que les Palestiniens comprennent l'impact de l'Holocauste sur le peuple juif. Les Israéliens ne le savent peut-être pas, mais nous avons grandi sans avoir jamais entendu parler de l'Holocauste. Je pense que l'impact de l'Holocauste sur les Israéliens doit être compris des Palestiniens.

J'ai écrit un petit livre en deux parties qui n'existe qu'en français. La première partie est sur le droit de retour, qui est crucial à mon avis, et j'y évoque aussi ce qui s'est passé en Europe pendant et après la Seconde Guerre mondiale et son impact sur la Palestine. La deuxième partie est une fiction futuriste qui se passe en 2037. Le livre est intitulé *2037: Le Grand Bouleversement*. C'est une vision de la situation telle qu'elle pourrait être en 2037. C'est une date arbitraire mais je pense qu'elle est suffisamment éloignée pour qu'il se soit produit quelque chose entre-temps et que le paysage de la région ait complètement changé.

Je crois qu'un jour viendra où la réalité sera différente. Persister dans la voie actuelle demande trop de force militaire, physique et intellectuelle. Tout est forcé actuellement: la façon de travestir l'histoire, les positions, les discours nationaux, l'économie, le mésusage des ressources naturelles. L'ensemble de la région pourrait tirer un parti fabuleux de l'interaction et de la coopération des différentes nations qui y vivent, alors que les budgets militaires absorbent actuellement des fortunes. La région dans son ensemble n'est qu'une toute petite partie du globe. Nous sommes trop petits dans le monde et la source de trop de problèmes... pour rien. À quoi tout cela rime-t-il ?

DÉBAT

Le droit de l'occupation est-il applicable à la phase d'invasion ?

Marten Zwanenburg, Michael Bothe et Marco Sassòli*

La rubrique « débat » de la Revue a pour objet d'alimenter la réflexion sur des polémiques actuelles, de nature éthique, juridique ou pratique, touchant des enjeux humanitaires.

La définition de l'occupation au regard du droit international humanitaire (DIH) est assez vague et les instruments de DIH ne contiennent pas de critère clair permettant d'identifier le moment où commence l'occupation. Il ressort de la formulation de l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907, que l'occupation peut être définie comme l'exercice effectif du contrôle par des forces armées ennemies sur un territoire étranger. Déterminer le moment auquel une invasion devient une occupation est parfois malaisé ; dès lors se pose la question de savoir si le droit de l'occupation ne pourrait pas être déjà appliqué pendant la phase d'invasion. Sur ce point, les juristes se divisent généralement en deux camps. On considère le plus souvent que les dispositions du droit de l'occupation ne s'appliquent que lorsque sont réunis les éléments qui sous-tendent la définition arrêtée dans l'article 42 du Règlement de La Haye. Toutefois, la théorie dite « de Pictet » – telle que formulée par Jean S. Pictet dans le Commentaire du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) sur les Conventions de Genève – nie l'existence d'une phase intermédiaire entre invasion et occupation, et avance que certaines dispositions du droit de l'occupation s'appliquent déjà durant la phase d'invasion.

L'exemple de l'Irak en 2003, avec l'effondrement d'infrastructures publiques essentielles comme les hôpitaux et les installations d'approvisionnement

* La version originale en anglais de ce débat est publiée sous le titre « Is the law of occupation applicable to the invasion phase? », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, N° 885, Spring 2012, pp. 29-50.

en eau, dûs en partie aux actes massifs de pillage et de violence qui ont accompagné l'avancée des forces de la coalition, a montré que ce débat n'est pas purement académique. Il est essentiel que les forces d'invasion sachent quelles sont les règles qu'elles sont censées appliquer.

*Trois experts du droit de l'occupation – Marten Zwanenburg, Michael Bothe et Marco Sassòli – ont bien voulu prendre part à ce débat en défendant trois conceptions différentes. **Marten Zwanenburg** considère que l'unique critère permettant de fixer le moment où une invasion devient une occupation est celui qui est défini dans l'article 42 du Règlement de La Haye et rejette donc la « théorie de Pictet ». **Michael Bothe**, s'il s'oppose lui aussi à la théorie de Pictet, considère qu'une éventuelle phase intermédiaire entre l'invasion et l'occupation, si elle devait exister, ne pourrait être que très brève et que, une fois qu'un envahisseur a pris le contrôle d'une partie d'un territoire envahi, le droit de l'occupation s'applique. Enfin, **Marco Sassòli** défend la théorie de Pictet et affirme que, afin d'éviter toute lacune juridique, il convient de ne faire aucune distinction entre la phase d'invasion et la phase d'occupation pour appliquer les règles de la IV^e Convention de Genève.*

Afin de satisfaire à des exigences de clarté et de brièveté, nos trois auteurs ont simplifié certaines subtilités de leur argumentation. Le lecteur comprendra que leurs positions réelles peuvent être plus nuancées qu'elles n'apparaissent dans ces pages.

: : : : : :



Contre la théorie de Pictet

Marten Zwanenburg*

Marten Zwanenburg est conseiller juridique auprès du ministère de la Défense des Pays-Bas

: : : : : :

Depuis quelques années, le droit de l'occupation bénéficie d'un regain d'attention, portant essentiellement sur l'interprétation des règles de fond de ce domaine du droit international humanitaire (DIH), sur sa relation avec les droits de l'homme et sur l'impact des décisions rendues par le Conseil de sécurité des Nations Unies au sujet de son application.

On accorde en revanche relativement peu d'attention à la question du moment où le droit de l'occupation commence à s'appliquer, et en particulier du moment où une invasion devient une occupation. Dans son rapport à la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge sur les « défis posés par les conflits armés contemporains », le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) affirme que des questions juridiques importantes demeurent en suspens en la matière :

Non seulement la définition d'une occupation est floue au regard du DIH, mais d'autres éléments factuels – comme la poursuite des hostilités et/ou l'exercice d'un certain degré d'autorité par les autorités locales ou par les forces étrangères durant et après la période de retrait – peuvent rendre relativement difficile la classification juridique d'une situation donnée... La détermination du cadre juridique applicable en cas d'invasion par des forces étrangères ou de retrait de ces forces est une question étroitement liée à l'applicabilité du droit de l'occupation. On estime qu'il conviendrait de privilégier une interprétation large de l'application de la IV^e Convention

* martenzwanenburg@yahoo.com. Cet article a été rédigé à titre personnel. Les opinions qui y sont exprimées ne reflètent pas nécessairement le point de vue du ministère de la Défense, ni d'aucune autre instance du gouvernement néerlandais.

de Genève durant les phases d'invasion et de retrait, en vue de maximiser la protection que le droit confère à la population civile¹.

Le CICR évoque ici le débat, déjà ancien, portant sur le seuil d'application du droit de l'occupation. Pendant longtemps, on a opéré une distinction nette entre occupation et invasion ; il était généralement admis que le droit de l'occupation ne commençait à s'appliquer qu'à partir du moment où un degré minimal de stabilité avait été atteint dans une zone envahie. Cette conception trouvait sa source dans le libellé de l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907².

Lors de l'adoption des quatre Conventions de Genève, les dispositions relatives à l'occupation contenues dans le Règlement de La Haye furent complétées par la section III du titre III de la IV^e Convention de Genève. La Convention élargissait notablement le champ d'application du droit de l'occupation en prévoyant, à l'article 2(2), qu'il s'applique dans le cas d'une occupation qui ne rencontre aucune résistance, c'est-à-dire sans invasion préalable. Quant aux situations dans lesquelles une invasion préalable a eu lieu, la Convention ne contient aucune indication précisant à quel moment ce type d'invasion devient une situation d'occupation. Il en découle une interrogation : convient-il, au sujet de cette transition, d'appliquer le même critère que pour déterminer quand les dispositions sur l'occupation du Règlement de La Haye deviennent applicables ou faut-il, au regard de la IV^e Convention de Genève, appliquer un critère différent ?

C'est cette deuxième option que défend Jean Pictet dans son commentaire des Conventions de Genève³, raison pour laquelle ce point de vue est parfois appelé « théorie de Pictet »⁴. Le critère appliqué par Pictet pour décider s'il

1 Rapport présenté à la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », CICR, Genève, octobre 2011, disponible sur : http://www.rcrcconference.org/docs_upl/fr/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-fr.pdf (dernière consultation le 21 février 2012).

2 L'article 42 du Règlement de La Haye de 1907 dispose : « Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer ».

3 Voir Jean S. Pictet (éd.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire, IV : La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Comité international de la Croix-Rouge (CICR), Genève, 1956 (Article 6(1)), disponible sur : <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/380-600009?OpenDocument> (dernière consultation le 21 février 2012).

4 Il convient de noter que la théorie de Jean Pictet, selon laquelle la définition de l'occupation serait différente dans le contexte de la IV^e Convention de Genève (CG IV) de celle qui découle de l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907, ne reflète pas le point de vue actuel du CICR sur la question. Selon le CICR, en l'absence de toute définition détaillée de l'occupation dans la CG IV et de par l'application de son article 154 – qui souligne que la Convention complète le Règlement de La Haye de 1907 – l'affirmation selon laquelle la CG IV donnerait une définition différente de l'occupation n'est plus pertinente au regard de la *lex lata* (loi en vigueur). Pour le CICR, la théorie de Pictet doit être interprétée comme abaissant simplement le seuil d'application de certaines normes de la CG IV de sorte qu'elles puissent aussi produire leurs effets juridiques au cours de la phase d'invasion (c'est-à-dire dans une situation où l'on ne peut pas parler d'autorité effective aux fins du DIH), pour renforcer la protection juridique conférée par le DIH aux personnes protégées prises au piège dans des zones envahies. Par conséquent, le CICR considère toujours l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907 comme l'unique critère juridique permettant de déterminer l'existence d'une situation d'occupation.

y a occupation au sens de la IV^e Convention de Genève se fonde sur une lecture particulière de l'article 4 de cette convention, selon laquelle les dispositions de la IV^e Convention de Genève relatives à l'occupation s'appliquent dès l'instant où les forces ennemies exercent leur pouvoir sur une personne protégée. Le critère dépend donc du pouvoir exercé sur les personnes plutôt que du contrôle exercé sur un territoire, comme l'exige le Règlement de La Haye. Un certain nombre de juristes ont repris ce critère, qui semble aussi avoir été appliqué par une Chambre de première instance du Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) dans l'affaire *Naletilić et Martinović*⁵. Bon nombre des partisans de ce critère étayaient leur argumentation en avançant que s'il n'était pas accepté, il en découlerait des lacunes dans la protection conférée par le DIH⁶. Il serait donc, à ce titre, conforme à une interprétation téléologique de la IV^e Convention de Genève, visant à renforcer au maximum la protection accordée par le DIH.

Il existe cependant des arguments de poids à l'encontre de la théorie de Pictet; nous les aborderons brièvement dans le présent article. La première objection concerne le libellé de l'article 4 de la IV^e Convention de Genève. Le passage pertinent de cet article dispose que :

Sont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes.

Il convient de relever que cet article concerne des personnes qui se trouvent au pouvoir, entre autres, d'une Puissance occupante. Il exige donc, semble-t-il, une situation d'occupation préexistante, dans le contexte de laquelle des personnes se trouvent au pouvoir de la Puissance occupante. En d'autres termes, l'occupation n'est pas due au fait que des personnes se trouvent au pouvoir d'une puissance. Il est intéressant de relever que le commentaire de Pictet étaye implicitement ce point, ce qui tend à montrer que le commentaire manque de cohérence interne :

Les mots « en cas de conflit ou d'occupation » doivent être entendus au sens de l'article 2. Quant à l'expression « au pouvoir », elle a un sens extrêmement large. Il ne s'agit pas uniquement du pouvoir direct, comme celui que l'on possède sur un prisonnier. Le simple fait de se trouver sur le territoire d'une Partie au conflit ou sur un territoire occupé implique que l'on se trouve au pouvoir des autorités de la Puissance occupante. Il se peut que l'exercice de ce pouvoir ne se matérialise jamais à l'égard d'une personne protégée.

Voir, pour plus de détails, l'article de Tristan Ferraro, « Comment déterminer le début et la fin d'une occupation au sens du droit international humanitaire », dans cette édition.

5 TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, affaire N° IT-98-34-T, Chambre de première instance, jugement, 31 mars 2003, para. 219 à 221.

6 Si le critère n'était pas accepté, les personnes se trouvant dans des territoires envahis mais non encore occupés ne bénéficieraient que des mesures de protection limitées figurant dans les titres I et II de la CG IV.

Ainsi, par exemple, il est fort possible qu'un habitant d'un territoire occupé n'ait jamais affaire à la Puissance occupante ou à ses organes. Autrement dit, l'expression « au pouvoir » n'a pas forcément un sens matériel; elle signifie simplement que la personne se trouve dans un territoire dont la Puissance en question est maîtresse⁷.

Accepter la théorie de Pictet conduirait à une situation dans laquelle la décision de savoir si une personne est une « personne protégée » se confondrait avec le critère servant à déterminer s'il y a occupation. Voilà qui serait difficile à concilier avec l'existence, dans la IV^e Convention de Genève, d'un chapitre spécifiquement voué aux situations d'occupation. Cela soulèverait aussi la question de savoir s'il faut faire une différence entre les personnes et les biens en ce qui concerne les situations dans lesquelles ils sont protégés. La section III du titre III de la IV^e Convention de Genève contient à la fois des dispositions protégeant les personnes et des dispositions protégeant les biens. Selon la théorie de Pictet, le seuil d'application pour les personnes serait plus bas que pour les biens. Les premières seraient protégées en vertu de l'article 4 de la IV^e Convention de Genève dès l'instant où elles se trouvent au pouvoir d'une partie au conflit, tandis que les seconds ne seraient protégés que dans une situation d'occupation au sens du Règlement de La Haye.

Rien, dans les travaux préparatoires des Conventions de Genève, ne laisse supposer que leurs auteurs auraient eu l'intention de s'écarter de la notion d'occupation acceptée jusque-là. Si leur intention avait été de s'éloigner si radicalement, dans la Convention qu'ils rédigeaient, de la conception qui prévalait à l'époque, on peut penser que la question aurait à tout le moins été évoquée au cours des débats.

Il est vrai que, si l'on rejette la théorie de Pictet, les personnes se trouvant au pouvoir des forces d'invasion jouissent d'une protection moindre que des personnes au pouvoir d'une Puissance occupante. Toutefois, une telle différence dans les niveaux de protection entre des groupes de personnes différents n'a rien d'exceptionnel dans les Conventions de Genève. De fait, les rédacteurs des Conventions ont opéré des distinctions qui ont des conséquences sur le niveau de protection accordé à des groupes de personnes précis. L'exemple le plus patent est la distinction entre conflits armés internationaux et non internationaux. L'article 4 de la IV^e Convention fournit un autre exemple de distinction de ce type. Il dispose que les ressortissants d'un État neutre se trouvant sur le territoire d'un État belligérant et les ressortissants d'un État cobelligérant ne seront pas considérés comme des « personnes protégées » aussi longtemps que l'État dont ils sont ressortissants aura une représentation diplomatique normale auprès de l'État au pouvoir duquel ils se trouvent. Qu'on le veuille ou non, ce type de distinction fait partie intégrante du DIH dans son état actuel et le fait que l'objet et la raison d'être des Conventions de Genève soient de nature humanitaire n'y change rien.

7 Voir J. Pictet, *op. cit.*, note 3, (CG IV, Art. 4(1)), disponible sur: [//www.icrc.org/dih.nsf/COM/380-600007?OpenDocument](http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/380-600007?OpenDocument) (dernière consultation le 21 février 2012).

Cet objet et cette raison d'être ont un rôle important à jouer dans l'interprétation de telle ou telle disposition des Conventions, mais ils ne peuvent introduire dans ces textes une règle nouvelle qui n'y était pas inscrite jusque-là.

Certes, il n'est pas exclu que les États puissent, dans l'application d'une disposition d'un traité, en arriver à considérer qu'une clause particulière doit être lue différemment de ce qu'avaient prévu à l'origine les rédacteurs du texte. L'article 31(3)(b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose en effet qu'il y a lieu, aux fins de l'interprétation d'une disposition d'un traité, de tenir compte « de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ».

Un exemple bien connu de pratique d'un État modifiant après coup l'interprétation jusque-là admise d'une règle dans le contexte du DIH est l'article 118 de la III^e Convention de Genève, relatif à la libération et au rapatriement des prisonniers de guerre. Il existe une abondante pratique des États qui prouve que les États font de cette disposition une interprétation différente de celle qui avait été adoptée en 1949⁸. Tel n'est cependant pas le cas de la définition de l'occupation. Au contraire, la majeure partie de la pratique des États disponible – à l'exception notable de l'arrêt rendu par la Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Le Procureur c. Naletilić and Martinović* citée plus haut – pointe dans la direction opposée. Ainsi, dans l'affaire *Rev. Mons. Sebastiao Francisco Xavier dos Remedios Monteiro v. The State of Goa*, la Cour suprême de l'Inde a appliqué la définition de l'occupation inscrite à l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907 pour définir le début d'une occupation au sens des Conventions de Genève⁹. La Cour internationale de justice (CIJ), dans l'affaire des activités armées sur le territoire du Congo (*RDC c. Ouganda*), a considéré que la définition de l'occupation inscrite à l'article 42 du Règlement de La Haye reflétait le droit international coutumier¹⁰. La Cour a ensuite appliqué cette définition dans son analyse des affirmations formulées par la RDC, y compris les allégations de violation des dispositions des Conventions de Genève par l'Ouganda. On peut donc penser que, selon la Cour, la définition de l'occupation formulée à l'article 42 s'applique aussi aux Conventions de Genève.

Il y a lieu de s'interroger sur la compatibilité de la théorie de Pictet avec le principe de l'effectivité. En d'autres termes, cette théorie pourrait conduire à une situation dans laquelle une Puissance occupante se trouve dans l'impossibilité matérielle de remplir les obligations qui lui incombent. Cela suggérerait que les rédacteurs de la IV^e Convention de Genève n'auraient pas été partisans de la théorie de Pictet, puisqu'on ne saurait supposer qu'ils eussent accepté, pour leurs États respectifs, des obligations dont ils savaient que ces États ne pour-

8 Voir, entre autres, la pratique citée par John Quigley, « Iran and Iraq and the obligations to release and repatriate prisoners of war after the close of hostilities », dans *American University International Law Review*, Vol. 5, N° 1, 1989, p. 83; et Marten Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005, p. 56.

9 Cour suprême de l'Inde, *Rev. Mons. Sebastiao Francisco Xavier dos Remedios Monteiro v. The State of Goa*, 26 mars 1969, *All India Reporter* 1970 SC 329.

10 CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, 19 décembre 2005, CIJ Recueil 2005, p. 168, para. 172.

raient pas les respecter. En général, la plupart des dispositions de la section III du titre III de la IV^e Convention de Genève semblent présupposer l'existence d'un contrôle effectif sur un certain territoire pour être pleinement respectées. C'est particulièrement vrai pour les obligations « positives » contenues dans cette section, à savoir celles qui exigent de la Puissance occupante qu'elle prenne des mesures, et non qu'elle s'abstienne d'agir. Ainsi de l'obligation, inscrite à l'article 50, de faciliter le bon fonctionnement des établissements consacrés aux soins et à l'éducation des enfants. Si les institutions locales ne sont pas adaptées à cette fin, la Puissance occupante doit prendre des dispositions pour assurer l'entretien et l'éducation, si possible par des personnes de leurs nationalité, langue et religion, des enfants orphelins ou séparés de leurs parents du fait de la guerre, en l'absence d'un proche parent ou d'un ami qui pourrait y pourvoir. Il est évident qu'une patrouille qui a pénétré sur le territoire de l'ennemi et qui a pris le contrôle d'un village pour une brève période ne sera guère en mesure de fournir une éducation aux enfants avec lesquels elle entre en contact. Ce type de tâche exige habituellement la présence de personnel spécialisé (chargé de la « coopération entre civils et militaires » ou des « affaires civiles ») qui n'est pas déployé aux côtés d'une patrouille de ce type. Un autre exemple est l'article 56, qui fait obligation à la Puissance occupante d'assurer et de maintenir, avec le concours des autorités nationales et locales, les établissements et les services médicaux et hospitaliers, ainsi que la santé et l'hygiène publiques dans le territoire occupé. L'article cite en particulier les mesures prophylactiques et préventives nécessaires pour combattre la propagation des maladies contagieuses et des épidémies. Selon le commentaire de Pictet, les mesures que doit prendre une Puissance occupante pour remplir ses devoirs au titre de l'article 56 comprennent, par exemple, le contrôle de l'hygiène, l'éducation du public, la distribution de médicaments, l'organisation du dépistage et de la désinfection, la constitution de stocks de matériel sanitaire, l'envoi de missions médicales dans les régions où règnent des épidémies, l'isolement et l'hospitalisation des personnes atteintes de maladies transmissibles, la création de nouveaux hôpitaux et de centres médicaux. Ces mesures présupposent des capacités et du personnel spécialisé qui ne sont généralement pas disponibles dans de nombreuses situations dans lesquelles s'appliquerait la théorie de Pictet. Il est vrai que l'article 56 nuance l'obligation faite à l'occupant en ajoutant les mots « dans toute la mesure de ses moyens ». Ceci n'enlève rien au fait que ces dispositions, ainsi que d'autres inscrites dans la section III du titre III, n'ont à l'évidence pas été écrites en vue d'être appliquées pendant une phase d'invasion.

D'aucuns pourraient faire valoir, au vu de ce qui précède, que seuls certains des droits et des obligations du droit de l'occupation – et non pas la totalité d'entre eux – s'appliqueraient dans une situation où des personnes protégées se trouvent au pouvoir d'une partie au conflit. Ce point de vue est problématique pour deux raisons. Premièrement, rien dans le texte de la IV^e Convention de Genève ne suggère une différenciation entre les diverses obligations de la section III du titre III. Deuxièmement, la distinction entre les droits et les obligations qui s'appliqueraient et ceux qui ne s'appliqueraient pas dans une situation régie par

la théorie de Pictet n'est pas évidente. On se trouverait alors dans une situation où les États parties (et les personnes protégées) seraient dans l'incertitude quant à leurs obligations dans une situation donnée, ce qui est hautement indésirable du point de vue de la sécurité juridique.

En conclusion, toute une série d'arguments suggèrent fortement qu'il n'existe actuellement aucun critère distinct – différent de celui qui est défini dans le Règlement de La Haye – permettant de déterminer à quel moment une invasion devient une occupation. Cela ne signifie pas que l'on ne puisse plaider pour l'application de la théorie de Pictet à titre de *lex ferenda*. De fait, l'application de cette théorie conduit à une protection accrue pour les personnes protégées et comblerait une « lacune de protection » dans le droit. Il n'en demeure pas moins qu'une certaine prudence s'impose.

Comme l'indique le rapport du CICR cité plus haut, la pratique a montré que de nombreux États prétendent que le droit de l'occupation est inapplicable alors même qu'ils exercent un contrôle effectif sur un territoire étranger ou sur une partie de celui-ci, car ils refusent d'être perçus comme une Puissance occupante. Si tel est déjà le cas lorsque l'article 42 du Règlement de La Haye est le critère pour déterminer s'il y a occupation, cette tendance augmenterait sans doute fortement si la théorie de Pictet devait être acceptée. On peut se demander, dans de telles conditions, si l'application de cette théorie offrirait vraiment tous les avantages invoqués par ses partisans en termes de protection accrue.



Le contrôle effectif pendant l'invasion : un regard pragmatique sur le seuil d'application du droit de l'occupation

Michael Bothe

Michael Bothe est professeur émérite à l'université Johann Wolfgang Goethe, Francfort-sur-le-Main*.

: : : : : :

La question posée par les rédacteurs – «Le droit de l'occupation est-il applicable pendant la phase d'invasion?» – met en relation deux situations: «l'occupation» et «l'invasion». Or, si le DIH fournit une définition du terme «occupation» (même si le détail de la définition peut donner lieu à controverse), tel n'est pas le cas du terme «invasion». Aux fins du présent commentaire, nous utiliserons ce mot dans son sens ordinaire et courant. Dans un contexte militaire, l'invasion désigne la pénétration d'unités militaires dans un territoire appartenant à un autre État. C'est dans ce sens que le terme est utilisé, par exemple, dans la définition de l'agression formulée par l'Assemblée générale des Nations Unies, qui inclut «[l']invasion ou l'attaque du territoire d'un État par les forces armées d'un autre État»¹¹.

L'existence d'une occupation déclenche l'application d'un régime juridique spécial défini dans le Règlement de La Haye (qui est constitutif de droit coutumier), dans la IV^e Convention de Genève et – pour certains éléments – dans le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève. Ce régime ne peut s'appliquer en l'absence d'occupation. Durant une phase d'invasion, il ne peut être appliqué que si, et dans la mesure où, une situation d'occupation est apparue en même temps. Cependant, dans les instruments juridiques qui traitent à la fois de l'invasion et de l'occupation, celle-ci est généralement considérée comme une situation qui fait suite à une invasion ou qui en est le résultat. Ainsi,

* M.Bothe@jur.uni-frankfurt.de.

11 Assemblée générale des Nations Unies, résolution 3314 (XXIX), 14 décembre 1974, *Annexe*, Art. 3(a).

le paragraphe contenant la définition de l'agression cité ci-dessus inclut aussi « toute occupation militaire ... résultant d'une telle invasion »¹². Il en va de même pour le manuel dit d'Oxford, adopté en 1880 par l'Institut de Droit international, qui affirme qu'un territoire est considéré comme occupé « à la suite de son invasion par des forces ennemies »¹³. Cependant, il n'est pas impossible selon nous qu'il y ait coexistence, ou chevauchement, entre une situation d'invasion et une situation d'occupation. Si l'on considère, en particulier, la situation d'un État envahi comme un tout, il se peut que l'envahisseur ait déjà assis son autorité sur une portion du territoire, alors même que l'avancée militaire (l'invasion) se poursuit dans d'autres parties du territoire.

Il ne s'agit pas ici de jouer sur les mots ; la question est éminemment concrète. Songeons à la situation qui s'est produite pendant l'invasion de l'Irak par les États-Unis et le Royaume-Uni en 2003 : durant l'avancée des troupes d'invasion, de nombreux actes de pillage furent commis par des particuliers. Si l'on avait considéré que le droit de l'occupation s'appliquait, les forces d'invasion/d'occupation auraient eu le devoir d'empêcher ces actes. Dans le cas contraire, il est très difficile de trouver un fondement juridique à un tel devoir de prévention.

Le droit de l'occupation offre un système équilibré de droits et de devoirs de la Puissance occupante. La CIJ l'a bien résumé comme suit¹⁴ :

[La Puissance occupante] se trouvait dans l'obligation, énoncée à l'article 43 du Règlement de La Haye de 1907, de prendre toutes les mesures qui dépendaient [d'elle] en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il était possible, l'ordre public et la sécurité dans le territoire occupé en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur en RDC. Cette obligation comprend le devoir de veiller au respect des règles applicables du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, de protéger les habitants du territoire occupé contre les actes de violence et de ne pas tolérer de tels actes de la part d'une quelconque tierce partie.

Ce régime satisfait un certain nombre d'intérêts en matière de protection. Tous les intérêts en jeu nécessitent-ils d'être protégés pendant une phase d'invasion ? Peut-on raisonnablement s'attendre à ce qu'ils soient protégés pendant cette phase ? Dans le débat doctrinal sur la question du chevauchement entre les deux notions, la théorie avancée par Jean Pictet offre une réponse facile : toute invasion réussie crée immédiatement une situation d'occupation.

Il n'y a pas de période intermédiaire entre ce que l'on pourrait appeler la phase d'invasion et l'installation d'un régime d'occupation stable. Même une patrouille qui pénétrerait en territoire ennemi, sans avoir l'intention de s'y

12 *Ibid.*

13 Manuel des lois de la guerre sur terre (ci-après « Manuel d'Oxford »), 9 septembre 1880, art. 41.

14 CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, 19 décembre 2005, CIJ Recueil 2005, p. 168, para. 178.

maintenir, doit respecter la Convention à l'égard des personnes civiles qu'elle rencontrerait¹⁵.

Avec tout le respect dû à l'auteur et à son souci de protection des victimes, cette conception constitue, à tout le moins, une simplification excessive. C'est à juste titre que Marten Zwanenburg la rejette. Si l'on prend le terme « occupation » dans son acception naturelle, il faut nécessairement qu'une certaine forme de contrôle soit exercée. Seul un certain degré d'autorité peut déclencher le régime spécifique de droits et de devoirs, y compris les devoirs de protection imposés à la Puissance occupante, qui constitue l'essence même du droit de l'occupation. La seule présence de forces sur un territoire étranger ne suffit pas à déclencher l'application de ce régime. Une incursion éclair à travers la frontière n'instaure pas une situation de contrôle et n'entraîne donc pas d'occupation. Lorsqu'une armée d'invasion progresse, se frayant un chemin par les armes en territoire étranger, elle n'établit pas immédiatement son contrôle sur ce territoire. Si un char d'assaut en route pour se joindre à une bataille qui fait rage un kilomètre plus loin passe devant une maison en flammes, son conducteur n'est pas censé s'arrêter pour venir en aide aux pompiers. Il doit s'abstenir d'ouvrir le feu sur eux car ce sont des civils et il doit les laisser accomplir leur devoir car ils constituent une unité de protection civile protégée. Cependant, à ce stade du conflit, les forces d'invasion n'ont pas encore les devoirs d'une Puissance occupante en termes de préservation du bien-être de la population du territoire occupé, qui pourrait effectivement inclure l'aide à la lutte contre les incendies. La force de combat en phase d'invasion a, pour l'essentiel, des devoirs négatifs à l'égard de la population: elle doit s'abstenir d'attaquer la population civile, les personnes ou les biens civils. Dans une zone de contact, alors que les combats se poursuivent, l'armée d'invasion a d'autres préoccupations et d'autres responsabilités que de remplir les fonctions de maintien de l'ordre d'une Puissance occupante.

À quel moment, cependant, la situation change-t-elle? À quel moment ces responsabilités s'imposent-elles bel et bien à la force d'invasion? Marten Zwanenburg n'aborde pas cette question cruciale, qui n'est pas pertinente pour son propos. Or, c'est une chose de réfuter la théorie de Pictet; c'est une autre chose d'apporter une réponse appropriée à cette question essentielle. Combien de temps la population du territoire envahi doit-elle attendre jusqu'à ce que l'envahisseur se charge d'assurer l'ordre public dont elle a tellement besoin? Doit-elle attendre que le commandant de l'armée d'invasion soit confortablement installé dans le bureau de l'ancien gouvernement de la province et dispose des secrétaires nécessaires pour répondre au téléphone et pour taper une déclaration proclamant qu'il a pris en charge les pouvoirs d'un occupant? Si cette question recevait une réponse positive, cela signifierait finalement que l'instauration d'un régime d'occupation dépend du bon vouloir du commandant d'une armée d'invasion ou de son gouvernement. Cela reviendrait à négliger les besoins de la

15 J. S. Pictet, *op. cit.*, note 3, art. 6, p. 67.

population concernée, qui doit être protégée par un pouvoir gouvernemental. La notion d'« occupation » deviendrait par là une notion subjective, soumise au bon vouloir de l'occupant. Or, l'occupation est une notion objective. Le droit de l'occupation s'applique une fois qu'existe, en termes objectifs, une situation d'occupation.

Objectivement, « occupation » signifie « autorité *de facto* ». Marten Zwanenburg a raison sur ce point. Cependant, le fait que les forces présentes sur un territoire étranger ne souhaitent pas exercer cette autorité ne change rien à la situation objective. Il y a donc occupation non seulement lorsqu'une force d'occupation a effectivement pris en charge les prérogatives du gouvernement, mais surtout dès l'instant où cette force est en mesure de le faire. Cette conception du champ d'application du droit de l'occupation est inscrite dans des formulations plus anciennes de ce droit, mais aussi dans des textes tout à fait récents. Le Manuel d'Oxford était déjà explicite sur ce point :

Article 41. Un territoire est considéré comme occupé lorsque, à la suite de son invasion par des forces ennemies, l'État dont il relève a cessé, en fait, d'y exercer une autorité régulière, et que *l'État envahisseur se trouve être seul à même d'y maintenir l'ordre*. Les limites dans lesquelles ce fait se produit déterminent l'étendue et la durée de l'occupation¹⁶.

On trouve la même conception dans le nouveau manuel britannique du droit des conflits armés, selon lequel deux conditions doivent être satisfaites : « Premièrement, que l'ancien gouvernement ait été rendu incapable d'exercer publiquement son autorité dans cette région, et deuxièmement, que la puissance occupante *soit en mesure* de substituer sa propre autorité à celle de l'ancien gouvernement »¹⁷. Le TPIY adopte à peu près le même double critère : « La puissance occupante doit *être en mesure* de substituer sa propre autorité à celle de la puissance occupée, désormais incapable de fonctionner publiquement »¹⁸.

À quel moment une armée d'invasion est-elle en mesure d'exercer son autorité ? La réponse dépend de divers facteurs, mais l'expérience – tout particulièrement en Irak – montre que ce moment peut survenir plus tôt que l'on ne pourrait s'y attendre. Si une invasion ne se heurte à aucune résistance et si l'ancienne structure gouvernementale se délite d'elle-même, l'envahisseur se trouvera très rapidement en position d'exercer son autorité, qu'il le veuille ou non. On se trouve alors dans la situation à laquelle nous avons déjà fait allusion, où la résistance d'un État envahi s'effondre rapidement, de sorte que l'envahisseur se trouve bel et bien en situation d'exercer une autorité *de facto* sur une partie du territoire, tandis que l'avancée (l'invasion) se poursuit dans d'autres parties du territoire. Un commandant d'une force d'invasion conscient de ses responsabilités (et quelque peu optimiste) devrait donc rédiger des règles d'engagement qui sen-

16 Manuel d'Oxford, *op. cit.*, note 13 (souligné par nous).

17 Ministère britannique de la Défense, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, 2004, Sec. 11.3 (souligné par nous) [traduction CICR].

18 TPIY, *op. cit.*, note 5, para. 217 (souligné par nous).

sibilisent les soldats à la responsabilité de fournir ne serait-ce qu'une protection élémentaire à la population à un stade relativement précoce d'une invasion réussie.

Que faut-il en conclure s'agissant du postulat de Pictet selon lequel il n'y aurait aucune phase intermédiaire entre l'invasion et l'occupation ? Dans la perspective que nous défendons, cette éventuelle phase intermédiaire, si elle existe, serait en tout état de cause extrêmement brève. Dès l'instant où un envahisseur a assis son autorité sur une partie d'un territoire envahi, le droit de l'occupation s'applique, même si l'avancée qui précède cette prise de contrôle se poursuit dans d'autres parties du territoire. Le point essentiel qui rapproche la solution proposée dans le présent commentaire de la position de Pictet est l'idée que ce n'est pas la mise en place concrète d'un dispositif d'exercice du pouvoir qui déclenche l'application du droit de l'occupation, mais que cette application est déjà déclenchée lorsque l'envahisseur est en mesure d'exercer ce pouvoir, même s'il n'est pas encore disposé à le faire.

C'est l'exemple donné par Pictet dans les deux phrases citées plus haut¹⁹ qui prête le flanc à la critique. Une patrouille qui pénètre en territoire ennemi sans avoir l'intention de s'y maintenir n'instaure pas une situation de contrôle effectif et par conséquent ne déclenche pas l'application du droit de l'occupation. C'est toutefois en ce point précis que Marco Sassòli rejoint la théorie de Pictet. Il affirme que la théorie de Pictet est nécessaire pour assurer une protection appropriée des personnes au pouvoir d'une force d'invasion avant que l'on puisse parler de situation d'occupation au sens que nous défendons dans les pages qui précèdent. Or, cette protection, selon nous, peut être assurée par d'autres règles que celles du droit de l'occupation, en particulier par le Protocole additionnel I, par le droit humanitaire coutumier et par les droits de l'homme. Le problème, comme le souligne à juste titre Marco Sassòli, est dû en partie à la définition un peu maladroite des « personnes protégées » inscrite dans la IV^e Convention de Genève. C'est précisément pour combler cette lacune qu'a été rédigé l'article 75 du Protocole additionnel I. Nous pensons que la solution que nous proposons ici ne compromet pas la protection nécessaire des personnes tombant au pouvoir d'une force d'invasion, mais évite un autre écueil important de la théorie de Pictet. Les devoirs de la Puissance occupante – de rétablir et de préserver l'ordre et la sécurité publics et de s'assurer que la population bénéficie de nourriture, de logement, de soins de santé et de services d'éducation – sont des devoirs positifs de protection. Comme le reconnaît Marco Sassòli, on ne peut raisonnablement attendre de la Puissance occupante qu'elle s'acquitte de ces tâches alors même que les combats font encore rage. En d'autres termes, certains des devoirs de la Puissance occupante ne s'appliquent pas pendant la phase d'invasion, tout au moins selon l'interprétation que fait Marco Sassòli de la théorie de Pictet. Voilà qui protège la théorie de Pictet du reproche d'être impossible à appliquer, mais qui conduit aussi à la nécessité de restreindre les devoirs de protection de la Puissance occupante afin qu'ils s'appliquent non pas à toute situation d'occupation, mais uniquement à celles d'une certaine durée.

19 Voir le texte précédant l'appel de note 15.



Plaidoyer pour Pictet et pour les habitants des territoires envahis : arguments en faveur de l'applicabilité de la Quatrième Convention de Genève pendant la phase d'invasion

Marco Sassòli

Marco Sassòli est directeur du Département de droit international public et organisation internationale et professeur de droit international à l'université de Genève, professeur associé à l'université du Québec à Montréal (Canada), et membre du comité de rédaction de la *Revue internationale de la Croix-Rouge**.

: : : : : :

Tant Marten Zwanenburg que Michael Bothe – pour lesquels j'éprouve le plus grand respect – établissent une distinction entre la phase d'invasion et la phase d'occupation lorsqu'un État est engagé dans un conflit armé international contre un autre État sur le territoire de ce dernier. Ils avancent que les règles de la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (ci-après « IV^e Convention ») qui concernent les territoires occupés ne s'appliquent que durant la seconde phase. Je ne partage pas ce point de vue. Les positions de mes contradicteurs diffèrent sur la question du moment où le DIH relatif à l'occupation militaire commence à s'appliquer, mais leurs divergences à ce sujet se limitent à des nuances, concernant lesquelles je penche plutôt du côté de Michael Bothe. Tous deux décrivent avec objectivité le débat sur la question de savoir s'il y a lieu de distinguer entre phase d'invasion et phase d'occupation, facilitant ainsi ma tâche de défendre l'interprétation contraire, formulée par une

* Je tiens à remercier mon ancien étudiant, M. Michael Siegrist, pour les idées que m'a inspirées son mémoire de maîtrise, ainsi que mon assistante de recherche et doctorante, M^{me} Nishat Nishat, pour la révision de la version anglaise de cet article.

autre personne pour laquelle j'éprouve le plus profond respect, à savoir Jean S. Pictet. Comme il m'incombe de défendre une position précise, je puis me permettre le luxe de simplifier, sans m'attarder sur les nuances. Je considère, en premier lieu, qu'une interprétation systématique de la IV^e Convention, ne perdant de vue ni son objet ni son but et évitant des conséquences absurdes, mène à la conclusion qu'il suffit que l'ennemi exerce son pouvoir sur une personne dans un territoire envahi pour que cette personne soit protégée par les règles de la IV^e Convention relatives aux territoires occupés. Deuxièmement, même si l'occupation est définie en termes purement territoriaux, un civil qui tombe aux mains de l'ennemi au cours d'une invasion se trouve nécessairement sur un territoire qui est sous le contrôle de l'ennemi. Troisièmement, cette interprétation n'exige rien des forces d'invasion qu'elles ne seraient pas en mesure de fournir. Le libellé des dispositions de la IV^e Convention (et éventuellement du Règlement de La Haye de 1907 relatif aux lois et coutumes de la guerre (ci-après « Règlement de La Haye »)) est suffisamment souple pour ne pas exiger quoi que ce soit d'impossible pendant la phase d'invasion. Par ailleurs, la notion de contrôle pourrait être interprétée de manière fonctionnelle, avec un seuil différent selon les règles.

Éviter une lacune due à la structure de la IV^e Convention de Genève

La plupart des règles de la IV^e Convention – c'est-à-dire ses articles 27 à 141, qui constituent le titre III du traité – ne bénéficient qu'aux « personnes civiles protégées » – telles que définies à l'article 4. Cette disposition se lit comme suit :

Sont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes.

Comme le relève Marten Zwanenburg, dire que les habitants des territoires envahis sont des personnes protégées parce qu'ils se trouvent au pouvoir d'une Puissance occupante serait tautologique. Cependant, Marten Zwanenburg oublie la première option prévue par l'article 4, à savoir le « cas de conflit ». Lorsque les habitants d'un territoire envahi se trouvent – par voie d'arrestation et de détention, par exemple – au pouvoir de forces d'invasion, ils sont sans aucun doute au pouvoir d'une partie au conflit dont ils ne sont pas ressortissants.

Puisque les habitants de territoires envahis qui tombent au pouvoir de l'envahisseur sont des personnes protégées, ils doivent bénéficier de certaines des règles du titre III de la IV^e Convention, relatif au « statut et traitement des personnes protégées ». Les règles du titre III sont réparties en règles applicables aux étrangers qui se trouvent sur le territoire « propre » (c'est-à-dire non occupé) d'un État et en règles applicables aux territoires occupés. Les deux catégories s'excluent mutuellement, et je dirais qu'ensemble, elles couvrent toute la gamme des situations dans lesquelles un civil peut se trouver au pouvoir de l'ennemi.

La section II protège les étrangers sur le territoire propre d'une partie au conflit; la section III s'applique aux territoires occupés; la section IV contient des règles détaillées concernant la protection des personnes civiles internées pour d'impérieuses raisons de sécurité, que ce soit sur le territoire propre d'une partie au conflit ou dans des territoires occupés. Quant à la section I, son titre (« Dispositions communes aux territoires des parties au conflit et aux territoires occupés ») pourrait être interprété comme englobant non seulement les territoires propres à une partie au conflit et les territoires occupés, mais aussi tout autre territoire d'une partie au conflit. Cependant, suivant une interprétation systémique, le terme « communes » doit nécessairement concerner ce qui apparaît dans les sections suivantes (II et III). Qui plus est, les travaux préparatoires montrent que le titre III avait pour objet de ne couvrir que deux catégories de personnes : les étrangers sur le territoire d'une partie au conflit et la population de territoires occupés²⁰. Le titre III ne contient pas une seule règle protégeant une personne civile qui ne se trouve ni sur le territoire propre d'une partie, ni dans un territoire occupé.

Par conséquent, si le territoire envahi n'était pas considéré comme occupé au sens des catégories de la IV^e Convention, les « civils protégés » (et la IV^e Convention a bien pour principal objet et but de protéger les « personnes civiles protégées ») tombant au pouvoir de l'ennemi sur un territoire envahi ne seraient protégés par aucune des règles de la section III. La torture des habitants d'un territoire envahi dans cette situation ne constituerait pas une violation de la IV^e Convention²¹, pas davantage que le viol²², la prise d'otages²³ ou les peines collectives²⁴. Tous ces actes à l'encontre de personnes protégées ne sont interdits par la IV^e Convention que si ces personnes sont des étrangers sur le territoire d'une partie au conflit ou si elles se trouvent dans un territoire occupé. Certains objecteront peut-être que de tels comportements sont interdits par le droit international des droits de l'homme (à condition qu'il s'applique de manière extraterritoriale, ce que certains juristes et États contesteraient, en particulier s'il n'y a pas occupation, comme l'affirmeraient Marten Zwanenburg et Michael Bothe),

20 Rapport de la Commission III à l'Assemblée plénière, dans *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Département politique fédéral, Berne, Tome II, section A, p. 804 : « Le titre III forme le corps essentiel de notre Convention. Il avait à régler deux situations qui présentent des différences fondamentales : celle des étrangers qui se trouvent sur le territoire d'un État belligérant et celle de la population – nationale ou étrangère – qui habite un pays occupé par l'ennemi ». La « note préliminaire » du CICR au texte des Conventions de Genève est encore plus explicite : « [Le titre III de la IV^e Convention] distingue ... entre la situation des étrangers sur le territoire d'une Partie au conflit, et celle de la population des territoires occupés. Il est divisé en cinq sections. La section I traite de dispositions communes à ces deux catégories de personnes... ». Voir aussi *Les Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Genève, 1995, Note préliminaire, p. 34.

21 L'article 32 de la CG IV ne s'applique que dans les territoires des parties au conflit et les territoires occupés.

22 L'article 27(2) de la CG IV ne s'applique que dans les territoires des parties au conflit et les territoires occupés.

23 L'article 34 de la CG IV ne s'applique que dans les territoires des parties au conflit et les territoires occupés.

24 L'article 33(1) de la CG IV ne s'applique que dans les territoires des parties au conflit et les territoires occupés.

par l'article 75 du Protocole additionnel I et par l'article 3 commun aux Conventions de Genève, en tant que minimum commun applicable à tous les conflits armés. D'autres ajouteraient éventuellement que les habitants de territoires envahis demeurent couverts par le chapitre I de la section II du Règlement de La Haye, intitulé « Des moyens de nuire à l'ennemi, des sièges et des bombardements », par le titre II de la IV^e Convention sur la « protection générale des populations contre certains effets de la guerre », ainsi que par les exigences de la conscience publique de la célèbre clause de Martens. Toutefois, celle-ci ne contient aucune indication détaillée et ne peut donc produire ses effets protecteurs que lorsque les belligérants agissent de bonne foi; quant au chapitre I de la section II du Règlement de La Haye, il traite principalement de questions relatives à la conduite des hostilités, et seul son article 22 – qui dispose, en termes très généraux, que « [l]es belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi » – pourrait être considéré comme couvrant les questions mentionnées ci-dessus. Enfin, le titre II de la IV^e Convention traite de questions tout à fait différentes et s'applique à toutes les personnes civiles et pas seulement aux civils protégés, alors que la spécificité des habitants d'un territoire en cours d'invasion est qu'ils sont des nationaux de l'ennemi qui font face à un belligérant sur leur propre territoire, indépendamment de leur volonté. C'est précisément la situation pour laquelle a été conçu le DIH de l'occupation.

L'exercice du pouvoir sur une personne est suffisant

En tout état de cause, il est indéniable que la IV^e Convention offre une protection meilleure et plus spécifique aux civils qui se trouvent au pouvoir de l'ennemi que tous les autres instruments évoqués plus haut. Il n'est pas pensable, à mes yeux, que ses rédacteurs aient pu laisser un tel vide juridique entre le territoire propre d'une partie au conflit et le territoire occupé, en laissant certaines personnes – qu'ils ont eux-mêmes définies comme protégées – sans *aucune* des mesures de protection prévues par les règles des traités qu'ils ont adoptées, alors même qu'il n'existe aucune raison imaginable pour que ces personnes nécessitent ou méritent moins de protection que les autres civils qui se trouvent au pouvoir de l'ennemi. En outre, pour reprendre l'exemple judicieusement choisi par Pictet²⁵, il semblerait absurde qu'aucune règle de la IV^e Convention n'interdise la déportation de civils durant la phase d'invasion²⁶, mais que la déportation soit totalement prohibée une fois que l'invasion a débouché sur l'occupation. On voit mal ce qui pourrait justifier cette distinction arbitraire. Il en découle que le pouvoir exercé par l'envahisseur sur une personne dans un territoire qui n'est pas le sien doit suffire à déclencher l'application à cette personne des dispositions de la IV^e Convention applicables aux territoires occupés.

25 J. S. Pictet, *op. cit.*, note 3, p. 67.

26 L'article 49(1) de la CG IV ne s'applique que dans les territoires occupés.

Une compréhension fonctionnelle de l'étendue de territoire devant être occupée

De nombreux auteurs – Zwanenburg et Bothe inclus – objectent que, selon l'acception ordinaire de ce terme (et selon l'article 42 du Règlement de La Haye), toute occupation exige qu'un contrôle soit exercé sur un territoire. En effet, une personne peut être arrêtée ou détenue, mais elle ne peut être « occupée ». On pourrait répondre à cette objection qu'une personne ne saurait être aux mains des forces d'invasion si l'étendue de terrain (le « territoire ») sur lequel elle se trouve n'est pas sous le contrôle de quelqu'un qui appartient aux forces d'invasion. Pour torturer, battre, arrêter, détenir ou déporter une personne, il faut obligatoirement avoir la maîtrise de l'étendue de terrain où se trouve cette personne. Aucune disposition de la IV^e Convention ou du Règlement de La Haye ne précise les dimensions minimales que doit avoir un territoire pour être occupé. Tout au plus le deuxième alinéa de l'article 42 du Règlement de La Haye laisse-t-il entendre qu'il suffit que le contrôle soit établi sur certaines parties du territoire d'un État pour que s'appliquent les dispositions du Règlement relatives aux territoires occupés. Il est parfaitement possible – nul ne songerait à le nier – qu'un seul village, situé à proximité de la frontière, soit occupé. Pourquoi serait-il impossible de réduire l'étendue de territoire requise à la surface du territoire envahi sur laquelle se tient le soldat des forces d'invasion ? Ce terrain est nécessairement sous son contrôle et l'État du territoire n'est nécessairement plus en mesure d'y exercer son autorité, puisque si tel était le cas, notre soldat serait soit prisonnier de guerre²⁷, soit mort.

Une interprétation souple des obligations des Puissances occupantes

La principale objection à l'interprétation que nous venons de formuler réside en ceci que de nombreuses règles de la IV^e Convention – en particulier celles qui prévoient des obligations positives dans le chef de la Puissance occupante – ne peuvent pas être respectées par des forces d'invasion et qu'il convient (sur ce point, je me range à l'avis de Marten Zwanenburg) d'éviter des interprétations irréalistes des règles de DIH, non seulement pour respecter les règles relatives à l'interprétation des traités, mais aussi parce que des règles irréalistes ne protègent personne et affaiblissent la volonté des belligérants de respecter même les règles réalistes du DIH. Toutefois, en l'occurrence, les tenants de cette argumentation traitent les règles de la IV^e Convention concernant les territoires occupés comme si elles formulaient toutes de strictes obligations de résultat. Or, comme l'a montré dans le détail mon ancien étudiant Michael Siegrist dans son mémoire

27 S'il se trouvait sur un territoire sous l'autorité de l'ennemi, il serait nécessairement « au pouvoir de l'ennemi » au sens de l'article 4 de la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949.

de maîtrise universitaire, tel n'est pas le cas²⁸. Je me fonde sur les conclusions de ses recherches pour reprendre ici les exemples cités par Marten Zwanenburg. En application de l'article 50 de la IV^e Convention, une Puissance occupante a l'obligation de faciliter, avec le concours des autorités nationales et locales, le bon fonctionnement des établissements consacrés à l'éducation des enfants. Cette obligation signifie avant tout l'interdiction d'entraver les activités de ces établissements²⁹. Je ne vois pas pourquoi des forces d'invasion seraient incapables de ne pas réquisitionner l'unique école du village qu'elles envahissent. En revanche, j'admets avec Marten Zwanenburg que le soutien à ces établissements peut exiger un certain degré d'autorité et de maîtrise. Ceci dit, les types de soutien requis peuvent être très divers et la question de savoir si les forces d'invasion peuvent concrètement fournir ces divers types d'appui dépendra des circonstances et des capacités des troupes d'invasion. En outre, conformément au libellé très clair de l'article 50 (« facilitera »), le soutien à ces établissements est une obligation de moyens, en d'autres termes les troupes d'invasion n'ont pour obligation que de faire ce qui est possible en pratique pour assurer le bon fonctionnement des établissements consacrés aux soins et à l'éducation des enfants.

Quant à l'argument selon lequel l'article 50(3) de la IV^e Convention (« prendre des dispositions pour assurer l'entretien et l'éducation, si possible par des personnes de leurs nationalité, langue et religion, des enfants orphelins ou séparés de leurs parents du fait de la guerre, en l'absence d'un proche parent ou d'un ami qui pourrait y pourvoir ») constituerait un fardeau excessif, rappelons que cette disposition ne s'applique que si les institutions locales sont défaillantes (ce que des forces d'invasion ne sont pas en mesure d'évaluer). Le devoir d'apporter ces services n'est qu'un dernier recours (s'il n'y a pas d'établissement adéquat et si les proches parents ou amis ne sont pas en mesure de s'occuper des orphelins ou des enfants séparés de leurs parents) et il exige uniquement que des dispositions soient prises (en d'autres termes, que des plans ou des préparatifs soient faits).

De même, pour ce qui est de l'article 56 de la IV^e Convention, Pictet insiste sur le fait que le devoir d'organiser les services médicaux et hospitaliers et de prendre des mesures pour combattre les épidémies représente « une tâche qui, avant tout, est du ressort des services compétents du pays occupé lui-même »³⁰. Aussi longtemps que les autorités nationales ou locales sont en mesure de remplir ces devoirs, la Puissance occupante doit seulement s'abstenir d'entraver leur activité. Ce n'est que lorsque les services médicaux et hospitaliers ne fonctionnent pas correctement que la Puissance occupante doit fournir des services, et uniquement, précise l'article 56, « [d]ans toute la mesure de ses moyens ». Les forces d'invasion n'ont que des moyens limités d'adopter des « mesures prophylactiques

28 Pour une discussion approfondie, voir Michael Siegrist, *The Functional Beginning of Belligerent Occupation*, The Graduate Institute, Genève, eCahiers, N° 7, avril 2011, pp. 35–77, disponible sur: <http://iheid.revues.org/75?lang=en> (dernière consultation le 28 mars 2012).

29 J. S. Pictet, *op. cit.*, note 3, p. 308.

30 *Ibid.*, p. 337.

et préventives», en particulier, comme l'exige à juste titre la IV^e Convention, «avec le concours des autorités nationales et locales». Quant à l'obligation fondamentale de soigner les blessés, elle est en tout état de cause contraignante pour les forces d'invasion (pour autant que le permettent les «exigences militaires»), en vertu de l'article 16 de la IV^e Convention, qui s'applique même en dehors des territoires occupés.

Les dispositions de la IV^e Convention établissent un équilibre approprié entre les exigences de nécessité, d'une part, et d'humanité, d'autre part. Les dispositions qui imposent des obligations positives à une partie au conflit tiennent compte de la nécessité, des limites de moyens et des autres priorités, en laissant généralement aux parties une certaine marge de manœuvre quant à la manière dont elles peuvent s'acquitter de leurs devoirs. Les obligations positives sont souvent des obligations de moyens, qui tiennent compte des circonstances ainsi que des moyens dont disposent les forces d'invasion. L'humanité, d'autre part, garantit que les droits et garanties fondamentales ne puissent être abrogés. Ces dispositions sont absolues, mais comme elles sont de nature négative, elles n'exigent pas des forces d'invasion qu'elles fournissent quoi que ce soit.

En outre, ceux qui affirment que le DIH relatif à l'occupation militaire n'est pas applicable du tout pendant la phase d'invasion oublient que les règles de la section III du titre III de la IV^e Convention peuvent aussi être interprétées comme conférant certains droits aux forces d'invasion, comme une assise juridique pour des mesures de sécurité, pour l'internement ou pour la réquisition de main-d'œuvre. On pourrait faire valoir que sans cela, les forces d'invasion ne disposeraient d'aucune base légale pour arrêter et détenir des civils qui menacent leur sécurité.

Alternativement, la notion d'occupation pourrait aussi varier selon les règles

Je puis comprendre que certains lecteurs soient sceptiques à l'égard d'une interprétation aussi souple des règles du DIH en matière d'occupation militaire, car la souplesse ouvre invariablement la porte à des abus, y compris de la part de la Puissance occupante après la phase d'invasion. Ces sceptiques pourraient parvenir au même résultat en adoptant un concept fonctionnel (du début) de l'occupation. L'idée que seules certaines règles de DIH s'appliquent pendant la phase d'invasion n'est pas nouvelle. Pictet lui-même établit une distinction entre le Règlement de La Haye et la IV^e Convention, en avançant que celle-ci, «par le mot 'occupation' ... se réfère à une notion plus large que celle qui fait l'objet de l'article 42 du Règlement»³¹, ce qui signifie que sa théorie ne s'applique pas au Règlement de La Haye. Toutefois, l'interdiction inscrite à l'article 44 du Règlement de La Haye «de forcer la population d'un territoire occupé à donner des renseignements sur l'armée de l'autre belligérant ou sur ses moyens de

31 *Ibid.*, p. 67

défense» peut plus facilement (et doit indubitablement) être respectée par un envahisseur que l'article 50 de la IV^e Convention, qui prévoit l'obligation subsidiaire de la Puissance occupante de veiller à ce que les enfants reçoivent une éducation. Michael Siegrist montre que même l'article 43 du Règlement de La Haye, qui exige de l'occupant qu'il prenne « toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer... l'ordre et la vie publics », comprend certaines obligations qui peuvent, et doivent, être respectées par les forces d'invasion³².

D'autres, à l'instar du TPIY³³, souhaitent établir une distinction entre les règles qui protègent les personnes et celles qui protègent les biens, car ils considèrent que seules les premières s'appliquent pendant la phase de l'invasion. Ce point de vue semble étayé par une phrase de Pictet: « Pour les individus, l'application de la IV^e Convention de Genève est indépendante de l'existence d'un état d'occupation au sens de cet article 42 [du Règlement de La Haye] »³⁴. Pourtant, ces mots ne signifient pas nécessairement, à mon sens, que Pictet établit cette distinction entre les personnes et leurs biens. On pourrait tout aussi bien considérer que les biens sont protégés en raison des personnes auxquelles ils appartiennent. Quoi qu'il en soit, les biens sont tout autant protégés contre le pillage et la destruction pendant la phase d'invasion dans le chapitre I de la section II du Règlement de La Haye³⁵. En ce qui concerne la destruction, je considère que l'interdiction formulée à l'article 23(g) du Règlement de La Haye, qui interdit « de détruire ou de saisir des propriétés ennemies, sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre », a été précisée par le DIH moderne dans l'optique de deux situations spécifiques. Pour l'envahisseur, s'agissant des biens qui sont aux mains de l'ennemi, le critère décisif est formulé à l'article 52(2) du Protocole additionnel I: pour que leur destruction soit justifiée, ces biens doivent apporter une contribution effective à l'action militaire et leur destruction doit offrir un avantage militaire à l'attaquant. Dès l'instant où un envahisseur exerce son contrôle sur un bien, celui-ci ne peut plus, par définition, contribuer à l'action militaire de l'ennemi. Sa destruction ne peut donc se justifier que par référence au DIH de l'occupation militaire, à savoir l'article 53 de la IV^e Convention, lorsque ces destructions sont « rendues absolument nécessaires par les opérations militaires », ce qui représente une norme plus restrictive. De la même manière, il n'est guère logique que l'interdiction de la réquisition des hôpitaux, à l'article 57 de la IV^e Convention, ne s'applique pas durant la phase d'invasion, tandis que les obligations touchant l'éducation, à l'article 50, s'appliqueraient parce que les bénéficiaires cités sont des personnes.

Bien que je prenne très au sérieux l'objection de Zwanenburg, selon laquelle les règles du DIH doivent être claires et prévisibles pour ceux qui sont chargés de les appliquer sur le terrain, je proposerais que l'analyse visant à déterminer quelles règles s'appliquent pendant la phase d'invasion soit effectuée

32 M. Siegrist, *op. cit.*, note 28, pp. 66-67.

33 Voir TPIY, *op. cit.*, note 5, para. 221 et 587.

34 J. S. Pictet, *op. cit.*, note 3, p. 67

35 Voir articles 23(g) et 28 du Règlement de La Haye.

non pas sur la base de grandes catégories prédéfinies, mais en prenant en considération, pour chaque règle, le degré de contrôle que l'envahisseur exerce dans le cas d'espèce. Ceci éviterait aussi la difficulté, identifiée par Bothe, de déterminer à quel moment la phase d'invasion se transforme en phase d'occupation. Une telle conception correspondrait, pour le début de l'occupation, à la notion fonctionnelle de la fin de l'occupation qui est adoptée de manière implicite par tous ceux – auteurs d'articles académiques³⁶, de documents des Nations Unies³⁷ et représentants d'États – qui considèrent que la bande de Gaza est toujours occupée par Israël, mais qui (fort heureusement) n'exigent pas pour autant d'Israël qu'il réinvestisse le territoire pour y assurer le maintien de l'ordre public³⁸, pour garantir que les personnes détenues à Gaza soient traitées avec humanité³⁹, ou pour veiller à ce qu'elles ne soient pas utilisées (par des Palestiniens) pour mettre par leur présence certains points à l'abri des opérations militaires⁴⁰. La remarque de Pictet selon laquelle certaines dispositions « supposent une présence assez prolongée des autorités d'occupation, par exemple les articles 52, 55, 56, de même que les articles 59 à 62 » va dans le même sens⁴¹. Aux termes d'une telle conception fonctionnelle de l'occupation, un territoire envahi pourrait, à un moment donné, être déjà occupé aux fins de l'applicabilité de l'article 49 (interdiction des déportations), mais pas encore occupé aux fins de l'applicabilité de l'article 50 (relatif à l'éducation). Sur une telle échelle mobile d'obligations selon le degré de contrôle exercé, les obligations de s'abstenir de toute action seraient applicables dès l'instant où le comportement qu'elles interdisent devient matériellement possible (lorsque la personne bénéficiant de l'interdiction est au pouvoir des forces d'invasion), tandis que les obligations de fournir et de garantir quelque chose ne s'appliqueraient qu'à un stade ultérieur. Siegrist établit une distinction entre les règles dont la non-applicabilité pendant la phase d'invasion créerait une lacune importante de protection (articles 49, 51(2)-(4), 52, 53, 57 et 63 de la IV^e Convention); les obligations de fournir ou de respecter qui sont

36 Voir, par exemple, Solon Solomon, « Occupied or not: the question of Gaza's legal status after the Israeli disengagement », dans *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19, 2011, pp. 59–90; Shane Darcy et John Reynolds, « An enduring occupation: the status of the Gaza Strip from the perspective of international humanitarian law », dans *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 15, N° 2, 2010, pp. 211–243; et Mustafa Mari, « The Israeli disengagement from the Gaza Strip: an end of the occupation? », dans *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 8, 2005, pp. 356–368.

37 Voir Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, Rapport de la Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit de Gaza, doc. Nations Unies A/HRC/12/48, 25 septembre 2009, para. 273-279; Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, Rapport de la mission internationale d'établissement des faits chargée d'enquêter sur les violations du droit international, notamment du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme, auxquelles ont donné lieu les attaques israéliennes contre la flottille d'aide humanitaire, doc. Nations Unies A/HRC/15/21, 27 septembre 2010, para. 63-66.

38 Comme il devrait le faire au titre de l'article 43 du Règlement de La Haye.

39 Comme il devrait le faire au titre des articles 27 et 76 de la CG IV.

40 Comme il devrait le faire au titre de l'article 28 de la CG IV. Si Gaza est un territoire occupé, ses habitants sont nécessairement des personnes protégées, car toute personne (non ressortissante de la Puissance occupante) qui se trouve sur ce territoire est implicitement au pouvoir de la Puissance occupante. Voir J. S. Pictet, *op. cit.*, note 3, p. 53.

41 *Ibid.*, p. 67.

déclenchées par les activités de la Puissance occupante et qui de ce fait, en tout état de cause, ne s'appliquent que pendant la phase d'invasion si la Puissance occupante peut et veut mener ces activités (articles 64 à 75, 54, 64(1), 66 et 78 de la IV^e Convention) – par exemple pour juger ou pour interner des personnes civiles protégées – et enfin les obligations de fournir ou de respecter découlant du simple fait de l'occupation (article 43 du Règlement de La Haye et articles 48, 50, 51(1), 55, 56, 58, 59-61, et 62 de la IV^e Convention)⁴². Une telle échelle mobile serait également bien mieux adaptée aux réalités changeantes de la guerre moderne, aux armes modernes et à l'absence de lignes de front que la conception traditionnelle du « tout ou rien ». Une interprétation souple des obligations et une interprétation fonctionnelle de l'occupation permettraient de régler tous les problèmes soulevés par Marten Zwanenburg et Michael Bothe dans leurs arguments contre la théorie de Pictet.

Pour conclure, bien que mon point de départ théorique soit diamétralement opposé à celui de Marten Zwanenburg et de Michael Bothe, je dois reconnaître qu'il n'y a que très peu de cas dans lesquels ma position conduirait à des résultats différents de ceux qui découleraient de la position de Michael Bothe. Quant à la position de Marten Zwanenburg, je ne suis pas en mesure d'évaluer dans quelle mesure elle entraînerait des conséquences pratiques différentes de la mienne, car il est difficile de savoir à quel moment précis il considère qu'un territoire envahi devient un territoire occupé. Il n'indique pas non plus si l'occupation exige une surface minimale de territoire et, si oui, de quelles dimensions. Quoi qu'il en soit, sur le plan théorique, ma position présente l'avantage de ne pas laisser subsister de vides juridiques entre les catégories, telles que celles – entre civils et combattants, ou entre conflits armés internationaux et non internationaux – qui ont entraîné d'importantes conséquences pratiques au cours des dernières années.

42 Voir M. Siegrist, *op. cit.*, note 28, pp. 47-77.

Les dilemmes de la protection des civils des territoires occupés : l'exemple précurseur de la Première Guerre mondiale

Annette Becker*

Annette Becker, professeure d'histoire contemporaine à l'Université de Paris-Ouest-Nanterre et membre senior de l'Institut Universitaire de France, est membre du comité de rédaction de la *Revue internationale de la Croix-Rouge*. Elle partage son travail entre les deux guerres mondiales et s'intéresse avant tout aux drames des civils occupés, déportés et assassinés, au concept de génocide, et à la mémoire des conflits, en particulier telle que la pratiquent des artistes contemporains comme Jochen Gerz, Natacha Nisic ou Pierre Buraglio.

Résumé

Si les avancées du droit dit « de Genève » et du droit dit de « La Haye », ne restèrent pas lettre morte pendant le Premier Conflit mondial, ce fut surtout en ce qui concerne les blessés et les prisonniers de guerre, mieux protégés que les civils par le droit conventionnel humanitaire encore balbutiant. Si l'idéal d'humanité a pu alors trouver une réalisation à grande échelle grâce aux efforts du Comité international de la Croix-

* Annette Becker remercie vivement Vincent Bernard et Daniel Palmieri qui ont lu une version précédente de cet article et lui ont fait des suggestions très pertinentes.

Cet article s'appuie notamment sur les travaux antérieurs de l'auteur : Annette Becker, *Oubliés de la Grande Guerre ; Humanitaire et culture de guerre, populations occupées, déportés civils, prisonniers de guerre*, Noësis, Paris, 1998, et Pluriel/Hachette, 2003 ; et *Les cicatrices rouges, 14-18, France et Belgique occupées*, Fayard, Paris, 2010. Les sources principales suivantes ont aussi été consultées : Philippe Nivet, *La France occupée, 1914-1918*, Armand-Colin, Paris, 2011 ; nombreux travaux de Sophie de Schaepdrijver, Laurence van Ypersel et Emmanuel Debruyne sur la Belgique ; Olga Pichon-Bobrinskoy, « Action publique, action humanitaire : les *zemstvos* et les municipalités », dans « L'invention d'une politique humanitaire, les réfugiés russes et le Zemgor », *Cahiers du Monde russe*, Vol. 46, N° 4, octobre-décembre 2005.

Original français. La version anglaise de cet article est publiée sous le titre « The dilemmas of protecting civilians in occupied territory : the precursory example of World War I », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, N° 885, mars 2012, pp. 117-132.

Rouge (CICR) et d'une myriade d'autres organisations charitables, confessionnelles ou non, cependant les entorses et les violations de ce droit ont été le fait de tous les belligérants dès lors qu'ils en eurent la possibilité. Les différentes populations occupées, sur les fronts ouest, est et dans les Balkans, en furent les cobayes et les victimes exemplaires.

Mots-clés : occupation, territoires occupés, Première Guerre mondiale, guerre totale, CICR, civils, représailles, otages, internés civils.

: : : : : :

Pendant la Grande Guerre, exactions, atrocités, déportations et massacres de civils ont accompagné la radicalisation des combats entre militaires. Les civils ont d'abord connu les dévastations des affrontements armés pendant la guerre de mouvement ; quand ils sont restés prisonniers de l'avance des troupes, les invasions se sont muées en occupations. Ce fut le cas dès 1914 de l'essentiel de la Belgique et de dix départements du nord et de l'est français (Aisne, Ardennes, Marne, Meurthe-et-Moselle, Meuse, Nord, Oise, Pas-de-Calais, Somme, Vosges), d'une fraction de la Prusse orientale, du Nord des Balkans et de la Serbie. En 1916, ce fut le tour de la Roumanie, du Monténégro, puis des Alpes de Vénétie et du Trentin. Tout au long de ces années, les Allemands, les Austro-Hongrois puis/ou les Russes occupèrent des territoires de Pologne, de Galicie, de Bukovine, des espaces lituaniens, lettons, ukrainiens, biélorusses, sans oublier les occupations coloniales, en Afrique de l'Ouest et en Asie.

Or, on serait bien en peine de trouver des cartes de guerre indiquant les zones occupées. Seuls les combattants polarisaient alors l'attention du monde, d'où la fabrication de nombreuses cartes des fronts et des territoires ennemis. Les territoires considérés comme volés ou usurpés ne susciterent aucune représentation. Ils étaient toujours perçus zones de front, rien ne les désignait comme occupés ou faisait penser qu'ils l'étaient. Cet « impensable » s'est prolongé dans le souvenir : les violences subies par des populations civiles en un front domestique avec des maisons – *domus* – investies par les occupants ont été effacées tout autant des cartes physiques que des cartes mentales. Et pourtant, les périodes d'invasion et d'occupation militaire ont permis de tester grandeur nature les déplacements de populations, les répressions, voire les politiques d'extermination, en ce qui concerne les Arméniens dans l'Empire ottoman.

Paradoxalement, ces immenses laboratoires d'une forme de guerre nouvelle n'ont pas attiré les experts d'alors – ils avaient trop à faire sur les fronts militaires – ni les experts historiens par la suite. Ce terrain-là, ce lieu d'expériences croisées, celles des occupants, celles des occupés, a été laissé à découvert, ou plus exactement à recouvert. La Grande Guerre a pourtant été, sur un mode délibéré ou inconscient, un *laboratoire* pour le XX^e siècle : un terrain d'expérience de la violence, un lieu d'essai pour la mettre en pratique et optimiser ses effets sur les hommes et sur le matériel. Les zones occupées de la Première Guerre mondiale

ne seraient-elle pas les laboratoires d'un front atypique dont les canons et les gaz s'appelleraient déportation, travail forcé, camp de concentration¹? Des hommes, des femmes, des enfants y ont partagé une expérience commune – la souffrance de la guerre – et simultanément une épreuve extrêmement différente. Le mot *exterminare* signifie au sens étymologique «expulser, mettre hors frontières». Pour les civils occupés «être exterminés» impliquerait cette façon d'être littéralement *hors de combat* des fronts militaires alors qu'ils s'y trouvent englobés, sans uniforme et sans arme, contrairement aux ennemis auxquels ils sont confrontés. Les occupés subissent un siège de l'intérieur, une invasion de l'intime, dans lesquels terreur militaire et terreur administrative se relaient pour maintenir la sujétion; paradigme d'une brutalité imposée, d'un terrorisme (au sens premier du terme) destiné à impressionner la population et à la maintenir en état de choc. Le laboratoire est militaire: les régions occupées jouxtent les champs de bataille dont elles deviennent les arrières-fronts.

Pierre Hassner a saisi un paradoxe à propos de la guerre qui s'applique aux territoires occupés:

«Il n'est guère de relation plus paradoxale que celle entre la force – la guerre en particulier – et la morale. Il n'est pas une seule société qui ne menace de recourir à la force, en mettant parfois cette menace à exécution, contre des ennemis intérieurs et extérieurs, et qui ne rende hommage à l'héroïsme et au sacrifice de ceux qui ont donné leur vie pour elle. Et pourtant il n'est pas de société dans laquelle tuer un être humain ne pose pas un problème moral»².

Car si personne, entre 1914 et 1918, n'échappe à une guerre qui est devenue particulièrement amorale, immorale, les populations des territoires occupés se trouvent au premier chef prises entre leur loyauté à leur patrie et les exigences légales ou illégales des occupants. Les penseurs qui s'inscrivent depuis des siècles dans la tradition morale de la guerre juste parlent d'une présomption morale contre l'emploi de la force, puis précisent comment, dans quelles conditions, on peut surmonter les présomptions: du *jus ad bellum* (qui définit les conditions dans lesquelles la force peut être employée), au *jus in bello* (qui définit la manière dont la force peut être légitimement employée). Ni l'un ni l'autre ne sont pratiqués pendant le conflit dans les régions où la guerre totale s'est abattue – les territoires occupés, les fronts tenus contre des civils.

Si les avancées du droit dit «de Genève» (Convention de Genève, 1864, révisée en 1906) et du droit dit de «La Haye» (négociations de 1899 et 1907), ne

1 Les premiers camps de concentration «modernes» ont été créés par les Espagnols à Cuba en 1896, suivis par les Britanniques pendant la Guerre des Boers. Leur généralisation a été mondiale pour des civils étrangers jugés comme dangereux sur leur territoire par les différents belligérants et pour les civils occupés de 1914 à 1918. Annette Becker, «La genèse des camps de concentration, Cuba, Guerre des Boers, Grande Guerre», dans *Revue d'Histoire de la Shoah*, N° 189, juillet-décembre 2008.

2 Pierre Hassner, «De guerre et paix à violence et intervention. Les contextes politiques et techniques passent, les dilemmes moraux demeurent», dans Jonathan Moore (dir.), *Des choix difficiles, les dilemmes moraux de l'humanitaire*, Gallimard, Paris, 1999, p. 23.

restèrent pas lettre morte pendant le conflit, loin de là, ce fut surtout en ce qui concerne les blessés et les prisonniers de guerre (c'est-à-dire les prisonniers militaires, par opposition aux prisonniers civils), mieux protégés que les civils par le droit conventionnel humanitaire encore balbutiant.

Henri Dunant avait voulu « civiliser » les guerres, définir une limite « humaine » aux brutalités pour empêcher la guerre de se transformer en massacre « animal ». Cet idéal a pu trouver une réalisation à grande échelle pendant la Grande Guerre grâce aux efforts du CICR et d'une myriade d'autres organisations charitables, confessionnelles ou non. Cependant, les entorses, les violations de ce droit ont été le fait de tous les belligérants, dès lors qu'ils en eurent la possibilité. L'exercice de cette violence terroriste atteste de la prodigieuse tension des temps. Les différentes populations occupées, sur les fronts ouest, est et dans les Balkans en furent les cobayes et les victimes exemplaires.

Le droit de La Haye et l'occupation militaire

Les organisations humanitaires n'ont pas manqué de sémouvoir des conditions de vie subies par les civils dès 1914, comme le montrent le rapport d'un délégué et une lettre du Président du CICR, Gustave Ador, à la Croix-Rouge allemande dès 1915 :

« La lamentable situation de ces populations du Nord de la France et de la Belgique isolées du monde et séparées des leurs depuis plus de 14 mois pèse sur beaucoup de consciences... Les nécessités militaires qu'on invoque n'expliquent qu'incomplètement la muraille de fer qui a été dressée entre cette population et le monde. Cette muraille est si impénétrable que le Président du Comité international de la Croix-Rouge s'est même vu refuser, toujours pour motifs militaires, l'autorisation qu'il avait sollicitée de Berlin de s'y rendre. ... Ces populations sont dans une situation matérielle et morale digne de pitié. Plus de travail, les usines fermées... Beaucoup de familles souffrent de la faim et voient avec angoisse approcher l'hiver. Au point de vue moral l'absence de nouvelles est une souffrance cruelle... Le cœur saigne à la pensée de tant de souffrances imméritées »³.

Que pouvait faire le CICR dans ces conditions si extraordinaires, devant « tant de souffrances imméritées » ? D'abord créer une section civile, dès 1914. Mais ce service sans légalité internationale ne put donc pas être regroupé avec les deux sections de prisonniers militaires, celle des Puissances centrales et celle de l'Entente. Les informations n'y arrivaient pratiquement pas, aucune liste d'occupés-déportés par exemple, contrairement aux prisonniers de guerre dont les listes

3 « L'Agence internationale des prisonniers de guerre », 15 août, et Lettre du Président du CICR, Gustave Ador, à la Croix-Rouge allemande, décembre 1915, dans *Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, octobre 1915, pp. 497-498.

étaient bien tenues à jour grâce aux conventions bilatérales. En revanche, des milliers de demandes de renseignement parvenaient des familles éperdues par la disparition des leurs.

Pour cerner la situation exceptionnelle des peuples envahis puis occupés, la notion relativement floue de « droit des gens » a alors servi de repère. Un repère variable selon l'angle d'observation : celui des victimes, celui des juristes qui s'intéressent à leur sort, ou encore des organisations de type humanitaire ou caritatif qui tentent de leur porter secours. Le CICR, la papauté et les organisations protestantes, les neutres (Hollandais et Espagnols sur les fronts ouest et balkaniques, Danois sur le front est, Américains jusqu'en 1917), ont assuré l'essentiel de ce front humanitaire, auquel il faut ajouter des organismes locaux divers, des « œuvres » se comptant par milliers.

Lors des congrès de La Haye, en 1899 et 1907, on avait tenté de réguler la guerre et d'inventer la paix, au nom des « principes du droit des gens, nations civilisées, lois de l'humanité, exigences de la conscience publique »⁴. Le juriste russe Frédéric Martens, président de la Troisième Commission, chargée des lois et coutumes de la guerre, s'était fait l'avocat des « Lois de l'humanité », dans une déclaration – devenue clause de Martens – reprise dans le préambule de la Convention de La Haye (II) en 1899 :

« En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique »⁵.

La clause fut réitérée avec de légères différences en 1907, dans le préambule de la Convention qui devait devenir, une fois ratifiée en 1909, la base au droit international à la guerre (ou à sa prévention) en 1914 (*jus ad bellum*). Dans la mise en place de ce droit encore incertain, on avait débattu en particulier de l'obligation pour les citoyens de résister à l'invasion de leur patrie, même s'ils avaient le statut de civils. Martens avait proposé ce texte justement parce que les délégués ne parvenaient pas à se mettre d'accord sur le sujet. Pour certaines grandes puissances, il fallait punir ces civils comme des francs-tireurs, ce qui laissait ouverte la possibilité de les exécuter. En revanche, les petites nations pour la plupart soutenaient qu'il fallait les traiter comme des combattants réguliers⁶. Dotés de moyens mili-

4 Convention de La Haye (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1899, Préambule.

5 *Idem*.

6 Rupert Ticehurst, « La clause de Martens et le droit des conflits armés », dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 824, mars-avril 1997, p. 133, citant Frits Kalshoven, *Restrictions à la conduite de la guerre*, CICR, Genève, 1987, p. 15. Voir aussi Vladimir Poustogarov, « Un humaniste des temps modernes: Fiodor Fiodorovitch Martens (1845-1909) », dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 819, 1996, p. 334.

taires peu conséquents, ces petits pays voyaient en leur population un recours ultime en cas d'invasion. En revanche, pour les grands pays à grandes armées, le problème ne semblait pas se poser. Il se posa pourtant rapidement, lors des situations d'invasion : la terreur des francs-tireurs autorisa les entorses immédiates de tous les accords, clause de Martens ou pas. En 1914, les territoires envahis furent les premiers touchés par la réserve des trois grands empires multinationaux sur l'article 44 de la Convention (IV) de La Haye du 18 octobre 1907 qui mena rapidement au non-respect, d'une façon ou d'une autre, de la plupart des articles de la Convention.

Les Congrès de La Haye se situant dans le prolongement des inventions humanitaires du XIX^e siècle avaient pourtant rappelé le devoir de protection des non-combattants et la séparation des civils et des militaires. Martens lui-même personnifiait en quelque sorte la relation organique existant entre «Droit de Genève» et «Droit de La Haye». Il a en effet contribué à des dispositions importantes concernant les non-combattants déjà protégés en partie – ou non – par des conventions : prisonniers de guerre, blessés, naufragés lors des combats sur mer, statut des civils dans les territoires occupés.

En l'absence d'autres règles internationales, c'est la Convention (IV) de La Haye du 18 octobre 1907 et son annexe, le Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, qui étaient la référence à laquelle les belligérants de 1914 devaient/pouvaient se référer en cas d'invasion ou d'occupation. Elle était entrée en vigueur le 26 janvier 1910, ratifiée par l'essentiel d'entre eux, avec ou sans réserves. Le préambule, qui se termine par la clause de Martens, et la section 3 en entier, qui concerne directement les territoires occupés, sont de remarquables manifestations de l'optimisme et de l'imprécision qui régnaient dans le domaine humanitaire au début du siècle, juste avant que les horreurs – intenses et brèves – des Guerres Balkaniques, puis de la Grande Guerre – sur une très longue durée – ne viennent ruiner une partie de l'édifice conventionnel en construction⁷.

Le droit de la guerre codifié à La Haye témoigne bien que les États ont voulu un corps de règles séparé pour régler les conflits armés, en particulier pour la protection des victimes des conflits. La plupart des normes de ce premier droit de la guerre répondent à la logique du rapport de l'État à l'individu, compris comme bénéficiaire d'un régime de protection en raison de sa situation de vulnérabilité vis-à-vis de l'État. Cela vaut particulièrement pour le droit de l'occupation qui, avec le Règlement de La Haye de 1907, esquissait une protection juridique pour les civils soumis à occupation contre les abus de la puissance occupante. Comme le dit un des juristes spécialiste de la question : « En d'autres termes, le droit de l'occupation militaire naît avec une vocation 'droit de l'homme' *ante litteram* »⁸.

7 On est encore loin des Droits de l'homme mais le problème se pose de façon parallèle. Marco Sassòli, «Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains?», dans Andreas Auer, Alexandre Flückiger et Michel Hottelier (eds), *Les droits de l'homme et la Constitution – Études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Schulthess, Genève, 2007, pp. 375-395.

8 Danio Campanelli, «Le droit de l'occupation militaire à l'épreuve du droit des droits de l'homme», dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 90, *Sélection française* 2008, p. 320.

Le « droit de l'occupation » était bien, au moins sur le papier, une branche du droit international dès 1914. Qu'en fut-il sur le terrain ? Dans la zone qu'il contrôle, l'occupant exerce dorénavant les pouvoirs administratifs et gouvernementaux, comme si on était en paix, si ce n'est que la juridiction n'est plus la même : on a changé d'État. Pourrait-on évoquer un droit de la paix ? On est toujours en guerre. L'occupation militaire serait donc, du point de vue juridique, un hybride, une situation intermédiaire entre guerre et paix ? Ni guerre ni paix ? À la fois guerre et paix ? Les articles du Règlement de La Haye reflètent cette double nature et ces contradictions. Car ils sont à la fois inspirés des règles du droit de la guerre et de celles du droit de la paix.

En effet, dans les situations d'occupation on retrouve d'une part des rapports horizontaux entre États – et à partir de 1914 une situation de guerre entre les Puissances centrales et celles de l'Entente – régis par des normes du droit de la guerre et, d'autre part, s'impose un rapport intra-étatique entre l'État occupant et la population civile de l'État occupé. Là s'établit un rapport vertical entre « administrateurs » et « administrés » qui devrait être caractérisé par des normes et des principes valables en temps de paix. Mais ces principes tout théoriques ne prennent pas en compte la réalité de la guerre totale, où la population civile est impuissante, otage des rapports horizontaux, ceux de la guerre.

Cette aporie explique que les exceptions ont été bien plus nombreuses que la règle et les articles du Règlement de La Haye oubliés, bien que toujours répétés comme un mantra par les occupés, alors qu'il ne les protégeait guère ; ce qui prouve d'ailleurs que le droit international était perçu dès alors comme favorable aux victimes possibles des conflits. Hélas elles avaient tort, car l'article 43 du Règlement spécifiait :

« L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays »⁹.

L'occupant pouvait toujours rétorquer à toute accusation de violation du Règlement de La Haye que le « rétablissement de l'ordre » le nécessitait. Le droit de l'occupation militaire considère en effet en premier lieu les intérêts de la puissance occupante. Tant que la guerre dure, l'armée veille au respect de la population soumise à son occupation mais aussi, et surtout, à sa propre sécurité. À La Haye, on avait bien essayé de trouver un équilibre entre les intérêts de la population locale et ceux de l'armée d'occupation. Mais, sur le terrain, ce sont les droits des occupants qui ont prévalu. Les conventions ont servi de cadre minimum, souvent invoqué, rarement respecté. Autant pour le droit de La Haye.

9 Annexe à la Convention (IV) du Règlement de La Haye : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, 18 octobre 1907, art. 43.

Le droit de Genève, ou les désillusions de l'humanitaire en Guerre totale

Reste le droit de Genève : le CICR s'est accroché avec l'énergie du désespoir à la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne de 1906, dont il était le gardien, de peur que même cela finisse par être violé, puis aboli. Les civils, nouvelles victimes à partir de 1914, n'avaient pu être placés sous sa juridiction conventionnelle comme les prisonniers de guerre. Tous les belligérants ont mené une « bataille du Droit ». Mais pour eux cette bataille visait à mieux gagner la guerre, c'est-à-dire à écraser l'adversaire. Seul, ou presque, le CICR a tenté de faire respecter un droit des victimes, quel que soit leur camp. Mais la partie était par trop inégale, comme les exactions et les représailles commises, y compris contre les prisonniers sur les champs de batailles, en sont les plus dramatiques exemples, alors qu'ils bénéficiaient de la protection conventionnelle. Pour les civils occupés, il n'y avait même pas de conventions. Et la guerre brutale que l'on menait était toujours justifiée par les crimes de l'ennemi ; ses agissements et la multiplication des morts étaient bien la preuve de la justesse du combat ; cela ne pouvait mener qu'à l'escalade dans la brutalité des mesures de rétorsion. La difficulté insigne de la mission des organismes humanitaires venait bien de l'écart entre ceux qui étaient à la recherche de la vérité et ceux qui la connaissaient ou croyaient la connaître : leur ennemi était barbare par définition, seule une lutte à outrance en débarrasserait le monde, pour son bien.

La guerre mondiale interdisant par essence la neutralité, le CICR¹⁰, neutre par essence aussi, ne pouvait en tirer qu'une conclusion : il fallait faire la paix. Il se trouvait donc en double décalage avec les belligérants, en prônant la neutralité et la paix dans la tourmente de la guerre, là où l'une comme l'autre étaient impossibles. Ce qui ne l'empêcha pas de garder une certaine lucidité, parfois exprimée avec amertume. Des délégués du CICR écrivirent :

« La préoccupation du mal qu'on espère faire à l'ennemi prime trop souvent la pensée du bien qu'on pourrait se faire à soi-même ; c'est la mentalité de la guerre, on en revient... après ; parfois quand il est trop tard... En temps ordinaire ce n'est déjà pas une tâche aisée de dire la vérité... Mais combien cette tâche est-elle rendue plus difficile dans ces temps critiques où la guerre a surexcité les passions et où la haine aveugle les peuples. Si un Français a pu dire de ma mission : 'le neutre, spectateur d'une guerre comme celle-ci, ne peut envisager les choses sous le même angle que le belligérant qui est dans la mêlée', il a certes dit une chose très juste, et vraie *heureusement*. Un neutre qui jugerait les choses de la guerre du point de vue d'un belligérant, ne serait plus un neutre... Pourtant qu'il soit permis au neutre de faire cette humble prière, qu'on ait confiance en lui, sans quoi son travail serait vain et inutile »¹¹.

10 Ou la papauté, de la même façon. Benoît XV fait un appel vibrant à la paix incompréhensible par tous les belligérants, y compris les fervents catholiques, en 1917.

11 Dr. Frédéric Ferrières, *Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, N° 192, octobre 1917, p. 413.

L'approche quasi exclusivement protestataire et juridique au moment où tant de vies sont en jeu peut paraître non seulement limitée, mais aussi éthiquement inadmissible. Mais il faut bien comprendre la logique du raisonnement du CICR entre 1914 et 1918, la replacer dans son contexte historique et intellectuel. Le CICR ne tire sa légitimité d'intervention que de la Convention de 1906 déjà ratifiée et donc de la réciprocité entre les signataires devenus belligérants ennemis. Sans mandat, pas d'intervention humanitaire. On n'a – malheureusement – pas eu l'idée préventive d'inclure les civils dans la Convention de Genève de 1906. On peut au mieux le regretter, mais on ne peut pas changer les textes au fur et à mesure des nouveaux besoins. Les très nombreuses images de propagande montrant, dans les deux camps, des infirmières de la Croix-Rouge maltraitées, noyées (avec leurs bateaux hôpitaux torpillés, une nouveauté de ce conflit) sont symptomatiques : ces infirmières-là appartiennent à la Croix-Rouge, elles sont au service des militaires blessés et donc protégées par la Convention de Genève. Si l'on choisit de les montrer comme des femmes (violées) et des civiles (assassinées), c'est parce que le seul front qui continue à compter est le front militaire auquel elles appartiennent, on ne prend pas conscience de la nouveauté des civils pris dans la guerre¹².

Tout s'est passé comme une contamination en chaîne, selon un processus irréversible. Bien que neutralité, humanité, compassion, offrissent l'apparence de s'opposer terme à terme à engagement, brutalité, représailles, les contradictions étaient multiples. La guerre nouvelle ne s'embarrassait pas de scrupules, ni pour les combattants qui eussent dû pourtant être rendus à la neutralité lorsqu'ils étaient mis hors de combat par leurs blessures ou leur capture, ni et encore moins pour les civils, hors conventions.

La dénonciation verbale, réelle, a vite trouvé ses limites, quand elle n'était suivie d'aucune action. Les organisations humanitaires ou caritatives se sont trouvées, en ce qui concerne les civils, dans une alternative minimale entre l'action sur le terrain – souvent impossible – et le témoignage sous forme de dénonciation. On peut agir et témoigner, agir sans témoigner, témoigner sans agir : les traces de cette dernière position sont légion dans les archives du CICR, celles de la papauté et autres organisations religieuses. Ainsi, on peut remarquer que la section civile du CICR – à l'image de ses sections militaires qui, elles, œuvrent avec plus de succès du fait des conventions internationales – aime « faire du chiffre », brasser des fiches, comme ici dans le fichier allemand de la section civile :

« Le service des fiches s'enrichit de quelque cent ou deux cents fiches journalières, et compte déjà 150 000 fiches environ... Le retour des évacués du département du Nord donne lieu à de très nombreuses demandes, les hommes de ces départements étant presque tous internés en Allemagne et ayant été internés dans l'impossibilité de donner des nouvelles à leurs familles. Nous

12 Nombreuses illustrations sur les cartes postales du fonds du Musée International de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

avons la satisfaction de trouver dans nos fichiers une fiche réponse à presque toutes ces demandes-là »¹³.

L'information la plus importante – et d'ailleurs très exagérée – « les hommes de ces départements étant presque tous internés » disparaît derrière une forme de contentement bureaucratique : ils ont des fiches ; mais sont-elles fiables, et à quoi mène le fait de les compiler puisque aucune intervention n'est possible dans ces territoires occupés ?

L'exemple de la dissolution du Comité central de la Croix-Rouge de Belgique par le baron Von Bissing, gouverneur général et donc « occupant en chef » du pays, est remarquable de l'impuissance du CICR face aux occupants sur le terrain, y compris pour venir en aide à une société nationale de la Croix-Rouge. En effet, le Comité national belge refuse de coopérer à une œuvre que le gouvernement allemand a décidé d'instituer en Belgique. La Croix-Rouge belge considère que cette « aide et protection aux femmes par le travail », qui a pour façade d'aider les femmes à trouver du travail, est en réalité politique et n'est donc pas une œuvre qui entre dans les limites tracées par ses statuts. De plus, les occupants ont cru pouvoir créer cette œuvre en traitant la Belgique comme un pays en paix. La réalité est plus pragmatique, les Allemands voulaient récupérer la trésorerie de la Croix-Rouge belge et ce refus est un bon prétexte. Les occupants réagissent avec brutalité, par la dissolution de la société belge. Mais le CICR ne peut rien faire, sinon protester : « La Croix-Rouge ne saurait se courber devant une mesure administrative qui, l'assimilant à un simple rouage de l'État, lui enlèverait son autonomie ou supprimerait même ses organes directeurs ». Il publie aussi dans son *Bulletin international* l'argumentaire du Prince de Ligne, président démis de la Croix-Rouge belge, sur les spécificités de l'occupation, pour lui un état de guerre :

« C'est de la dérision que de dire que la majeure partie de la Belgique peut être considérée comme en temps de paix. Alors que les autorités régulières sont remplacées par des fonctionnaires allemands, que nos lois sont souvent modifiées, suspendues ou supprimées par décret du Gouvernement général ... Qu'à tout moment des citoyens sont arrêtés et déportés par voie administrative sans jugement, comme indésirables au point de vue de la sécurité des occupants... De plus nos enfants, notre armée, sont sous les armes et se battent chaque jour »¹⁴.

Protestations, publication, refus exprimé. Mais les occupants sont arrivés à leurs fins, il n'y a plus de Croix-Rouge belge.

Pourtant, le CICR est allé souvent bien au-delà des protestations et du juridisme étroit ; on a contourné le manque de conventions concernant les civils par toutes sortes d'aides individuelles, en Belgique et dans les autres territoires

13 *Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, avril 1915, p. 170.

14 *Ibid.*, p. 275.

occupés, et dans les situations de blocus qui, pour les civils, s'apparentent en partie aux désastres de l'occupation.

Le CICR face aux mesures de représailles, aux camps de concentration et au blocus

Si la charge nouvelle qui pesa alors sur le CICR fut si dramatique, c'est que les régions occupées ne se trouvaient pas à l'écart de la guerre mondiale, bien au contraire. Tout au long du conflit, les représailles ont touché les populations civiles prises en otage. Chacun des belligérants n'a pas hésité à utiliser toutes les armes possibles pour arriver à ses fins. Les champs de bataille ne sont qu'un aspect – central bien sûr, mais pas unique – de la violence de guerre. La mondialisation de la guerre passe à la fois par son extension spatiale et par la diffusion de la violence, voire de la cruauté, dans les différents espaces touchés. La violence se donne comme la seule cohérence au monde en guerre, même si chacun use et abuse du « droit des gens » pour tenter de faire croire à la justesse de sa cause. Mais les difficultés sémantiques sont grandes. Le CICR n'a pas été le seul, pendant ce conflit si nouveau, à peiner à trouver des mots pour exprimer la réalité des concepts en œuvre. Ainsi, comment qualifier le fait que des civils disparaissent de leur domicile, de leur vie habituelle : enlèvement, déplacement, déportation¹⁵ ? : « Il a été très difficile de préciser ce qui, chez les belligérants, était considéré comme 'internés civils' en regard des personnes emmenées comme 'otages' ou de celles considérées comme 'prisonniers politiques'... ». Les listes de prisonniers ont désigné parfois sous le terme de prisonniers politiques ou d'otages ceux que d'autres listes désignaient sous le terme de « déportés »¹⁶. Les textes parlent de « civils capturés », au masculin, sans avoir les moyens de comprendre la spécificité de chacun des drames individuels, ni même de pouvoir les regrouper en catégories de victimes fiables – hommes, femmes ou enfants.

En septembre 1917 encore, le Président du CICR convoque à Genève une conférence des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge des pays neutres pour évoquer la question des civils prisonniers :

« Les **internés civils** sont une innovation de cette guerre ; les traités internationaux ne les avaient pas prévus. Au début de la guerre il a pu être logique de les **immobiliser** pour retenir les suspects ; quelques mois eussent suffi, semble-t-il, pour séparer l'ivraie du bon grain. ... On doit, à différents points de vue, assimiler aux internés civils les civils **déportés** en pays ennemis, ainsi que les habitants des territoires occupés par l'ennemi. Ces civils sont privés

15 Le mot « déportation », emprunté au latin classique *deportatio* (« charroi », « transport »), a pris le sens de déportation, exil, en bas latin. Le sens moderne mêle les deux acceptions puisqu'il signifie l'enlèvement à son lieu de résidence pour être transporté ailleurs.

16 Archives du CICR, 1917.

de liberté et leur situation ne diffère guère de celle des **prisonniers**... Après trois ans entiers de guerre, nous demandons que ces différentes catégories civiles de la guerre soient l'objet d'une attention spéciale et que leur sort, à certains égards plus cruel que celui des prisonniers militaires, soit envisagé sérieusement avant le quatrième hiver de guerre »¹⁷.

En effet, la question des civils ennemis, puis occupés, a été insoluble dès le début de la guerre, en août 1914 : on ne sait ni les nommer, ni quoi en faire. Les différents belligérants ouvrent alors pour eux des camps de concentration. Et ces civils déportés sont à l'image de la guerre, mondiale et totale, avec des gradations dans les conditions allant de la « simple » privation de liberté à la mise au travail forcé derrière les lignes. Il faut dire que la complication est immense avec la généralisation des représailles sur les civils occupés : tout se passe comme si plusieurs âges de la guerre coexistaient dans le même espace-temps, entre archaïsme et modernité de la guerre.

La question des représailles sur les civils occupés

« Représailles ! Voilà le grand mot ! Voilà le veau d'or, le seul qu'adorent en commun les peuples en armes », écrit un anonyme du CICR en 1915.

« Mais qui ne voit que c'est là un sophisme, un argument enfantin ? Le mal que fait autrui excuse-t-il si peu que ce soit le mal qu'on fait soi-même ?... Lois sans sanctions, chiffons de papier, nous Suisses avons le droit de protester contre toutes les violations... Et nous le ferons jusqu'à ce que la conscience du monde se soulève et que, par la féconde indignation que ces protestations soulèveront, elle suscite une force nouvelle au service du droit »¹⁸.

Ainsi, un notable de la région d'Hirson en France est arrêté en février 1915 et retrouve, avant d'être déporté en Allemagne, d'autres otages, tels le maire de Noyon, M. Noël, ou le préfet du Nord, M. Trépont. Tous ont été arrêtés, à cette date, pour le même motif : « Vous êtes soupçonnés d'avoir commis des actes semblables à ceux pour lesquels des sujets allemands ont subi, contre tout droit, la peine capitale au Maroc »¹⁹. En effet, à la suite de l'entrée en guerre de l'Empire ottoman aux côtés de l'Allemagne, le sultan Mehmet V avait proclamé la Guerre sainte (*djihad*) pour appeler les musulmans à se soulever contre les puissances européennes. L'Allemagne, alliée des Ottomans, promeut une puissante propagande panislamique, envoyant des agents militer contre les intérêts français et

17 Archives du CICR, « Introduction sommaire à la question concernant les civils », septembre 1917, p. 1, cité dans Matthew Stibbe, « The internment of civilians by belligerent states during the First World War and the response of the International Committee of the Red Cross ICRC », dans *Journal of Contemporary History*, Vol. 14, N° 1, 2006, p. 5 (nous soulignons).

18 Article signé « X », extrait de journal collé dans le *Bulletin international des Sociétés de la Croix Rouge*, 18 mars 1915 (collections de la bibliothèque du CICR, Genève).

19 G. Desson, *Souvenirs d'un otage, de Hirson à Rastatt*, Bloud et Gay, Paris, 1916, p. 60.

britanniques. En réponse à leurs agissements au Maroc, les Français y ont arrêté trois cents membres de la colonie allemande, les ont envoyés dans un camp d'internement – dit alors de concentration – en Algérie. Certains étaient des civils. D'autres, reconnus coupables d'espionnage et de contrebande d'armes contre la France, ont été fusillés²⁰. Les représailles allemandes contre les otages du Nord de la France témoignent une fois de plus de la mondialisation de la guerre, dans ce cas à travers le truchement de l'occupation.

De même, en pleine offensive des Dardanelles (et en pleine extermination des Arméniens, tout peut toujours être pire), il est décidé à Lille :

« En contradiction avec le droit des gens, des vaisseaux de guerre français ont détruit les 13 et 31 mai 1915 les consulats allemands des villes turques ouvertes, Alexandrette et Haïfa. Comme représailles contre cet attentat et pour couvrir les dégâts causés aux propriétés turques et allemandes, il est imposé, par ordre du quartier général maître, à chacune des villes de Roubaix et de Valenciennes une amende de 150 000 francs »²¹.

La logique de la mobilisation totale des États et des sociétés implique des rétorsions contre des civils situés pourtant à des milliers de kilomètres les uns des autres. Dans tous les cas, c'est « le droit des gens » qui est invoqué et ce sont tantôt les prisonniers militaires, tantôt les civils occupés qui en sont les victimes.

En agissant par cette forme de représailles sur la population civile captive des pays ennemis, on n'espère certainement pas faire céder les belligérants d'en face. On sait bien que chez tous la logique de la guerre est d'abord celle des champs de bataille, des soldats, de l'armement toujours plus industriel et des offensives. On sait bien aussi que l'on ne pourra pas arriver, malgré tous les efforts, à désolidariser la population de son pays en guerre²².

Négocier les aides et les libérations d'otages

Les civils occupés pris en otage ou ciblés par les représailles vont rester une des plaies de la guerre totale. Pourtant, dès 1915, ont commencé sous l'égide de la papauté des négociations pour la libération des femmes et des jeunes filles, des jeunes garçons de moins de 17 ans, des hommes de plus de 55 ans, des médecins et des prêtres. Les organismes humanitaires luttent surtout pendant toute la guerre pour ces trois catégories : femmes et enfants, personnes âgées et personnel médico-religieux. Puis un « bureau pour le rapatriement des internés civils » est créé à Berne sous la surveillance directe du Département politique fédéral en

20 Pascal Le Pautremat, *La politique musulmane de la France au XX^e siècle: de l'Hexagone aux terres d'Islam: espoirs, réussites, échecs*, Maisonneuve et Larose, Paris, 2003, p. 81.

21 Lettre du major Hoffman, 20 juin 1915, Archives départementales du Nord, 9R515.

22 Les civils, toutefois, ne doivent pas être vus uniquement comme les victimes désarmées des États et des armées d'occupation. Eux aussi sont largement auto-mobilisés, à travers une diabolisation de l'ennemi qui, lorsqu'elle les pousse à la résistance, entraîne un peu plus loin encore le cycle des répressions.

février 1916, il peut épauler diplomatiquement la section civile du CICR. Mais lettre du pape après lettre du pape, circulaire de la Croix-Rouge après circulaire de la Croix-Rouge, ces trois catégories de « victimes innocentes » sont perpétuellement réclamées à leurs capteurs et elles ne sont jamais libérées. Bien plus, médecins et prêtres continuent à être ciblés dans les représailles tout au long du conflit, comme le montre encore à la fin de 1917 la diariste Clémence Leroy, depuis son village du Pas-de-Calais :

« Coup de théâtre : vers 9 heures le pointeur avertit Messieurs Daussu et Lefrancq, Mesdames Duflos et Moriaux qu'ils ont à se préparer pour partir comme otages, les hommes demain matin à 9 heures, les femmes à une date qui sera fixée ultérieurement. Ils doivent emporter pour cinq jours de vivres et peuvent prendre 50 kilos de bagage. Motif de cet enlèvement : représailles. Les Français détiennent paraît-il des Alsaciens et ne veulent pas leur permettre de retourner dans leur pays. Représailles et toujours représailles, voilà ce qu'on nous répète chaque fois qu'un acte d'injustice est commis. Mais je n'ai pas fait de mal, je n'ai pas commis de crime pour qu'on m'enlève, s'écrie Madame Duflos. Non vous n'avez rien fait de mal, mais c'est comme notable qu'on vous emmène. « Ah ! la bonne chose vraiment de passer comme notable en cette circonstance ! Aussi tout le pays est unanime à plaindre particulièrement cette dame qui frise la soixantaine et qui va abandonner son mari infirme et d'une santé délicate. L'autre dame est jeune et forte, on la plaint moins. Des deux hommes l'un est resté ici sans sa famille ; l'autre laisse sa femme et ses deux filles bien désolées... »

Ils sont partis ce matin les deux otages et assez courageusement. Ils ont pour compagnons le curé et le docteur de Rumaucourt. Celui-ci a appris son départ hier soir en rentrant de sa tournée. Qu'on juge de son étonnement et de la nuit qu'il a dû passer ! Aussi paraissait-il vieilli de dix ans ce matin nous a-t-on dit... Le curé de Rumaucourt pleurait de toutes ses larmes, le pauvre homme. Il est vieux, pauvre et malade, il est sujet dit-on à des attaques qui ressemblent à des crises d'épilepsie. Et il est parti lui et les autres pour la Prusse Orientale dit-on dans une telle saison et sous un climat bien plus rigoureux que le nôtre. Aussi ce départ inattendu et précipité est le sujet de toutes les conversations et nous sommes tous un seul cœur avec ces malheureux arrachés aujourd'hui à leurs foyers. Plus nous avançons sur la route douloureuse, plus nous poussons ce cri mille fois répété : Ô guerre sois maudite ! »²³

Pas-de-Calais/Saxe, trajet « maudit » en effet pour les civils arbitrairement utilisés dans des marchandages abjects à la fin de 1917, alors que les négociations pour empêcher cela se déroulent théoriquement depuis plus de deux ans. Ces otages médecins, prêtres, femmes, voire enfants continuent à être envoyés en camps

23 Clémence Leroy, *Historial de la Grande Guerre*, journal manuscrit, 28-29 décembre 1917.

de concentration jusqu'en 1918; on en retrouve même, pour les pays d'Europe centrale et orientale, jusque dans les années vingt. En effet, si quelques-uns ont été échangés ou libérés, en revanche d'autres ont été à leur tour faits prisonniers et déportés. Pire, au cours des négociations pour leur libération, certaines puissances s'aperçoivent qu'elles peuvent les utiliser pour faire pression sur l'ennemi. Ainsi, des otages civils sont emmenés en Allemagne à plusieurs reprises pour peser sur les négociations touchant les prisonniers militaires ou même civils avec la France. Les internés sont de nouveau victimes, cette fois, de ce qu'il faut bien appeler les effets pervers des négociations humanitaires: comme ces dernières se résument souvent à des échanges, les civils d'une région finissent par « payer » pour d'autres.

Il faut rapprocher ces représailles allemandes contre les populations des territoires occupés au blocus exercé par les Alliés contre les Puissances Centrales, pour comprendre la totalité des phénomènes. La violence s'exerce d'un côté par le plein (le choc des destructions, des morts, de la faim, des camps), de l'autre en creux (le manque de nourriture et de produits de première nécessité). Les populations allemandes et autrichiennes vivent le blocus comme un crime de guerre et la propagande s'en empare pour fustiger l'inhumanité intrinsèque des Français et des Anglais. La surmortalité en Allemagne pour cause de blocus est estimée aujourd'hui à un million de personnes pendant le conflit²⁴. La remarque subtile d'un témoin du Nord de la France occupée illustre cette interaction entre les processus d'occupation, de résistance et de blocus. David Hirsch veut croire que, depuis sa ville coupée de la France, depuis son magasin de Roubaix, il fait lui aussi la guerre: « Nous fermons le dimanche après-midi. Ce sont surtout des Allemands qui achètent le dimanche. Ainsi nous aidons aux effets du blocus dans notre petite mesure »²⁵.

Conclusion : une morale humanitaire ?

Au-delà des secours individuels acheminés, le CICR et la papauté sont limités par leur neutralité (le CICR) et leur *impartialité* (la papauté). Être au-dessus des camps, c'est être en dehors de la réalité de la guerre mondiale, globale, totale. Et pourtant, les secours acheminés sont réels. Même une simple carte – une « Croix-Rouge », comme disaient les habitants du Nord pour parler de ces cartes pré-écrites qui donnaient au moins un signe de vie, était une source concrète d'espoir. Peut-être trop tôt, en 1916, le CICR accorde un satisfecit à sa nouvelle agence civile et en particulier au Dr. Ferrières, membre du Comité, qui en est l'âme:

24 Jay Winter et Jean-Louis Robert (dir.), *Capital Cities at War: Paris, London, Berlin, 1914-1918*, Vol. 1, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

25 « Journal de David Hirsch », dans Annette Becker (éd.), *Journaux de combattants et civils de la France du Nord dans la Grande Guerre*, Septentrion, Paris, 1998.

« Ne pouvant s'appuyer ni sur des règlements ni sur des conventions – puisqu'on n'avait pas prévu l'extension de la guerre à des populations civiles – mais fortes des puissantes considérations d'humanité qui l'avaient fait naître, cette agence dans l'agence, ce petit monde dans un plus grand, a dans son bilan presque autant de chapitres que la grande sœur à côté de laquelle elle marche la main dans la main... Rôle magnifique de s'intéresser à une catégorie de victimes entièrement dépourvue d'appuis et de secours, et a su s'attirer par une persévérance et un dévouement inlassables, la bénédiction des familles reconstituées ou rassurées par l'existence de leurs membres dispersés »²⁶.

Le sort des populations occupées, aussi terrible qu'il fût, ne peut même pas être comparé à ce qui se passait au même moment dans l'Empire ottoman contre les Arméniens. Un caricaturiste français l'avait bien vu. Ses dessins dénoncent les déportations des femmes de Lille à Pâques 1916, où des brutes teutonnes entraînent des femmes et des enfants ou les mettent en joue. Sur une vignette, un soldat au casque à pointe remarque : « [i]ls se plaignent. Mais que diraient-ils donc s'ils étaient en Arménie ? »²⁷

L'Américain Theodore Roosevelt tira des conclusions radicales lorsque les nouvelles des massacres des Arméniens parvinrent aux États-Unis :

« Même pour des nerfs lassés et blasés par les atrocités qui se sont entassées depuis un an et demi, les nouvelles des terribles horreurs qui se sont abattues sur les Arméniens devraient donner un nouveau choc de compassion et d'indignation. Laissez-moi insister : la compassion ne sert à rien si elle n'est pas accompagnée d'indignation, et l'indignation est inutile si elle s'épuise en mots plutôt que de s'affirmer par des actions ».

Pour Roosevelt, seule la guerre permettrait de mettre fin à cette tragédie :

« Si ce peuple, à travers son gouvernement, n'avait pas déserté son devoir de guerre dans les seize derniers mois, nous serions maintenant capables d'agir efficacement pour l'Arménie. Les grands rassemblements de masse pour l'Arménie n'apportent rien si ce n'est une façon sentimentale et facile de se laisser aller à leurs émotions pour ceux qui y participent... Nous n'aurons rien fait avant que nous ne mettions honneur et devoir en premier et que nous soyons décidés à prendre des risques pour réaliser des actions droites, à la fois pour nous et pour les autres ; sinon nous ne mériterons que le mépris des nations fortes de l'humanité »²⁸.

26 *Bulletin international des Sociétés de la Croix Rouge*, N° 192, octobre 1917, p. 413.

27 *La Baïonnette*, 1916, dessins de Henriot.

28 Lettre de Theodore Roosevelt à Samuel Dutton, 24 novembre 1915, dans Elting E. Morison (ed.), *The Letters of Theodore Roosevelt: Volume 7: Days of Armageddon*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1952.

Ainsi sa morale de compassion et d'indignation le menait à rejoindre la guerre totale responsable de ces crimes, comme le caricaturiste français usait de l'ironie pour décliner sa haine anti-allemande, plus que son indignation contre les déportations et les massacres d'Arméniens.

En exergue de son ouvrage, *La raison humanitaire. Une histoire morale du temps présent*, Didier Fassin cite Emmanuel Levinas: «On conviendra aisément qu'il importe au plus haut point de savoir si l'on n'est pas dupe de la morale»²⁹. Fassin poursuit son livre sur les contradictions de longue durée entre la compassion, toute sentimentale, et la raison qui fait agir pour les êtres humains en détresse et relève un paradoxe dans son étude sur les politiques humanitaires les plus contemporaines :

«D'un côté les sentiments moraux visent principalement des individus plus pauvres, plus malheureux, plus fragiles, autrement dit la politique de la compassion est une politique de l'inégalité. De l'autre, les sentiments moraux ont généralement pour condition de possibilité la reconnaissance des autres comme semblables, en d'autres termes la politique de la compassion est une politique de la solidarité»³⁰.

Ce paradoxe atteint sans doute son acmé en temps de guerre totale. Les renversements de la guerre ont pour la première fois connu cette incandescence fatale pour les civils à grande échelle pendant le Premier Conflit mondial. Victimes et sauveteurs pouvaient-ils nommer les contradictions en se débattant dans les réalités de ce qui était dès alors innommable, impensable ?

29 Emmanuel Levinas, *Totalité et infini, essai sur l'extériorité*, Nijhoff, La Haye, 1961, cité dans Didier Fassin, *La raison humanitaire. Une histoire morale du temps présent*, collection Hautes Études, Éditions de l'EHESS, Seuil/Gallimard, 2010.

30 D. Fassin, *op. cit.*, p. 10.

Comment déterminer le début et la fin d'une occupation au sens du droit international humanitaire

Tristan Ferraro*

Tristan Ferraro est conseiller juridique au sein de la Division juridique au siège du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) à Genève.

Résumé

Le droit international humanitaire (DIH) ne définit pas précisément la notion d'occupation, pas plus qu'il ne fournit de normes strictes permettant d'établir à quel moment débute et s'achève une occupation. L'article ci-après propose une analyse détaillée de la notion d'occupation et de ses éléments constitutifs au regard du DIH, et arrête un ensemble de critères juridiques permettant de déterminer dans quelles conditions une situation doit être qualifiée d'occupation aux fins du DIH. Il conclut en suggérant une adaptation de ces critères juridiques aux caractéristiques spéciales de l'occupation par un intermédiaire et de l'occupation par des forces multinationales.

Mots-clés : occupation, contrôle effectif, consentement, ensemble de critères juridiques, occupation par entité interposée, occupation par des forces multinationales.



Certaines situations d'occupation survenues au cours de la période récente ont soulevé une gamme inédite de questions juridiques. Or, si les règles positives de

* Cet article a été rédigé à titre personnel et ne reflète pas nécessairement les opinions du CICR. La version originale en anglais de cet article est publiée sous le titre « Determining the beginning and end of an occupation under international humanitarian law », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, N° 885, printemps 2012, pp. 133-163.

L'occupation ont beaucoup retenu l'attention, peu de travaux ont été consacrés aux questions complexes relatives aux critères de début et de fin d'une occupation. C'est surprenant, tant il est vrai qu'il est indispensable, avant de traiter de toute question de fond relevant du droit de l'occupation, de déterminer si une situation d'occupation a vu le jour et si elle dure encore.

Déterminer si une situation constitue une occupation n'est pas chose aisée, principalement parce que la définition de l'occupation inscrite à l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907 est assez vague. La notion d'occupation y est en effet définie comme suit : « Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer ».

À l'imprécision de la définition juridique de l'occupation vient s'ajouter une série d'autres facteurs qui ajoutent à la difficulté de la tâche, comme la poursuite des hostilités, l'exercice d'une certaine autorité par le gouvernement local, ou le refus de l'envahisseur d'assumer les obligations liées à l'exercice de l'autorité sur un territoire étranger. Il peut aussi être fort délicat de déterminer juridiquement à quel moment s'achève une occupation. Un désengagement progressif, un retrait partiel, la rétention de certaines compétences dans des zones précédemment occupées, le maintien d'une présence militaire sur la base d'un consentement équivoque, ou encore l'évolution qu'ont subie, depuis l'époque du Règlement de La Haye, les moyens permettant d'exercer son autorité, sont autant d'éléments qui peuvent rendre plus délicate la classification juridique d'une situation donnée et soulever de nombreuses interrogations sur le moment où une occupation peut être considérée comme terminée.

Le présent article a pour objectif d'approfondir la notion d'occupation et, en particulier, les critères juridiques servant à déterminer à quel moment la présence de troupes étrangères sur un territoire doit être considérée comme une occupation au regard du droit international humanitaire (DIH). Après avoir rappelé que c'est sur la base de faits concrets que l'on peut établir s'il y a occupation, nous tenterons de préciser le sens de la notion en identifiant ses éléments constitutifs à partir de l'article 42 du Règlement de La Haye. Nous analyserons ensuite ces éléments avant de proposer un ensemble de critères juridiques permettant d'établir l'existence d'une occupation au regard du DIH. Enfin, nous aborderons la question du début et de la fin de l'occupation dans deux situations particulières : l'occupation par entité interposée et l'occupation par une coalition d'États ou par des forces multinationales.

L'occupation est une question de fait

Le point de départ de notre analyse est que l'existence d'une occupation – cas particulier du conflit armé international – doit être établie sur la seule base des faits constatés. Ce point de vue n'est pas seulement largement partagé ; il est reflété dans des instruments internationaux, dans la jurisprudence internationale, ainsi que dans certains manuels militaires.

En 1880, l'Institut du droit international avait déjà affirmé, à l'article 41 de son Manuel sur les lois de la guerre sur terre (« Manuel d'Oxford »), que :

Un territoire est considéré comme occupé lorsque, à la suite de son invasion par des forces ennemies, l'État dont il relève a cessé, *en fait*, d'y exercer une autorité régulière, et que l'État envahisseur se trouve être seul à même d'y maintenir l'ordre. Les limites dans lesquelles ce fait se produit déterminent l'étendue et la durée de l'occupation¹.

Les mots « en fait » montrent clairement que l'existence d'une situation d'occupation militaire est établie sur la base de la situation factuelle.

Cette position a, depuis lors, été appuyée par le Tribunal militaire américain à Nuremberg qui, dans l'affaire des *Otages*, a déclaré que « la question de savoir si une invasion a donné lieu à une occupation est une question de fait »². Elle a aussi été réaffirmée dans des décisions récentes et emblématiques rendues par la Cour internationale de justice (CIJ)³ et par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)⁴. En outre, plusieurs manuels militaires ont adopté la position exprimée dans le Manuel d'Oxford et dans la jurisprudence internationale. C'est ainsi que le *Field Manual 27-10* des États-Unis précise, à la section 355, que « l'occupation militaire est une question de fait »⁵.

Par conséquent, la définition de l'occupation, telle qu'elle figure à l'article 42 du Règlement de La Haye, ne repose pas sur une perception subjective de la situation réelle par les parties au conflit armé, mais bien sur une constatation objective, fondée sur la soumission *de facto* d'un territoire à l'autorité de forces armées étrangères ennemies.

Une constatation de cet ordre, fondée sur les faits, est conforme à la séparation stricte entre *jus in bello* et *jus ad bellum*. Cette distinction conserve toute sa pertinence et sa validité pour les situations d'occupation. Le Tribunal militaire américain à Nuremberg l'a expressément affirmé : « Le droit

1 Souligné par nous.

2 Voir Tribunal des États-Unis à Nuremberg, affaire des *Otages* (*The Hostages Trial—Trial of Wilhelm List and Others*), *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Nations War Crimes Commission, 1949, Londres, Vol. VIII, p. 55 [traduction CICR].

3 Dans une affaire récente – *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* – la Cour internationale de Justice (CIJ) a insisté sur le fait qu'elle devait examiner s'il existait des éléments de preuve suffisants avant de déclarer que l'Ouganda avait bien établi son autorité sur des parties du territoire de la République démocratique du Congo. Voir CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (ci-après « RDC c. Ouganda »), arrêt, 19 décembre 2005, *CIJ Recueil 2005*, para. 173.

4 Pour interpréter la notion d'occupation, le TPIY a repris littéralement la formule du Tribunal des États-Unis à Nuremberg et décidé que « l'existence d'un état d'occupation est une question de fait ». TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović* (ci-après « affaire Naletilić »), affaire N° IT-98-34-T, Chambre de première instance, jugement, 31 mars 2003, para. 221.

5 FM 27-10, *Department of the Army Field Manual: The Law of Land Warfare*, Washington, D.C., juillet 1956 [traduction CICR] [ci-après « Field Manual 27-10 »]. Voir aussi, par ex., Canada, *Joint Doctrine Manual: Law of Armed Conflict at Operational and Tactical Levels*, JAG Office, 2001, Section 1203(1); New Zealand Defence Force, DM 112, *Interim Law of Armed Conflict Manual*, 1992, Section 2(1302)(1).

international n'opère aucune distinction entre un occupant légal et un occupant illégal lorsqu'il s'agit des devoirs respectifs de l'occupant et de la population en territoire occupé»⁶. Par conséquent, le droit de l'occupation, en tant que branche du DIH, s'applique sans aucune distinction défavorable fondée sur la nature ou l'origine d'un conflit armé particulier, sur les objectifs visés par la puissance occupante, sur la légalité au regard du *jus ad bellum* de l'intervention militaire extraterritoriale ou sur les causes défendues par les parties au conflit ou qui leur sont attribuées.

Cependant, établir sur une base factuelle que des forces étrangères exercent un degré d'autorité significatif sur un territoire est un exercice complexe, en raison avant tout des incertitudes propres à la guerre. Il est particulièrement délicat, à cet égard, d'identifier avec précision la transition entre les phases d'invasion et d'occupation⁷. Il serait donc certainement plus facile d'établir l'existence d'une occupation si l'on disposait de critères permettant de guider l'évaluation des faits. Nous allons tenter ci-après de définir des règles de ce type et de mettre au point un ensemble de critères juridiques permettant de déterminer le début et la fin d'une occupation sur la base des normes pertinentes du droit de l'occupation, en particulier l'article 42 du Règlement de La Haye.

La définition de l'occupation selon le DIH

La notion d'occupation a été ébauchée par l'article 42 du Règlement de La Haye. Cependant, étant donné le flou de cette disposition, il est nécessaire d'examiner avec soin l'interprétation qui en a été faite au fil du temps pour préciser le sens exact de la notion d'occupation. Ceci nous permettra d'identifier les éléments d'un ensemble de critères juridiques pour déterminer l'existence d'une situation d'occupation aux fins du DIH.

Le rôle central de l'article 42 du Règlement de La Haye

C'est après quelques tâtonnements⁸ que la définition de l'occupation a été définitivement arrêtée dans l'article 42 du Règlement de La Haye en ces termes : « Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer. » Les traités de DIH

6 Tribunal des États-Unis à Nuremberg, affaire des *Otages*, *op. cit.*, note 2, p. 59 [traduction CICR].

7 Il a été fort difficile, par exemple, d'arrêter la date précise de début de l'occupation de l'Irak en 2003, en raison principalement de la poursuite des hostilités, de la progression des troupes de la coalition et de l'incertitude initiale quant à leur capacité d'exercer leur autorité sur certaines parties du territoire irakien.

8 Voir par ex. l'article premier de la Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre, Bruxelles, 27 août 1874; l'article 41 du Manuel d'Oxford adopté en 1880 par l'Institut de Droit international; et l'article 42 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (Convention (II) de La Haye), La Haye, 29 juillet 1899.

adoptés ultérieurement n'ont pas modifié cette définition. La notion d'occupation a été élargie par l'article 2 commun aux Conventions de Genève de 1949, afin d'y inclure spécifiquement l'occupation qui ne se heurte à aucune résistance armée. Cependant, rien, dans les travaux préparatoires, n'indique que les rédacteurs des Conventions aient eu l'intention de modifier la définition, largement acceptée, de l'occupation inscrite à l'article 42 du Règlement de La Haye⁹. Comme l'article 2 commun reconnaît explicitement que ces instruments s'appliquent à tous les cas d'occupation, mais ne définit pas l'occupation, on peut logiquement en conclure que l'applicabilité des normes pertinentes des Conventions – en particulier celles du titre III, section III de la IV^e Convention de Genève – repose sur la définition de l'occupation du Règlement de La Haye. C'est aussi ce que laisse entendre l'article 154 de la IV^e Convention de Genève, régissant les relations entre cet instrument et les Conventions de La Haye de 1907¹⁰.

Cette interprétation de la notion d'occupation est corroborée par des juridictions internationales comme la CIJ et le TPIY, qui ont vu dans l'article 42 du Règlement de La Haye la *seule et unique* norme permettant d'établir l'existence d'une occupation au sens du DIH¹¹. Le TPIY a même utilisé dans plusieurs décisions la définition de l'occupation inscrite dans le Règlement de La Haye afin de déterminer s'il y avait occupation au sens de la IV^e Convention de Genève. En s'appuyant sur l'article 154 de la Convention, il a décidé que :

bien que constituant une codification ultérieure des droits et obligations de la puissance occupante, la IV^e Convention de Genève n'a pas abrogé les dispositions du Règlement de La Haye en la matière. Ainsi, en l'absence d'une définition du terme « occupation » dans les Conventions de Genève, elle renvoie à la définition qu'en donne le Règlement de La Haye, tout en rappelant le caractère coutumier dudit Règlement¹².

La chambre de première instance cite ensuite l'article 42 du Règlement de La Haye en indiquant qu'elle souscrit à cette définition.

La CIJ a eu l'occasion d'examiner à deux reprises la notion d'occupation au cours de la période récente. Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu en 2004 dans l'affaire *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* comme dans son arrêt de 2005 dans l'affaire *Activités armées sur le*

9 Département politique fédéral, *Actes de la conférence diplomatique de Genève de 1949*, Berne, Tome II, section A, pp. 634, 656, 659-660, 712-713 et 794-795.

10 L'article 154 de la IV^e Convention de Genève (CG IV) dispose : « Dans les rapports entre Puissances liées par la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, qu'il s'agisse de celle du 29 juillet 1899 ou de celle du 18 octobre 1907, et qui participent à la présence Convention, celle-ci complètera les sections II et III du Règlement annexé aux susdites Conventions de La Haye ».

11 On notera aussi qu'à l'échelon national, la Cour suprême de l'Inde a affirmé en 1969 que l'article 42 du Règlement de La Haye était l'unique base juridique permettant d'établir l'existence d'une occupation. Voir Cour suprême de l'Inde, *Rev. Mons. Sebastiao Francisco Xavier dos Remedios Monteiro v. The State of Goa*, 26 mars 1969, All India Reporter 1970 SC 329, *Supreme Court Reports*, 1970, pp. 87-102.

12 TPIY, affaire *Naletilić*, *op. cit.*, note 4, para. 215.

territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), la Cour s'est appuyée exclusivement sur l'article 42 du Règlement de La Haye pour déterminer s'il y avait occupation dans les territoires en question et si le droit de l'occupation s'appliquait dans ces situations¹³. Le fait, en particulier, que la CIJ se soit fondée sur l'article 42 du Règlement de La Haye pour évaluer l'applicabilité de la section III du titre III de la IV^e Convention de Genève – intitulée « territoires occupés » – amène à la conclusion que l'article 42 du Règlement de La Haye est la référence permettant d'établir l'existence d'une situation d'occupation. Le droit de l'occupation est donc un ensemble de normes juridiques qui se compose pour l'essentiel du Règlement de La Haye et de la IV^e Convention de Genève; son champ d'application repose entièrement sur le respect des conditions déduites de l'article 42 du Règlement de La Haye.

On a pu dire qu'il existait deux définitions distinctes de l'occupation, l'une basée sur le Règlement de La Haye et l'autre sur la IV^e Convention de Genève¹⁴. Toutefois, divers auteurs ont aussi insisté sur l'importance et le poids

13 CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, *CIJ Recueil 2004*, para. 78; CIJ, *RDC c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 172-177.

14 Les auteurs des Commentaires du CICR sur les Conventions de Genève ont affirmé en 1958 que le concept d'occupation au regard de la CG IV était plus large que celui utilisé dans le Règlement de La Haye en ce qui concerne la protection des personnes. Voir Jean S. Pictet (éd.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire, IV: La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Comité international de la Croix-Rouge (CICR), Genève, 1956, art. 6, p. 67. Cette opinion se retrouve dans la jurisprudence internationale récente, ainsi que dans des articles académiques. Voir Vaios Koutroulis, « L'affaire des activités armées sur le territoire du Congo: une lecture restrictive du droit de l'occupation? », dans *Revue belge de droit international*, N° 2, 2006, pp. 719 et suiv. Toutefois, en l'absence de toute définition explicite de l'occupation selon la CG IV et étant donné les effets de son article 154, qui insiste sur le caractère complémentaire de ce traité par rapport au Règlement de La Haye, l'affirmation selon laquelle la CG IV offrirait une définition différente de l'occupation n'a pas de fondement juridique au regard du DIH. L'article 154 de la CG IV régit la relation entre la CG IV et le Règlement de La Haye et précise sans ambiguïté que la Convention n'a pas modifié la définition contenue à l'article 42 du Règlement. Qui plus est, il ne faut pas se méprendre sur le sens de la position exprimée dans les Commentaires du CICR ni dans la décision du TPIY dans l'affaire *Naletilić* (*op. cit.*, note 4, para. 221). Elle suggère uniquement que certaines dispositions du droit de l'occupation telles que formulées dans la CG IV devraient s'appliquer aussi pendant la phase d'invasion. Les interprétations données dans les Commentaires du CICR et dans la décision du TPIY ne démontrent nullement de manière absolue que la définition de l'occupation contenue à l'article 42 du Règlement de La Haye aurait été assouplie au point où l'autorité effective sur le territoire ennemi ne serait plus requise pour l'application des normes du droit de l'occupation. Au contraire, elles signifient simplement que le seuil d'application pour certaines normes de la CG IV a été abaissé de manière à ce qu'elles puissent aussi s'appliquer pendant la phase d'invasion. Dans le jugement sur l'affaire *Naletilić*, le TPIY a simplement affirmé que « l'application du régime de l'occupation à des 'individus', c'est-à-dire des civils protégés par la IV^e Convention de Genève, n'exige donc pas que la puissance occupante exerce une autorité effective ». La dernière partie de cette phrase montre clairement que le contrôle effectif n'est pas nécessaire pour donner effet aux mesures de protection définies dans la section III du titre III de la CG IV. La définition de l'occupation contenue dans l'article 42 du Règlement de La Haye n'est donc en rien modifiée. Le seuil d'application de la section III du titre III de la CG IV n'est abaissé qu'afin d'accorder une protection plus importante aux personnes au cours de la phase d'invasion. La jurisprudence de la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie permet de tirer la même conclusion (*Partial Awards: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims – Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25, and 26*, Décision, 19 décembre 2005, para. 27). Voir aussi Dapo Akande, « Classification of armed conflicts: relevant legal concepts », dans E. Wilmschurt (éd.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 44 et suiv.

et la prééminence de l'article 42 du Règlement de La Haye pour définir une occupation¹⁵.

Enfin, divers manuels militaires ont confirmé l'importance de l'article 42 du Règlement de La Haye en tant que déclencheur pour l'application du droit de l'occupation. En fait, lorsqu'ils abordent la question du droit régissant les territoires placés sous l'autorité de forces armées étrangères ennemies, ces manuels suivent généralement la même logique : la section sur l'occupation commence par réaffirmer la définition de l'occupation inscrite à l'article 42 du Règlement de La Haye, après quoi les manuels décrivent et commentent de nombreuses dispositions empruntées au Règlement de La Haye et à la section III du titre III de la IV^e Convention de Genève, en indiquant clairement que leurs auteurs considéraient l'article 42 du Règlement de La Haye comme le critère déclenchant l'entrée en vigueur de l'ensemble des normes du droit de l'occupation¹⁶.

Au vu de ce qui précède, l'article 42 du Règlement de La Haye peut donc être considéré comme l'unique base juridique permettant d'établir l'existence d'une situation d'occupation.

Identifier les composantes d'un ensemble de critères juridiques pour établir l'existence d'une situation d'occupation au regard du DIH

La définition contenue à l'article 42 du Règlement de La Haye est cruciale, mais demande à être précisée. C'est à cette fin que nous allons chercher, dans cette section, à identifier les diverses composantes d'un ensemble de critères juridiques, dérivé de l'article 42, qui permettra de déterminer à quel moment une situation doit être considérée, aux fins du DIH, comme une occupation.

15 Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton, 1993, p. 4; Gerhard Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1957, pp. 28-29; Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 42 et suiv.; Yuval Shany, « Faraway, so close: the legal status of Gaza after Israel's disengagement », dans *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2005, Vol. 8, pp. 374 et suiv.; Marten Zwanenburg, « The law of occupation revisited: the beginning of an occupation », dans *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2007, Vol. 10, pp. 109 et 128-129; Hans-Peter Gasser, « Belligerent occupation », dans D. Fleck (éd.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, deuxième édition, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 273-274; Michael Bothe, « Beginning and end of occupation », dans *Collegium*, N° 34, automne 2006, pp. 26 et suiv.

16 Voir, par exemple, Armée australienne, *Law of Armed Conflict: Commander's Guide*, 1994, para. 1202; Canada, *Joint Doctrine Manual*, *op. cit.*, note 5, para. 1203; Allemagne, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, 1995, para. 526; Royaume-Uni, ministère de la Défense, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, para. 11.2-11.3; Armée des États-Unis, *Field Manual 27-10*, *op. cit.*, note 5, para. 351 et suiv.; Nouvelle-Zélande, *Interim Law of Armed Conflict Manual*, *op. cit.*, note 5, 1302; Suède, ministère de la Défense, *International Humanitarian Law in Armed Conflict, with Reference to the Swedish Total Defence System*, 1991, section 6.1.2; Argentine, Leyes de Guerra, Ejército Argentino, RC-46-1, 1969, section 5.001; Allemagne, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch*, 1992, para. 526; France, ministère de la Défense, *Manuel de droit des conflits armés*, SGA, 2003, p. 121.

L'importance de la notion de « contrôle effectif »

Pour identifier les divers critères permettant de conclure à l'existence d'une situation d'occupation¹⁷, il nous faut en premier lieu nous pencher sur la notion de contrôle effectif, qui est au cœur du concept de l'occupation et qui lui est associée depuis longtemps. L'expression « contrôle effectif » ne figure pas dans le droit des traités ; elle reflète une notion qui s'est développée au fil du temps dans le débat juridique pour décrire les circonstances et les conditions permettant d'établir l'existence d'une situation d'occupation.

De toute évidence, l'occupation implique un certain degré de contrôle par des troupes ennemies sur un territoire étranger ou sur des parties de ce territoire, pouvoir exercé à la place des autorités souveraines du territoire. Cependant, l'application du droit de l'occupation se déclenche non seulement lorsque les forces étrangères ont la maîtrise totale du territoire ennemi, mais aussi lorsqu'elles exercent un degré d'autorité moins marqué¹⁸. On a souvent fait valoir que l'occupation est une question de degré. Comme le souligne Yoram Dinstein :

le contrôle effectif est une condition *sine qua non* de l'occupation par un belligérant. Toutefois, on ne peut définir dans l'absolu le degré exact de contrôle qui sera jugé objectivement « effectif ». On ne peut, en particulier, déterminer *a priori* ni l'effectif optimal de l'armée d'occupation, ni les modalités de son déploiement. Les circonstances varient d'un territoire occupé à l'autre, et le degré de contrôle effectif requis peut dépendre du terrain, de la densité démographique et d'une quantité d'autres considérations¹⁹.

Quoi qu'il en soit, c'est l'effectivité du contrôle exercé par les forces étrangères qui déclenche l'application du droit de l'occupation²⁰. De fait, c'est le contrôle

17 Dans le cadre du présent article, nous entendons par « ensemble de critères permettant d'établir l'existence d'une occupation » les critères déduits de l'article 42 du Règlement de La Haye qui, s'ils sont tous remplis, permettront de définir une situation comme une occupation au sens du DIH.

18 Selon Daniel Thürer et Malcolm MacLaren, il y a occupation « lorsqu'une partie à un conflit exerce un certain degré d'autorité sur le territoire ennemi ». Voir « *Ius post bellum* ' in Iraq: a challenge to the applicability and relevance of international humanitarian law? », dans Klaus Dicke *et al.* (éd.), *Weltinnenrecht: Liber Amicorum Jost Delbrück*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, p. 757 [traduction CICR].

19 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 15, pp. 43-44 [traduction CICR].

20 Le choix du terme « effectif », qui est couramment associé à la notion d'autorité pour définir la nature de l'ascendant des forces étrangères sur le territoire en question, reflète l'analogie entre occupation et blocus formulée pendant les négociations sur la Déclaration de Bruxelles de 1874. Lors des débats qui ont entouré la rédaction de cette déclaration, tous les délégués, sans exception ou presque, ont souligné les similarités entre l'occupation et le blocus : tous deux doivent être effectifs pour être considérés comme existants aux fins du droit des conflits armés. Voir M. Zwanenburg, *op. cit.*, note 15, p. 102 ; Shane Darcy et John Reynolds, « 'Otherwise occupied': the status of the Gaza Strip from the perspective of international humanitarian law », dans *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 15, N° 2, 2010, pp. 218-220 ; T. J. Lawrence, *The Principles of International Law*, 6^e édition, Macmillan & Co, Londres, 1917, pp. 435-436 ; James Molony Spaight, *War Rights on Land*, Macmillan & Co, Londres, 1911, pp. 328-329. Des participants ont fait valoir que, de même qu'un blocus n'est pas reconnu s'il n'est pas effectif, l'existence d'une occupation doit être décidée sur la base de l'autorité effective. À cet

effectif qui permet aux forces étrangères de mettre en pratique les droits et les devoirs que leur confère le droit de l'occupation.

Ce point de vue est corroboré par l'ensemble des ouvrages juridiques sur la question, qui font de la notion de contrôle effectif un élément essentiel de l'occupation²¹. Un examen attentif de la jurisprudence internationale²² et du contenu de quelques manuels militaires étaye aussi l'affirmation selon laquelle la notion de contrôle effectif est au cœur de la notion d'occupation²³ et doit servir de point de départ pour concevoir un ensemble de critères juridiques permettant d'établir l'existence d'une situation d'occupation. Le « contrôle effectif » représente, de ce point de vue, une notion essentielle car elle donne corps et précision à la notion d'« autorité » elle-même inscrite au cœur de la définition de l'occupation formulée à l'article 42 du Règlement de La Haye. Le contrôle effectif est à ce titre la principale caractéristique de l'occupation, puisqu'il ne saurait y avoir, au regard du DIH, d'occupation d'un territoire sans autorité effectivement exercée sur ce territoire par des forces étrangères ennemies.

Il faut donc examiner de plus près la notion de contrôle effectif, ce qui nous permettra d'identifier les critères de définition de l'occupation aux fins du DIH.

égard, un consensus s'est dégagé parmi les délégués pour considérer qu'il n'y a occupation que dans la mesure où l'armée étrangère peut exercer un certain degré d'autorité sur le territoire en question. Voir Doris A. Graber, *The Development of the Law of Belligerent Occupation, 1863–1914: A Historical Survey*, Columbia University Press, New York, 1949.

- 21 Georg Schwarzenberg, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Vol. 2: The Law of Armed Conflict*, Stevens, Londres, 1968, pp. 274-276. La même position avait été exprimée antérieurement par G. Von Glahn, *op. cit.*, note 15, pp. 27-29. Voir aussi E. Benvenisti, *op. cit.*, note 15, p. 4, qui a défini l'occupation comme « le contrôle effectif exercé par une puissance (qu'il s'agisse d'un ou de plusieurs États ou d'une organisation internationale telle que l'ONU) sur un territoire sur lequel cette puissance n'a pas de titre de souveraineté, contre la volonté du souverain de ce territoire » [traduction CICR]. Plus récemment, Yoram Dinstein a décrit la notion de contrôle effectif comme indispensable afin d'établir l'existence d'une situation d'occupation (Y. Dinstein, *op. cit.*, note 15, pp. 42-43). Enfin, Robert Kolb et Sylvain Vité affirment que, pour déterminer l'existence d'une situation d'occupation, « tout revient à se demander à partir de quel moment le contrôle de l'armée ennemie est suffisamment effectif au sens de l'article 42 du Règlement de 1907 » (Sylvain Vité et Robert Kolb, *Le droit de l'occupation militaire: perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 142).
- 22 TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić alias «Dule»* (ci-après «affaire Tadić»), affaire N° IT-94-1-T, Chambre de première instance, jugement, 7 mai 1997, para. 580 : « La qualité de 'personnes protégées' de ces victimes dépend de la date à laquelle elles sont tombées au pouvoir des forces occupantes. Le moment exact auquel une personne ou une région tombe au pouvoir d'une partie à un conflit dépend du fait que cette partie exerce un contrôle effectif sur un territoire ». Voir aussi CIJ, *RDC c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 175.
- 23 Voir par exemple Armée des États-Unis, *Field Manual 27-10*, *op. cit.*, note 5, section 352 (sur la distinction entre invasion et occupation), selon laquelle « un envahisseur peut attaquer avec des forces navales ou aériennes, ou ses troupes peuvent avancer rapidement à travers une vaste portion de territoire ennemi sans établir cette autorité effective qui est essentielle pour le statut d'occupation » [traduction CICR]. Voir aussi Royaume-Uni, *Manual*, *op. cit.*, note 16, section 11.7 ; Italie, *Manuale di diritto umanitario*, Stato maggiore della Difesa, SMD-G-014, 1991, p. 32 ; Nouvelle-Zélande, *Interim Law of Armed Conflict Manual*, *op. cit.*, note 5, 1302 ; Allemagne, *Humanitäres Völkerrecht*, *op. cit.*, note 16, para. 526 ; Canada, *Joint Doctrine Manual*, *op. cit.*, note 5, para. 1203.7.

Les éléments constitutifs de la notion de contrôle effectif

De manière générale, la jurisprudence internationale, certains manuels militaires et la doctrine formulent une conception cohérente de la notion de contrôle effectif, fondée sur la capacité des forces étrangères d'exercer leur autorité à la place du souverain territorial, par leur présence imposée et continue sur le territoire en question. En ce qui concerne la jurisprudence internationale, le tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg a, dans le cadre de l'affaire des *Otages*, déclaré ce qui suit :

Le terme « invasion » suppose une opération militaire, tandis que l'occupation indique l'exercice de l'autorité gouvernementale à l'exclusion d'un gouvernement établi. Cela présuppose la destruction de la résistance organisée et l'établissement d'une administration pour préserver l'ordre public. Dans la mesure où l'autorité de l'occupant est maintenue et où celle du gouvernement civil est éliminée, la zone sera dite occupée²⁴.

Le tribunal a aussi souligné l'importance de la capacité potentielle de la puissance occupante de faire effectivement respecter son autorité dans la zone en question : « S'il est vrai que les partisans ont pu, à diverses périodes, exercer leur autorité sur diverses parties de ces pays, il est établi que les Allemands étaient en mesure à tout moment, pour peu qu'ils l'eussent souhaité, de prendre matériellement le pouvoir dans n'importe quelle partie du pays »²⁵.

Plus récemment, dans son arrêt concernant l'affaire *RDC c. Ouganda* (2005), la CIJ a déclaré :

En vue de parvenir à une conclusion sur la question de savoir si un État dont les forces militaires sont présentes sur le territoire d'un autre État du fait d'une intervention est une « puissance occupante » au sens où l'entend le *jus in bello*, la Cour examinera tout d'abord s'il existe des éléments de preuve suffisants démontrant que ladite autorité se trouvait effectivement établie et exercée dans les zones en question par l'État auteur de l'intervention. La Cour doit en l'espèce s'assurer que les forces armées ougandaises présentes en RDC n'étaient pas seulement stationnées en tel ou tel endroit, mais qu'elles avaient également substitué leur propre autorité à celle du Gouvernement congolais²⁶.

La jurisprudence du TPIY a aussi fait apparaître d'autres éléments qui pourraient faire partie de la notion de contrôle effectif. Dans l'affaire *Naletilić*, le Tribunal a élaboré quelques principes directeurs pour déterminer si une situation devrait être considérée comme une occupation :

24 Voir Tribunal des États-Unis à Nuremberg, affaire des *Otages*, *op. cit.*, note 2, pp. 55-56 [traduction CICR].

25 *Ibid.* [traduction CICR].

26 CIJ, *RDC c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 173.

Pour déterminer si l'autorité de la puissance occupante est établie dans les faits, on peut recourir aux critères suivants :

- la puissance occupante doit être en mesure de substituer sa propre autorité à celle de la puissance occupée, désormais incapable de fonctionner publiquement ;
- les forces ennemies se sont rendues, ont été vaincues ou se sont retirées. À cet égard, les zones de combat ne sont pas considérées comme des territoires occupés. Cela étant, le statut de territoire occupé n'est pas remis en cause par une résistance locale sporadique, même couronnée de succès ;
- la puissance occupante dispose sur place de suffisamment de forces pour imposer son autorité, ou elle peut en envoyer dans un délai raisonnable ;
- une administration provisoire a été établie sur le territoire ;
- la puissance occupante a donné des ordres à la population civile et a pu les faire exécuter²⁷.

La notion de contrôle effectif a aussi été exposée dans des manuels militaires. Ainsi, le manuel britannique *Manual of the Law of Armed Conflict* précise-t-il :

Afin d'établir l'existence d'une occupation, il convient d'examiner la zone concernée et de déterminer si deux conditions sont remplies :

- premièrement, l'ancien gouvernement doit avoir été mis hors d'état d'exercer publiquement son autorité dans cette région ;
- deuxièmement, la puissance occupante doit être en mesure de substituer sa propre autorité à celle de l'ancien gouvernement²⁸.

Enfin, les juristes spécialisés ont aussi apporté leur appui aux éléments cités dans la jurisprudence internationale et dans les manuels militaires cités ci-dessus afin d'établir si une situation doit être considérée comme une occupation aux termes du DIH²⁹.

27 TPIY, affaire *Naletilić*, *op. cit.*, note 4, para. 217. Il est important de noter que certains éléments identifiés par le TPIY constituent des critères (par exemple que la puissance occupante doit être en mesure de substituer sa propre autorité à celle de la puissance occupée), tandis que d'autres ne sont que des indicateurs utiles pour établir si les critères constitutifs de l'occupation ont bien été remplis (par exemple l'établissement par la puissance occupante d'une administration provisoire).

28 Royaume-Uni, *Manual*, *op. cit.*, note 16, point 11.3, p. 275 [traduction CICR]. D'autres manuels militaires ont appliqué la même interprétation de la notion d'autorité effective, reflétant ce qui pourrait sembler une lecture commune des éléments constitutifs de la notion d'occupation aux fins du DIH. Voir par exemple : Canada, *Joint Doctrine Manual*, *op. cit.*, note 5, para. 1203 ; Armée des États-Unis, *Field Manual 27-10*, *op. cit.*, note 5, para. 355 ; Nouvelle-Zélande, *Interim Law of Armed Conflict Manual*, *op. cit.*, note 5, 1302(4).

29 Voir G. Von Glahn, *op. cit.*, note 15, pp. 28-29 ; M. Bothe, *op. cit.*, note 15, pp. 26-32 ; Y. Shany, *op. cit.*, note 15, pp. 374-378 ; M. Zwanenburg, *op. cit.*, note 15, pp. 128-130 ; Y. Dinstein, *op. cit.*, note 15, pp. 35-36 et 38-45 ; Eyal Benvenisti, « The law on the unilateral termination of occupation », dans T. Giegerich et U. Heinz (éd.), *A Wiser Century? Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the Second Hague Peace Conference*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, pp. 371-375 ; H.-P. Gasser, *op. cit.*, note 15, pp. 273-274.

Les traités de DIH et leurs travaux préparatoires, mais aussi la doctrine, les manuels militaires et les décisions de justice montrent clairement la prééminence accordée à trois éléments constitutifs de l'équation de l'occupation, à savoir : la présence de forces étrangères subie sans consentement, la capacité de ces forces étrangères d'exercer leur autorité sur le territoire concerné en lieu et place du souverain local, et l'incapacité connexe de ce dernier d'exercer son autorité sur le territoire. Ces éléments constituent conjointement ce que l'on pourrait appeler le « critère de vérification contrôle effectif », qui servira à établir si une situation donnée constitue une occupation aux fins du DIH. Ces trois éléments sont aussi les seuls qui, de manière cumulative, reflètent la tension des intérêts entre les autorités locales, la puissance occupante et la population locale, tension qui représente une caractéristique constante de toute situation d'occupation par un belligérant³⁰. Étant donné leur importance, ces éléments devraient être considérés comme des conditions *sine qua non* pour que soit satisfait le critère du contrôle effectif. À ce titre, ils représentent les conditions constitutives et cumulatives de la notion d'occupation aux fins du DIH.

Les principaux éléments du test juridique du « contrôle effectif »

Nous venons de voir dans la section précédente que trois critères cumulatifs – à savoir la présence d'une force militaire étrangère subie sans consentement, la capacité de cette force d'exercer son autorité sur les zones en question en lieu et place du souverain territorial et l'incapacité connexe de ce dernier d'exercer son autorité sur le territoire – doivent être considérés comme les éléments constitutifs de la notion de contrôle effectif. Toutefois, il est nécessaire de les expliciter et de les interpréter plus avant pour en préciser le sens exact. Tel est l'objet de la présente section.

L'importance de la présence militaire étrangère sur le territoire occupé

Des occupations récentes ont suscité une question : la présence physique de troupes étrangères ennemies est-elle requise pour instaurer et maintenir une situation d'occupation ? D'aucuns ont fait valoir que la notion d'occupation et sa définition, telle qu'inscrite à l'article 42 du Règlement de La Haye, pourraient être réinterprétées à la lumière de l'évolution des techniques ou de l'usage de la force³¹.

30 M. Bothe, « Effective control: a situation triggering the application of the law of belligerent occupation », document de référence pour le projet du CICR sur l'occupation et les autres formes d'administration de territoires étrangers, première réunion d'experts, dans *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, rapport préparé et édité par T. Ferraro, CICR, Genève, avril 2012, pp. 36 et suiv. (ci-après « Rapport du CICR sur l'occupation »). Voir aussi M. Zwanenburg, *op. cit.*, note 15, pp. 109-110.

31 Gisha – Legal Center for Freedom of Movement, « Disengaged occupiers: the legal status of Gaza », Position Paper, 2007, pp. 69 et suiv. Voir aussi M. Zwanenburg, *op. cit.*, note 15, pp. 125 et suiv. Zwanenburg, cependant, souligne que les avancées techniques et militaires ne conduisent pas à la conclusion que la présence de troupes étrangères ennemies sur le territoire n'est plus nécessaire aux fins de la vérification de l'autorité effective.

On a notamment affirmé que l'avancée des techniques modernes permettait désormais aux puissances occupantes d'exercer un contrôle effectif sur un territoire étranger et sur des aspects importants de la vie quotidienne de ses habitants sans y maintenir une présence militaire continue. Vu sous cet angle, le maintien d'un contrôle effectif aux fins du droit de l'occupation pourrait être séparé de ses modalités d'application³² : cette définition du contrôle effectif signifie qu'une occupation pourrait exister sur la seule base de la capacité de la puissance étrangère de projeter sa puissance militaire à partir d'une position située hors des limites du « territoire occupé »³³. À première vue, cette position paraît conforme à l'article 42 du Règlement de La Haye, lequel, interprété littéralement, semble confirmer que la présence matérielle des forces étrangères exerçant le contrôle effectif n'est pas forcément indispensable.

On voit mal, cependant, comment l'autorité du souverain territorial pourrait être considérée comme évincée et remplacée par celle de l'ennemi sans la présence physique des forces ennemies. L'article 42 du Règlement de La Haye précise expressément que l'autorité – et la maîtrise inhérente qu'elle suppose sur un territoire occupé – doit être *établie* avant de pouvoir être *exercée* : « L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer ».

L'article 42 crée donc un lien indissoluble entre l'établissement de l'autorité – qui présuppose le déploiement de forces ennemies étrangères dans la zone concernée – et la capacité, qui y est associée, d'exercer le pouvoir militaire³⁴. Le contrôle effectif sur un territoire étranger exige de la puissance occupante, suite à l'invasion du territoire étranger qu'elle soit en mesure d'imposer son autorité partout sur ce territoire dans un laps de temps raisonnable. Il s'ensuit qu'il est, en principe, impossible de séparer la capacité d'exercer le pouvoir sur un territoire occupé de la présence militaire physique de la puissance occupante³⁵.

32 Il convient de noter que l'exigence de la présence militaire étrangère ne peut être remise en question pour ce qui est de l'*établissement* d'une occupation. Si l'on peut affirmer qu'une occupation, une fois établie, peut être maintenue par une sorte d'autorité exercée à distance dans des circonstances bien précises, nous considérons que l'occupation exige néanmoins, pour être établie, la présence physique de forces armées ennemies dans les zones envahies.

33 Gisha, *op. cit.*, note 31.

34 R. Kolb et S. Vité, *op. cit.*, note 21, pp. 179-180.

35 En d'autres termes, l'occupation et son corollaire, l'autorité effective, ne peuvent pas, en principe, être établies et maintenues uniquement en exerçant le pouvoir à partir de l'extérieur des frontières du territoire occupé. Le critère de vérification de l'autorité effective ne peut pas inclure la capacité potentielle de l'une des parties au conflit armé de projeter son pouvoir à travers ses forces positionnées hors du « territoire occupé » sans élargir le concept d'occupation à un point tel que toute attribution de responsabilités en application du droit de l'occupation perdrait son sens. À défaut, tout État capable d'envahir le territoire de ses voisins plus faibles en raison de sa supériorité militaire, et capable d'y imposer sa volonté, serait considéré comme exerçant une « autorité effective » sur ce territoire et comme un occupant aux fins du DIH ; une telle interprétation ne serait pas raisonnable. Voir, en particulier, Eyal Benvenisti, « Responsibility for the protection of human rights under the interim Israeli–Palestinian agreements », dans *Israeli Law Review*, 1994, pp. 308-309. On doit se demander, cependant, si cette position ne pourrait pas être nuancée dans des circonstances tout à fait particulières et exceptionnelles, notamment lorsque les forces d'occupation quittent la zone sur laquelle elles exerçaient leur pouvoir, tout en y conservant des éléments clés de leur autorité. Voir plus bas « Un ensemble de critères juridiques permettant d'établir si une situation constitue une occupation aux fins du DIH ».

La présence physique de l'armée ennemie dans le territoire occupé – l'hypothèse de travail des rédacteurs des traités de DIH³⁶ – est aussi le postulat présent dans l'ensemble des dispositions du Règlement de La Haye et de la IV^e Convention de Genève³⁷. En général, les obligations et les droits que le DIH confère à la puissance occupante exigent, pour prendre effet, sa présence physique dans le territoire occupé³⁸. Comment un occupant pourrait-il, par exemple, remplir son obligation de préserver l'ordre public ou « administrer » le territoire occupé, au sens du DIH, sans être présent sur ce territoire ? Comment pourrait-il réquisitionner ou saisir des biens, installer et maintenir des établissements et des services sanitaires, garantir la santé publique et l'hygiène s'il n'est pas déployé dans le territoire occupé ?

Si l'occupant n'était pas en mesure d'assumer effectivement ces devoirs au regard du droit de l'occupation (en particulier lorsqu'il a retiré ses troupes du territoire étranger), invoquer ce droit comme cadre juridique de référence n'aurait plus de sens. C'est la raison pour laquelle la maîtrise du seul espace aérien, par exemple, n'a pas été considérée comme représentant un contrôle effectif aux fins du DIH³⁹.

Le contrôle effectif sous-entend aussi la capacité potentielle des forces étrangères ennemies de concrétiser leurs activités en tant qu'occupant. En d'autres termes, le contrôle effectif implique que l'occupant exercera concrètement son pouvoir, par exemple, en imposant – ou en étant en mesure d'imposer – des directives destinées à la population locale, et en les faisant respecter⁴⁰. À cet égard, la mise sur pied d'une administration gérée par l'occupant sur le territoire occupé, bien qu'elle ne soit pas une mesure obligatoire, a été citée à plusieurs reprises comme une nécessité pour les forces étrangères, car ce n'est qu'à cette condition que l'occupant est en mesure de respecter ses obligations et de donner effet à ses droits efficacement au regard du droit de l'occupation. Le Règlement de La Haye part de l'hypothèse que, dès qu'il acquiert la maîtrise du territoire, l'occupant y établit son autorité en instaurant un système d'administration directe⁴¹. Voilà qui corrobore le point de vue selon lequel la présence de l'occupant est une

36 Les rédacteurs des traités de DIH qui contiennent des dispositions relatives à l'occupation sont toujours partis du principe que les forces armées de l'envahisseur devaient être présentes sur le territoire pour qu'il soit considéré comme occupé au regard du DIH. Ainsi, pendant les négociations sur le contenu de la Déclaration de Bruxelles de 1874, la plupart des délégués ont rejeté une proposition formulée par le délégué de l'Allemagne selon laquelle il serait possible de considérer qu'il y a occupation même en l'absence de forces d'occupation sur le terrain. Le rejet de cette proposition était lié au fait qu'une occupation, comme un blocus, doit être effective, et que cette effectivité ne pouvait pas être assurée sans le déploiement des troupes étrangères en territoire occupé.

37 M. Zwanenburg, *op. cit.*, note 15, p. 105 ; S. Darcy et J. Reynolds, *op. cit.*, note 20, pp. 218-219.

38 Voir, par exemple, les articles 43, 46, 52, 53, 55 et 56 du Règlement de La Haye, ainsi que les articles 55, 56, 59 et 66 de la CG IV.

39 Voir H.-P. Gasser, *op. cit.*, note 15, para. 527 : « La suprématie aérienne, à elle seule, ne répond pas à l'exigence de l'occupation effective » [traduction CICR]. Voir aussi Y. Dinstein, *op. cit.*, note 15, p. 48 : « L'occupation belligérante de l'espace aérien ne peut être conçue indépendamment de l'autorité effective sur le territoire sous-jacent. C'est un corollaire de la proposition selon laquelle la suprématie aérienne, à elle seule, ne constitue pas une autorité effective ». [Traduction CICR.]

40 Voir H.-P. Gasser, *op. cit.*, note 15, para. 527.

41 Voir E. Benvenisti, *op. cit.*, note 15, p. 4.

condition préalable pour établir l'existence d'une situation d'occupation. G. Von Glahn a insisté sur ce point en évoquant la différence entre forces d'invasion et forces d'occupation : « Dans le premier cas, les forces d'invasion n'ont pas encore consolidé leur autorité au point où l'on peut dire qu'une administration dûment structurée a été mise en place »⁴². Par conséquent, le contrôle effectif n'est instauré, en principe, que lorsque la puissance occupante, par sa présence sur le terrain, est en mesure non seulement d'exercer son autorité, mais aussi d'assumer les responsabilités que le DIH y associe.

Toutefois, exiger la présence des troupes étrangères sur le terrain ne signifie pas pour autant que le contrôle effectif les oblige à occuper chaque mètre carré du territoire occupé. Ainsi, le *Field Manual 27-10* de l'armée des États-Unis précise que l'effectif des forces étrangères ne peut être déterminé à l'avance, et qu'il peut varier en fonction des circonstances, en particulier la topographie du territoire, la densité démographique et le degré de résistance auquel elles se heurtent. Un contrôle effectif peut être exercé en positionnant des forces étrangères dans des lieux stratégiques du territoire occupé. Ceci pourrait permettre à la puissance occupante de dépêcher des troupes dans un délai raisonnable pour affirmer son autorité dans l'ensemble de la zone en question. Le contrôle effectif peut donc, jusqu'à un certain point, prendre la forme d'une autorité exercée à distance⁴³.

L'importance de la présence physique des forces armées ennemies est aussi fréquemment mentionnée dans les ouvrages spécialisés⁴⁴ et elle peut se

42 G. Von Glahn, *op. cit.*, note 5, p. 28 [traduction CICR]. Cette hypothèse est aussi reflétée dans le *Field Manual 27-10* de l'armée des États-Unis, *op. cit.*, note 5, para. 356 : « Le gouvernement militaire est la forme d'administration par laquelle une puissance occupante exerce l'autorité gouvernementale sur le territoire occupé » [traduction CICR].

43 On peut se demander si, dans certains cas bien précis (en particulier lorsque les territoires des belligérants sont limitrophes), il ne serait pas possible de parvenir au même résultat en déployant des troupes dans des lieux stratégiques situés juste à l'extérieur du territoire occupé.

44 Des experts du DIH, comme M. Bothe, ont identifié, dans la définition de l'occupation belligérante inscrite à l'article 42 du Règlement de La Haye, deux composantes essentielles : la présence militaire et l'absence de consentement de l'État occupé. Selon Bothe, c'est la conjugaison de ces deux éléments qui détermine le début et la fin de l'occupation. Il affirme aussi qu'un certain seuil de présence militaire doit être franchi pour que l'occupant puisse être considéré comme exerçant une autorité effective. Voir M. Bothe, *op. cit.*, note 15, p. 27. H.-P. Gasser, qui insiste aussi sur la nécessité de la présence de l'occupant pour qu'il ait autorité effective, écrit : « La question [de l'occupation] consiste à déterminer si, en fait, les forces armées qui ont envahi le territoire de l'ennemi ont assis leur autorité sur la zone *par leur présence physique*, au point de pouvoir assumer les responsabilités qui sont celles d'une puissance occupante » [traduction CICR]. Voir H.-P. Gasser, *op. cit.*, note 15, p. 274 (souligné par nous). A. Roberts a écrit que « Les dispositions des traités, les décisions des tribunaux et les textes juridiques concernant l'occupation sont tous articulés autour de l'image des forces armées d'un État exerçant une sorte ou une autre de domination ou d'autorité sur un territoire habité *hors des frontières internationales acceptées* ». Voir Adam Roberts, « What is military occupation? », dans *British Yearbook of International Law*, Vol. 55, 1984, p. 300 (souligné par nous) [traduction CICR]. La présence militaire en tant que condition préalable de l'ensemble de critères permettant d'établir l'existence d'une occupation peut aussi être déduite d'articles qui analysent les conditions devant être réunies pour qu'une occupation s'achève : de nombreux juristes qui soulignent que le critère pour déterminer la fin d'une occupation reflète celui qui en marque le commencement affirment qu'une occupation s'achève lorsque les troupes quittent le territoire étranger. Comme le dit Oppenheim, « l'occupation s'achève lorsqu'un occupant se retire du territoire ou en est chassé ». Voir

déduire de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire *RDC c. Congo*, dont le paragraphe 173 dispose :

En vue de parvenir à une conclusion sur la question de savoir si un État dont les forces militaires sont présentes sur le territoire d'un autre État du fait d'une intervention est une « puissance occupante » au sens où l'entend le *jus in bello*, la Cour examinera tout d'abord s'il existe des éléments de preuve suffisants démontrant que ladite autorité se trouvait effectivement établie et exercée dans les zones en question par l'État auteur de l'intervention. La Cour doit en l'espèce s'assurer que les forces armées ougandaises présentes en RDC n'étaient *pas seulement* stationnées en tel ou tel endroit, *mais* qu'elles avaient *également* substitué leur propre autorité à celle du Gouvernement congolais⁴⁵.

Dans ce paragraphe, la CIJ suit la chronologie traditionnelle de l'occupation : intervention de forces armées dans un territoire étranger, leur permettant d'affirmer leur autorité sur cette zone, puis renforcement de cette autorité par le stationnement continu de troupes et enfin, substitution de leur autorité à celle du gouvernement légitime. Le fait que la présence de l'armée ennemie soit une condition préalable ressort clairement de l'utilisation des mots « pas seulement » et « également », qui établissent un lien entre la présence et l'exercice de l'autorité et qui placent les deux notions sur un pied d'égalité en termes de conditions préalables. Toutes deux doivent être remplies pour qu'une situation soit considérée comme une occupation. Si la Cour s'était fondée exclusivement sur l'exercice de l'autorité, elle n'aurait pas recouru à la formule « pas seulement... mais également », mais aurait directement utilisé la notion de substitution d'autorité, sans mentionner la présence de troupes ennemies sur le territoire.

À la lumière de ce qui précède, on peut affirmer que la présence de forces militaires ennemies sur territoire étranger constitue – dans la plupart des cas – une condition impérative pour que ce territoire soit décrit comme « occupé »⁴⁶. Si cette présence physique n'est pas forcément une condition suffisante, elle n'en est pas moins une condition préalable, car elle instaure, de manière générale, les conditions nécessaires à l'exercice du contrôle effectif. Enfin, exiger la présence

L.F.L. Oppenheim, *International Law*, Vol. 2, Longmans, Londres, 1952, p. 436 [traduction CICR]. Pour Gerhard Von Glahn, « en principe, l'occupation militaire s'achève par le retrait permanent et volontaire de la puissance occupante ». Voir G. Von Glahn, *op. cit.*, note 15, p. 30 [traduction CICR]. Plus récemment, Yuval Shany a souligné qu'« aucun des arguments avancés pour contester le fait que la première condition de l'occupation (la présence physique sur le territoire) n'est plus remplie n'est totalement convaincant. Premièrement, la *lex lata* semble toujours insister sur la présence physique des forces ennemies sur le terrain. Il ne s'agit pas d'une condition purement formelle : il est difficile en effet d'imaginer comment un occupant qui ne serait pas présent sur le territoire pourrait concrètement respecter ses obligations au regard du *jus in bello* ». Voir Y. Shany, *op. cit.*, note 15, p. 380 [traduction CICR].

45 CIJ, *RDC c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 173 (souligné par nous).

46 Y. Shany, *op. cit.*, note 15.

de forces étrangères sur le territoire occupé respecte le principe de l'effectivité, principe qui sous-tend le droit de l'occupation, selon lequel la puissance occupante doit être capable de mettre en vigueur les droits et les devoirs découlant du droit de l'occupation.

Abaissier le seuil du contrôle effectif en renonçant à exiger que l'occupant soit présent sur le territoire occupé revient nécessairement à saper l'application du droit de l'occupation. Les droits et les devoirs que le DIH attribue à une puissance occupante ont été définis par rapport à un certain seuil d'autorité qui présuppose, en principe, la présence physique dans le territoire occupé des forces d'occupation. Toute tentative d'abaisser le seuil du contrôle effectif – en particulier en rendant facultative la présence de troupes ennemies dans le territoire occupé – réduirait inévitablement l'importance et l'étendue des obligations de l'occupant puisque, en pareil cas, il ne serait généralement pas en mesure de les assumer. Le fait d'accepter un type de contrôle effectif qui ne permettrait pas à l'occupant de respecter les obligations énumérées dans le droit de l'occupation pourrait compromettre la pertinence de cette branche du droit, voire l'empêcher de produire des effets juridiques et de répondre comme il convient aux besoins sociaux induits par une situation d'occupation.

Par conséquent, le critère de vérification du contrôle effectif ne saurait être défini en termes de capacités générales des forces étrangères, par comparaison avec celles de leur opposant, en faisant abstraction de leurs moyens de mise en œuvre. Le critère devrait plutôt concerner, de manière générale, l'effet de la présence des forces étrangères sur l'exercice de l'autorité dans la zone contestée, en particulier la capacité de ces forces à exercer leur autorité sur le territoire concerné à la place du gouvernement local. Autrement dit, la question essentielle pour déterminer s'il y a occupation au sens de l'article 42 du Règlement de La Haye devrait être non pas : « qui a la capacité militaire d'imposer sa volonté ? », mais bien plutôt : « lequel des belligérants a la capacité militaire, *de par sa présence dans une zone donnée*, d'y imposer son autorité et d'empêcher son opposant de le faire et, ce faisant, d'exercer un contrôle effectif sur cette zone ? ».

La notion d'autorité

La notion d'autorité, telle qu'elle est formulée à l'article 42 du Règlement de La Haye, n'est guère aisée à comprendre et à interpréter. La principale raison en est la nature ambiguë de cette disposition, qui mêle exercice effectif⁴⁷ et exercice potentiel⁴⁸ de l'autorité, sans spécifier la nature de cette dernière.

S'agissant de la nature de l'autorité, nous estimons que l'« autorité » au sens de l'article 42 du Règlement de La Haye renvoie à la notion de fonctions gouvernementales exercées par les forces armées étrangères ennemies, puisque

47 « Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie ».

48 « L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer ».

l'occupation est liée à l'administration politique du territoire concerné et ne saurait être mise en pratique sans exercice des fonctions gouvernementales⁴⁹.

La façon dont cette autorité est exercée par la puissance occupante a aussi donné lieu à controverses. Premièrement, la puissance occupante doit-elle exercer *seule* l'autorité dans le territoire occupé? Deuxièmement, faut-il qu'en plus de la présence des forces étrangères dans la zone concernée et de l'incapacité du souverain territorial d'exercer son autorité, les forces étrangères *substituent effectivement* leur autorité à celle du gouvernement évincé, ou suffit-il qu'elles exercent un degré d'autorité suffisant pour être *en mesure de substituer* leur autorité à celle de l'ancien gouvernement local (en d'autres termes, la capacité d'exercer l'autorité est-elle suffisante)⁵⁰?

L'autorité de la puissance occupante doit-elle être exclusive ?

Comme nous l'avons déjà relevé, l'un des principes sous-jacents du droit de l'occupation est que la puissance occupante, par l'autorité qu'elle exerce fermement sur le territoire occupé, doit empêcher le souverain territorial d'exercer son autorité gouvernementale. Ce principe ressort notamment de l'article 41 du Manuel d'Oxford (1880), qui dispose que :

Un territoire est considéré comme occupé lorsque, à la suite de son invasion par des forces ennemies, l'État dont il relève *a cessé, en fait, d'y exercer une autorité régulière*, et que l'État envahisseur se trouve être seul à même d'y maintenir l'ordre⁵¹.

Certains auteurs ont déduit de cette clause que l'occupation exige l'exercice, dans le territoire occupé, d'une autorité exclusive et unique : celle des forces étrangères. Daphna Shruga a relevé, à cet égard, que « c'est l'exercice d'une autorité gouvernementale ou administrative exclusive sur le territoire, indépendamment du souverain évincé, qui permet de qualifier la présence étrangère d'occupation et qui définit la "source de l'autorité" sur le territoire occupé »⁵². Les tenants de ce point de vue rejettent la possibilité d'un partage d'autorité, quel qu'il soit, sur le territoire occupé et affirment que le gouvernement antérieur doit nécessairement

49 Rapport du CICR sur l'occupation, *op. cit.*, note 30, p. 19.

50 Cette conception de la notion d'autorité reflète les points de vue de divers délégués pendant les négociations qui conduisirent à la rédaction de la Déclaration de Bruxelles de 1874. Ainsi, à cette occasion, le baron Jomini, qui représentait la Russie, fit remarquer que « si l'occupant est en mesure d'exercer son autorité, l'occupation est une réalité ; dès l'instant où ce pouvoir n'existe plus, l'occupation cesse ». Voir House of Commons (Royaume-Uni), *Parliamentary Papers*, «Correspondence Respecting the Proposed Conference at Brussels on the Rules of Military Warfare (Miscellaneous, N° 1)», 1875, p. 259 [traduction CICR].

51 Souligné par nous.

52 Daphna Shruga, «Military occupation and UN transitional administrations: the analogy and its limitations», dans M. G. Cohen (éd.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law: Liber Amicorum L. Caflisch*, M. Nijhoff, Leiden, 2007, p. 481 [traduction CICR].

avoir été chassé ou s'être effondré, puisque l'opération militaire a abouti à une occupation.

C'est bien cette position qu'a adoptée le tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg dans l'affaire des *Otages*⁵³ ; notons cependant qu'elle ne reflète pas nécessairement le DIH actuel, qui n'exclut pas la possibilité que l'autorité soit partagée par l'occupant et le gouvernement du territoire occupé et qui va même jusqu'à suggérer cette option dans diverses dispositions.

Bien que le droit de l'occupation parte de l'hypothèse que la puissance occupante assume toutes les responsabilités dans le territoire occupé, du fait de sa domination militaire, il prévoit aussi un « partage vertical de l'autorité ». À nos yeux, ce « partage vertical » reflète la relation hiérarchique entre la puissance occupante et les autorités locales, la première exerçant une certaine autorité sur les secondes par délégation de responsabilités. Un « partage horizontal de l'autorité », à l'inverse, dénoterait une certaine concurrence entre les troupes étrangères et les autorités locales, ce qui mettrait en question la capacité des premières à imposer leur volonté aux deuxièmes, jetant ainsi un doute sur l'existence d'un contrôle effectif aux fins du DIH.

Ce « partage vertical de l'autorité » est implicite dans certaines dispositions de la IV^e Convention de Genève, en particulier les articles 6(3), 47, 50 et 56, qui exigent la coopération entre la puissance occupante et les autorités nationales et locales. Ce partage du pouvoir ne doit pas, cependant, réduire l'autorité ultime ou globale de l'occupant sur le territoire occupé, ni limiter sa sécurité ou ses opérations militaires dans les zones en question. Il doit aussi résulter du désir sincère de la puissance occupante de partager l'autorité qu'elle a acquise du fait de l'invasion militaire et non d'une incapacité d'imposer sa volonté au gouvernement local ou à ses substituts. La poursuite du fonctionnement du gouvernement local doit donc dépendre de la volonté de l'occupant de le laisser fonctionner et exercer des responsabilités jusqu'à un certain point. Autrement dit, le « partage vertical de l'autorité » doit contenir la notion de subordination, qui caractérise toujours la relation entre la puissance occupante et le souverain territorial et qui reflète le principe selon lequel aucune autorité ne peut être exercée si elle n'est imposée ou autorisée par les forces étrangères. L'allocation des compétences qu'implique ce partage d'autorité a été soulignée notamment par la Cour suprême d'Israël, qui a décidé que :

les forces militaires [d'occupation] peuvent décider dans quelle mesure elles entendent exercer leurs pouvoirs d'administration civile à travers leurs délégués directs et quelles zones elles souhaitent laisser entre les mains de l'ancien gouvernement, qu'il s'agisse d'autorités locales ou relevant du gouvernement central. Le fait d'autoriser l'activité d'autorités gouvernementales de ce type ne diminue en rien l'existence de fait d'une autorité militaire effective sur la zone ni les conséquences qui en découlent au regard des lois de la guerre⁵⁴.

53 Voir *op. cit.*, note 2, pp. 55-56.

54 Haute Cour de justice, Israël, 102/82, *Tsemel v. Minister of Defence*, 37(3), P.D. pp. 373-374 [traduction CICR].

Capacité d'exercer l'autorité ou l'autorité effective: quel critère ?

En ce qui concerne la nature de l'autorité exercée par la puissance occupante sur le territoire occupé, la décision récente de la CIJ dans l'affaire *RDC c. Ouganda* a compliqué l'interprétation de la notion d'autorité. La Cour a en effet jugé que l'occupation exigeait que les forces étrangères exercent *effectivement* leur autorité⁵⁵. En d'autres termes, la CIJ a estimé que pour devenir une puissance occupante à proprement parler, les troupes étrangères devaient concrètement manifester leur autorité. En insistant sur l'exercice concret de l'autorité – par opposition à la capacité de l'exercer – l'arrêt de la CIJ marque un tournant notable dans l'interprétation et l'application du critère formulé à l'article 42 du Règlement de La Haye. À nos yeux, l'interprétation de la CIJ est par trop étroite et ne reflète pas le droit existant (*lex lata*), qui continue à privilégier la capacité d'exercer l'autorité et non son exercice réel. Comme nous l'avons déjà vu en examinant les éléments constitutifs de la notion d'autorité effective, tant la jurisprudence de l'après-guerre⁵⁶ que certains manuels militaires⁵⁷ et la plupart des juristes⁵⁸ interprètent la notion d'autorité effective de manière large, en adoptant comme critère la capacité de la puissance occupante d'exercer son autorité sur le territoire occupé.

Nous considérons donc que, une fois le gouvernement local écarté par l'armée d'invasion, le critère permettant d'établir l'existence d'une occupation doit reposer exclusivement sur la *capacité* des forces étrangères d'exercer leur autorité sur une zone donnée. Songeons à la situation du Danemark durant la Seconde Guerre mondiale: l'armée allemande avait choisi, malgré sa suprématie militaire, de ne pas y exercer son autorité et de laisser le gouvernement danois en fonctions. Si le critère proposé par la CIJ avait été appliqué, il eût fallu conclure que l'Allemagne n'occupait pas le Danemark. Ajoutons que d'autres considérations étaient la nécessité d'opter pour un critère basé sur la capacité d'exercer l'autorité⁵⁹.

Interpréter l'article 42 en dissociant l'existence de l'occupation de l'exercice concret et effectif de l'autorité gouvernementale par la puissance militaire vis-à-vis de la population locale permettra, à terme, de dissuader la puissance occupante d'esquiver son obligation de gouverner le territoire occupé. Nous pensons, en effet, que le fait d'exiger des forces étrangères qu'elles exercent une autorité concrète (par exemple en mettant sur pied une administration civile provisoire) ouvrirait la porte à des interprétations biaisées de ce critère. Il suffirait en pareil cas que l'occupant refuse d'assumer ses devoirs au regard de la loi pour être considéré comme n'exerçant pas réellement son autorité sur le territoire qu'il vient d'envahir. À terme, une telle conception pourrait encourager les forces

55 CIJ, *RDC c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 173 (souligné par nous).

56 Affaire des *Otages*, *op. cit.*, note 2, p. 59. Voir aussi TPIY, affaire *Naletilić*, *op. cit.*, note 4, para. 217.

57 Voir par exemple Royaume-Uni, *Manuel*, *op. cit.*, note 6, point 11.3, p. 275.

58 Voir *op. cit.*, note 29.

59 Voir Y. Shany, *op. cit.*, note 15, p. 376.

étrangères à s'abstenir de maintenir l'ordre ou de répondre aux besoins élémentaires de la population locale, afin de ne pas être considérées comme la puissance occupante. La population locale se trouverait alors privée de toute protection, puisque son propre gouvernement serait dans l'incapacité d'administrer la zone, tandis que les troupes étrangères refuseraient d'assumer cette responsabilité. Qui plus est, adopter un critère fondé sur la capacité d'exercer l'autorité déjouerait toute tentative de la part de la puissance occupante d'esquiver ses devoirs au regard du droit de l'occupation en mettant en place un gouvernement fantoche qui exercerait les fonctions gouvernementales en son nom.

La notion d'autorité au sens de l'article 42 du Règlement de La Haye devrait donc être interprétée comme signifiant la soumission du gouvernement local à la supériorité militaire des forces étrangères résultant du succès de l'invasion, associée à la capacité de ces forces étrangères d'exercer des fonctions gouvernementales en lieu et place du gouvernement local.

Enfin, s'agissant de l'interprétation de la notion d'autorité pour définir les critères permettant d'établir l'existence d'une occupation, il y a lieu d'examiner encore les effets de la résistance armée locale sur la capacité de la puissance occupante d'exercer l'autorité dans le territoire occupé. Il est bien établi en DIH que l'on peut parler d'occupation militaire même en présence d'un mouvement de résistance, et même si celui-ci affirme temporairement son autorité sur une partie du territoire en question⁶⁰. Le paragraphe 509 du Manuel britannique du droit des conflits armés (*Manual of the Law of Armed Conflict*) dit clairement que :

le fait que certains habitants se rebellent ou que la guérilla ou des « résistants » remportent des succès ponctuels ne met pas un terme à l'occupation. Même si un mouvement de rébellion prend provisoirement le dessus, cela ne suffit pas à interrompre ou à faire cesser une occupation, pour autant que l'autorité du gouvernement légitime ne soit pas effectivement rétablie et que l'occupant réprime immédiatement la rébellion⁶¹.

Cependant, si des forces armées étrangères doivent mener des opérations de combat de grande ampleur pour reprendre la zone en question aux forces de la résistance armée locale, cette partie du territoire ne peut plus être considérée comme occupée jusqu'à ce que les forces armées soient parvenues à la reconquérir effectivement.

Le *Field Manual 27-10* de l'armée des États-Unis précise, dans sa section 356, que « la simple existence d'un fort ou d'une zone défendue à l'inté-

60 Voir Tribunal des États-Unis à Nuremberg, affaire des *Otages*, *op. cit.*, note 2, p. 56. Le tribunal a déclaré : « S'il est vrai que les partisans ont pu, à diverses périodes, exercer leur autorité sur diverses parties de ces pays, il est établi que les Allemands étaient en mesure à tout moment, pour peu qu'ils l'eussent souhaité, de prendre matériellement le pouvoir dans n'importe quelle partie du pays. L'autorité exercée par les forces de résistance n'était que temporaire et ne pouvait, de ce fait, priver les forces armées allemandes de leur statut d'occupant » [traduction CICR].

61 Traduction CICR.

rieur du territoire occupé ne remet pas en question l'occupation du reste du territoire, à condition que le fort ou la zone défendue soit attaqué»⁶². Ainsi, l'existence d'un espace non occupé à l'intérieur d'une zone plus vaste placée sous l'autorité effective des troupes étrangères ne réfute pas l'existence d'une situation d'occupation sur le reste du territoire. Comme l'explique Yoram Dinstein :

Si la puissance occupante est expulsée d'une partie ou de la totalité du territoire occupé, ou en perd la maîtrise, l'occupation de la zone en question s'achève. Il est probable qu'au fil du temps, le territoire soumis à l'autorité effective d'une puissance occupante s'étende ou se réduise, et les fluctuations peuvent être d'une grande ampleur... Cette variation de l'étendue de territoire soumis à l'occupation belligérante peut être le résultat direct de victoires ou de défaites sur le champ de bataille⁶³.

La résistance armée locale peut donc revêtir une grande importance et, dans certains cas, remettre en question l'autorité des forces étrangères à tel point que ces dernières perdraient leur statut de puissance occupante au sens du DIH.

Il y a lieu d'envisager une autre question : quel rôle joue l'interprétation de la notion d'autorité pour déterminer la fin de l'occupation ? Selon certains auteurs, une forme ou une autre de transfert d'autorité de l'ancien occupant au gouvernement local est impérative pour marquer sans ambiguïté possible la fin de l'occupation. L'autorité du gouvernement local devrait, par exemple, se substituer à celle exercée jusque-là par l'occupant. Pour les tenants de cette position, un transfert de compétences qui n'irait pas jusqu'à un transfert complet d'autorité prolongerait la situation d'occupation et l'application du droit de l'occupation (en ce qui concerne les responsabilités des forces étrangères)⁶⁴.

Il est difficile à nos yeux de fonder cette position dans le droit existant. Le transfert de pouvoir au gouvernement local n'est pas une condition préalable pour mettre un terme à une occupation : le DIH est en effet muet sur ce point. De fait, la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie a déjà eu à connaître d'une situation dans laquelle les troupes étrangères se retirent entièrement du territoire qu'elles ont occupé, en laissant le pouvoir vacant⁶⁵. La jurisprudence de la Commission permet de déduire que l'on ne saurait justifier, sur la base du DIH, que le droit de l'occupation continue de s'appliquer à des forces étrangères qui se sont entièrement retirées d'un territoire placé antérieurement sous leur autorité effective et qui n'y exercent plus les fonctions essentielles du pouvoir.

62 Traduction CICR.

63 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 15, p. 45 [traduction CICR].

64 M. Bothe, *op. cit.*, note 15, p. 29 ; Gisha, *op. cit.*, note 31, pp. 82 et suiv.

65 Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie, *Partial Awards: Central Front - Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22*, para. 67, 71 et 83-84.

La nécessité de l'absence de consentement de l'autorité gouvernementale locale

L'occupation militaire est, par définition, une relation asymétrique : l'existence d'une occupation signifie nécessairement que des forces étrangères imposent leur volonté au gouvernement d'un territoire occupé par des moyens militaires coercitifs. Il en découle que les traits distinctifs d'une occupation militaire au sens du DIH seront toujours : a) son caractère coercitif et b) l'absence de consentement. Ce sont aussi les éléments permettant de distinguer l'« occupation belligérante » de l'« occupation pacifique », qui se déroule avec le consentement du gouvernement souverain⁶⁶.

L'absence de consentement apparaît donc comme un élément essentiel pour établir l'existence d'une occupation. Or, il n'est pas facile de s'assurer positivement qu'il y a bien absence de consentement. Tout d'abord, il convient de préciser que l'absence de consentement n'est pas simplement un élément à prendre en considération parmi d'autres critères pour déterminer s'il y a occupation : c'est une condition préalable à l'application de l'ensemble de critères permettant d'établir l'existence d'une occupation. Il est en effet peu probable que l'on puisse citer un seul exemple d'occupation belligérante – et d'application connexe du droit de l'occupation – qui se serait produite avec le consentement de l'État hôte. Le consentement est tout bonnement incompatible avec la notion même d'occupation belligérante. La mention du mot « ennemie » à l'article 42 du Règlement de La Haye exclut notamment du champ d'application du droit de l'occupation les situations dans lesquelles des troupes étrangères sont stationnées sur un territoire et y exercent l'autorité avec l'aval du gouvernement local.

Dans un tel contexte, il faut, pour que le droit de l'occupation soit inapplicable, que le consentement soit véritable, valable et explicite⁶⁷. Il n'est pas facile d'établir qu'il en est bien ainsi dans une situation donnée ; le consentement peut, par exemple, avoir été « arrangé », si l'État qui intervient sur un territoire étranger a fait en sorte, par n'importe quel moyen ou artifice juridique à sa disposition, que l'État hôte donne l'impression d'accepter la présence des forces armées étrangères. Pour autant, la difficulté d'interpréter la notion de consentement ne diminue en rien son importance globale pour déterminer l'applicabilité du droit de l'occupation.

Un autre problème, pour établir l'existence du consentement aux fins de l'applicabilité du droit de l'occupation, concerne l'identité de la partie donnant le consentement. On peut considérer que le consentement à la présence des forces étrangères doit être donné par le gouvernement *de jure* ; mais on peut aussi affirmer que le consentement qui importe véritablement est celui du gouvernement *de facto*, qui exerçait effectivement l'autorité sur le territoire concerné juste avant l'invasion par les forces étrangères, et non celui du gouvernement *de jure*.

66 L'« occupation pacifique » ne déclenche pas l'application du droit de l'occupation.

67 M. Bothe, *op. cit.*, note 15, p. 30 : « en l'absence de consentement sincère et librement exprimé de la part du gouvernement légitime et effectif, la présence militaire étrangère doit être considérée comme une occupation belligérante » [traduction CICR].

Cette dernière position serait conforme à la théorie selon laquelle la classification d'une situation aux fins du droit de l'occupation ne peut être effectuée que sur la base des faits constatés. Il faut pour cela, en dernière analyse, déterminer qui exerce l'autorité effective *de facto*, afin d'identifier qui serait en droit d'autoriser la présence de l'armée étrangère. Cet accent placé sur les faits constatés signifie aussi qu'il n'est pas nécessaire d'engager des discussions délicates, controversées et souvent sans fin au sujet de la légitimité de l'autorité concernée. Nous considérons que c'est cette position qui est la plus appropriée pour traiter de la notion de consentement dans l'optique de déterminer l'applicabilité du droit de l'occupation. Enfin, établir l'identité de la partie appelée à donner son consentement sur la base de l'autorité effective serait conforme au principe de droit international public selon lequel une entité doit être considérée comme le gouvernement légal d'un État si elle est indépendante et si elle constitue bien le gouvernement *effectif*⁶⁸.

Nous considérons en outre que le consentement donné doit être explicite afin d'éviter les ambiguïtés associées à l'évaluation d'un consentement implicite. Il est nécessaire, à cet égard, de distinguer entre l'absence d'opposition militaire à la présence des troupes étrangères et le consentement officiel donné par l'autorité gouvernementale locale. Comme le suggère l'article 2(2) commun aux Conventions de Genève de 1949⁶⁹, le fait que l'État envahi ne mène pas d'opérations militaires pour contester le déploiement de forces étrangères ne signifie pas qu'il ait consenti à leur présence sur son sol et que le droit de l'occupation ne serait pas, de ce fait, applicable à la situation.

Une intervention du Conseil de sécurité des Nations Unies pourrait aussi avoir des conséquences pour l'évaluation de la notion de consentement : il serait très difficile de catégoriser une situation comme une occupation si le consentement – fût-il donné dans un premier temps sous la contrainte – est validé *a posteriori* par le Conseil de sécurité dans une résolution. Toutefois, même si le Conseil de sécurité peut passer outre le DIH par le jeu des articles 25 et 103 de la Charte des Nations Unies, on pourrait considérer que le Conseil de sécurité ne devrait pas modifier les définitions ni les notions juridiques, ni déclarer qu'il n'y a pas d'occupation si les faits montrent le contraire. Autrement dit, le Conseil de sécurité ne devrait pas réinterpréter unilatéralement les faits constatés sur le terrain et affirmer qu'une occupation a pris fin si le gouvernement effectif du territoire concerné n'a pas consenti véritablement à la présence des forces étrangères.

La situation où le consentement est donné par les autorités locales une fois que la situation s'est stabilisée et que le contrôle effectif des forces étrangères a été clairement établie constitue un autre cas de figure. On a fait valoir qu'il était impossible, en pareil cas, de parler de consentement libre et sincère, puisque le gouvernement local se trouve sous la coupe de la puissance occupante.

68 Hans Kelsen, *Principles of International Law*, The Lawbook Exchange, Clark, NJ, 2003, p. 279. On peut déterminer si une entité constitue un « gouvernement effectif » sur la base de sa capacité à exercer son autorité sur le territoire et sur la population, ainsi que de sa volonté d'assumer les obligations internationales qui incombent à l'État. Voir Quoc Dinh Nguyen, Patrick Dailler et Alain Pellet, *Droit international public*, 7^e édition, L.G.D.J., Paris, 2002, pp. 416-417.

69 J. S. Pictet, *op. cit.*, note 14, pp. 26-27.

Il faut en conclure que le libre consentement ne peut être donné que lorsque les deux parties jouissent d'une certaine indépendance. Un accord conclu pendant une occupation afin d'obtenir le consentement à la présence des forces étrangères – conduisant en définitive à la fin de l'occupation – refléterait une relation impliquant la subordination du gouvernement local à la puissance occupante; en d'autres termes, il s'agirait là d'un consentement obtenu sous la contrainte⁷⁰. D'aucuns ont affirmé par ailleurs que l'article 47 de la IV^e Convention de Genève gèlerait la situation et laisserait présumer que le droit de l'occupation devrait continuer à s'appliquer jusqu'à ce que la puissance occupante transfère son autorité provisoire au gouvernement local⁷¹. Selon les tenants de cette position, la fin de l'occupation ne pourrait être déclenchée que par le retrait complet des forces étrangères, assorti de la réhabilitation complète du gouvernement local. Cette position est cependant discutable, car un consentement authentique peut être donné pendant une occupation et entraîner la fin de celle-ci. Il n'est pas impossible qu'une situation d'occupation permette l'émergence d'un gouvernement local, jouissant d'une autorité et d'une crédibilité solides et reconnu en tant qu'organe représentatif, comme ce fut le cas en Irak en 2004.

En conclusion, comme nous l'avons montré, le consentement peut être fort difficile à apprécier. Lorsque les pouvoirs en présence sont très inégaux, le consentement peut ne pas être authentique, ce qui ne signifie pas pour autant que le droit de l'occupation s'applique automatiquement. À cet égard, nous considérons qu'en cas de doute sur l'existence d'un consentement authentique, valide et explicite, il convient de présumer qu'il n'y a pas consentement, ce qui entraîne l'application du droit de l'occupation par défaut si les autres critères sont remplis⁷². Tel serait le cas, en particulier, lorsque les forces étrangères sont déployées dans un État désintégré: dans un tel contexte, l'absence d'autorités gouvernementales effectives devrait amener à conclure à l'absence de consentement.

70 Rapport du CICR sur l'occupation, *op. cit.*, note 30, p. 29.

71 Article 47 de la CG IV: «Les personnes protégées qui se trouvent dans un territoire occupé ne seront privées, en aucun cas ni d'aucune manière, du bénéfice de la présente Convention, soit en vertu d'un changement quelconque intervenu du fait de l'occupation dans les institutions ou le gouvernement du territoire en question, soit par un accord passé entre les autorités du territoire occupé et la Puissance occupante, soit encore en raison de l'annexion par cette dernière de tout ou partie du territoire occupé».

72 Cette présomption est particulièrement importante et pertinente lorsqu'un nouveau gouvernement local mis en place pendant l'occupation consent à la présence des forces étrangères sur son territoire et accepte potentiellement qu'elles y exercent leur autorité. Nous estimons, en pareil cas, que c'est la situation sur le terrain qui doit toujours représenter le facteur décisif afin de déterminer si ce consentement a marqué le terme de l'occupation, et par conséquent la fin de l'application du droit de l'occupation. Si la situation, en termes d'exercice de l'autorité, n'a pas changé sur le terrain et si les forces étrangères exercent toujours effectivement leur autorité sur le territoire où elles sont déployées, il sera plus délicat d'évaluer s'il y a consentement authentique. Dans des situations de ce type, le droit de l'occupation devrait continuer à s'appliquer, car il est difficile d'imaginer un gouvernement local qui délèguerait entièrement le pouvoir et l'autorité effective sur son propre territoire (ou sur des parties de celui-ci) à des forces étrangères qui étaient précédemment la puissance occupante. Lorsqu'un gouvernement local consent à la présence de forces étrangères qui occupaient le territoire auparavant, ce consentement devrait, pour être considéré comme authentique, être accompagné d'un transfert effectif de l'autorité des forces étrangères au gouvernement local, et de ce fait être caractérisé par un degré important d'habilitation du gouvernement local, démontrant l'indépendance de celui-ci vis-à-vis des forces étrangères.

Un ensemble de critères juridiques permettant d'établir si une situation constitue une occupation aux fins du DIH

À la lumière de ce qui précède, on peut formuler les règles suivantes pour déterminer s'il y a occupation au sens du DIH. Le critère de vérification du contrôle effectif comporte trois éléments *cumulatifs*:

- les forces armées d'un État sont physiquement présentes sur un territoire étranger sans le consentement du gouvernement local effectif qui était en place au moment de l'invasion ;
- le gouvernement local effectif qui était en place au moment de l'invasion a été rendu, ou peut être rendu, largement ou complètement incapable d'exercer ses pouvoirs du fait de la présence, non consentie, des forces étrangères ;
- les forces étrangères sont en mesure d'exercer leur autorité sur le territoire concerné (ou sur des parties de ce territoire) en lieu et place du gouvernement local⁷³.

La notion de contrôle effectif doit être analysée de manière globale et ses composantes considérées comme des parties indissociables. Toute tentative de passer sous silence ou de laisser de côté l'un des éléments du critère de vérification du contrôle effectif saperait toute la structure et la raison d'être du droit de l'occupation, dont l'application s'articule autour du respect des critères définis à l'article 42 du Règlement de La Haye.

En principe, cet ensemble de critères s'applique également au début et à la fin de l'occupation. Les critères à appliquer pour établir la fin d'une occupation devraient généralement refléter ceux qui ont servi à déterminer son commencement⁷⁴. Autrement dit, on appliquera les mêmes critères qu'au début de l'occupation, mais en sens inverse. Il convient par conséquent, pour établir si l'occupation a pris fin, d'examiner si sont toujours réunies les conditions que sont la présence physique des forces étrangères, leur capacité d'exercer leur autorité sur le

73 Cet ensemble de critères s'applique de la même manière aux forces des organisations internationales ou régionales. Aucune disposition du droit de l'occupation n'autorise à penser que ces critères seraient différents si l'autorité effective sur un territoire étranger était exercée par les forces armées d'une organisation internationale ou régionale. Voir Tristan Ferraro, «The applicability of the law of occupation to peace forces», dans Gian Luca Beruto (éd.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, 31^e Table ronde sur les questions contemporaines de droit international humanitaire, 4-6 septembre 2008, Institut international de droit humanitaire, 2009, pp. 133-156.

74 D'aucuns ont avancé que l'article 6(3) de la CG IV formulait une nouvelle définition du terme de l'occupation, modifiant le critère de l'autorité effective pour le remplacer par l'exercice des fonctions de gouvernement. Voir Rapport du CICR sur l'occupation, *op. cit.*, note 30, p. 30. À nos yeux, cette conception repose sur une interprétation erronée de l'article 6(3). Cette disposition n'a en effet jamais eu pour objet de fournir un critère pour déterminer le début et la fin de l'occupation, mais uniquement de régir la fin ou le degré de l'applicabilité de la CG IV, alors que l'occupation se poursuit. L'article 42 du Règlement de La Haye et l'article 6(3) de la CG IV sont deux dispositions distinctes qui concernent un objet spécifique différent. De ce fait, l'article 6(3) ne saurait en aucune manière être utilisé en tant que norme de référence pour déterminer la fin d'une occupation.

territoire concerné en lieu et place de l'autorité gouvernementale locale existante et l'absence durable de consentement de l'autorité gouvernementale locale à la présence des forces étrangères. Si l'un ou l'autre de ces éléments vient à manquer, l'occupation doit être considérée comme terminée.

Les critères à utiliser pour établir qu'une occupation a pris fin devraient refléter la raison d'être du concept et la définition de l'occupation, c'est-à-dire la capacité des forces étrangères de remplacer l'autorité gouvernementale locale en envahissant son territoire et en y établissant une présence non consentie. Le contrôle effectif sur le territoire étranger ou sur des parties de celui-ci cesse généralement d'exister lorsque l'un de ces critères fait défaut ; en pareil cas, le droit de l'occupation ne s'applique plus dans la zone concernée.

Le fait que l'on puisse appliquer les mêmes critères pour déterminer le début et la fin d'une occupation ressort à la fois des ouvrages de droit et des manuels militaires, qui n'opèrent pas de distinction entre les conditions devant être remplies pour déterminer le début ou la fin d'une occupation, ce qui laisse entendre que l'ensemble de critères est bien le même dans les deux cas. Comme l'affirment S. Vité et R. Kolb, « de manière générale, la fin de l'occupation renvoie, en négative, à ce qui en constitue le commencement. Elle se détermine par référence aux critères définissant son champ d'application »⁷⁵. La CIJ semble avoir fait sien ce point de vue dans l'affaire *RDC c. Ouganda*. En cherchant à déterminer si l'Ouganda était une puissance occupante au regard du DIH, la Cour a fondé son analyse sur des critères tirés de l'article 42 du Règlement de La Haye, sans distinguer entre le début et la fin de l'occupation⁷⁶. Nous considérons donc que le droit existant impose, de manière générale, d'appliquer les mêmes critères pour déterminer le début et la fin d'une occupation.

Toutefois, dans certains cas spécifiques et exceptionnels – en particulier lorsque les forces étrangères se retirent d'un territoire occupé (ou de parties de celui-ci) tout en conservant des éléments essentiels d'autorité ou d'autres fonctions de gouvernement importantes caractéristiques des pouvoirs d'une puissance occupante – le droit de l'occupation pourrait, selon nous, continuer à s'appliquer dans les limites territoriales et fonctionnelles de ces compétences.

Nous estimons en effet que, même sans présence physique des forces étrangères dans le territoire concerné, l'autorité qu'elles ont conservée peut, dans certains cas, constituer un contrôle effectif aux fins du droit de l'occupation et entraîner l'application continue des dispositions pertinentes de cette branche du droit.

Cette conception fonctionnelle de l'occupation serait ainsi utilisée comme critère pertinent afin de déterminer dans quelle mesure les obligations découlant du droit de l'occupation continuent à peser sur les forces étrangères ennemies qui se retirent progressivement ou brusquement du territoire occupé. Ce critère s'applique dans la mesure où les forces étrangères exercent encore, sur la totalité ou sur une partie du territoire, des fonctions gouvernementales qu'elles avaient acquises lorsque l'occupation était indubitablement établie et en cours.

75 R. Kolb et S. Vité, *op. cit.*, note 21, p. 150. Voir aussi Y. Shany, *op. cit.*, note 5, p. 378.

76 CIJ, *RDC c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 172-173.

Cette conception fonctionnelle permet de délimiter plus précisément le cadre juridique applicable dans des situations où il est difficile d'établir avec certitude si l'occupation s'est achevée ou non. C'est d'autant plus important que le droit de l'occupation ne traite pas explicitement de la question des obligations juridiques applicables pendant le retrait unilatéral d'un territoire occupé. Le fait que le DIH ne contienne rien à ce sujet est dû notamment au fait que l'occupation se termine généralement soit par la force, soit par un accord, ou par un retrait unilatéral, souvent suivi d'une réhabilitation du gouvernement local. Dans la plupart des cas, les forces étrangères quittant le territoire occupé ne continuent pas à y exercer des fonctions importantes, tout au moins pas sans le consentement des autorités locales.

Pourtant, on ne saurait exclure de nos jours la possibilité qu'un contrôle effectif continue à être exercé depuis l'extérieur du territoire occupé. On peut en effet arguer que les progrès techniques et militaires rendent possible l'exercice d'un contrôle effectif sur un territoire étranger ou sur des parties de celui-ci sans présence militaire étrangère continue dans la zone en question. Dans de telles situations, il est important de tenir compte du degré d'autorité que conservent les forces étrangères, plutôt que de se concentrer exclusivement sur les moyens par lesquels ce pouvoir est effectivement exercé. Il faut aussi reconnaître que, en pareilles circonstances, l'existence d'une contiguïté géographique entre les États belligérants peut jouer un rôle important pour faciliter l'exercice à distance d'un contrôle effectif, par exemple en permettant à une puissance occupante qui a redéployé ses forces armées hors du territoire de faire sentir son autorité dans un délai raisonnable.

Nous considérons par conséquent que tout retrait unilatéral d'un territoire occupé dans le cadre duquel les forces étrangères conservent, sans le consentement du gouvernement du territoire occupé, des éléments clés de l'autorité (exercés précédemment du fait de leur statut juridique de puissance occupante et constituant un contrôle effectif au regard du DIH⁷⁷) appelle l'application des dispositions du droit de l'occupation qui demeurent pertinentes pour les fonctions que la puissance continue à exercer.

L'application continue des dispositions pertinentes du droit de l'occupation est particulièrement importante dans la mesure où ce droit est spécifiquement conçu pour traiter et régir le partage de l'autorité, et la répartition de responsabilités, entre États belligérants⁷⁸.

Cette interprétation dynamique et téléologique du droit de l'occupation exigerait donc une application *rationae temporis* de cette branche du droit, qui en pareilles circonstances ne dépendrait pas de la présence continue de forces étrangères ennemies sur le territoire concerné, mais plutôt de la subsistance d'une forme d'autorité qui demeure un contrôle effectif aux fins du DIH.

77 Cette rétention de compétences peut aussi – mais pas nécessairement – être accompagnée par l'interdiction faite aux autorités locales d'exercer certaines fonctions gouvernementales.

78 La raison d'être du droit de l'occupation est la nécessité d'organiser la distribution des responsabilités entre les belligérants afin d'éviter, autant que faire se peut, toute carence de pouvoir et de protection dans le territoire occupé.

Une position contraire – qui ne permettrait pas l'application de certaines dispositions pertinentes du droit de l'occupation dans de telles situations spécifiques – encouragerait les puissances occupantes à retirer leurs troupes du territoire occupé (ou de parties de celui-ci) tout en conservant certaines fonctions importantes exercées à distance afin d'esquiver les devoirs importants qu'impose le DIH. Cette construction juridique artificielle finirait par laisser la population locale privée de toute protection juridique notable et irait à l'encontre d'une interprétation téléologique du droit de l'occupation.

Cas spéciaux d'occupation : occupation par entité interposée et occupation par une coalition d'États ou par des forces multinationales

L'occupation par entité interposée et la notion de contrôle effectif indirect

Nous soutenons ici que le contrôle effectif peut être exercé par des forces armées de substitution, dans la mesure où elles sont soumises au contrôle global de l'État étranger. Ainsi, un État serait une puissance occupante aux fins du DIH lorsqu'il exerce un contrôle global sur les autorités locales *de facto* ou sur d'autres groupes organisés locaux qui exercent eux-mêmes le contrôle effectif sur un territoire ou sur une partie de celui-ci⁷⁹.

L'existence et la pertinence de cette théorie est corroborée par diverses décisions rendues par des tribunaux internationaux. Ainsi, dans la célèbre affaire *Tadić*, le TPIY a décidé que « le lien entre les organes ou agents *de facto* et la puissance étrangère couvre les circonstances dans lesquelles celle-ci 'occupe' un certain territoire ou opère sur celui-ci uniquement par l'intermédiaire des actes d'organes ou d'agents *de facto* »⁸⁰. Dans l'affaire *RDC c. Ouganda*, la CIJ a exa-

79 Il est important de noter que la première partie de ce critère concerne la notion d'« autorité générale » sur un groupe de personnes, qui est utilisée afin d'évaluer si les actes d'un tel groupe peuvent être attribués à un État étranger. Si tel devait être le cas, la deuxième partie du critère concerne la question de savoir si ce groupe a une « autorité effective » sur le territoire concerné, afin de qualifier la situation d'occupation aux fins du DIH. Par conséquent, la première partie du critère (c'est-à-dire l'« autorité générale sur les autorités locales *de facto* ») concerne la notion d'imputabilité au regard du droit international public, tandis que la seconde partie (« autorité effective sur un territoire étranger ») correspond à la notion d'autorité effective au regard du DIH, qui est au cœur du concept d'occupation. Il est donc nécessaire que les deux parties du critère soient satisfaites pour que soit établie l'existence d'une autorité effective indirecte exercée par un État sur le territoire d'un autre.

80 TPIY, affaire *Tadić*, *op. cit.*, note 22, para. 584. En mars 2000, le TPIY a confirmé cette interprétation dans l'affaire *Blaškić*, affirmant à cette occasion : « Au regard de ces enclaves, la Croatie jouait le rôle de Puissance occupante, du fait du contrôle global qu'elle exerçait sur le HVO [Conseil de défense croate, une milice locale], du soutien qu'elle lui apportait et des liens étroits qu'elle entretenait avec lui. Ainsi, et en utilisant la même logique qui s'applique à l'établissement du caractère international du conflit, le contrôle global exercé par la Croatie sur le HVO fait qu'au moment de leur destruction, les biens des Musulmans de Bosnie étaient sous le contrôle de la Croatie et se trouvaient en territoire occupé ». (TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, affaire N° IT-95-14-T, Chambre de première instance I, jugement, 3 mars 2000, para. 149). Toutefois, dans l'affaire *Naletilić* (2003), la Chambre de première instance a contesté la position adoptée par le Tribunal dans l'affaire *Blaškić* : « La Chambre fait observer que la jurisprudence du Tribunal relative au critère juridique applicable a varié. Dans ce contexte, elle rejette respectueusement la conclusion, tirée dans le Jugement *Blaškić*, que l'Accusation

miné si l'Ouganda exerçait un contrôle global sur les groupes d'insurgés congolais⁸¹. Cela montre clairement que la Cour avait adopté la position définie par le TPIY et donc accepté la possibilité d'une occupation menée par un contrôle effectif indirect.

La notion de contrôle effectif indirect est rarement abordée dans les ouvrages de droit⁸² ou dans les manuels militaires. Selon nous, le critère de la présence militaire de troupes étrangères ennemies est satisfait lorsque la théorie du contrôle effectif indirect est appliquée, car le contrôle global exercé sur les entités locales qui ont elles-mêmes le contrôle effectif sur les zones en question fait des personnes appartenant à ces entités des « agents » ou des « auxiliaires » de l'État étranger⁸³. Cette autorité exercée sur ces entités locales reflète un lien réel et effectif entre le groupe de personnes qui exercent le contrôle effectif et l'État étranger qui opère par l'intermédiaire de ces substituts.

Enfin, la question du contrôle effectif indirect est abordée dans la section 11.3.1 du manuel britannique, *Manual of the Law of Armed Conflict* :

Dans certains cas, les troupes d'occupation ont agi de manière indirecte, par l'intermédiaire d'un gouvernement local existant ou nouvellement désigné...

avance à l'appui de sa thèse. Le critère du contrôle global qui est énoncé dans le Jugement *Blaskić* n'est pas applicable pour déterminer l'existence d'un état d'occupation. La Chambre estime qu'il existe une différence fondamentale entre établir l'existence d'un état d'occupation et prouver celle d'un conflit armé international, auquel le critère du contrôle global est applicable. Un degré supplémentaire de contrôle est requis pour établir l'occupation » (TPIY, affaire *Naletilić*, *op. cit.*, note 4, para. 214). Cette dernière jurisprudence, cependant, est contestable, car la Chambre de première instance confond l'autorité globale (ou « contrôle global ») sur un territoire et l'autorité globale sur une entité qui exerce elle-même une autorité effective sur le territoire concerné.

81 CIJ, *RDC c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 177 : « La Cour relève que la RDC fait référence à une 'administration indirecte' par le biais de diverses factions rebelles congolaises ainsi qu'à la supervision, par des officiers ougandais, d'élections locales organisées dans des territoires sur lesquels les UPDF exerçaient leur contrôle. La RDC ne fournit toutefois aucune preuve spécifique de ce que les forces armées ougandaises auraient exercé leur autorité dans d'autres régions que le district de l'Ituri. La Cour relève en outre que, bien que l'Ouganda ait reconnu qu'il exerçait, au 1^{er} septembre 1998, 'un contrôle administratif' à l'aéroport de Kisangani, le dossier de l'affaire ne présente aucun élément de preuve qui permettrait à la Cour de caractériser la présence de troupes ougandaises stationnées à l'aéroport de Kisangani comme une occupation au sens de l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907. La Cour ne saurait davantage faire droit à l'affirmation de la RDC selon laquelle l'Ouganda constituait une puissance occupante dans les zones situées en dehors de l'Ituri, contrôlées et administrées par des mouvements rebelles congolais. Ainsi qu'elle l'a déjà indiqué, les éléments de preuve dont elle dispose ne permettent pas de conclure que ces groupes se trouvaient placés 'sous le contrôle' de l'Ouganda ».

82 Dans leur ouvrage récent, Robert Kolb et Sylvain Vité donnent l'impression de ne pas adhérer pleinement à la théorie de l'autorité effective indirecte, puisqu'ils insistent sur la nécessité de la présence physique de forces étrangères sur le terrain. Tout au plus concèdent-ils que « dans le cas d'un exercice d'autorité indirect, par contrôle global ou effectif d'une faction interposée, il n'est pas exclu que certains devoirs issus du droit de l'occupation puissent ponctuellement s'appliquer, du moins indirectement » (R. Kolb et S. Vité, *op. cit.*, note 21, pp. 180-181).

83 Voir Commission du droit international, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (2001), article 8, *Rapport de la Commission du droit international, Assemblée générale, Documents officiels, 56^e session, Supplément N° 10*, doc. Nations Unies A/56/10. Le terme « agent » doit être entendu au sens large, comme toute personne par l'entremise de laquelle l'État étranger agit. Voir CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, 11 avril 1949, *CIJ Recueil*, 1949, p. 177.

En pareil cas, en dépit de quelques différences par rapport à la forme classique d'occupation militaire, le droit relatif à l'occupation militaire sera probablement applicable. Les obligations juridiques, les considérations de politique et les pressions diplomatiques extérieures peuvent toutes conduire à cette conclusion⁸⁴.

Quoi qu'il en soit, la théorie du contrôle effectif indirect est importante dans la mesure où elle évite qu'une lacune juridique soit ouverte lorsqu'un État recourt à des substituts locaux pour esquiver ses responsabilités au regard du droit de l'occupation. Compte tenu de la validité du concept de contrôle effectif indirect, l'ensemble de critères formulé plus haut permettant d'établir l'existence d'une occupation au sens du DIH devrait être adapté pour se lire comme suit :

- les forces armées d'un État *ou des agents qui leur sont subordonnés* sont physiquement présentes sur un territoire étranger sans le consentement du gouvernement local effectif qui était en place au moment de l'invasion ;
- le gouvernement local effectif qui était en place au moment de l'invasion a été rendu, ou peut être rendu, largement ou complètement incapable d'exercer ses pouvoirs du fait de la présence, non consentie, des forces étrangères *ou du fait d'agents subordonnés à celles-ci* ;
- les forces étrangères *ou des agents agissant en leur nom* sont en mesure d'exercer leur autorité sur le territoire concerné (ou sur des parties de ce territoire) en lieu et place du gouvernement local.

L'occupation par une coalition d'États ou par des forces multinationales

Une occupation implique en général un État exerçant un contrôle effectif sur le territoire d'un autre État ; cependant, les opérations multinationales qui se déroulent de nos jours peuvent aussi créer une situation dans laquelle le territoire d'un belligérant est occupé par plusieurs États dans le cadre d'une coalition⁸⁵. C'est ce qui s'est produit en Irak en 2003-2004, soulevant une question difficile : comment déterminer lequel (ou lesquels) des États formant la coalition internationale sont la ou les puissance(s) occupante(s) ? Bien qu'elle n'ait pas suscité beaucoup de débats juridiques à l'époque, cette question entraîne des conséquences pratiques très importantes⁸⁶.

Il y a deux options pour établir lesquels des États participant à une opération multinationale exerçant un contrôle effectif sur un territoire peuvent être

84 Traduction CICR.

85 La notion d'occupation multinationale ne doit pas être confondue avec l'occupation menée par une organisation internationale telle que l'ONU. Selon nous, une organisation internationale de ce type peut aussi être considérée comme une puissance occupante aux fins du DIH. Sur ce point, voir T. Ferraro, *op. cit.*, note 73, pp. 133-156.

86 D. Thürer et M. MacLaren, *op. cit.*, note 18, pp. 759-762.

considérés comme des puissances occupantes aux fins du DIH⁸⁷. La première consiste à appliquer à chaque État de la coalition, pris individuellement, les critères juridiques exposés plus haut. Pour être considéré comme une puissance occupante au regard du DIH, chaque membre de la coalition devrait disposer de forces déployées sur le terrain sans le consentement de l'autorité gouvernementale locale et être en mesure d'exercer l'autorité en lieu et place du gouvernement local destitué, sur les parties du territoire occupé qui lui ont été attribuées.

Dans le cas de l'occupation de l'Irak en 2003, le CICR a choisi une autre option, en adoptant, au sujet de l'occupation par une coalition, une approche dite fonctionnelle⁸⁸. En plus des États qui satisfont individuellement aux critères pour l'exercice du contrôle effectif, les autres membres de la coalition qui remplissent des fonctions et des tâches qui échoient traditionnellement à une puissance occupante et pour lesquels le respect du droit de l'occupation serait pertinent devraient être considérés comme des puissances occupantes et être liés par les règles contenues dans les instruments pertinents du droit de l'occupation. En d'autres termes, ce sont les actes des forces étrangères, ainsi que les fonctions qui leur sont attribuées, qui font d'elles des puissances occupantes.

Malgré la pertinence de l'approche fonctionnelle exposée plus haut, il demeure malaisé dans la pratique de différencier le statut juridique, au regard du DIH, des divers membres d'une coalition occupant un pays lorsque l'on envisage tout l'éventail variable des activités allant de l'assistance humanitaire à l'exercice de l'autorité administrative au nom des puissances occupantes. Réaliser des tâches sous le commandement ou sur les instructions des puissances occupantes « reconnues » tendrait à conférer le statut de puissance occupante à ceux qui coopèrent avec elles, en particulier lorsque ces tâches sont essentielles à l'exercice des responsabilités administratives découlant du droit de l'occupation⁸⁹.

87 Il est aussi possible d'appliquer une méthode complémentaire, basée sur le droit de la responsabilité de l'État. Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite préparé par la Commission du droit international pourrait à cet égard constituer un instrument utile pour distinguer les membres d'une coalition participant à une occupation de ceux qui ne devraient pas être considérés comme des puissances occupantes. Selon cette conception, si les actes des forces armées d'un État membre peuvent être attribués exclusivement à l'organisation qui administre la coalition en soi ou à d'autres États membres de la coalition, l'État en question ne doit pas être considéré comme une puissance occupante, puisqu'il a renoncé à l'autorité effective ou générale sur les troupes qu'il a mises à la disposition de la coalition.

88 Knut Dörmann et Laurent Colassis, « IHL in the Iraq conflict », dans *German Yearbook of International Law*, Vol. 47, 2004, pp. 302 et suiv.

89 Adam Roberts, « The end of occupation in Iraq », dans *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, juin 2005, p. 33. Voir aussi Liesbeth Lijnzaad, « How not to be an Occupying Power: some reflections on UN Security Council Resolution 1483 and the contemporary law of occupation », dans Liesbeth Lijnzaad, Johanna van Sambeek et Bahía Tahzib-Lie (éd.), *Making the Voice of Humanity Heard*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, p. 298 : « Effectuer des tâches sous le commandement ou sur les instructions d'une puissance occupante tend à conférer le statut de puissance occupante à ceux qui coopèrent avec elle, en particulier lorsque ces tâches sont essentielles au rôle d'une puissance occupante. Tel est à l'évidence le cas lorsque les tâches effectuées sont cruciales pour la manière dont l'autorité remplit son rôle de puissance occupante et assume ses responsabilités administratives. La participation peut susciter des responsabilités qui peuvent ne pas être souhaitables sur le plan politique. Ainsi, cette participation tardive pourrait conférer le statut de puissance occupante à des États coopérant dans ces conditions, selon la nature de leur coopération » [traduction CICR].

Il convient en outre de souligner que, quelle que soit la tâche réalisée par un membre de la coalition, même s'il ne s'agit pas d'une tâche centrale en termes de devoirs de l'occupant au regard du DIH, elle apporte une contribution à l'occupation, ne serait-ce qu'en permettant aux puissances occupantes « incontestées » de renoncer à des tâches secondaires afin de mieux se concentrer sur les tâches principales, comme le maintien de l'ordre public. Par conséquent, les actes des États membres « coopérants » semblent appuyer la puissance occupante et rendent particulièrement difficile la tâche de définir leur statut juridique, tout au moins du point de vue de l'ennemi. En outre, il faut reconnaître que l'évolution des droits et des devoirs de la puissance occupante vis-à-vis du territoire occupé et le rôle reconnu d'administrateur à part entière – qui découle de l'interprétation courante de l'article 43 du Règlement de La Haye et de l'article 64 de la IV^e Convention de Genève – rendent presque impossible d'opérer la distinction citée plus haut entre tâches primaires et secondaires, puisque l'ensemble de ces tâches relèveraient de la compétence de l'occupant au regard du droit existant. Il convient donc de présumer que les États qui participent à une coalition exerçant un contrôle effectif sur un territoire étranger ont un statut d'occupant⁹⁰. Cette présomption peut être rejetée dans les cas où, par exemple, un État qui met ses troupes à disposition d'une coalition délègue aussi le commandement et le contrôle opérationnels sur elles à un autre État ou à l'organisation internationale occupant le territoire, du fait de l'opération militaire internationale.

Conclusion

Nous espérons que le présent article contribuera à préciser un aspect essentiel du droit de l'occupation et qu'il aidera, plus particulièrement, à déterminer avec une précision accrue à quel moment, après une invasion militaire et l'instauration d'un contrôle effectif sur un territoire précis, prennent effet les normes du droit de l'occupation qui confèrent une protection.

Cet article propose une lecture et une interprétation juridiques de l'article 42 du Règlement de La Haye. Il affirme que cette disposition essentielle du droit de l'occupation demeure pertinente et fournit l'unique assise juridique

90 Cette présomption semble corroborée par le *Manuel* britannique (*op. cit.*, note 16, section 11.3.3), qui suggère que tous les membres de la coalition sont des puissances occupantes aux fins du DIH : « Dans les cas où deux ou plus de deux États occupent conjointement le territoire (par exemple après une campagne militaire menée par une coalition), il est souhaitable qu'un accord soit conclu entre elles, définissant la relation entre les puissances occupantes » [traduction CICR]. Ce point de vue est partagé par Y. Dinstein, qui écrit : « Plusieurs puissances occupantes peuvent agir de concert en tant que coalition pour gouverner un seul et même territoire occupé. Si elles maintiennent un commandement unifié, comme cela s'est produit en Irak en 2003-2004, les puissances occupantes encourent une responsabilité conjointe pour les faits qui se produisent dans la zone placée sous leur autorité effective combinée. Les partenaires d'une coalition peuvent aussi choisir de diviser le territoire occupé en zones d'occupation distinctes avec peu ou pas de chevauchements de compétences. Au cas où chaque puissance occupante administre sa propre zone, elle assume une responsabilité exclusive, en proportion de son autorité effective respective ». Voir Y. Dinstein, *op. cit.*, note 15, pp. 48-49 [traduction CICR].

permettant de déduire les conditions ou les critères au moyen desquels on peut établir l'existence d'une situation d'occupation. L'analyse que nous avons effectuée permet de conclure que la notion de contrôle effectif – qui est au cœur de la définition de l'occupation en DIH – se caractérise par les éléments suivants : présence militaire non consentie de forces étrangères sur le territoire concerné ; capacité des forces étrangères d'exercer l'autorité sur le territoire en question en lieu et place du gouvernement local ; incapacité, de ce fait, du gouvernement local d'exercer son autorité sur ce territoire. Sur la base de ces conditions préalables, qui ensemble constituent l'exigence formulée à l'article 42 que le territoire soit « placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie », le présent article propose un ensemble de critères juridiques permettant de déterminer plus précisément dans quelles conditions une situation spécifique doit être considérée comme une occupation au regard du DIH. L'article insiste par ailleurs sur le fait qu'en principe, les mêmes critères juridiques peuvent être utilisés pour déterminer le début et la fin d'une occupation. Il affirme aussi qu'en cas de retrait unilatéral des troupes étrangères d'un territoire occupé, des éléments du droit de l'occupation peuvent continuer à s'appliquer lorsque ces forces conservent les pouvoirs qu'elles ont acquis antérieurement, à condition que l'autorité qu'elles conservent constitue toujours un contrôle effectif sur la zone concernée. Enfin, l'article montre comment cet ensemble de critères juridiques peut être utilisé, avec quelques ajustements, pour couvrir des situations dans lesquelles les forces étrangères peuvent être qualifiées de puissance occupante parce qu'elles exercent un contrôle global sur des substituts locaux exerçant un contrôle effectif sur le territoire en question. L'article aborde aussi la question de l'occupation par des forces multinationales, et suggère que l'ensemble de critères proposé peut s'appliquer également à elles, à condition d'être assorti d'une approche fonctionnelle permettant de déduire le statut de puissance occupante de la nature des fonctions effectivement assumées par les membres de la coalition.

Le droit de l'occupation belligérante devant la Cour suprême israélienne

David Kretzmer*

David Kretzmer est professeur émérite de droit international à l'Université hébraïque de Jérusalem et professeur de droit au Sapir Academic College.

Résumé

Depuis la guerre de 1967, au cours de laquelle Israël a occupé la Cisjordanie et la bande de Gaza, la Cour suprême d'Israël a été saisie de milliers de requêtes concernant des actes de l'armée et d'autres autorités dans ces territoires occupés. Cet article examine l'apport de la jurisprudence de la Cour dans ces affaires au droit de l'occupation belligérante. Il aborde d'abord les questions relatives à la compétence et aux normes applicables pour ensuite analyser la manière dont la Cour a interprété les besoins militaires, le bien-être de la population locale, les modifications de la législation locale et l'utilisation des ressources. Il examine ensuite l'attitude de la Cour à l'égard de la nature prolongée de l'occupation et de l'existence de colonies israéliennes, de colons et de travailleurs pendulaires israéliens dans les territoires occupés, l'introduction d'un triple critère de proportionnalité afin d'évaluer la nécessité militaire et les hostilités dans les territoires occupés. Dans la section finale, l'auteur tire quelques conclusions générales sur la contribution apportée par la Cour au droit de l'occupation.

Mots-clés : droit de l'occupation belligérante, Cour suprême d'Israël, territoires occupés, droit applicable, besoins militaires, bien-être de la population civile, colonies israéliennes, proportionnalité, nécessité militaire, ordre et vie publics.

* L'auteur tient à remercier Efrat Bouganim-Saag pour son assistance précieuse en matière de recherche. La version originale en anglais de cet article est publiée sous le titre « The law of belligerent occupation in the Supreme court of Israel », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, N° 885, printemps 2012, pp. 207-236.

L'expression « territoires occupés » est désormais associée, dans les relations internationales de notre époque, à l'occupation prolongée par Israël de la Cisjordanie et de la bande de Gaza. Cette occupation, qui est probablement la plus longue de l'ère moderne, occupe une place dominante dans l'ensemble des publications sur le droit de l'occupation belligérante depuis le début des années 1970¹. Le présent article aborde la manière dont la branche judiciaire de la Puissance occupante aborde cette occupation. Cette analyse peut se faire au moins à deux niveaux. Le premier concerne la manière dont la Cour suprême d'Israël a traité une situation de disparité flagrante entre la politique et le droit, et une tension entre les enjeux de sécurité perçus par l'État et les droits individuels. Cet aspect de la jurisprudence de la Cour a déjà été abordé dans d'autres contributions et nous ne nous y attarderons donc pas ici². Le deuxième niveau d'analyse concerne la manière dont la Cour suprême a interprété et appliqué le droit international de l'occupation belligérante. C'est cet aspect qui constitue le thème central de cet article.

La première partie de l'article aborde brièvement le contexte juridique et politique national, ainsi que les caractéristiques très particulières de l'occupation, dont il est indispensable d'être conscient pour comprendre la jurisprudence de la Cour concernant l'occupation belligérante. Dans la deuxième partie, nous examinerons l'interprétation faite par la Cour du Règlement de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (Règlement de La Haye de 1907) et de la Convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (IV^e Convention de Genève de 1949). Nous aborderons plus spécifiquement la manière dont la Cour a interprété la notion de besoins militaires et l'article 43 du Règlement de La Haye, ainsi que son attitude face à la nature prolongée de l'occupation et à l'implantation de colonies dans les territoires occupés par la Puissance occupante. Au cours des dix dernières années, la notion de proportionnalité a joué un rôle important dans la manière dont la Cour a examiné les actes des autorités militaires. Cette notion est abordée dans la troisième partie de l'article. La quatrième partie est consacrée à une analyse des décisions de la Cour sur les hostilités en territoire occupé. Enfin, l'article s'achève par quelques remarques de conclusion.

1 Voir, par exemple, Adam Roberts, « Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories Since 1967 », dans *American Journal of International Law*, Vol. 84, N° 1, 1990, pp. 44-103; Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton, 1993; Yoram Dinstein, *The Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

2 Voir David Kretzmer, *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, State University New York Press, New York, 2002; Orna Ben-Naftali, « Pathological occupation : normalizing the exceptional case of the Occupied Palestinian Territory and other legal pathologies », dans Orna Ben-Naftali (éd.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 129-200.

Le contexte juridique et politique

La compétence de la Cour

La Cisjordanie et la bande de Gaza ont été occupées par Israël durant la guerre de 1967, qui a opposé ce pays aux États arabes qui l'entourent. Quelque temps après la fin de la guerre, des résidents palestiniens des territoires occupés saisirent la Cour suprême d'Israël, siégeant en sa capacité de Haute Cour de Justice (HCJ) chargée de statuer sur les mesures administratives, pour contester certaines mesures prises par l'armée dans ces territoires. Le procureur général d'Israël (qui représente le gouvernement dans toutes les procédures judiciaires) était à l'époque Meir Shamgar, qui avait occupé les fonctions d'avocat général de l'armée israélienne en 1967 et qui allait être appelé, par la suite, à devenir membre puis président de la Cour suprême. Le procureur général Shamgar aurait pu contester la compétence de la Cour de connaître des requêtes soumises par des Palestiniens habitant les territoires occupés, au motif qu'elles émanaient d'étrangers ennemis, ou qu'elles concernaient des actes commis hors du territoire de l'État d'Israël; or, il n'en fit rien. Lorsque la Cour fut saisie des premières requêtes, au début des années 1970, elle décida que cet assentiment du gouvernement constituait une base suffisante pour asseoir sa compétence³. Cela signifiait toutefois qu'en cas de modification de la politique gouvernementale, la Cour pourrait se voir contrainte de reconnaître qu'elle avait outrepassé sa compétence. Avec la multiplication des affaires, cette position devenait intenable. La Cour considéra donc que le véritable fondement juridique de sa compétence était le pouvoir statutaire de la HCJ de rendre des décisions contre « toutes les instances qui remplissent légalement des fonctions publiques »⁴, plutôt que l'assentiment du gouvernement⁵. Cette notion de compétence basée sur l'autorité législative de la Cour de rendre des décisions contre toute personne investie par la loi de fonctions publiques a depuis lors été interprétée comme signifiant que l'autorité de la Cour s'étend à l'examen de la légalité de tous les actes et les décisions des autorités gouvernementales, y compris des Forces de défense israéliennes (FDI), quel que soit le lieu où ils sont exécutés⁶.

3 Voir HCJ 256/72, *Electricity Company for Jerusalem District v. Minister of Defence et al.*, 27(1) PD, 1972, p. 124 (ci-après « affaire Hebron Electricity »), dans laquelle la Cour indique (p. 136) qu'elle se range à la position adoptée dans le premier arrêt publié relatif aux territoires occupés : HCJ 337/71, *Christian Society for the Holy Places v. Minister of Defence*, 26(1) PD, 1971, p. 574 (ci-après « affaire Christian Society »). On trouvera un examen de la compétence de la Cour dans les requêtes relatives aux territoires occupés dans Eli Nathan, « The power of supervision of the High Court of Justice over military government », dans Meir Shamgar (éd.), *Military Government in the Territories Administered by Israel, 1967-1980: The Legal Aspects*, Harry Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, Jérusalem, 1982, p. 109.

4 Article 7(b) de la loi sur les tribunaux de 1957 [traduction CICR]. En 1980, cette disposition est devenue l'article 15(d)(2) de la Loi Fondamentale (pouvoir judiciaire). Elle a maintenant un statut constitutionnel.

5 HCJ 393/82, *Jami'at Ascan et al. v. IDF Commander in Judea and Samara et al.*, 37(4) PD, 1983, p. 785.

6 HCJ 102/82, *Tzemel et al. v. Minister of Defence et al.*, 37(3) PD, 1983, p. 365, para. 11, indiquant que la Cour est compétente pour connaître des actes des FDI au Liban durant la guerre du Liban de 1982-1983.

Depuis 1967, la HCJ a été saisie de milliers de requêtes relatives à des actes commis dans les territoires occupés. Si un grand nombre d'entre elles ont donné lieu à des règlements extra-judiciaires, la Cour a cependant rendu des arrêts dans des centaines d'affaires, créant ainsi un vaste corps de droit relatif aux territoires occupés.

Le droit applicable

Par une ordonnance militaire promulguée par les commandants militaires des divers fronts lorsque les FDI ont pénétré dans les territoires occupés en 1967, des tribunaux militaires ont été institués pour juger les résidents locaux accusés d'atteinte à la sécurité. Cette ordonnance stipulait expressément que les tribunaux militaires devaient appliquer les dispositions de la IV^e Convention de Genève, reflétant par là le point de vue des juristes de l'armée selon lequel l'ensemble des territoires étaient soumis au droit de l'occupation belligérante⁷. Cependant, peu après la fin de la guerre de 1967, des voix s'élevèrent, tant dans les milieux politiques que parmi un certain nombre de juristes universitaires en Israël, pour affirmer que la Cisjordanie et la bande de Gaza – qui avaient toutes deux fait partie de la Palestine sous mandat britannique – ne devaient pas être considérées comme des territoires occupés⁸. Sous l'influence de ces milieux, les commandants militaires apportèrent, quelques mois après la fin de la guerre, un amendement à l'ordonnance militaire, supprimant la disposition qui citait la IV^e Convention de Genève⁹. Le gouvernement israélien adopta la position selon laquelle le statut de la Cisjordanie et de la bande de Gaza n'était pas clairement établi, et que, en tout état de cause, la question de l'applicabilité à ces territoires de la IV^e Convention de Genève était discutable¹⁰. Parallèlement, le gouvernement déclarait que les FDI respecteraient les dispositions humanitaires de la Convention¹¹.

Dans les premières requêtes contestant des actes commis par les autorités militaires dans les territoires occupés, les requérants fondaient leurs argu-

7 Security Provisions Order (West Bank), 1967, art. 35, dans 1 *Proclamations, Orders and Appointments of West Bank Command* 5.

8 Voir Yehuda Z. Blum, « The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria », dans *Israel Law Review*, Vol. 3, 1968, p. 279. Les territoires occupés en 1967 comprenaient le Nord du Sinaï, qui fut restitué à l'Égypte en application de l'accord de paix avec ce pays, et le Golan, dont une partie est toujours occupée par Israël. Les revendications concernant le statut de la Cisjordanie et de la bande de Gaza ne concernaient pas ces territoires. On trouvera un résumé des divers arguments utilisés pour contester le statut de territoires occupés de la Cisjordanie et de Gaza dans : D. Kretzmer, *op. cit.*, note 2, pp. 32-34; Behnam Dayanim, « The Israeli Supreme Court and the Deportations of Palestinians: The Interaction of Law and Legitimacy », dans *Stanford Journal of International Law*, Vol. 30, 1994, pp. 143-150.

9 Security Provisions Order (West Bank), (Amendment N° 9), (Order N° 144), 22 octobre 1967, dans 8 *Proclamations, Orders and Appointments of West Bank Command* 303.

10 Voir Meir Shamgar, « The Observance of International Law in the Administered Territories », dans *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 1, 1971, pp. 262-277; D. Kretzmer, *op. cit.*, note 2, pp. 33-34.

11 M. Shamgar, *op. cit.*, note 10. On trouvera un examen de la position du gouvernement concernant l'application de la IV^e Convention de Genève (CG IV) dans Nissim Bar-Yaacov, « The Applicability of the laws of war to Judea and Samaria (The West Bank) and to the Gaza Strip (In response to Prof. R. Lapidoth) », dans *Israel Law Review*, Vol. 24, 1990, pp. 485-506.

ments sur les normes de l'occupation belligérante, telles que formulées dans le Règlement de La Haye et dans la IV^e Convention de Genève¹². Lorsque la Cour pria les autorités de répondre à ces requêtes, elles se trouvèrent forcées de prendre position sur l'applicabilité de ces normes. Elles tentèrent dans un premier temps d'assurer leurs arrières en affirmant que, même s'il n'était pas possible d'affirmer avec certitude que les territoires étaient bien occupés, dans la pratique les autorités militaires respectaient les normes de l'occupation belligérante et étaient donc disposées à ce que leurs actes soient évalués à l'aune de ces normes¹³. Après une brève période, cette précaution oratoire fut abandonnée et, parallèlement aux règles de droit administratif qui s'appliquent aux actes de toutes les branches de l'exécutif israélien, le cadre de l'occupation belligérante devint le régime juridique courant pour évaluer les actes des autorités dans les territoires occupés¹⁴.

L'acceptation *de facto*, par les autorités, de l'applicabilité du droit de l'occupation belligérante dans les territoires occupés épargna à la Cour d'avoir à se prononcer sur les éléments constitutifs de l'occupation. La Cour aborda cependant ces questions à l'occasion de la présence israélienne au Liban en 1982¹⁵. Elle traita aussi, ultérieurement, de la question de savoir si Israël demeurait une Puissance occupante à Gaza après le retrait de ses forces et de ses colonies du territoire¹⁶. Ces questions ont été longuement débattues dans d'autres contributions et nous n'y reviendrons donc pas ici¹⁷.

Dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour internationale de Justice (CIJ) a jugé que, outre le droit de l'occupation belligérante, les traités relatifs aux droits de l'homme auxquels Israël est partie s'appliquent également à ses actes dans les territoires occupés¹⁸. Telle a aussi été la position constante des organes chargés de contrôler l'application de ces traités¹⁹. Le gouvernement israélien n'a

12 Affaire *Christian Society*, *op. cit.*, note 3; affaire *Hebron Electricity*, *op. cit.*, note 3; HCJ 302/72, *Hilu v. Government of Israel*, 27(2) PD, 1972, p. 169; HCJ 606/78, *Ayyub v. Minister of Defence*, 33(2) PD, 1978, p. 113 (ci-après « affaire *Beth El* »).

13 D. Kretzmer, *op. cit.*, note 2, pp. 35-40.

14 Voir HCJ 1661/05, *Gaza Beach Regional Council et al. v. Knesset of Israel et al.*, 59(2) PD, 2005, p. 514. Dans cette affaire, la Cour a déclaré que le cadre de l'occupation belligérante a toujours été accepté par la Cour et par tous les gouvernements qui se sont succédé en Israël depuis 1967. Les requérants - des colons israéliens contraints de quitter leur domicile en application d'une loi donnant effet au plan de retrait de Gaza - affirmaient que Gaza (avant le retrait) n'était pas soumise à un régime d'occupation belligérante. La Cour a rejeté cet argument d'emblée (*ibid.*, para. 76-77).

15 Voir, par exemple, l'affaire *Tzemel*, *op. cit.*, note 6, pp. 371-374; HCJ 574/82, *Al Nawar v. Minister of Defence et al.*, 39(3) PD, 1985, pp. 458-459.

16 HCJ 9132/07, *Jaber Al-Bassiouni Ahmed et al. v. Prime Minister et al.*, arrêt du 30 janvier 2008, disponible sur : http://elyon1.court.gov.il/files_eng/07/320/091/n25/07091320.n25.pdf. Les références internet de cet article ont été consultées en mai 2012.

17 Voir, par exemple, Yuval Shany, « The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on *Bassiouni v. The Prime Minister of Israel* », dans *Israel Law Review*, Vol. 42, N° 1, 2009, p. 101; Shane Darcy et John Reynolds, « An enduring occupation: the status of the Gaza Strip from the perspective of international humanitarian law », dans *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 15, N° 2, 2010, pp. 211-243.

18 CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, CIJ Recueil 2004, p. 136 (ci-après « affaire du Mur »), para. 102-114.

19 Voir, par exemple, Comité des droits de l'homme, *Observations finales du Comité des droits de l'homme sur le troisième rapport périodique d'Israël*, Doc. ONU CCOPR/C/ISR/CO/3, 3 septembre 2010, para. 5.

jamais accepté cette position. La HCJ s'est abstenue de se prononcer sur l'applicabilité formelle des traités relatifs aux droits de l'homme, mais elle a invoqué des dispositions de ces traités dans de nombreux arrêts rendus ces dernières années concernant les territoires occupés²⁰. Dans la plupart des cas, elle a justifié sa position en affirmant que les normes auxquelles elle se référerait faisaient aussi partie du droit de l'occupation belligérante ou du droit israélien liant les autorités²¹.

L'application de normes internationales par les juridictions nationales

Bien que le régime juridique accepté dans les territoires occupés soit celui de l'occupation belligérante, l'application des normes de ce régime par la HCJ doit être analysée à la lumière du statut du droit international devant les juridictions nationales israéliennes. Israël suit la tradition anglaise, selon laquelle les tribunaux nationaux appliquent les normes de droit international coutumier dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la législation primaire, tandis que les dispositions des conventions internationales contraignantes pour l'État ne seront appliquées par les tribunaux que si elles sont devenues coutumières ou si elles ont été adoptées sous forme de loi par le parlement. Les tribunaux doivent interpréter la législation en présumant qu'elle est compatible avec les obligations internationales d'Israël, mais en cas de contradiction flagrante entre la législation primaire et une norme de droit international coutumier ou conventionnel, c'est la législation nationale qui l'emporte²².

Lorsque la Cour a eu à traiter pour la première fois du Règlement de La Haye et de la IV^e Convention de Genève, elle a rangé ces deux instruments ensemble dans la catégorie du droit des traités²³. Elle a cependant reconnu son erreur par la suite, admettant que toutes les dispositions du Règlement de La Haye relevaient du droit coutumier²⁴. La Cour a jugé en revanche que tel n'était pas nécessairement le cas de toutes les dispositions de la IV^e Convention de

20 HCJ 1890/03, *Bethlehem Municipality et al. v. Ministry of Defence et al.*, 59(4) PD, p. 736, 2005 (ci-après « affaire du Tombeau de Rachel »); HCJ 7957/04, *Zaharan Yunis Muhammad Mara'abe et al. v. The Prime Minister et al.*, 60(2) PD, p. 477, 2005 (ci-après « affaire Alpehi Menashe »); HCJ 10356/02, *Yoav Hess et al. v. The Commander of IDF Forces in the Judea and Samaria et al.*, 58(3) PD, p. 443, 2004; HCJ 7015/02, *Kipah Mahmad Ahmed Ajuri et al. v. IDF Commander in the West Bank et al.*, 56(6) PD, p. 352, 2002; HCJ 769/02, *The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al.*, arrêt du 14 décembre 2006 (ci-après « affaire des opérations meurtrières ciblées »), disponible sur : http://elyon1.court.gov.il/files_eng/02/690/007/e16/02007690.e16.pdf; HCJ 281/11, *Head of Beit Icsa Local Council et al. v. Minister of Defence et al.*, arrêt du 6 septembre 2011, disponible (en hébreu) sur : <http://elyon1.court.gov.il/files/11/810/002/m12/11002810.m12.pdf>.

21 Voir, par exemple, HCJ 3239/02, *Marab et al. v. IDF Commander in the West Bank et al.*, arrêt du 28 juillet 2002; affaire *Hess*, *op. cit.*, note 20.

22 Dans l'affaire HCJ 253/88, *Sajedia v. Minister of Defence*, 42(3) PD, 1988, pp. 815-817, 829, la Cour a appliqué ce principe pour trancher un conflit entre une loi israélienne et l'article 76 de la CG IV, qui dispose que les personnes protégées inculpées seront détenues dans le pays occupé. La question du statut du droit international devant les juridictions nationales israéliennes est abordée dans David Kretzmer, « Israel », David Sloss (éd.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 273-325.

23 Affaire *Christian Society*, *op. cit.*, note 3; affaire *Hilu*, *op. cit.*, note 12.

24 Affaire *Beth El*, *op. cit.*, note 12, p. 120.

Genève²⁵. Cette décision est importante car, bien qu'Israël ait ratifié les quatre Conventions de Genève en 1951, ces traités n'ont jamais été transposés en droit interne.

En dépit de la décision ci-dessus et du fait que le gouvernement ait mis en doute l'application formelle de la IV^e Convention de Genève en Cisjordanie et à Gaza, la HCJ s'est montrée tout à fait disposée, au cours des dernières années, à invoquer la Convention. Si, dans certains cas, elle ne l'a fait qu'après que l'avocat du gouvernement eut déclaré que les mesures prises par les autorités étaient compatibles avec les dispositions de la Convention²⁶, dans d'autres cas elle s'est simplement appuyée sur des dispositions du traité, sans aucune explication²⁷. À de nombreuses reprises, la Cour s'est appuyée sur l'engagement pris par le gouvernement de respecter les dispositions humanitaires de la Convention pour les invoquer, sans décider formellement si la Convention s'appliquait ou pouvait être appliquée par les tribunaux nationaux²⁸. Dans l'affaire *Alphei Menashe*²⁹, la Cour a déclaré qu'elle savait que la Cour internationale de justice avait considéré que la IV^e Convention de Genève s'appliquait dans les territoires occupés et que cette applicabilité ne dépendait pas de l'engagement pris par le gouvernement d'en appliquer les dispositions humanitaires. Néanmoins, la Cour a déclaré que, comme le gouvernement acceptait l'applicabilité des normes humanitaires de la Convention, elle ne voyait pas la nécessité de prendre position sur cette question. En conclusion, sans avoir jamais affirmativement jugé que la IV^e Convention de Genève s'applique dans les territoires occupés, ni que l'ensemble de ses dispositions relèvent du droit coutumier, la Cour invoque régulièrement des dispositions de ce traité³⁰.

La politique et le droit

Israël est l'une des rares Puissances occupantes ayant officiellement reconnu l'application des normes de l'occupation belligérante dans le territoire qu'elle occupe. Malgré cette reconnaissance, la politique a souvent exercé plus d'influence sur le terrain que le cadre juridique officiel du droit de l'occupation. De ce fait, bon nombre des politiques et des actions des divers gouvernements qui se sont suc-

25 *Ibid.*; HCJ 390/79, *Dweikat et al. v. Government of Israel et al.*, 34(1) PD, p. 1, 1979 (ci-après « affaire *Elon Moreh* »); affaire *Jami'at Ascan*, *op. cit.*, note 5.

26 Voir, par exemple, affaire *Ajuri*, *op. cit.*, note 20, p. 364; HCJ 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel et al.*, 48(5) PD, 2004, p. 827.

27 Voir, par exemple, HCJ 5591/02, *Yassin et al. v. Commander of Ketziot Detention Facility et al.*, 57(1) PD, 2002, p. 413.

28 Voir, par exemple, l'affaire *Hess*, *op. cit.*, note 20, para. 8; HCJ 3103/06, *Shlomo Valero v. State of Israel*, arrêt du 6 février 2011, para. 33, disponible en hébreu sur : <http://elyon1.court.gov.il/files/06/030/031/r13/06031030.r13.pdf>.

29 Affaire *Alphei Menashe*, *op. cit.*, note 20, p. 523.

30 Dans l'affaire HCJ 2690/09, *Yesh Din et al. v. Commander of IDF Forces in the Judea and Samaria et al.*, arrêt du 28 mars 2010, disponible (en hébreu) sur : <http://elyon1.court.gov.il/files/09/900/026/n05/09026900.n05.pdf>, les requérants ont avancé que toutes les dispositions de la CG IV étaient désormais considérées comme relevant du droit coutumier. La Cour a refusé de se prononcer sur ce point, mais elle a déclaré qu'elle maintiendrait sa pratique consistant à considérer les dispositions coutumières de la Convention comme faisant partie du droit applicable.

cédé au pouvoir depuis 1967 n'ont pas été compatibles avec les normes du droit international de l'occupation belligérante. La plus flagrante de ces politiques a été l'implantation de colonies israéliennes dans les territoires occupés. La communauté internationale a toujours considéré que la création de ces colonies par le gouvernement d'Israël était incompatible avec l'obligation du pays, au regard de l'article 49(6) de la IV^e Convention de Genève, de ne pas transférer une partie de sa population civile à l'intérieur des territoires occupés³¹. Cette position a été confirmée par la CIJ dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*³².

Étant donné la contradiction flagrante entre le droit international et la création de colonies pour les citoyens israéliens dans les territoires occupés, il eût été logique que la HCJ se prononce sur cette question. Or, les seules décisions de fond rendues par la Cour concernent les réquisitions de terrains privés pour y créer des colonies. La Cour a estimé que si les autorités pouvaient démontrer qu'une colonie avait été établie sur un site stratégique et que sa raison d'être était de renforcer la défense de l'État, la réquisition des terres pouvait se justifier pour des besoins militaires³³. À l'opposé, si l'implantation d'une colonie était due davantage à des motifs politiques qu'à des besoins de sécurité, la réquisition des terres serait illégale³⁴.

La Cour a tout fait pour éviter d'avoir à se prononcer sur le principe de la légalité de la création de colonies pour des ressortissants de la Puissance occupante sur un territoire occupé. Elle a ainsi jugé que l'interdiction contenue à l'article 49(6) de la IV^e Convention de Genève concernant le transfert de la population civile de la Puissance occupante en territoire occupé ne relevait pas du droit coutumier appliqué par la Cour³⁵; elle a refusé de statuer sur l'utilisation de terrains publics pour des colonies au motif d'incompétence des requérants à ester en justice³⁶; et elle a jugé qu'une requête qui contestait la totalité de

31 Voir, par exemple, les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies 446 du 22 mars 1979, Doc. ONU S/RES/446 (1979); 452 du 20 juillet 1979, Doc. ONU S/RES/452 (1979); et 465 du 1^{er} mars 1980, Doc. ONU S/RES/465 (1980). L'interdiction du transfert de personnes civiles de la Puissance occupante dans le territoire occupé, inscrite à l'article 49(6) de la CG IV, n'est pas la seule base juridique fondant l'argument selon lequel l'implantation de colonies dans les territoires occupés est illégale. On trouvera une présentation concise des autres arguments dans : Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, « Policy Brief: The Legal Status of Israeli Settlements under IHL », disponible sur : <http://opt.ihlresearch.org/index.cfm?fuseaction=Page.viewPage&pageId=773>.

32 CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.*, note 18, para. 120.

33 Affaire *Beth El*, *op. cit.*, note 20; HCJ 258/79, *Amira et al. v. Minister of Defence et al.*, 34(1) PD, 1979, p. 90.

34 Affaire *Elon Moreh*, *op. cit.*, note 25.

35 Affaire *Beth El*, *op. cit.*, note 20, p. 121; affaire *Elon Moreh*, *op. cit.*, note 25, pp. 14-15.

36 HCJ 277/84, *Areibi v. Appeals Committee et al.*, 40(2) PD, 1986, p. 57. Dans cette affaire, un résident palestinien de Cisjordanie contestait une décision qui attribuait des terrains à l'État, en affirmant que ces terrains lui appartenaient. Après le rejet de sa requête par la commission d'appel mise sur pied par une ordonnance militaire pour statuer sur les recours intentés contre ce type de déclaration, il saisit la HCJ. Le requérant soutenait, entre autres, que le motif réel de la décision attribuant ces terrains à l'État était d'y faciliter l'installation d'une colonie, et que cette mesure était illégale au regard de l'article 55 du Règlement de La Haye, qui traite de l'utilisation des terrains publics par une Puissance occupante. La Cour estima que si les terrains étaient bel et bien publics, « rien dans le texte [de l'article 55] ne permet de déduire la capacité du requérant pour agir dans cette affaire et à quel titre il serait en droit de

la politique d'implantation de colonies sur la base de divers motifs juridiques ne pouvait être examinée par un tribunal³⁷. En revanche, la Cour a jugé à plus d'une reprise que les colonies ne pourraient demeurer en place qu'aussi longtemps qu'Israël conserverait le contrôle de la zone, et qu'une décision politique de retrait du territoire justifierait le démantèlement des colonies et exigerait la réinstallation des colons en Israël³⁸.

En évitant de se prononcer sur la légalité des colonies, la Cour a sans aucun doute réussi à éviter un conflit frontal avec le gouvernement et avec une grande partie de l'opinion publique. Si cette attitude est compréhensible sur le plan politique, nous verrons plus loin, dans l'analyse des arrêts rendus par la Cour au sujet de la barrière de séparation, qu'en refusant de se prononcer sur cette question, la Cour a quelque peu compromis sa propre position.

La jurisprudence de l'occupation belligérante

Évaluer la contribution apportée par la HCJ au développement du droit de l'occupation n'est pas chose aisée. Dans un grand nombre de ses arrêts, la Cour a préféré s'appuyer sur des règles de droit administratif israélien plutôt que sur le droit international de l'occupation belligérante. Dans d'autres décisions, elle a choisi de se prononcer sur des faits précis, plutôt que sur les principes de droit concernés. Enfin, dans de nombreux cas, la Cour a tout fait pour éviter de se prononcer sur la compatibilité de mesures ou de politiques avec le droit interna-

mettre en doute la manière dont sont traités ces biens qui, comme nous l'avons indiqué, sont des biens publics et non privés» (*ibid.*, para. 9). Cette conception étroite du droit d'ester en justice pour contester la légalité de mesures gouvernementales a été abandonnée depuis longtemps par la Cour suprême dans sa jurisprudence générale. Voir, par exemple, HCJ 910/86, *Ressler v. Minister of Defence*, 42(2) PD, 1986, p. 441. Bien que la plupart des décisions assouplissant les règles relatives à la capacité d'ester en justice ont été rendues après l'affaire *Ayreib*, il est difficile d'accepter que la conception étroite et formaliste de la question dans cette décision reflétait la tendance générale de la Cour en la matière, à l'époque. Dans l'affaire HCJ 3125/98, *I'ad v. IDF Commander in Judea and Samaria*, 58(1) PD, 1998, p. 913, les requérants contestaient un plan pour la Cisjordanie qui prévoyait l'agrandissement de la zone d'une colonie israélienne. La Cour a interprété l'arrêt *Ayreib* comme signifiant que, puisque les requérants palestiniens ne pouvaient pas démontrer en quoi leurs intérêts étaient touchés par l'utilisation des terrains publics couverts par le plan, leur argument selon lequel les autorités avaient, en approuvant ce plan, outrepassé leurs pouvoirs au regard du droit international était sans fondement (*ibid.*, p. 916).

37 HCJ 4481/91, *Bargil et al. v. Government of Israel et al.*, 47(4) PD, 1993, p. 210. Le président de la Cour, M. Shamgar, a jugé que la question des colonies était de nature politique avant d'être une question de droit et que la Cour devrait par conséquent laisser d'autres organes du gouvernement en décider. Le juge Goldberg a évoqué les négociations qui se déroulaient à l'époque entre Israël et l'Organisation de Libération de la Palestine, dans lesquelles les colonies représentaient un écueil important. Il a estimé que, puisque l'affaire ne concernait pas une revendication d'une personne précise invoquant une violation de ses droits, il s'agissait d'un des rares cas dans lesquels la Cour devait s'abstenir de rendre une décision de justice qui pourrait être interprétée comme une ingérence dans des processus politiques importants. Voir aussi l'affaire *I'ad, op. cit.*, note 36. Dans l'affaire HCJ 4400/92, *Kiryat Arba Local Council v. Government of Israel*, 48(5) PD, 1992, p. 587, la Cour a appliqué le même raisonnement pour rejeter une requête émanant de colons israéliens qui contestaient une décision de geler toute construction de colonies.

38 Affaire *Beth El, op. cit.*, note 12; HCJ 4400/92, affaire *Kiryat Arba, op. cit.*, note 37; affaire *Gaza Beach, op. cit.*, note 14.

tional humanitaire, soit en insistant sur la distinction susmentionnée entre droit coutumier et droit conventionnel, soit en ne traitant la question que superficiellement. Dans cet article, nous nous concentrerons plus particulièrement sur les questions sur lesquelles la Cour a pris position en matière de droit applicable dans les territoires occupés.

L'interprétation du droit : la démarche générale

Dans l'affaire *Afu*³⁹, qui concernait la déportation de personnes protégées pour des raisons de sécurité, les requérants ont affirmé que l'article 49(1) de la IV^e Convention de Genève interdit toute déportation de personnes protégées de territoires occupés et que cette interdiction ne pouvait faire l'objet d'aucune exception. Dans sa réponse, le président de la Cour Meir Shamgar a fait remarquer que la disposition en question pouvait être interprétée de deux manières différentes. En pareils cas, selon lui, la Cour devrait adopter l'interprétation qui limite le moins la souveraineté de l'État. Dans l'affaire en question, cela signifiait adopter une interprétation de cet article qui autorise l'État à déporter des personnes protégées en invoquant des raisons de sécurité⁴⁰. Le principe d'interprétation cité et mis en œuvre par le président Shamgar n'est pas mentionné dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il est en totale contradiction avec les principes fondamentaux de l'interprétation des conventions internationales relatives aux droits de l'homme ou au droit humanitaire, dont l'objet est d'accorder une protection aux individus contre les abus de pouvoir de l'État. Il est aussi en désaccord absolu avec la jurisprudence générale de la Cour suprême, selon laquelle la législation doit être interprétée de manière à protéger les droits fondamentaux de la personne⁴¹. Bien que la HCJ n'ait jamais cité, ni réitéré, la déclaration du président Shamgar, dans la pratique cette déclaration reflète largement la manière dont la Cour a interprété les dispositions protectives de la IV^e Convention de Genève et du Règlement de La Haye. Dans les affaires concernant l'article 49(1) de la IV^e Convention de Genève⁴², la majorité des juges de la Cour ont adopté une interprétation qui est en contradiction flagrante avec son sens évident, sur la base de l'hypothèse discutable selon laquelle l'interdiction absolue de la déportation des personnes protégées, dans cette disposition, a été introduite dans la Convention pour traiter des déportations du type de celles effectuées par les

39 HCJ 785/87, *Afu et al. v. Commander of IDF Forces in the Judea and Samaria et al.*, 42(2) PD, 1988, p. 17.

40 Pour un point de vue critique sur l'interprétation adoptée par la Cour, voir D. Kretzmer, *op. cit.*, note 2, pp. 48-52; Yoram Dinstein, « Deportations from Occupied Territories », dans *Tel Aviv University Law Review*, Vol. 13, 1988, pp. 403-416.

41 La référence en termes de jurisprudence à cet égard est HCJ 73, 87/53, *Kol Ha'am v. Minister of Interior*, 7 PD, 1953, p. 871.

42 L'article 49(1) de la CG IV dispose : « Les transferts forcés, en masse ou individuels, ainsi que les déportations de personnes protégées hors du territoire occupé dans le territoire de la Puissance occupante ou dans celui de tout autre État, occupé ou non, sont interdits, quel qu'en soit le motif. »

nazis⁴³. Dans l'affaire *Ajuri*⁴⁴, la Cour a adopté ce qu'elle a appelé une « interprétation dynamique » de l'article 78 de la IV^e Convention de Genève, en jugeant que l'assignation à résidence pour des motifs impérieux de sécurité pouvait s'étendre au transfert d'un habitant de Cisjordanie dans la bande de Gaza (avant le retrait d'Israël de ce territoire)⁴⁵.

Dans une affaire récente, les requérants ont contesté la légalité de la détention de prisonniers des territoires occupés dans des prisons en Israël, au motif qu'elle serait incompatible avec l'article 76 de la IV^e Convention de Genève⁴⁶. Dans son jugement sur cette affaire, la présidente de la Cour, Dorit Beinisch, a déclaré qu'en interprétant la IV^e Convention de Genève, il convenait de tenir compte des circonstances et des caractéristiques particulières de l'occupation, et tout spécialement de « la longue durée de l'occupation, des conditions géographiques et de la possibilité de maintenir le contact entre Israël et la zone »⁴⁷. La juge Beinisch a conclu que cela exigeait d'accorder un poids particulier aux personnes protégées et en particulier aux droits des détenus. C'est la protection de leurs droits matériels qui importe, plus qu'une interprétation littérale de la IV^e Convention de Genève. Ainsi, si les autorités étaient en mesure de garantir de meilleures conditions de détention en Israël que dans les territoires occupés comme l'exige l'article 76 de la Convention, elles respectaient par là « les dispositions substantielles de la Convention de Genève relatives aux conditions de détention »⁴⁸. *L'argumentation* de ce jugement semble laisser entendre que la Cour, en considérant que la Convention devrait être interprétée au profit des personnes protégées, s'écarte de la philosophie décrite plus haut – selon laquelle les intérêts de l'État l'emportent sur les droits des personnes – jugeant que la Convention devrait être interprétée dans l'intérêt des personnes protégées. Toutefois, cette rhétorique était employée, dans ce cas d'espèce, pour justifier le refus des autorités de respecter les strictes exigences de la IV^e Convention de Genève. La décision semble donc conforme à la démarche générale de la Cour évoquée plus haut, qui va dans le sens de l'interprétation favorable à la position du gouvernement.

Besoins militaires et bien-être de la population

Selon la jurisprudence reconnue de la Cour, le commandant militaire qui assume ses fonctions en territoire occupé doit tenir compte de deux impératifs : assurer ses besoins militaires ou de sécurité dans la zone et préserver le bien-être de la population locale⁴⁹. Comment la Cour a-t-elle interprété la notion de « besoins militaires ou de sécurité » ?

43 Ces affaires sont examinées dans D. Kretzmer, *op. cit.*, note 2, pp. 43-52.

44 Affaire *Ajuri*, *op. cit.*, note 20.

45 On trouvera une analyse critique de cette affaire dans O. Ben-Naftali, *op. cit.*, note 2, pp. 164-171.

46 L'article 76(1) de la CG IV dispose : « Les personnes protégées inculpées seront détenues dans le pays occupé et si elles sont condamnées, elles devront y purger leur peine... ».

47 Affaire *Yesh Din*, *op. cit.*, note 30, para. 7 [traduction CICR].

48 *Ibid.*, para. 11 [traduction CICR].

49 Affaire *Jami'at Ascan*, *op. cit.*, note 5 ; dans l'affaire *Beit Sourik*, *op. cit.*, note 26, para. 34, la Cour renvoie aux nombreux arrêts dans lesquels elle a insisté sur ce principe crucial de sa jurisprudence en matière d'occupation belligérante.

L'affaire *Beth El*⁵⁰ concernait la réquisition de terres privées pour établir une colonie sur un site stratégique. En invoquant la formulation de l'article 52 du Règlement de La Haye, qui autorise la réquisition de biens « pour les besoins de l'armée d'occupation », les requérants affirmaient que cette expression devait être entendue au sens étroit, limité aux besoins logistiques de l'armée d'occupation, et qu'elle n'incluait pas les intérêts de sécurité plus larges de la Puissance occupante. En rejetant cet argument, le juge Witkon considéra que, dans une situation de belligérance, la Puissance occupante a la responsabilité d'assurer l'ordre et la sécurité publics dans le territoire occupé et doit faire face aux dangers issus de ce territoire, menaçant le territoire occupé lui-même comme le territoire de la Puissance occupante⁵¹. Dans son opinion concordante, le juge Landau s'est expressément référé à la formulation de l'article 52 du Règlement de La Haye⁵². Après avoir cité plusieurs sources qui admettent que des biens immeubles peuvent être réquisitionnés pour des besoins militaires plus étendus, le juge Landau a jugé nécessaire d'ajouter que la tâche principale du commandant dans un territoire occupé consiste à assurer l'ordre et la vie publics, conformément à l'article 43 du Règlement de La Haye. Il a ajouté que « tout ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif est de toute manière nécessaire pour l'armée occupante, au sens de l'article 52 »⁵³. Ainsi, la création d'une colonie civile dans un site stratégique qui, selon les autorités, faciliterait la défense de la zone, était un besoin militaire qui pouvait justifier la réquisition de terres privées.

Dans une affaire ultérieure, la Cour a rejeté une tentative d'élargir davantage la portée de l'expression « besoins militaires de sécurité », en y incluant une vision politique et idéologique des intérêts à long terme de l'État⁵⁴. Ceci conduisit le juge Barak à déclarer, dans un jugement important :

Les deux considérations [du commandant militaire] sont axées sur la zone [occupée] elle-même. Le commandant n'est pas autorisé à prendre en considération les intérêts nationaux, économiques ou sociaux de son propre État, aussi longtemps qu'ils sont sans effet pour ses intérêts en matière de sécurité dans la zone ou pour les intérêts de la population locale. Même les besoins militaires sont ses besoins militaires dans la zone, et non pas les intérêts de sécurité nationale au sens large. Une zone sujette à l'occupation belligérante n'est pas un champ ouvert à l'exploitation économique ni à aucune autre sorte d'exploitation⁵⁵.

50 Affaire *Beth El*, *op. cit.*, note 12.

51 *Ibid.*, pp. 117-118.

52 Alors que les autorités elles-mêmes s'appuyaient sur l'article 52 du Règlement de La Haye pour fonder leur ordonnance de réquisition de terrains, le juge Landau a fait valoir qu'il n'apparaissait pas clairement que cette disposition concernât les biens immeubles (*ibid.*, pp. 129-131). En tout état de cause, la Cour a admis qu'au regard du droit international coutumier, la puissance occupante était habilitée à réquisitionner des terres pour les besoins de l'armée d'occupation. Sur ce point, voir Y. Dinstein, *op. cit.*, note 1, pp. 226-230.

53 Affaire *Beth El*, *op. cit.*, note 12, p. 131 [traduction CICR]. Le juge Landau a utilisé la même argumentation dans l'affaire *Elon Moreh*, *op. cit.*, note 25, p. 16.

54 Affaire *Elon Moreh*, *op. cit.*, note 25.

55 Affaire *Jami'at Ascan*, *op. cit.*, note 5, para. 13 [traduction CICR].

En dépit de ce propos, qui paraît suggérer une interprétation étroite de l'expression « besoins militaires », c'est bien l'interprétation plus large exprimée par la Cour dans l'affaire *Beth El* – selon laquelle la protection des intérêts en matière de sécurité de la Puissance occupante et de ses citoyens constitue un besoin militaire légitime – qui reflète sa position⁵⁶. De fait, la Cour s'est alignée sur la position du juge Landau, qui lie les besoins de l'armée d'occupation aux devoirs de la Puissance occupante au regard de l'article 43 du Règlement de La Haye. Ces devoirs sont devenus un thème central dans la jurisprudence de la Cour.

L'article 43 du Règlement de La Haye

L'article 43 du Règlement de La Haye définit les obligations fondamentales d'une Puissance occupante. Il peut de ce fait être considéré comme la « mini-constitution » d'un régime d'occupation⁵⁷. Cet article dispose :

L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays.

Cette disposition contient deux éléments : premièrement, l'obligation de la Puissance occupante de rétablir et d'assurer l'ordre et la vie publics ; deuxièmement, son obligation de respecter les lois en vigueur dans le pays « sauf empêchement absolu ». Dans le projet de Bruxelles de 1874 et dans le Manuel d'Oxford de 1880, ces deux questions figuraient dans deux dispositions distinctes⁵⁸. Toutefois, dans le projet final du Règlement de La Haye, elles furent combinées dans l'article 43. La Cour suprême a établi un lien étroit entre ces deux éléments en associant la question des modifications législatives à l'obligation de la Puissance occupante de rétablir et d'assurer l'ordre et la vie publics. Nous traiterons cependant ces deux questions séparément.

56 Voir, par exemple, HCJ 202/81, *Tabeeb et al. v. Minister of Defence et al.*, 36(2) PD, 1981, p. 622 (expropriation de terrains pour la construction d'une route contournant une ville); HCJ 1987/90, *Shadid v. IDF Commander in Judea and Samaria* (arrêt non publié du 15 juillet 1990) (réquisition de terrains pour un service de l'administration civile); HCJ 8286/00, *Association for Civil Rights in Israel v. IDF Commander in Judea and Samaria* (arrêt non publié du 13 décembre 2000) (saisie de quatre écoles destinées à servir d'avant-postes militaires pendant la première *intifada*); HCJ 401/88, *Rian et al. v. IDF Commander in Judea and Samaria* (arrêt non publié du 24 juillet 1988) (réquisition d'un appartement privé et du toit d'un bâtiment pour y installer un poste d'observation militaire temporaire).

57 Voir E. Benvenisti, *op. cit.*, note 1, p. 9. Dans HCJ 2164/09, *Yesh Din v. Commander of IDF Forces in Judea and Samaria et al.*, arrêt du 26 décembre 2011 (ci-après « affaire des Carrières »), para. 8, disponible (en hébreu) sur : <http://elyon2.court.gov.il/files/09/640/021/N14/09021640.N14.htm>, la Cour a déclaré : « Comme chacun le sait, l'article 43 a été reconnu, dans notre jurisprudence, comme une disposition cadre quasi constitutionnelle qui définit le cadre général dans lequel doivent être exercés les devoirs et les pouvoirs du commandant militaire en territoire occupé » [traduction CICR].

58 *Projet de déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, Bruxelles, 27 août 1874, articles 2 et 3; *Manuel des lois de la guerre sur terre*, Oxford, 9 septembre 1880, articles 43 et 44.

Rétablir et assurer « l’ordre et la vie publics »

Dans l’affaire *Christian Society*⁵⁹, la première décision publiée concernant les territoires occupés, le juge Sussman a fait valoir que la version française du Règlement de La Haye – qui est la version originale – utilise l’expression « l’ordre et la vie publics », qui a de toute évidence une portée beaucoup plus large que sa traduction anglaise, « *public order and safety* »⁶⁰, puisqu’elle englobe tous les aspects de la vie publique ou civile. Comme cela a été expliqué dans un arrêt ultérieur de la HCJ, le terme « vie publique » englobe « l’administration appropriée de l’ensemble des activités acceptées de nos jours dans un pays fonctionnant correctement, y inclus la sécurité, la santé, l’éducation, la protection sociale et aussi, entre autres, la qualité de vie et les transports »⁶¹. La Cour a estimé que cette notion de bonne administration ne saurait être définie à l’aune des notions de gouvernement fondées sur le laissez-faire qui prévalaient à l’époque de l’adoption du Règlement de La Haye. Elle correspond à ce qui est attendu d’« un État moderne et civilisé à la fin du XX^e siècle »⁶².

Quels sont les intérêts impliqués lorsqu’il s’agit d’évaluer le bien-être de la population palestinienne locale ? La Cour ne se penche généralement que sur sa situation économique et matérielle au sens étroit, et elle passe sous silence les questions liées à ses intérêts politiques, qui sont d’éviter des transformations de grande ampleur favorisant l’intégration de la Cisjordanie à Israël. C’est ainsi, par exemple, que dans l’affaire *Hebron Electricity*, la HCJ a considéré que le rattachement de la ville de Hebron, en Cisjordanie, au réseau national israélien d’électricité était pour le bien de la population locale, puisqu’il garantirait une source fiable d’électricité⁶³. Il n’y a qu’une seule affaire, portant elle aussi sur l’approvisionnement en électricité, dans laquelle la Cour a suivi un raisonnement tout à fait différent. En se fondant sur l’article 43, la HCJ a jugé illégale la décision du commandant militaire de confier l’approvisionnement en électricité de la majeure partie de la Cisjordanie à la compagnie d’électricité israélienne, plutôt qu’à la compagnie palestinienne locale. La Cour a expliqué que, étant donné l’importance de l’approvisionnement en électricité, le fait de le confier à un fournisseur extérieur aux territoires occupés « entraîne des conséquences qui dépassent les aspects économiques et techniques de la question »⁶⁴. Cette décision est toutefois restée un cas isolé.

L’examen de l’attitude de la Cour par rapport au devoir de garantir « l’ordre et la vie publics » a été compliqué par deux phénomènes : la durée

59 Affaire *Christian Society*, *op. cit.*, note 3, p. 581.

60 Voir Y. Dinstein, *op. cit.*, note 1, p. 89.

61 Affaire *Tabeeb*, *op. cit.*, note 56, p. 629 [traduction CICR].

62 Affaire *Jami’at Ascan*, *op. cit.*, note 5, p. 800 [traduction CICR].

63 Affaire *Hebron Electricity*, *op. cit.*, note 3.

64 HCJ 351/80, *Electricity Company for Jerusalem District v. Minister of Energy and Infrastructure*, 35(2) PD, 1981, p. 692 [traduction CICR]; Voir D. Kretzmer, *Occupation of Justice*, *op. cit.*, note 2, pp. 64-68, pour une analyse des différences dans la démarche judiciaire entre les deux affaires concernant l’approvisionnement en électricité.

de l'occupation et la présence dans les territoires occupés de colons israéliens et d'autres ressortissants israéliens qui se déplacent à travers la zone.

Une occupation à long terme

Dans l'affaire *Elon Moreh*, le juge Landau a déclaré :

[A]ucun gouvernement militaire ne peut, dans la zone sous son autorité, prendre des mesures servant ses objectifs militaires qui sont d'emblée conçues pour perdurer au-delà de l'échéance de son autorité militaire dans cette zone, alors que le sort du territoire après le terme de cette autorité militaire est inconnu⁶⁵.

Cette affaire concernait la réquisition de terrains privés pour y permettre l'installation de ressortissants israéliens. Qu'en est-il cependant de projets qui ont pour objectif affiché de bénéficier à la population locale ? Le commandant militaire peut-il décider de projets à long terme dont l'existence se prolongera même après la fin de l'occupation ?

Le juge Barak a abordé ces questions dans l'affaire *Jami'at Ascan* (déjà citée plus haut)⁶⁶, qui concernait des expropriations de terrains pour permettre la construction d'une importante route en Cisjordanie. La Cour a jugé que, dans l'examen de projets à long terme, deux intérêts contradictoires étaient en jeu : d'une part, le devoir du commandant militaire d'agir comme un véritable gouvernement, répondant aux intérêts de la population locale ; et d'autre part les contraintes pesant sur une Puissance occupante en tant que régime temporaire qui n'exerce pas un pouvoir souverain, mais dérive son autorité du droit des conflits armés. En application de sa théorie selon laquelle le gouvernement militaire doit concevoir ses pouvoirs exécutifs comme ceux qui sont attendus d'« un État moderne et civilisé à la fin du XX^e siècle »⁶⁷, la Cour a jugé que, dans le cadre d'une occupation de longue durée, les investissements et les projets ayant des retombées qui perdureront même après le terme de l'occupation sont légitimes à condition qu'ils soient planifiés pour le bien de la population locale et qu'ils ne transforment pas les institutions de base du territoire occupé. Sur la base de ce principe, la Cour a jugé que la construction de la route était légitime, car des éléments de preuve avaient été produits montrant qu'elle répondrait aux besoins de la population palestinienne locale.

Le raisonnement du juge Barak a été suivi dans des affaires jugées ultérieurement. La théorie est que, si le but de l'exercice des pouvoirs gouvernementaux – les avantages pour la population locale – ne change pas avec le temps, la façon dont ces pouvoirs sont exercés doit tenir compte de l'évolution des conditions et des circonstances. Le juge Barak a réitéré ce point de vue dans un arrêt rendu vingt après sa décision originale :

65 Affaire *Elon Moreh*, *op. cit.*, note 25, p. 22 [traduction CICR].

66 Affaire *Jami'at Ascan*, *op. cit.*, note 5.

67 *Ibid.*, p. 800 [traduction CICR].

Il est vrai que l’occupation militaire de la zone dure depuis de nombreuses années. Ce fait a des conséquences sur la portée de l’autorité du commandant militaire... Toutefois, le passage du temps ne saurait élargir l’autorité du commandant militaire, ni l’autoriser à tenir compte de considérations sortant du cadre de la bonne administration de la zone sous occupation militaire⁶⁸.

Dans une affaire plus récente, la Cour a expliqué comme suit sa position : « l’occupation belligérante de la zone par Israël a des caractéristiques particulières, dont la principale est la durée de l’occupation, qui exige que les lois soient adaptées à la réalité sur le terrain »⁶⁹. Dans ce cas d’espèce, il s’agissait de savoir si les autorités militaires étaient en droit d’octroyer des licences à des entreprises israéliennes pour ouvrir et exploiter des carrières de pierre en Cisjordanie⁷⁰. Le requérant, une organisation non gouvernementale israélienne, avançait que l’octroi de ces licences serait incompatible avec l’obligation de la Puissance occupante, en application de l’article 55 du Règlement de La Haye, de gérer les biens publics comme un usufruit. En outre, comme la grande majorité des pierres extraites devait être utilisée en Israël plutôt que par les Palestiniens dans les territoires occupés, autoriser l’exploitation des carrières ne pouvait être considéré comme servant les intérêts de la population locale⁷¹.

À l’évidence, les autorités étaient embarrassées par la requête. Elles défendirent leur politique devant la Cour en arguant qu’une exploitation « raisonnable » des carrières, qui n’épuiserait pas les ressources de la zone, était licite, tout en déclarant qu’aucune nouvelle licence ne serait octroyée à des entreprises israéliennes pour ouvrir des carrières en Cisjordanie.

La Cour estima que la requête aurait pu être rejetée d’emblée, sans en examiner le fond. En premier lieu, le dossier des carrières était une question politique, qui avait été abordée lors des négociations entre Israël et l’Organisation de Libération de la Palestine, et qui faisait l’objet d’une disposition dans les accords d’Oslo. Aucune personne physique n’ayant affirmé que l’exploitation des carrières portait atteinte à ses droits, la question devait être considérée comme

68 Affaire *Beit Sourik*, *op. cit.*, note 26, pp. 829–830 [traduction CICR].

69 Affaire des *Carrières*, *op. cit.*, note 57, para. 10 [traduction CICR].

70 La question des carrières avait déjà été abordée dans une affaire antérieure, HCJ 9717/03, *Naale v. Supreme Planning Council in Judea and Samaria*, 58(6) PD, 2004, p. 97. Dans cette affaire, les requêtes avaient été soumises par les habitants de colonies israéliennes. Préoccupés par la pollution qu’entraînerait l’ouverture envisagée d’une carrière à proximité, ils affirmaient que l’autorisation de l’exploitation de la carrière serait incompatible avec l’article 55 du Règlement de La Haye. La Cour jugea, dans un avis succinct, que même si la carrière exploitait des ressources naturelles, l’exploitation pouvait être autorisée si elle bénéficiait à la population locale, entendue comme englobant les colons israéliens. En outre, la durée de l’occupation signifiait que la Puissance occupante devait être autorisée à apporter des changements ayant des effets à long terme. Comme les autorités avaient démontré qu’une partie des pierres extraites répondraient aux besoins de la population cisjordanienne, la Cour a estimé qu’autoriser l’ouverture de la carrière n’était pas incompatible avec l’article 55 du Règlement de La Haye.

71 Selon des chiffres présentés à la Cour par les autorités, 94 % des pierres extraites des carrières exploitées par des entreprises israéliennes étaient destinées à être utilisées en Israël. Affaire des *Carrières*, *op. cit.*, note 57, para. 1.

un enjeu politique, ne relevant pas de la compétence d'un tribunal. En outre, la requête était formulée en termes généraux, sans présenter de faits suffisamment étayés pour une décision de justice. Enfin, le retard dans la présentation de la requête et les conséquences de ce retard sur les droits de parties tierces (les entreprises qui avaient investi dans l'exploitation des carrières) signifiait que la requête devait être rejetée pour cause de retard excessif à faire valoir un droit, qui constitue un motif valable pour le rejet d'une requête devant la HCJ.

Bien que la Cour ait estimé que la requête devrait être rejetée pour les raisons ci-dessus, elle examina néanmoins la cause au fond. Elle tenta tout d'abord de montrer qu'il existait des divergences entre experts sur l'interprétation de l'article 55 du Règlement de La Haye, et plus spécifiquement sur la question de savoir si une Puissance occupante peut autoriser l'ouverture et l'exploitation de mines ou de carrières nouvelles dans des territoires occupés. Après examen de cette question, la Cour se prononça en faveur des autorités, jugeant que les carrières étaient licites. Sa position se fondait sur plusieurs motifs. Premièrement, la quantité de pierres extraite des carrières ne réduisait pas de manière significative le potentiel des carrières de la zone⁷²; la Cour estima donc que l'utilisation de la pierre pouvait être considérée comme le fait de bénéficier des fruits des carrières, plutôt que comme l'exploitation de leur capital⁷³. La Cour jugea qu'en pareilles circonstances, la vraie question était de savoir si ces actes étaient compatibles avec l'obligation de la Puissance occupante en vertu de l'article 43 du Règlement de La Haye. Selon la jurisprudence de la Cour déjà décrite plus haut, cela revenait à demander si ces actes étaient favorables au bien-être de la population locale. La Cour répondit positivement à cette question en citant un certain nombre de facteurs : une partie des pierres extraites était utilisée par les Palestiniens de la région; les entreprises versaient une redevance à l'administration civile de la Cisjordanie, qui était utilisée pour financer des projets locaux; un nombre non négligeable d'habitants palestiniens de la zone étaient employés dans les carrières; enfin, le développement de celles-ci contribuait à la modernisation de la zone. À la lumière de ces éléments, la Cour déclara qu'elle ne pouvait pas accepter le point de vue des requérants selon lequel l'exploitation des carrières par des entreprises israéliennes était sans rapport avec le bien-être de la population locale, « compte tenu en particulier des intérêts économiques communs des parties israélienne et palestinienne et de la nature durable de l'occupation »⁷⁴. La Cour a aussi tenu compte de la déclaration du gouvernement, faite en réponse à la requête, qu'il n'autoriserait pas l'ouverture de nouvelles carrières par des entreprises israéliennes.

L'arrêt rendu par la Cour dans cette affaire soulève de nombreuses questions. Premièrement, en quoi la quantité de pierres extraite par rapport au poten-

72 Selon une estimation présentée par les autorités, même si les carrières israéliennes devaient être exploitées au même rythme pendant trente ans, elles n'utiliseraient que 0,5 % du potentiel total de la Cisjordanie; *ibid.*, para. 1.

73 *Ibid.*, para. 11.

74 *Ibid.*, para. 13 [traduction CICR].

tiel des carrières est-elle pertinente pour décider si l'exploitation doit être considérée comme le fait de bénéficier des fruits d'une propriété publique ou comme l'épuisement de son capital ? S'agissant de ressources naturelles non renouvelables, on voit mal comment leur exploitation pourrait être considérée comme l'utilisation de ressources sans appauvrissement du capital. Deuxièmement, en examinant les conséquences non intentionnelles de l'activité économique, plutôt que le but manifeste des mesures prises par le commandant militaire, la Cour s'est écartée de la position qu'elle avait précédemment adoptée sur cette question. La démarche de la Cour a des relents d'attitude coloniale, lorsque la puissance colonisatrice prétend que ses activités apportent des bienfaits aux peuples colonisés. Enfin, même en admettant que l'ouverture de nouvelles carrières puisse contribuer fortement au développement de l'économie locale, il n'y a aucune raison pour laquelle le commandant aurait dû autoriser des entreprises israéliennes – plutôt que des entreprises appartenant à des résidents palestiniens locaux – d'exploiter les carrières. Tous les avantages pour la population locale (emploi, fourniture de pierre pour l'industrie locale de la construction, modernisation) auraient pu être atteints en octroyant des licences à des entreprises palestiniennes.

Les colonies, les colons et les pendulaires israéliens

C'est surtout dans le contexte des colonies, et plus précisément en ce qui concerne leurs effets sur les intérêts des « personnes protégées », que la HCJ s'est efforcée d'adapter les lois à la réalité du terrain. Aux termes de l'article 4(1) de la IV^e Convention de Genève, on entend par « personnes protégées » toutes les personnes qui se trouvent au pouvoir de la Puissance occupante, à l'exception de ses propres ressortissants⁷⁵.

Lorsque la HCJ s'est attachée pour la première fois à définir le concept de population locale, elle a ignoré la notion de « personne protégée ». C'est pourquoi, ayant à juger du bien-être de la population locale dans l'affaire *Hebron Electricity*, la Cour a déclaré que « les résidents de Kiryat Arba [colonie israélienne construite à la périphérie de Hebron] doivent être considérés comme s'étant ajoutés à la population locale; ils ont eux aussi droit à un approvisionnement régulier en électricité »⁷⁶. La Cour a maintenu cette conception au cours des années suivantes, même dans les cas où elle a mentionné les devoirs de la Puissance occupante à l'égard des personnes protégées⁷⁷.

Dans un grand nombre d'affaires, les autorités ont affirmé qu'une décision ou une mesure contestée, en apparence prise pour servir les intérêts des colons ou d'autres ressortissants israéliens, était en fait prise dans l'intérêt de la population palestinienne locale. La Cour s'est montrée réticente à vérifier si tel était bien le cas⁷⁸. Elle a régulièrement considéré que le fait qu'une mesure

75 L'article 4(1) de la CG IV dispose : « Sont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes ».

76 Affaire *Hebron Electricity*, *op. cit.*, note 3, p. 138 [traduction CICR].

77 Affaire *Hess*, *op. cit.*, note 20, p. 455; HCJ 9717/03, affaire *Naale*, *op. cit.*, note 70, p. 104.

78 Voir, par exemple, l'affaire *Tabeeb*, *op. cit.*, note 56.

prise par le commandant militaire, comme la construction d'une nouvelle route, bénéficierait *aussi* aux colons ou à des Israéliens se déplaçant à travers la zone, ne rendait pas pour autant la mesure illégale, à condition que l'objectif soit d'apporter des avantages à la population palestinienne locale⁷⁹. Dans un grand nombre de cas, il semblait que même s'il était possible de faire valoir que la population palestinienne locale bénéficierait de la mesure contestée, tel n'était certainement pas son objectif principal ni dominant. Dans une affaire récente, relative à l'expropriation de propriétés privées de Palestiniens pour permettre la construction d'une ligne ferroviaire reliant Tel Aviv et Jérusalem, la Cour n'a pas répondu à la question de savoir si, pour qu'une telle expropriation soit licite, les avantages pour la population locale devaient être l'objectif *dominant*, plutôt que l'une des conséquences secondaires.⁸⁰ Les décisions de la Cour dans l'affaire des *Carrières* citée plus haut⁸¹ semblent indiquer qu'une mesure pourrait être légale même si les avantages qu'en retire la population locale n'en sont qu'un effet secondaire, plutôt que l'un de ses objectifs directs (pour ne pas dire dominants).

Avec la croissance du nombre des colons, et en particulier après le début de la première *intifada* en 1987, avec la montée de la tension correspondante entre Palestiniens et Israéliens en Cisjordanie, il était inévitable que surgissent des conflits d'intérêt entre les Palestiniens et les colons. Comment la Cour a-t-elle fait face à cette situation ?

L'affaire qui devait être déterminante sur ce point concerne le bâtiment Beit Hadassah, dans le centre de la ville de Hebron. Une fois que le gouvernement eut autorisé des Israéliens à occuper les étages supérieurs de ce bâtiment, le commandant militaire érigea autour de l'immeuble une clôture qui restreignait gravement l'accès des clients aux magasins palestiniens situés au rez-de-chaussée. Lorsque cette mesure fut contestée en justice, le commandant affirma que la clôture était essentielle pour garantir la sécurité des colons dans le bâtiment. Dans son examen de cette assertion, la Cour a jugé comme allant de soi que l'autorité du commandant de garantir la sécurité était « extrêmement étendue et englobait toute personne présente dans la zone, qu'elle soit l'un de ses résidents permanents ou l'un de ses nouveaux résidents »⁸². Cette conception allait devenir une constante dans l'examen par la Cour des conflits entre les intérêts des colons et des Israéliens visitant les territoires occupés d'une part, et les intérêts des personnes protégées dans la zone d'autre part⁸³.

79 Affaire *Jami'at Ascan*, *op. cit.*, note 5, p. 811 ; affaire *Head of Beit Icsa Local Council*, *op. cit.*, note 20.

80 Affaire *Head of Beit Icsa Local Council*, *op. cit.*, note 20, para. 27. La Cour a refusé de se prononcer sur le fond dans cette affaire, considérant que la requête devait être rejetée car elle avait été présentée en dehors des délais légaux.

81 Voir *op. cit.*, note 70, ainsi que le texte des notes 69 à 74.

82 HCJ 72/86, *Zalum v. Military Commander*, 41(1) PD, 1987, p. 532 [traduction CICR]. Il faut relever que dans cette affaire, le conseil des requérants n'a semble-t-il pas argué que le commandant ne pouvait pas considérer la sécurité de personnes autres que les personnes protégées ; il a plutôt fait valoir que les véritables motifs de la construction de la clôture étaient de contraindre les commerçants palestiniens à quitter leurs magasins, et non des raisons de sécurité.

83 Voir, par exemple, HCJ 4363/02, *Zinbakh v. IDF Commander in Gaza*, arrêt du 28 mai 2002, disponible (en hébreu) sur : <http://elyon1.court.gov.il/files/02/630/043/A02/02043630.a02.pdf> ; HCJ 4219/02,

La sécurité de la population des colonies est devenue un enjeu de taille lorsque la HCJ a eu à se prononcer sur la légalité de certains tronçons de la barrière de séparation construite en grande partie sur le territoire de la Cisjordanie, question qui a fait l'objet de l'avis consultatif rendu par la CIJ dans l'affaire sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*⁸⁴. Dans son avis, la CIJ a estimé que, puisque les colonies de Cisjordanie avaient été édifiées en violation du droit international, il était illégal de fixer le tracé de la barrière de manière à ce qu'elle englobe les colonies du côté occidental. La CIJ partait, ce faisant, de l'hypothèse que la définition du tracé en fonction des colonies avait pour objet l'annexion de ces colonies à Israël⁸⁵. La HCJ ne fut pas du même avis, considérant comme établi que le tracé avait été fixé sur la base de besoins de sécurité et non de considérations politiques⁸⁶. Or, la véritable question était : la sécurité de qui ? Les intérêts en matière de sécurité des ressortissants de la Puissance occupante qui résident sur le territoire occupé font-ils partie des intérêts de sécurité que le commandant a le devoir et l'autorité de garantir ?

Comme nous l'avons vu plus haut, la HCJ s'est abstenue de se prononcer sur la légalité de la construction de colonies dans les territoires occupés. Bien qu'elle n'ait pas expressément sanctionné la légalité des colonies, son refus de se prononcer sur la question a certainement en lui-même été perçu comme une légitimation par omission. Par conséquent, lorsqu'elle a été saisie des affaires concernant la barrière de séparation, elle n'était pas en mesure, trente-cinq ans après le début de l'occupation, de revenir sur sa position et de juger que les colonies créées par le gouvernement étaient toutes illégales. D'autre part, elle n'allait pas non plus s'opposer à la CIJ et affirmer que les colonies étaient légales. Elle a évité cette difficulté en décidant que la légalité des colonies n'entraînait pas en ligne de compte pour décider si le commandant pouvait considérer la sécurité des colons en faisant usage de ses pouvoirs pour garantir l'ordre public. Aux yeux de la Cour, l'obligation faite au commandant par l'article 43 du Règlement de La Haye de maintenir l'ordre public inclut son devoir de protéger la vie de toutes les personnes qui se trouvent sur le territoire occupé, que leur présence y soit licite ou non. Ce point de vue a été formulé pour la première fois dans l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Alphei Menashe*⁸⁷, dans lequel la Cour a examiné avec attention l'avis consultatif de la CIJ. L'argument a été ensuite repris dans les décisions ultérieures de la Cour sur la barrière de séparation⁸⁸.

Gusin v. IDF Commander in Gaza, 56(4) PD, 2002, en particulier p. 611. Dans ces deux affaires, la Cour a rejeté l'argument selon lequel la protection des personnes vivant dans des colonies israéliennes ne serait pas un intérêt légitime de sécurité. Les motifs avancés par la Cour étaient que, selon les accords d'Oslo, le statut des colonies devait être tranché au stade final, et que jusque-là le commandant avait le devoir d'assurer la sécurité de toutes les personnes se trouvant sur le territoire occupé.

84 *Affaire du Mur*, *op. cit.*, note 18.

85 Les raisons de lier la légalité du tracé de la barrière à l'emplacement des colonies sont abordées dans David Kretzmer, « The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law », dans *American Journal of International Law*, Vol. 99, N° 1, 2005, pp. 88-102.

86 *Affaire Beit Sourik*, *op. cit.*, note 26, et affaire *Alphei Menashe*, *op. cit.*, note 20.

87 *Affaire Alphei Menashe*, *op. cit.*, note 20, p. 498.

88 Voir, par exemple, HCJ 3680/05, *Tene Local Committee v. Prime Minister of Israel*, (2006), para. 8.

L'affaire *Abu Safiyeh* concerne une ordonnance par laquelle le commandant militaire de Cisjordanie a interdit aux véhicules palestiniens d'emprunter une route principale (la route 443)⁸⁹. Dans une affaire antérieure, appelée à se prononcer sur l'expropriation de terres pour construire un tronçon de cette route, la Cour avait admis que la construction de cette route avait pour objet de bénéficier à la population palestinienne locale⁹⁰. L'ordonnance interdisant aux véhicules palestiniens de circuler sur cette route fut édictée à la suite d'un certain nombre d'attaques lancées depuis des véhicules ou de tirs contre des véhicules israéliens sur cette route, ayant dans certains cas entraîné la mort ou des blessures de conducteurs et de passagers israéliens. La HCJ a décidé, non sans avoir tergiversé pendant un certain temps, qu'en interdisant aux véhicules palestiniens tout accès à cette route, le commandant avait outrepassé ses pouvoirs. La Cour a aussi jugé qu'en tout état de cause, même si le commandant avait l'autorité nécessaire pour exclure les véhicules palestiniens, sa décision de leur interdire tout usage de la route ne répondait pas aux critères de proportionnalité⁹¹. On aurait pu penser que, puisque la route avait été prétendument construite dans l'intérêt de la population palestinienne locale, et puisque le bien-être de la population devait être un principe guidant le commandant dans ses décisions, la Cour aurait dû conclure qu'il était tenu d'autoriser tous les véhicules palestiniens à utiliser la route, et si possible de prendre toutes les dispositions nécessaires en matière de sécurité pour que les véhicules israéliens puissent aussi l'emprunter. La Cour n'a rien fait de tel, se limitant à déclarer que l'ordonnance qui prononçait l'interdiction absolue de tout usage de la route par les véhicules palestiniens était illégale, et de ce fait sans validité. Elle a laissé au commandant militaire le soin d'adopter une nouvelle ordonnance permettant d'assurer la sécurité des conducteurs israéliens empruntant la route⁹². Le postulat sous-jacent était que les véhicules

disponible (en hébreu) sur : <http://elyon1.court.gov.il/files/05/800/036/A13/05036800.a13.htm>; HCJ 11651/05, *Beit Aryeh Local Council v. Minister of Defence*, (2006), para. 8, disponible (en hébreu) sur : <http://elyon1.court.gov.il/files/05/510/116/A05/05116510.a05.htm>; HCJ 2577/04, *Al Hawaji et al. v. Prime Minister et al.* (2007), para. 31, disponible (en hébreu) sur : <http://elyon1.court.gov.il/files/04/770/025/N56/04025770.n56.htm>. Dans toutes ces décisions, la Cour a répété que «l'autorité du commandant militaire d'ériger la barrière de séparation inclut son autorité de construire une barrière pour protéger la vie et la sécurité des Israéliens qui résident dans des colonies israéliennes de la région de Judée et Samarie, bien que les Israéliens résidant dans cette zone ne soient pas des personnes protégées aux termes de l'article 4 de la Quatrième Convention de Genève» (affaire *Tene Local Committee*, para. 8) [traduction CICR].

89 HCJ 2150/07, *Ali Hussein Mahmoud Abu Safiyeh, Beit Sira Village Council Head, et al. v. Minister of Defence et al.*, arrêt du 29 décembre 2009, disponible sur : http://elyon1.court.gov.il/files_eng/07/500/021/m19/07021500.m19.pdf (ci-après «affaire *Abu Safiyeh*»).

90 Affaire *Jami'at Ascan*, *op. cit.*, note 5.

91 Affaire *Abu Safiyeh*, *op. cit.*, note 89.

92 *Ibid.*, para. 39. La Cour a suspendu la déclaration d'invalidité de l'interdiction de l'utilisation de la route par les véhicules palestiniens pendant une période de cinq mois, afin de permettre au commandant de prendre de nouvelles dispositions. Du fait des contrôles de sécurité très stricts aux points de passage routiers, la nouvelle ordonnance promulguée par le commandant militaire à la suite de l'arrêt de la Cour entraîne toujours de graves restrictions à l'utilisation de la route par les véhicules palestiniens. Voir le rapport sur le site de B'Tselem (The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories), «Route 443 – West Bank road to Israelis only», disponible sur : http://www.btselem.org/freedom_of_movement/road_443.

israéliens pouvaient continuer à utiliser la route et que des dispositions limitées seraient prises pour permettre à certains véhicules palestiniens de l'utiliser aussi. Fondamentalement, la Cour reconnaissait par là tacitement que l'intérêt principal de l'utilisation de la route était d'assurer la liberté de mouvement des véhicules israéliens.

Dans l'affaire *Hess*, la Cour a réitéré son point de vue selon lequel les colons israéliens faisaient partie de la population locale dont le commandant militaire doit protéger le bien-être⁹³. Cette affaire concernait une décision du commandant militaire de réquisitionner des propriétés privées le long du chemin qu'empruntaient les colons et d'autres visiteurs pour aller prier au Caveau des Patriarches à Hébron, afin de renforcer la protection des fidèles. La Cour, après avoir mentionné le devoir du commandant militaire, conformément à l'article 43 du Règlement de La Haye, de garantir le bien-être des personnes protégées, consacre la majeure partie de son arrêt à trouver un équilibre entre les « droits constitutionnels » à la liberté de religion et à la propriété. En faisant droit à la réquisition des biens, elle n'a attaché aucun poids particulier au devoir du commandant de sauvegarder les droits des personnes protégées⁹⁴.

En bref, la Cour a interprété l'expression « l'ordre et la vie publics » citée à l'article 43 du Règlement de La Haye de manière large, comme englobant tous les actes requis d'un gouvernement dans une société bien ordonnée dans le monde d'aujourd'hui. En adoptant une interprétation qu'elle qualifie de « dynamique » des normes de l'occupation belligérante afin de prendre en considération la réalité politique de l'occupation à long terme, la Cour a quelque peu compromis le sens fondamental de ces normes. En considérant que la sécurité des ressortissants israéliens qui se sont installés dans les territoires ou qui les traversent doit être protégée – sans accorder de priorité au devoir du commandant, conformément à la IV^e Convention de Genève, de garantir les intérêts des personnes protégées, ni exiger que le bien-être de la population locale soit l'objectif dominant – la Cour a affaibli la protection juridique accordée aux personnes protégées par le droit international⁹⁵.

Les modifications législatives

L'affaire *Christian Society*⁹⁶ concernait une ordonnance militaire modifiant la législation locale du travail, afin de faciliter le règlement de conflits du travail au moyen d'un arbitrage obligatoire. Il s'agissait de déterminer si cette modification était compatible avec le devoir de la Puissance occupante, aux termes de

93 Affaire *Hess*, *op. cit.*, note 20.

94 Voir aussi l'affaire du *Tombeau de Rachel*, *op. cit.*, note 20.

95 L'argument selon lequel la Cour, en appliquant des normes universelles à toutes les personnes dans les territoires occupés, a affaibli la protection spéciale qu'une Puissance occupante est censée accorder aux personnes protégées est développé dans Aeyal M. Gross, « Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation ? », dans *European Journal of International Law*, Vol. 18, N° 1, 2007, pp. 1–35.

96 Affaire *Christian Society*, *op. cit.*, note 3.

l'article 43 du Règlement de La Haye, de respecter, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays.

La Cour était divisée sur l'analyse de l'expression « empêchement absolu ». Pour la majorité des juges, cette expression était liée à l'obligation de la Puissance occupante de rétablir et d'assurer « l'ordre et la vie publics » et, de ce fait, toute modification de la loi ayant pour objectif de remplir cette obligation pourrait être considérée comme absolument nécessaire. Le juge minoritaire fit remarquer que l'article 43 évoque le devoir de rétablir et d'assurer. Selon lui, on ne peut rétablir que ce qui existait déjà, et des mesures visant à assurer ne doivent pas changer la nature de l'ordre et de la vie publics qui existaient antérieurement. En outre, ajouta le juge minoritaire, puisque l'arbitrage obligatoire n'existe pas en droit israélien, la Puissance occupante ne peut pas affirmer qu'elle n'a pas d'autre choix que de l'instituer dans le territoire occupé. Il plaida donc pour un critère soutenu par certains juristes : si le simple fait qu'une certaine loi existe dans l'État occupant ne saurait signifier que le commandant est autorisé à introduire une loi similaire dans le territoire occupé, le fait qu'une loi n'existe pas dans l'État occupant peut être un facteur restreignant l'introduction d'une telle loi dans le territoire occupé⁹⁷.

L'opinion minoritaire, selon laquelle les changements législatifs devraient être jugés à la lumière du devoir de « restaurer » la situation précédant l'occupation, n'aurait pas pu fournir un critère d'application pratique dès lors que l'occupation se prolongeait pendant une longue durée. Elle n'a jamais obtenu le soutien de la Cour, où l'opinion majoritaire a eu gain de cause. Ainsi, des modifications législatives nécessaires pour protéger la sécurité ou pour favoriser le bien-être de la population ne sont pas considérées illégitimes au motif que le commandant aurait été absolument empêché de les instituer⁹⁸.

La conception de la Cour en matière de modifications législatives pourrait être appelée la conception de l'« occupant bien intentionné »⁹⁹. Sous couvert de changements nécessaires dans l'intérêt de la population locale, elle a ouvert la voie à des transformations à grande échelle de la législation en Cisjordanie (ainsi que dans la bande de Gaza, avant le retrait des forces israéliennes et des colonies de ce territoire). Il suffit aux autorités, lorsque leurs décisions sont attaquées en justice, de démontrer que les changements à la législation sont nécessaires pour le bien de la population locale, au sens large décrit plus haut.

Le meilleur exemple en est l'affaire *Abu Itta*, jugée dans les années 1980¹⁰⁰. Après qu'une loi ait institué en Israël la taxe à la valeur ajoutée (TVA), les commandants militaires de la Cisjordanie et de Gaza promulguèrent des ordonnances militaires qui instituaient la même taxe dans ces territoires. Lorsque les autorités commencèrent à appliquer cette taxe, des commerçants palestiniens

97 Voir Y. Dinstein, *op. cit.*, note 1, p. 122, et les références qui y sont citées.

98 HCJ 69/81, *Abu Itta et al. v. IDF Commander in Judea and Samaria et al.*, 37(2) PD, 1983, p. 197 (ci-après « affaire TVA »).

99 Voir D. Kretzmer, *op. cit.*, note 2, pp. 64-72.

100 Affaire TVA, *op. cit.*, note 98.

saisirent la Cour pour contester cette décision. Après avoir consulté de nombreuses autorités compétentes, le juge Shamgar parvint à la conclusion qu'il n'existait aucune règle rigide interdisant d'instituer un nouveau type de taxe dans un territoire occupé. Il considéra que, à l'instar de toute autre législation militaire, une loi créant une nouvelle taxe devait être jugée selon les principes de l'article 43 du Règlement de La Haye. Lorsque la taxe a été introduite, les frontières entre Israël et les territoires occupés étaient encore ouvertes. Si une TVA équivalente à celle qui avait été introduite en Israël n'avait pas été imposée dans les territoires occupés, le gouvernement aurait dû restreindre les échanges de biens et de services entre Israël et ces territoires, ce qui aurait eu un effet néfaste sur la population locale dans les territoires. En outre, les difficultés économiques dans ces territoires auraient suscité le mécontentement, ce qui aurait pu créer des problèmes de sécurité. De ce fait, l'introduction de la nouvelle taxe pouvait être justifiée à la fois comme une mesure imposée pour le bien de la population locale et comme répondant à des besoins militaires.

Ainsi, malgré le libellé sans équivoque de l'article 43, qui affirme que la Puissance occupante doit respecter les lois en vigueur dans le pays « sauf empêchement absolu », la Cour suprême a décidé que l'unique critère était de savoir si le changement apporté à la loi était fondé sur un motif légitime, à savoir la protection de la sécurité ou l'amélioration du bien-être de la population locale. La Cour ne s'est jamais prononcée sur une loi qui aurait été introduite de toute évidence exclusivement pour protéger les intérêts des colons israéliens.

Malgré sa conception généreuse des compétences du commandant militaire s'agissant de modifier la législation locale, la Cour s'est de temps à autre montrée prête à intervenir sur le contenu de textes de loi au motif que le commandant n'avait pas respecté un équilibre approprié entre les besoins de sécurité et le bien-être de la population locale. Lorsque des juristes cisjordanien ont exigé de pouvoir créer une association du barreau conformément au droit jordanien, le commandant militaire a amendé la loi afin de permettre la désignation des membres du conseil plutôt que leur élection. La Cour a admis l'existence de raisons de sécurité valables pour limiter l'indépendance de l'association du barreau, mais elle a considéré que le commandant n'avait pas accordé un poids suffisant à la nécessité de trouver un équilibre entre les exigences de sécurité et cette indépendance. Elle a donc ordonné au commandant d'envisager d'amender l'ordonnance militaire, afin de permettre une autonomie limitée au barreau¹⁰¹.

La nécessité militaire et ses contraintes : la proportionnalité

Dans bien des cas, le droit relatif à l'occupation belligérante autorise la Puissance occupante à restreindre certains droits des personnes protégées pour des motifs tels que « les besoins de l'armée d'occupation », « d'impérieuses raisons de

101 HCJ 507/85, *Tamimi et al. v. Minister of Defence et al.*, 41(4) PD, 1987, p. 57.

sécurité», ou «d'impérieuses raisons militaires»¹⁰². Dans la période qui suit le début de l'occupation, la Cour se montrait réticente à mettre en question l'évaluation au terme de laquelle le commandant militaire jugeait une certaine mesure requise par la nécessité militaire. Elle demandait bien aux autorités de produire les éléments de preuve sur la base desquels cette évaluation avait été faite, mais dans la mesure où les autorités montraient que leur décision était fondée sur une évaluation rationnelle de la nécessité militaire, la Cour refusait de contester le pouvoir d'appréciation du commandant¹⁰³. Au cours des dernières années, la Cour a appliqué une conception de la nécessité militaire fondée sur le triple critère de proportionnalité mis au point en droit public allemand¹⁰⁴. Ce critère n'a presque rien de commun avec le principe de proportionnalité tel qu'il est compris en *ius in bello*¹⁰⁵. Il faut toutefois rappeler que ce dernier principe n'est pertinent que dans la conduite des hostilités et n'a pas sa place dans l'exercice des pouvoirs d'un commandant militaire en territoire occupé. Ces pouvoirs ont pour fonction de permettre au commandant d'exercer ses devoirs d'assurer l'ordre et la vie publics, conformément à l'article 43 du Règlement de La Haye, et de protéger les intérêts de sécurité de l'armée d'occupation. C'est dans ce contexte qu'il faut voir le critère de proportionnalité de la Cour.

Dans l'affaire *Beit Sourik*, la Cour fit remarquer que le triple critère de proportionnalité était devenu un critère général, aussi bien en droit national qu'en droit international en général, et en particulier en droit de l'occupation belligé-

102 Voir, par exemple, Règlement de La Haye, art. 52 (Les réquisitions en nature et les services ne peuvent être réclamés « que pour les besoins de l'armée d'occupation »); CG IV, art. 27(4) (qui autorise, à l'égard des personnes protégées, « les mesures de contrôle ou de sécurité qui seront nécessaires du fait de la guerre »); CG IV, art. 49(2) (l'évacuation totale ou partielle d'une région occupée déterminée est autorisée « si la sécurité de la population ou d'impérieuses raisons militaires l'exigent »); CG IV, art. 53 (interdiction de la destruction de biens « sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires »); CG IV, art. 78 (internement ou résidence forcée des personnes protégées si la Puissance occupante l'estime « nécessaire, pour d'impérieuses raisons de sécurité »).

103 Voir, par exemple, affaire *Hilu*, *op. cit.*, note 12; affaire *Beth El*, *op. cit.*, note 12, pp. 125-126.

104 En droit allemand, cette notion est appelée *Verhältnismäßigkeit*. Utilisée à l'origine en droit administratif, elle consiste à examiner trois questions : existe-t-il un lien rationnel entre l'acte administratif et son objectif légitime ? l'acte administratif constitue-t-il le moyen d'atteindre cet objectif qui porte le moins atteinte aux intérêts d'autrui ? enfin, les avantages l'emportent-ils sur les préjudices causés aux intérêts d'autrui ? La notion a été adoptée par la Cour suprême canadienne comme critère pour décider si des restrictions aux libertés protégées par la Charte canadienne sont nécessaires dans une société libre et démocratique. Elle est aujourd'hui largement utilisée dans la pratique judiciaire israélienne pour juger de la légalité des mesures édictées par le gouvernement et des restrictions aux libertés protégées. Pour un exposé complet de l'évolution de l'expression et de son utilisation en droit constitutionnel comparé, voir : Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

105 La définition classique de la proportionnalité dans le *ius in bello* figure à l'article 51(5) du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, selon lequel seront considérées comme effectuées sans discrimination « les attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ». Selon l'étude du CICR sur le droit international coutumier, ce principe constitue une norme de droit international coutumier dans les conflits armés aussi bien internationaux que non internationaux. Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier, vol. 1 : Règles*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 50.

rante¹⁰⁶. Cette affaire concernait la contestation de la légalité d'un tronçon de la barrière, ou mur, de séparation qui était en cours de construction en Cisjordanie. La Cour a estimé que, puisqu'il avait été prouvé que la barrière avait pour objet d'assurer la sécurité, le commandant militaire avait bien autorité, en principe, pour réquisitionner les terrains nécessaires à sa construction. Cependant, pour examiner si le recours à la force, dans un cas concret, était « nécessaire pour la sécurité », la décision du commandant devait être examinée à l'aune du critère de proportionnalité. Il s'agissait pour cela de répondre à trois questions : y avait-il un lien rationnel entre la réquisition des terrains et l'objectif légitime (la sécurité) ? Le tracé choisi était-il le moyen le moins intrusif possible pour atteindre l'objectif ? Et enfin, l'avantage obtenu en matière de sécurité grâce à ce tracé était-il supérieur au préjudice causé aux personnes qui en subissaient les conséquences négatives ? Ce dernier critère sous-entendait que s'il existait un autre tracé permettant d'assurer la sécurité, les avantages relatifs du tracé choisi du point de vue de la sécurité devaient être pesés contre les avantages relatifs du second tracé pour les requérants. Dans le cas d'espèce, la Cour a conclu qu'il existait un lien rationnel patent entre la protection de la sécurité et l'érection de la barrière sur le tracé choisi, et que le commandant avait montré pourquoi, à ses yeux, ce tracé était optimal du point de vue de la sécurité. Toutefois, sur la base des éléments de preuve présentés par les requérants, la Cour a conclu qu'il existait un tracé de substitution qui serait certes moins avantageux, du point de vue du commandant, pour la sécurité, mais qui entraînerait un préjudice nettement moins grand pour les requérants. Le fait de n'avoir pas choisi ce tracé signifiait que la décision du commandant ne satisfaisait pas au critère de proportionnalité¹⁰⁷. Dans une autre affaire, la Cour a conclu que le tracé choisi ne satisfaisait pas au critère de proportionnalité parce que le commandant n'avait pas examiné de tracés de substitution qui auraient été moins dommageables pour les droits des requérants¹⁰⁸.

Après la décision dans l'affaire *Beit Sourik*, le triple critère de proportionnalité est devenu la norme pour examiner d'autres tronçons de la barrière de séparation et la HCJ considère maintenant qu'il constitue un principe général qui s'impose à toutes les décisions fondées sur la nécessité militaire¹⁰⁹. À première vue, la jurisprudence de la Cour sur cette question apporte une contribution importante aux limites imposées au pouvoir de décision de l'armée en territoire occupé. Des critères clairs sont fixés pour évaluer la nécessité militaire et pour la mettre en regard avec des intérêts concurrents. Le commandant n'a pas

106 Affaire *Beit Sourik*, *op. cit.*, note 26, para. 36.

107 *Ibid.*, para. 84-85.

108 Affaire *Alpei Menashe*, *op. cit.*, note 20, pp. 553-554. Dans l'affaire H CJ 9593/04, *Moraar v. IDF Commander in Judea and Samaria*, 2006 *Dinim* (38), p. 345, la Cour a évoqué le premier élément du critère de proportionnalité, à savoir l'exigence d'un lien rationnel entre la mesure prise et l'objectif de sécurité. La Cour a estimé qu'une mesure arbitraire, injuste ou illogique ne répondait pas à cette exigence. Ainsi, le fait d'imposer des restrictions au mouvement des Palestiniens afin de les protéger contre des violences potentielles de la part des colons n'était pas une mesure proportionnelle.

109 Affaire *Abu Safiyeh*, *op. cit.*, note 89.

le dernier mot sur la question de la nécessité militaire, puisque sa décision peut être réexaminée par une instance judiciaire. Pourtant, comme dans la plupart des cas, le diable se cache dans les détails. Tout comme pour l'examen de l'« ordre et la vie publics », la question est avant tout de savoir quels sont les intérêts qui sont pris en considération pour peser les divers facteurs en présence dans les trois composantes du critère de proportionnalité. Quels sont les intérêts de sécurité en jeu ? Quels types de solutions de remplacement doivent être examinés pour déterminer si la mesure choisie est bien le moyen le moins intrusif de protéger la sécurité ? Comme nous l'avons vu plus haut, la Cour a estimé que la notion de sécurité englobe non seulement la sécurité des forces armées et de la Puissance occupante, mais aussi celle des ressortissants israéliens qui vivent dans les colonies situées dans les territoires occupés, ainsi que celle des Israéliens qui traversent la zone. Même si les colons vivent dans des implantations construites en violation du droit international, il n'est jamais envisagé, dans la recherche de moyens moins intrusifs de protéger leur sécurité, de leur demander de quitter la zone en question, pas plus que d'empêcher les ressortissants de la Puissance occupante d'utiliser une route construite, aux dires des autorités elles-mêmes, pour le bien de la population palestinienne locale. D'aucuns ont affirmé que la manière dont la Cour a appliqué le critère de la proportionnalité a en réalité affaibli la protection des droits des personnes protégées en territoire occupé¹¹⁰.

Le recours au critère de la proportionnalité doit aussi être analysé dans le contexte de la tendance de la Cour de préférer les interprétations de la loi qui laissent une certaine marge d'appréciation aux autorités par rapport à celles qui ordonnent ou interdisent certains actes. Dans l'affaire *Abu Safiyeh*¹¹¹, déjà citée, la Cour a jugé que le commandant n'avait pas le droit d'exclure les véhicules palestiniens d'une route construite, selon les déclarations officielles, pour bénéficier à la population locale. Pris isolément, ce verdict eût constitué une affirmation très ferme. Or, la Cour a estimé nécessaire de donner une autre explication de l'illégalité de la décision du commandant, en ajoutant qu'elle ne satisfaisait pas au critère de la proportionnalité. Comme l'ont montré d'autres auteurs, la façon dont la proportionnalité a été appliquée dans cette affaire a compromis, dans une large mesure, la protection accordée à la population locale, dans l'intérêt de laquelle avait officiellement été construite la route en question¹¹².

L'une des conséquences problématiques de la place dominante prise par le triple critère de la proportionnalité dans la jurisprudence actuelle de la Cour suprême en général – et plus particulièrement dans sa jurisprudence concernant le droit de l'occupation – est la tendance de la Cour à passer sous silence ou à esquiver les questions relatives à l'autorité légale, préférant appliquer le principe

110 Guy Harpaz et Yuval Shany, « The Israeli Supreme Court and the Incremental Expansion of the Scope of Discretion under Belligerent Occupation Law », dans *Israel Law Review*, Vol. 43, 2010, pp. 514-550.

111 Affaire *Abu Safiyeh*, *op. cit.*, note 89.

112 Voir G. Harpaz et Y. Shany, *op. cit.*, note 110. Les auteurs affirment qu'en incluant les intérêts des pendulaires israéliens à l'égard de la route pour évaluer la proportionnalité de la décision du commandant d'en interdire l'utilisation par les véhicules palestiniens, la Cour a élargi les prérogatives d'un commandant militaire en territoire occupé.

de proportionnalité pour juger des actes du gouvernement. Cette tendance peut être décelée dans deux affaires citées plus haut. Dans l'affaire des *Carrières*¹¹³, l'enjeu était l'autorité légale du commandant militaire d'autoriser des entreprises israéliennes à ouvrir et à exploiter de nouvelles carrières de pierre, une ressource naturelle non renouvelable. Sans mentionner explicitement le critère de proportionnalité, la Cour estima que, puisque la quantité de pierre exploitée était faible par rapport au potentiel de la Cisjordanie, l'exploitation devait être considérée comme l'usage des fruits des carrières plutôt que comme l'épuisement de la ressource. Or, comme nous l'avons relevé plus haut, si le commandant ne peut autoriser l'ouverture de nouvelles carrières, la question du degré (ou de la proportionnalité) n'est pas pertinente. De la même manière, dans l'affaire *Abu Safiyeh*, la Cour a considéré que le commandant n'avait pas l'autorité légale pour interdire aux véhicules palestiniens d'emprunter la route 443¹¹⁴. Là encore, comme relevé plus haut, en citant le critère de proportionnalité comme une raison complémentaire d'annuler la décision du commandant, la Cour a affaibli l'impact de son propre verdict affirmant qu'il avait abusé de son autorité¹¹⁵.

Une situation similaire s'est produite dans la première affaire dans laquelle la Cour a employé le critère de proportionnalité pour examiner une décision d'un commandant militaire dans les territoires occupés. L'affaire concernait la démolition d'une maison à titre punitif, car l'un de ses habitants avait été lié à un attentat terroriste¹¹⁶. Bien que la Cour eût refusé, dans des affaires antérieures, d'interférer dans des décisions similaires de commandants militaires¹¹⁷, un juge de la Cour a soutenu, dans deux opinions dissidentes, que la démolition d'une maison dans laquelle vivaient des personnes n'appartenant pas à la famille nucléaire du coupable constituerait une forme de punition collective¹¹⁸, qui en tant que telle excéderait l'autorité du commandant militaire. Dans l'affaire en question, la Cour a admis que le commandant ne pouvait pas détruire une maison si cela entraînait la destruction du domicile de familles autres que la famille nucléaire du terroriste¹¹⁹. Cependant, plutôt que de fonder cette décision sur l'absence d'autorité légale, la Cour a préféré considérer qu'une telle décision ne satisferait pas au critère de la proportionnalité.

En conclusion, en adoptant le triple critère de proportionnalité afin d'évaluer la nécessité militaire, la Cour a introduit une notion inédite en droit international humanitaire. Bien que cette notion autorise un contrôle judiciaire de la manière dont les commandants militaires utilisent leur pouvoir d'appréciation en territoire occupé – et dans le cas d'Israël, elle a été parfois utilisée

113 Affaire des *Carrières*, *op. cit.*, note 57.

114 Affaire *Abu Safiyeh*, *op. cit.*, note 89.

115 Voir G. Harpaz et Y. Shany, *op. cit.*, note 110.

116 HCJ 5510/92, *Turkmahn v. Minister of Defence*, 48(1) PD, 1992, p. 217.

117 Voir D. Kretzmer, *op. cit.*, note 2, pp. 145–163.

118 Voir les opinions dissidentes du juge Cheshin dans HCJ 5359/91, *Khisrahn v. IDF Commander in Judea and Samaria*, 46(2) PD, 1992, p. 150; HCJ 2722/92, *Alamarin v. IDF Commander in Gaza*, 46(3) PD, p. 693.

119 Affaire *Turkmahn*, *op. cit.*, note 116.

afin de restreindre l'utilisation de ce pouvoir d'appréciation – elle peut toutefois être utilisée à mauvais escient ou de façon abusive. La Cour peut recourir à cette notion dans des cas où il serait plus approprié d'examiner des questions d'autorité légale. Elle peut aussi élargir le champ des intérêts à envisager pour évaluer la proportionnalité, élargissant par là également les prérogatives du commandant en territoire occupé.

Les hostilités dans les territoires occupés

La Puissance occupante a le devoir de garantir l'ordre public dans le territoire occupé. Elle doit, ce faisant, exercer des pouvoirs de maintien de l'ordre. Ses règles d'engagement doivent être en accord avec ces pouvoirs et avec la relation entre un gouvernement et une population civile¹²⁰. Que se passe-t-il si des hostilités éclatent dans le territoire occupé entre des groupes armés organisés et les forces de la Puissance occupante ? Quelles sont les règles applicables à la conduite de la Puissance occupante pour faire face à ce type de situation ? Celles d'une force de maintien de l'ordre ou celles relatives à la conduite des hostilités dans un conflit armé ?

Sur ces questions, les avis sont partagés. D'aucuns estiment apparemment qu'en territoire occupé, seules peuvent s'appliquer les règles de police permettant d'assurer le maintien de l'ordre, et que l'existence d'hostilités armées dans la zone ne sauraient avoir une influence sur le régime juridique applicable. C'est ainsi que dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, la CIJ n'a pas abordé la question de savoir s'il y avait des hostilités en Cisjordanie et si, en pareil cas, ces hostilités pouvaient être pertinentes pour décider quelles normes juridiques s'appliquaient¹²¹. Elle a, de ce fait, considéré que l'article 23 du Règlement de La Haye – qui figure dans le chapitre du Règlement relatif aux hostilités – n'était pas applicable pour décider de la légalité d'une saisie de biens¹²². D'autres auteurs font la distinction entre les règles qui s'appliquent aux fonctions de maintien de l'ordre de la Puissance occupante et celles qui s'appliquent en cas d'hostilités actives¹²³.

Peu de temps après l'éruption de violence dans les territoires occupés en septembre 2000, l'avocat général des Forces de défense israéliennes déclara que la situation dans les territoires devait désormais être considérée comme une situation de « conflit armé n'équivalant pas à une guerre »¹²⁴. Il indiquait par là que, au vu de l'étendue et de l'intensité des actes de violence, il s'agissait désormais

120 Voir Kenneth Watkin, « Maintaining Law and Order During Occupation: Breaking the Normative Chain », dans *Israel Law Review*, Vol. 41, 2008, pp. 175-200.

121 Voir D. Kretzmer, *op. cit.*, note 85.

122 Affaire du *Mur*, *op. cit.*, note 18, para. 124.

123 Voir K. Watkin, *op. cit.*, note 120 ; Y. Dinstein, *op. cit.*, note 1, pp. 99-101.

124 Voir Giora Eiland, « The IDF in the second *intifada*: conclusions and lessons », dans *Strategic Update*, Vol. 13, N° 3, 2010, pp. 27-37, disponible sur : [http://www.inss.org.il/upload/\(FILE\)1289896504.pdf](http://www.inss.org.il/upload/(FILE)1289896504.pdf). La raison de l'ajout des mots « n'équivalant pas à une guerre » (*short of war*) n'a jamais été éclaircie. Sans doute l'intention était-elle de préciser que le conflit armé n'était pas de nature internationale.

d'une phase d'hostilités actives dans un conflit armé, plutôt que d'une « simple » occupation. Cette conception fut reprise par le gouvernement israélien dans ses déclarations à la commission Mitchell, instituée pour étudier les causes de la violence¹²⁵. La Cour suprême accepta l'expression « hostilités actives » pour désigner la situation dans les territoires occupés¹²⁶. Pour ce faire, elle s'appuya sur l'un des critères appliqués pour déterminer l'existence d'un conflit armé interne, à savoir l'étendue et l'intensité de la violence armée¹²⁷. La Cour n'a jamais examiné le deuxième critère utilisé pour évaluer une telle situation, à savoir le degré d'organisation qui sous-tend la violence armée.

Dans l'affaire *Alphei Menashe*¹²⁸, la Cour a noté que, dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, la CIJ avait fait valoir que l'article 23(g) du Règlement de La Haye n'était pas applicable, puisqu'il figure dans la section du texte concernant les « hostilités ». La Cour s'est opposée à ce point de vue pour deux motifs : premièrement, de l'avis de certains experts, la portée de l'article 23(g) peut être étendue pour inclure les territoires occupés; deuxièmement, la situation dans les territoires occupés n'est pas statique : « des périodes de calme et de tranquillité se muent en périodes de combat évoluant rapidement »¹²⁹. La Cour a insisté sur le fait que les règles s'appliquant à une telle situation de combat sont celles qui s'appliquent aux hostilités en temps de conflit armé¹³⁰. Ceci étant, la Cour n'a pas expressément affirmé que le droit s'appliquant à la saisie de biens aux fins de la construction de la barrière de séparation était le droit relatif aux hostilités, « puisque l'autorité générale accordée au commandant militaire en vertu des articles 43 et 52 du Règlement de La Haye et de l'article 53 de la IV^e Convention de Genève sont suffisantes, s'agissant de la construction de la clôture »¹³¹.

La Cour suprême a été appelée à plusieurs reprises à traiter de la contradiction potentielle entre les normes régissant la conduite des hostilités et celles qui concernent le contrôle de territoires occupés¹³². Dans ces affaires, la Cour s'est efforcée d'appliquer le principe selon lequel, même durant des hostilités, le commandant militaire reste tenu d'assurer le bien-être de la population civile

125 Voir Report of the Sharm el-Sheikh Fact Finding Committee (le rapport Mitchell), qui cite des déclarations du gouvernement israélien, disponible sur : http://www.mideastweb.org/mitchell_report.htm.

126 Affaire *Ajuri*, *op. cit.*, note 20, pp. 358-359; affaire des *opérations meurtrières ciblées*, *op. cit.*, note 20.

127 Affaire *Ajuri*, *op. cit.*, note 20. La Cour a dressé la liste des attaques lancées contre Israël et contre des ressortissants israéliens, ainsi que le nombre de victimes depuis le début des violences en octobre 2000.

128 Affaire *Alphei Menashe*, *op. cit.*, note 20.

129 *Ibid.*, para. 17 [traduction CICR].

130 *Ibid.*

131 *Ibid.* [traduction CICR].

132 Voir K. Watkin, *op. cit.*, note 120, pour une discussion approfondie de la question.

locale¹³³. Dans l'affaire *Marab*¹³⁴, la Cour a eu à se prononcer sur la détention pendant les hostilités. Elle a considéré que, même s'il n'est pas possible d'effectuer un contrôle judiciaire de ce type de détention dans la zone des hostilités proprement dite, une fois que les détenus ont été éloignés de cette zone, la légalité de leur détention devrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire et les détenus devraient avoir le droit de consulter un avocat.

Des organisations non gouvernementales s'étant plaintes de ce que des Palestiniens auraient été utilisés comme «boucliers humains» durant la campagne «bouclier défensif» menée en 2002 par les FDI en Cisjordanie, l'armée israélienne a émis des ordonnances prohibant toute utilisation de résidents palestiniens comme boucliers humains ou comme otages. Les ordonnances autorisaient néanmoins les commandants militaires à solliciter l'assistance de résidents palestiniens qui s'y montraient disposés pour avertir leurs voisins qu'une unité des FDI était venue pour les arrêter, à condition que cela n'entraîne aucun danger pour la vie ou pour l'intégrité physique des résidents¹³⁵. Les autorités affirmaient que cette pratique permettait de réduire le nombre de blessés parmi les Palestiniens¹³⁶. La Cour a néanmoins conclu à l'illégalité de cette pratique, pour diverses raisons : l'article 51 de la IV^e Convention de Genève interdisant l'engagement de personnes protégées pour servir dans les forces armées de la Puissance occupante, la Cour en a conclu qu'il était aussi interdit de solliciter leur aide ; la Puissance occupante a le devoir de tenir la population locale à l'écart des opérations militaires ; il était peu probable, étant donné l'inégalité de pouvoirs, qu'il soit possible d'obtenir un véritable consentement des résidents palestiniens ; et enfin, il était impossible de savoir à l'avance si la vie du résident palestinien allait être mise en danger¹³⁷. Il s'agit de l'un des rares cas dans lesquels la HCJ a estimé qu'une pratique présentée par les autorités comme justifiée pour des raisons de sécurité était incompatible avec le DIH. C'est aussi l'une des rares décisions dans lesquelles la Cour a totalement interdit une pratique plutôt que de laisser aux autorités une marge d'appréciation afin qu'elle soit appliquée de manière proportionnelle.

L'application parallèle des normes relatives à l'occupation belligérante et des normes relatives à la conduite des hostilités a aussi été pertinente, s'agissant de la question des assassinats ciblés visant des personnes soupçonnées de terrorisme. La question de savoir si un État est en droit de recourir à la force létale contre une personne soupçonnée de terrorisme qui ne participe pas, à ce moment précis, à des activités violentes, a fait l'objet de nombreux débats académiques depuis les attaques terroristes lancées contre les États-Unis le 11 sep-

133 L'arrêt principal concernant cette question a été rendu dans l'affaire HCJ 4764/04, *Physicians for Human Rights v. Commander of the IDF in the Gaza Strip*, arrêt du 30 mai 2004, traduction anglaise disponible sur : <http://62.90.71.124/eng/verdict/framesetSrch.html> (dernière consultation le 22 mai 2012). Pour un examen détaillé des affaires, voir David Kretzmer, «The Supreme Court of Israel: Judicial Review During Armed Conflict», dans *German Yearbook of International Law*, Vol. 47, 2004, pp. 392-456.

134 Affaire *Marab*, *op. cit.*, note 21.

135 HCJ 3799/02, *Adalah et al. v. Officer Commanding IDF Central Command et al.*, 60(3) PD, 2006, p. 67.

136 *Ibid.*, para. 3.

137 *Ibid.*, para. 24.

tembre 2001¹³⁸. La HCJ a été tout d'abord réticente à traiter de la question¹³⁹, mais elle a rendu en 2006 un arrêt motivé à ce sujet¹⁴⁰. L'arrêt de la Cour a été débattu, analysé et critiqué dans d'autres articles¹⁴¹, et nous nous limiterons donc à la question qui fait l'objet du présent article.

Pour déterminer s'il était légal de cibler des personnes précises, la Cour a appliqué les normes relatives à la conduite des hostilités. Elle a conclu que les membres de groupes armés palestiniens étaient des civils qui ne pouvaient être attaqués que lorsqu'ils participaient directement aux hostilités. Une fois posé ce cadre juridique, et ayant adopté une interprétation large à la fois de la « participation directe aux hostilités » et du cadre temporel dans lequel une personne peut être considérée comme participant directement aux hostilités, la Cour a défini certaines limitations au recours à la force létale contre de telles personnes. La première limitation est que la force ne peut pas être utilisée s'il est possible de recourir à d'autres moyens moins préjudiciables. Bien que l'existence d'une telle condition en droit des conflits armés ait été mise en doute¹⁴², la Cour a fondé sa position sur la notion de proportionnalité, qu'elle considère comme un principe suprême qui s'applique à toutes les formes d'exercice du pouvoir par les autorités. Elle a reconnu que, dans de nombreuses situations de combat, il n'existe aucune possibilité de recourir à d'autres méthodes – à savoir l'arrestation et la détention – pour neutraliser la menace, mais elle a ajouté que :

cette possibilité doit toujours être examinée. Elle peut se révéler particulièrement réalisable dans des conditions d'occupation belligérante, lorsque l'armée a la maîtrise de la zone dans laquelle se déroule l'opération, et où les arrestations, les enquêtes et les procès sont parfois des options réalisables (voir article 5 de la IV^e Convention de Genève)¹⁴³.

On peut s'interroger sur la pertinence de l'article 5 de la IV^e Convention de Genève dans ce contexte mais, quoi qu'il en soit, la Cour révèle ici le conflit

138 La discussion la plus complète de ce thème figure dans Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, 2008. Voir aussi David Kretzmer, « Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions of Legitimate Means of Self-Defence ? », dans *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 2, 2005, pp. 171-212; Orna Ben-Naftali et Keren Michaeli, « We Must Not Make a Scarecrow of the Law' : A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings », dans *Cornell International Law Journal*, Vol. 36, 2003, pp. 233-292.

139 Voir HCJ 5872/01, *Barakeh v. Prime Minister*, 56(3) PD, 2002, p. 1, affaire dans laquelle la Cour a jugé qu'un tribunal ne pouvait connaître d'une requête sur cette question.

140 Affaire des opérations meurtrières ciblées, *op. cit.*, note 20.

141 On trouvera une analyse de divers aspects de la décision rendue par la Cour dans les articles publiés dans *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5., N° 2, 2007 : Roy S. Schondorf, « The Targeted Killings Judgment: A Preliminary Assessment », pp. 301-309; Amichai Cohen et Yuval Shany, « A Development of Modest Proportions: The Application of the Principle of Proportionality in the Targeted Killings Case », pp. 310-321; Orna Ben-Naftali, « A Judgment in the Shadow of International Criminal Law », pp. 322-331; William J. Fenrick, « The Targeted Killings Judgment and the Scope of Direct Participation in Hostilities », pp. 332-338; Antonio Cassese, « On Some Merits of the Israeli Judgment on Targeted Killings », pp. 339-345. Voir aussi O. Ben-Naftali, *op. cit.*, note 2, pp. 171-177.

142 Affaire des opérations meurtrières ciblées, *op. cit.*, note 20.

143 *Ibid.*, para. 40.

potentiel entre un régime d'occupation belligérante et une situation de conduite d'hostilités dans un conflit armé. Le territoire occupé se définit par le fait qu'il est placé sous le contrôle effectif de l'armée de la Puissance occupante. Le fait que des hostilités soient en cours, et soient d'un niveau et d'une portée de violence armée et de troubles suffisants pour être considérées comme un conflit armé et non comme des émeutes ou des troubles, ne signifie pas en soi que la Puissance occupante ait perdu son contrôle effectif sur la zone. Elle conserve ses devoirs en tant que Puissance occupante¹⁴⁴. Les membres des groupes armés qui la combattent ont un double statut : ils sont, d'une part, des personnes protégées et, d'autre part, soit des civils qui participent directement aux hostilités, soit des « combattants non privilégiés ». Il nous semble que même si l'on peut douter que l'équilibre exigé par la Cour s'applique à toutes les situations de conflit armé¹⁴⁵, il fournit, dans des situations d'occupation belligérante, un moyen de réduire la tension entre les deux fonctions que remplit l'armée de la Puissance occupante.

Remarques finales

L'occupation israélienne dure depuis longtemps ; de fait, elle dure depuis bien trop longtemps pour être considérée comme une situation d'occupation normale¹⁴⁶. Il serait naïf de penser qu'un tribunal national pourrait traiter d'une situation à ce point anormale comme s'il était un observateur extérieur et neutre, oublieux des réalités politiques de son propre pays. La HCJ a été vivement critiquée, non sans fondement, pour sa manière d'aborder un grand nombre de questions, y compris son refus de se prononcer sur la légalité des colonies israéliennes. Il faut cependant noter que la Cour a également été attaquée en Israël. Sa volonté de passer en revue toutes les mesures prises par les autorités militaires et, dans certains cas, d'intervenir dans des décisions concernant la sécurité, n'a pas été bien accueillie dans de nombreux milieux et elle a compromis la légitimité de l'institution aux yeux d'une grande partie de l'opinion publique israélienne.

En insistant sur le caractère essentiel de l'article 43 du Règlement de La Haye, en affirmant que les commandants militaires doivent trouver un équilibre entre les besoins militaires et le bien-être de la population locale, et en appliquant le critère de la proportionnalité pour juger de cet équilibre, la Cour a contribué à développer le droit de l'occupation belligérante. Sans vouloir minimiser cette contribution, il nous semble pourtant que le véritable apport de la Cour au droit de l'occupation réside non pas tant dans la teneur de ses arrêts, mais dans le fait même qu'elle se soit montrée disposée à exercer un contrôle judiciaire en temps réel des actes des autorités militaires en territoire occupé. Ce contrôle a été une innovation bienvenue, qui a eu pour effet de restreindre les actes des autorités

144 Voir Y. Dinstein, *op. cit.*, note 1, p. 100.

145 Voir A. Cohen et Y. Shany, *op. cit.*, note 141.

146 Voir O. Ben-Naftali, *op. cit.*, note 2.

d'une manière que l'on ne saurait mesurer à la seule aune de la jurisprudence de la Cour. Dans bien des cas, la menace de contrôle judiciaire, de présentation d'une requête, ou les remarques des juges durant les audiences, ont amené les autorités à revoir leur position et à revenir, entièrement ou en partie, sur leurs décisions¹⁴⁷. Parallèlement à cette influence importante exercée par le contrôle judiciaire, le fait d'exiger des autorités militaires qu'elles justifient leurs actes devant le tribunal sur la base des normes du droit international de l'occupation belligérante, et de les amener à débattre de ces normes dans un cadre judiciaire, pourrait bien constituer la principale contribution de la Cour au droit de l'occupation belligérante.

147 Voir D. Kretzmer, *op. cit.*, note 2, pp. 189-191.

Occupation transformative et impulsion unilatéraliste

Gregory H. Fox*

Gregory H. Fox est professeur de droit et directeur du Programme d'études juridiques internationales de la Faculté de droit de l'Université d'État Wayne, à Detroit (États-Unis).

Résumé

L'occupation de l'Irak en 2003 a suscité un important débat entre les juristes. Une occupation pouvait-elle être « transformative » ? N'était-il pas traditionnellement interdit à l'occupant de modifier de manière substantielle l'infrastructure juridique ou politique de l'État dont il contrôlait le territoire ? L'expérience irakienne a conduit certains commentateurs à affirmer que, d'une part, ce « principe conservationniste » avait été peu observé dans la pratique et que, d'autre part, une occupation à des fins de transformation était en accord avec plusieurs tendances importantes du droit international moderne. Ces tendances incluraient notamment la reconstruction, sur une base libérale et démocratique, des États sortant d'un conflit, l'application extraterritoriale des obligations conventionnelles relatives aux droits de l'homme et le déclin des conceptions abstraites de la souveraineté territoriale. L'auteur du présent article estime que ces prises de position sont très excessives. La pratique des Puissances occupantes ne confirme pas la thèse selon laquelle les transformations libérales démocratiques sont répandues. Par ailleurs, il n'a jamais été allégué que les traités relatifs aux droits de l'homme exigeaient que les États parties légifèrent dans les territoires d'autres États. Plus important encore, le principe conservationniste joue un rôle capital en imposant des limites à l'appropriation unilatérale par l'occupant des pouvoirs législatifs de l'État subordonné. Certes, les actions de transformation post-conflit ont constitué l'une des caractéristiques

* La version originale en anglais de cet article est publiée sous le titre « Transformative occupation and the unilateralist impulse », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, N° 885, printemps 2012, pp. 237-266.

de l'ordre juridique de l'après guerre froide, mais ces actions ont été menées de manière collective, le plus souvent par le biais du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Autoriser les occupants à renverser cette tendance en réfutant toute nécessité d'approbation collective des « réformes » entreprises dans les États occupés équivaudrait à valider un unilatéralisme anachronique. Une telle démarche irait à l'encontre de la multilatéralisation de tous les aspects des conflits armés, évidente dans tous les domaines, bien plus que dans la seule reconstruction post-conflit.

Mots-clés : occupation transformative, principe conservacionniste, pouvoir législatif, article 43 du Règlement de La Haye, application extraterritoriale des droits de l'homme.



Peu de temps après le début de l'occupation de l'Irak par les États-Unis et le Royaume-Uni, en avril 2003, un ambitieux programme de réforme a été annoncé par les gouvernements de ces deux pays. L'autorité gouvernante des occupants, appelée « Autorité provisoire de la coalition » (*Coalition Provisional Authority / CPA*), s'est déclarée investie de « tous les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire nécessaires » en Irak, afin de faire progresser les « efforts en vue de rétablir et d'établir les institutions nationales et locales d'un gouvernement représentatif, et de faciliter le redressement économique, ainsi qu'une reconstruction et un développement durables »¹. Pendant les quatorze mois suivants, la CPA s'est attachée à atteindre ces objectifs et les décrets qu'elle a promulgués ont modifié fondamentalement les institutions juridiques, politiques, militaires et économiques irakiennes². À ne considérer que le droit écrit de l'Irak, l'on pourrait conclure qu'en à peine plus d'une année, le pays a été transformé et que, d'un État autoritaire doté d'un parti unique et d'une économie centralement planifiée, il était devenu une démocratie libérale possédant l'un des systèmes de libre marché les plus permissifs au monde.

Les réformes irakiennes ont placé les spécialistes du droit international devant un dilemme. En effet, elles ont représenté un défi direct pour le droit traditionnel de l'occupation belligérante (ou « occupation de guerre »). Tel que codifié dans le Règlement de La Haye de 1907 et dans la IV^e Convention de Genève

1 Autorité provisoire de la Coalition, « Coalition Provisional Authority Regulation Number 1 », 16 mai 2003, CPA/REG/16 mai 2003/01, sec. 1(2), disponible sur : <http://www.iraqcoalition.org/regulations/> [traduction CICR]. Toutes les références internet ont été consultées en mars 2012.

2 États-Unis, Special Inspector-General for Iraq Reconstruction, *Hard Lessons: The Iraq Reconstruction Experience*, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C., 2009, p. 326 : « [l']Autorité provisoire de la Coalition a adopté une approche maximaliste de la reconstruction ; elle a élaboré des plans visant à transformer tous les aspects de la société irakienne, du système bancaire au Code de la route » [traduction CICR] ; E. Anthony Wayne, Assistant Secretary for Economic and Business Affairs, Testimony Before the Senate Banking Sub-Committee on International Trade and Finance, 11 février 2004, disponible sur : <http://2001-2009.state.gov/e/eeb/rls/rm/29288.htm> : « [l']assistance des États-Unis a pour fondement et pour but la réforme de la société et de l'économie irakiennes. Le nouvel Irak, prospère, pacifique, doit être un pays de démocratie et de libre entreprise, pleinement intégré dans la communauté des nations » [traduction CICR]. Pour une description détaillée des réformes opérées par la CPA, voir Gregory H. Fox, « The occupation of Iraq », dans *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 36, N° 2, 2005, p. 197.

de 1949, le droit de l'occupation présente les Puissances occupantes comme de simples dépositaires de l'autorité, non investies de la compétence législative des souverains *de jure* qui ont été chassés du pouvoir³. Dans une formule célèbre, le Règlement de La Haye demande aux occupants de respecter les lois en vigueur dans le pays « sauf empêchement absolu »⁴. Ce « principe conservateur », qui limite le pouvoir législatif de l'occupant, marque une frontière critique entre l'occupation et l'annexion⁵. Ne disposant pas de droits souverains illimités sur le territoire, les occupants ne jouissent que d'un pouvoir législatif réduit, à l'inverse de ce qui se passerait, selon toute vraisemblance, en cas d'annexion. Néanmoins, l'annexion est profondément antithétique au droit international contemporain⁶. Ainsi, selon l'approche traditionnelle, parler d'« occupation réformatrice » est quasiment un oxymore. Selon les termes mêmes employés à la veille de l'invasion de l'Irak par le Procureur général du Royaume-Uni, « il ne serait pas légal de réformer profondément les structures gouvernementales et administratives » du pays⁷.

Cela ne signifie pas qu'un occupant ne dispose d'aucune autorité en matière législative. Cette autorité peut être parfois assez étendue et permettre d'apporter de nombreux changements au droit local ; toutefois, la capacité de légiférer doit être en rapport avec le caractère temporaire de l'occupation. Certaines réformes peuvent être considérées nécessaires pour pouvoir s'acquitter de tâches relevant de l'administration de l'occupation ou pour éviter que l'occupant ne doive mettre en œuvre des lois locales portant atteinte aux droits de l'homme. Dans cette optique, les réformes constituent les conséquences inévitables de l'exercice, même à titre temporaire de l'autorité politique de l'occupant. En d'autres mots, de telles réformes sont essentielles pour que l'occupation soit à la fois effective et respectueuse des droits de l'homme. Il existe même un argument plausible selon lequel une occupation qui se prolonge pendant de nombreuses années (lire : l'occupation israélienne) exige parfois des réformes plus vastes, étant donné que, comme Adam Roberts le relève, « [a]u cours d'une occupation prolongée, de nombreux problèmes pratiques peuvent surgir et être tels qu'il est impossible de les résoudre par de simples mesures temporaires, dictées par le souhait de préserver

3 Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la Convention [IV] concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907 (ci-après Règlement de La Haye), art. 43 ; Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Genève, 12 août 1949, art. 64.

4 Le texte de l'article 43 du Règlement de La Haye est le suivant : « L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, *sauf empêchement absolu*, les lois en vigueur dans le pays » (italiques ajoutées).

5 Gregory H. Fox, *Humanitarian Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 233-237.

6 Voir, d'une manière générale, Sharon Korman, *The Right of Conquest: The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

7 John Kampfner, « Blair was told it would be illegal to occupy Iraq », dans *New Statesman*, mai 2003, pp. 16-17 (reprenant le texte d'une note adressée le 26 mars 2003 au Premier ministre par Lord Peter Goldsmith, alors Procureur Général du Royaume-Uni) [traduction CICR].

le *statu quo ante bellum* »⁸. Il n'est pas possible pour autant de justifier – au motif qu'elles sont indispensables pour assurer une administration efficace pendant l'occupation – des réformes explicitement conçues pour subsister après la fin de l'occupation ou pour régler des problèmes sans rapport avec les préoccupations immédiates de l'occupant en termes de sécurité ou de gouvernance. Au contraire, comme l'écrit Nehal Bhuta, l'occupation à caractère transformatif tire sa légitimité « de la promesse de l'ordre à venir »⁹. Une telle occupation – là encore, si l'on s'en tient à l'approche traditionnelle – s'approprie le pouvoir législatif réservé de fait à un gouvernement choisi au niveau local pour accéder au pouvoir après le départ de l'occupant¹⁰.

Cela dit, la transformation de l'Irak n'était pas dépourvue de racines normatives¹¹. Les réformes conduites en Irak ont paru concorder avec nombre de tendances importantes du droit international contemporain. Ces réformes ont en effet explicitement promu les droits de l'homme et la gouvernance démocratique; elles ont cherché à apporter la stabilité politique à un État qui sortait d'un conflit armé et de longues années de régime autoritaire (un ensemble de tâches qui sont aujourd'hui régulièrement entreprises par les Nations Unies et diverses organisations régionales); enfin, elles se sont attachées à ouvrir l'économie irakienne à l'investissement étranger et à lui permettre une plus grande intégration dans l'économie mondiale. Plus généralement, ces réformes ont paru correspondre à la trajectoire suivie par le droit de l'occupation qui, au début, était un moyen de réaliser les objectifs militaires des puissances européennes (sauf dans le cas d'opérations menées hors de l'Europe chrétienne), mais a ensuite évolué, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, au point de constituer aujourd'hui une « Charte des droits » des habitants de tous les territoires occupés¹². Enfin, les réformes irakiennes ont paru confirmer une observation courante: pendant la plus grande partie de son histoire, le principe conservateur a été bien peu

8 Adam Roberts, « Prolonged Military Occupation: the Israeli-occupied territories since 1967 », dans *American Journal of International Law*, Vol. 84, N° 1, 1990, p. 52 [traduction CICR].

9 Nehal Bhuta, « The antinomies of transformative occupation », dans *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 4, 2005, p. 737 (en italiques dans l'original) [traduction CICR].

10 Même la Cour suprême d'Israël, qui a pourtant régulièrement approuvé les changements apportés aux lois en vigueur dans les territoires palestiniens, a reconnu l'illégitimité des réformes orientées vers l'avenir. Dans l'affaire *Elon Moreh*, la Cour a jugé qu'« [a]ucun gouvernement militaire ne peut, pour servir ses buts militaires, créer dans sa zone des états de fait qui, dès l'origine, sont destinés à subsister dans cette zone même après la fin du régime militaire, alors que l'on ignore quel sera le destin du territoire après la fin du régime militaire ». Dossier HCJ 390/79, *Dweikat et al. c. Gouvernement d'Israël et al.*, 1979, 34(1) PD 1, 22 [traduction CICR].

11 Pour un effort créatif visant à caractériser la transformation de l'Irak non pas comme un changement de régime, mais comme un sous-produit de réformes légitimes en rapport avec la sécurité, voir Michael N. Schmitt et Charles H.B. Garraway, « Occupation policy in Iraq and international law », dans Harvey Langholtz, Boris Kondoch et Alan Wells (éd.), *International Peacekeeping: The Yearbook of International Peace Operations*, Vol. 9, N° 54, 2004, pp. 27 et 36, (« [i] peut arriver que la démocratisation soit un sous-produit fortuit de mesures de sécurité valables, comme cela s'est passé dans le cas qui nous occupe ») [traduction CICR].

12 Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, 1993, p. 105; Grant T. Harris, « The era of multilateral occupation », dans *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 24, N° 1, 2006, pp. 15-19; N. Bhuta, *op. cit.*, note 9, pp. 728-729.

souvent honoré ; il a d'ailleurs été si souvent ignoré et bafoué que ses prescriptions se reflètent peu dans la pratique des États de ces dernières décennies¹³. En ce sens, le mépris flagrant de la CPA est venu simplement affirmer l'anachronisme du principe conservateur, à une époque où la réforme externe des institutions nationales – particulièrement quand il s'agit d'introduire la démocratie libérale – constitue une pratique courante et largement acceptée¹⁴.

Chacun de ces arguments a figuré en bonne place dans les commentaires savants que le droit de l'occupation a abondamment suscités dans les années qui ont suivi l'invasion de l'Irak¹⁵. Le professeur Adam Roberts a été le premier à parler d'occupation transformative (« *transformative occupation* ») pour décrire la situation en Irak, ainsi que d'autres situations d'occupation « ayant eu pour but déclaré (qu'il ait été réellement atteint ou non) de transformer des États en déliquescence ou se sont trouvés sous la coupe d'un régime tyrannique »¹⁶. Une grande partie des commentateurs ont reconnu le caractère inédit de l'occupation transformative. À la différence d'innovations précédentes (telles que les dispositions de la IV^e Convention de Genève visant à protéger la population des

13 N. Bhuta, *op. cit.*, note 9, p. 734; Major Brevin C. Parsons, « Moving the law of occupation into the twenty-first century », dans *Naval Law Review*, Vol. 57, 2009, N° 1, pp. 14-15.

14 Comme l'a déclaré un conseiller juridique de l'Autorité provisoire de la coalition, « [a]u minimum ... quel qu'ait été en 1907 le sens de l'article 43 [du Règlement de La Haye], ce droit coutumier paraît avoir été dépassé par l'histoire et par les nouvelles normes relatives à la construction de l'État dans les États faillis ou sortant d'un conflit ». Brett H. McGurk, « Revisiting the law of nation building: Iraq in transition », dans *Virginia Journal of International Law*, 2004-2005, Vol. 45, pp. 451 et 459 [traduction CICR].

15 Outre les ouvrages déjà cités, la littérature inclut Ralph Wilde, « Complementing occupation law? Selective judicial treatment of the suitability of human rights norms », dans *Israel Law Review*, Vol. 42, N° 1, 2009, pp. 80-100; Eyal Benvenisti, « The origins of the concept of belligerent occupation », dans *Law and History Review*, Vol. 26, N° 3, 2008, pp. 621-648; Noemi Gal-Or, « Suspending sovereignty: reassessing the interlocking of occupation, failed and fragile state, responsibility to protect, and international trusteeship (Lessons from Lebanon) », dans *Israel Law Review*, Vol. 41, 2008, pp. 302-330; Kenneth Watkin, « Maintaining law and order during occupation: breaking the normative chains », dans *Israel Law Review*, Vol. 41, 2008, pp. 175-200; Aeyal M. Gross, « Human proportions: are human rights the emperor's new clothes of the international law of occupation? », dans *European Journal of International Law*, Vol. 18, N° 1, 2007, pp. 1-35; Hamada Zahawi, « Redefining the laws of occupation in the wake of Operation Iraqi 'Freedom' », dans *California Law Review*, Vol. 95, N° 6, 2007, pp. 2295-2352; Ebrahim Afsah, « Limits and limitations of power: the continued relevance of occupation law », dans *German Law Journal*, Vol. 7, N° 6, 2006, pp. 563-590; John Cerone, « Human dignity in the line of fire: the application of international human rights law during armed conflict, occupation, and peace operations », dans *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 39, 2006, pp. 1447-1510; Steven R. Ratner, « Foreign occupation and international territorial administration », dans *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 4, 2005, pp. 695-719; Marco Sassòli, « Legislation and maintenance of public order and civil life by occupying powers », dans *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 4, 2005, pp. 661-694; David W. Glazier, « Ignorance is not bliss: the law of belligerent occupation and the U.S. invasion of Iraq », dans *Rutgers Law Review*, Vol. 58, N° 1, 2005, pp. 121-194; Marten Zwanenburg, « Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the law of occupation », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, N° 856, 2004, pp. 745-769; Bartram S. Brown, « Intervention, self-determination, democracy and the residual responsibilities of the occupying power in Iraq », dans *UC Davis Journal of International Law & Policy*, Vol. 11, N° 1, 2004, pp. 23-73; Mahmoud Hmoud, « The use of force against Iraq: occupation and Security Council Resolution 1483 », dans *Cornell International Law Journal*, Vol. 36, N° 03, 2004, pp. 435-454.

16 Adam Roberts, « Transformative military occupation: applying the laws of war and human rights », dans *American Journal of International Law*, Vol. 100, N° 3, 2006, p. 580 [traduction CICR].

États occupés contre les déprédations commises par les occupants), l'occupation transformative cherchait à légitimer des mesures prises dans le cadre de réformes législatives et constitutionnelles dans le but *de renforcer les droits existants*. L'occupation transformative a donc été vue comme permettant à un État de *s'éloigner* de systèmes politiques répressifs fermés pour *se rapprocher* de systèmes démocratiques qui adhèrent plus rigoureusement aux standards internationaux en matière de gouvernance et de droits individuels. Certes, vues sous cet angle, les politiques compensatoires représentées par le principe conservationniste paraissent avoir bien peu de poids. Il est logique de conserver le droit existant quand les actes de répression ou même les pillages constitueraient l'alternative. Par contre, quand l'alternative réside dans une meilleure protection des droits de l'homme et dans l'introduction de politiques démocratiques, ce même principe apparaît régressif, voire anachronique.

Ce sont là des arguments très convaincants. Je tenterai pourtant de démontrer dans le présent article qu'ils sont presque tous exagérés, et même de façon très excessive dans certains cas. Le caractère outrancier de l'abandon annoncé du principe conservationniste influence beaucoup l'appréciation des attentes normatives changeantes de ceux qui le critiquent. Considérées isolément, ces thèses pourraient laisser entendre que ce principe ne survit que grâce à un lien ténu avec les hypothèses politiques, les doctrines qui l'entourent et les impératifs factuels du droit international actuel. Je tiens cependant à faire valoir que le principe conservationniste garde une utilité cruciale dans le droit contemporain. Cette utilité est si importante que, me semble-t-il, la présomption que ce principe ne va pas disparaître ni même être remplacé par une nouvelle doctrine (celle de l'occupation transformative) devrait prévaloir. Le caractère exagéré des critiques formulées à l'encontre du principe conservationniste suggère que cette présomption n'a pas été réfutée de manière convaincante.

Certes, il serait difficile de nier qu'en matière d'occupation, les attentes ont radicalement changé. Bien qu'étant des acteurs extérieurs, les occupants ne peuvent pas être indifférents au sort des populations des territoires occupés. Ils ne peuvent donc pas prétendre que leur contrôle n'est rien de plus qu'une opportunité d'engager une négociation avec le régime déchu quant aux conditions de son retour au pouvoir. L'époque est terminée où l'occupation constituait, pour les élites politiques, un moyen de conserver leurs prérogatives (et cela vaut pour quasiment tous les aspects des conflits armés). Cependant, dire que les occupants doivent s'abstenir de négliger ou de maltraiter les populations des territoires occupés est une chose ; leur permettre de devenir des agents de révolutions constitutionnelles (comme cela s'est effectivement passé en Irak) en est une autre. Une telle tâche ne peut pas être laissée à la discrétion unilatérale d'un seul État.

En résumé, mes arguments sont les suivants. L'une des principales avancées de la période d'après guerre froide a été de se rapprocher de l'un des buts de la Charte des Nations Unies : la multilatéralisation des conflits armés. En particulier, la reconstruction d'États sortant d'un conflit est aujourd'hui un élément qui apparaît régulièrement dans les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. En assumant

le rôle d'agent de changement dans les sociétés sortant d'un conflit, le Conseil de sécurité a exécuté une « fonction de tri » essentielle : d'une part, il a *légitimé l'implication collective* dans des affaires relevant de la gestion des affaires publiques et des relations sociales, qui sont au cœur même des prérogatives internes des États ; d'autre part, il a *dé légitimé les efforts unilatéraux* déployés aux mêmes fins. Le fait d'inclure dans la doctrine le concept d'occupation transformative menace d'annuler cette légitimité durement acquise, car cela n'aurait d'autre effet que de donner davantage de pouvoir aux États occupants qui interviennent de manière *unilatérale*.

Une démarche aussi coûteuse (quels qu'en soient les effets bénéfiques présumés) ne devrait être envisagée qu'après avoir obtenu la preuve claire et convaincante que le principe conservateur s'est complètement érodé. Or, il ne semble pas qu'une telle preuve ait été apportée. Alors que, plus généralement, le droit de l'occupation a souvent été bafoué, l'Irak constitue le seul exemple d'occupation transformative libérale et démocratique depuis la fin de la guerre froide. Il est vrai que certains voudraient faire figurer les missions multilatérales de maintien de la paix sur la liste des situations d'occupation transformative – ainsi, cette pratique récente apparaîtrait assez courante et largement acceptée. Cependant, il y a très peu de chances qu'une convergence ait lieu entre les deux types de projets transformatifs (multilatéraux et unilatéraux), sachant que les premiers ont, pour la plupart, vu le jour dans le seul but de délégitimer les seconds. Enfin, alors que leur applicabilité extraterritoriale est aujourd'hui de plus en plus largement acceptée, les traités relatifs aux droits de l'homme ne prévoient un mandat pour les changements législatifs que dans un nombre restreint de circonstances. Ces circonstances n'ont encore jamais été prises en compte par une instance judiciaire internationale ou par un organisme chargé du suivi des traités et, à ce jour, aucune de ces instances n'a établi qu'une action extraterritoriale dans le domaine législatif était autorisée par les instruments relatifs aux droits de l'homme.

Le défi posé au droit de l'occupation : mieux cerner le problème

Le défi que l'occupation transformative représente pour le principe conservateur est assez différent des problèmes précédemment rencontrés par le droit de l'occupation. Une grande partie des commentaires sur cette nouvelle forme d'occupation ne rend pas compte de cette distinction. Ils décrivent l'érosion progressive des normes relatives à l'occupation au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, culminant avec la transformation totale de l'Irak en 2003. Si ce pays tient une place si importante dans les analyses, c'est précisément parce que l'occupation de l'Irak est liée à ces antécédents.

La IV^e Convention de Genève (et son élaboration dans le Protocole additionnel I) a constitué la dernière innovation majeure du droit de l'occupation. Selon une assertion célèbre, le droit de Genève constitue une « Charte des

droits» des habitants des territoires occupés¹⁷. Après deux guerres mondiales au cours desquelles les occupants avaient commis des atrocités généralisées et avaient tenté d'infléchir le droit local pour servir leurs propres intérêts, la priorité évidente pour les rédacteurs du traité consistait à renforcer la protection des droits individuels dans les territoires occupés¹⁸. Cet objectif a bien été atteint. Visant à combler les insuffisances du droit de La Haye, les nombreuses limitations imposées par la IV^e Convention portaient de l'hypothèse que l'occupant était, à tout le moins, peu soucieux du bien-être des individus¹⁹. Néanmoins, le fait qu'une occupation ait un but transformatif n'implique pas que l'occupant cherche à subordonner les institutions, les ressources et la population locales à ses propres buts égoïstes. L'occupant est plutôt considéré comme tentant de *renforcer* les droits individuels et de construire et consolider les institutions locales, tout en accroissant la capacité de l'État occupé à exploiter et à tirer profit de ses ressources naturelles (ou tout au moins comme tentant de le faire). Cela tient au fait que la réforme du territoire sous occupation est un élément central à la fois dans la décision initiale de l'occupant de recourir à la force (*jus ad bellum*) et dans la manière dont il se comporte après avoir pris le contrôle du territoire (*jus in bello*). En d'autres termes, un occupant ayant des visées transformatives ne poursuit pas un objectif purement géostratégique dans son emploi de la force (l'occupation n'étant en ce cas que l'une des phases du conflit armé). Au lieu de cela, la transformation *accomplit* l'objectif de l'occupant, qui relève du *jus ad bellum*. La crainte traditionnelle de voir un occupant subordonner les droits existant dans le territoire à des objectifs militaires plus larges est donc en grande partie absente. Adam Roberts relève ce changement de raisonnement dans un article qui fait autorité :

[p]our dire les choses très simplement, le postulat traditionnel des lois de la guerre est que des « mauvais » occupants (ou potentiellement mauvais)

17 E. Benvenisti, *op. cit.*, note 12, p. 105.

18 Theodor Meron, « The humanization of humanitarian law », dans *American Journal of International Law*, Vol. 94, N° 2, 2000, p. 245 : « [a] IV^e Convention de Genève reflète le besoin qui était ressenti de renforcer la protection des individus et des populations, spécialement dans les territoires occupés » [traduction CICR]. Dans son introduction du commentaire sur les nouvelles normes relatives à l'occupation, Jean Pictet a résumé de la manière suivante l'histoire récente qui avait conduit à l'adoption de la IV^e Convention : « [a]u cours de la Seconde Guerre mondiale, des populations entières avaient été soustraites à l'application du droit de l'occupation et étaient donc privées des garanties que ce droit comporte et livrées au pouvoir discrétionnaire de la Puissance occupante ». Jean S. Pictet (éd.), *Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire, Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Comité international de la Croix-Rouge (CICR), Genève, 1956, art. 47, pp. 293-294.

19 Les dispositions visant à protéger les droits de la population civile figurent en divers endroits de la IV^e Convention de Genève. Elles incluent la protection contre la discrimination (art. 27), les atteintes à l'honneur et à la dignité (art. 27), la contrainte physique ou morale (art. 31), les souffrances physiques (art. 32), les peines collectives (art. 33), l'intimidation, les représailles, la prise d'otages ou le pillage (art. 33 et 34), les transferts forcés, en masse ou individuels (art. 49), l'obligation de servir dans les forces armées de l'occupant (art. 51), la destruction des biens personnels (art. 53), la modification du statut des magistrats ou autres fonctionnaires (art. 54), les atteintes au libre exercice de la religion (art. 58), l'exécution d'une personne protégée âgée de moins de 18 ans (art. 68), les poursuites *ex post facto* (art. 70), le non-respect des garanties de procès régulier dans les procédures pénales (art. 71) et, enfin, contre les conditions de détention inhumaines (art. 76).

occupent un « bon » pays (ou tout au moins un pays qui est doté d'un système juridique raisonnable opérant pour le bien des habitants). Ces dernières années, en particulier dans certains États démocratiques occidentaux, diverses écoles de pensée ont été basées sur l'idée inverse, simplement résumée de la façon suivante : des bons occupants occupent un mauvais pays (ou tout au moins un pays qui est doté d'un système législatif et d'un gouvernement mal intentionnés)²⁰.

Roberts a entièrement raison d'écrire que le fait de séparer les occupants « bien intentionnés » des occupants « mal intentionnés » est une distinction simplifiée et imprécise, mais elle est néanmoins nécessaire. Une occupation prédatrice (« mal intentionnée ») est en contradiction avec une grande partie du droit de Genève en vigueur. Une occupation transformative (« bien intentionnée ») peut facilement être vue comme presque entièrement en accord avec les normes de Genève axées sur la protection des droits. Premièrement, un occupant ayant des visées transformatives ne commet aucune violation des dispositions renforçant les droits, qui sont un trait caractéristique de l'ère juridique instaurée par la IV^e Convention de Genève. Les objectifs de l'occupant consistent, au contraire, à renforcer les droits. Deuxièmement, une transformation complète des institutions juridiques et politiques constitue une action tournée vers l'avenir. Son objectif premier ne consiste pas à limiter la propension de l'occupant à violer les lois : il s'agit au contraire de créer de nouvelles institutions qui permettront à la culture politique locale de progresser de façon permanente après la fin de l'occupation. Si le droit de Genève est effectivement axé sur les personnes, et non pas sur l'État en tant que tel²¹, il ne devrait présenter aucun obstacle à la consolidation de l'institutionnalisation de la protection des droits de l'homme pendant la période qui suit la fin de l'occupation.

Troisièmement, l'occupation transformative prend pour modèle non pas les actes égoïstes d'occupants prédateurs mais les missions multilatérales de reconstruction post-conflit qui se sont multipliées au cours des vingt dernières années²². Ces missions visent à éviter la reprise des hostilités en instaurant un système politique inclusif et pluraliste dans les États sortant d'un conflit. Les anciens adversaires ne peuvent coexister pacifiquement que s'ils peuvent raisonnablement espérer que leurs opinions seront reflétées dans la politique nationale. Le seul système capable de leur donner une telle assurance est la démocratie pluraliste. Les missions ont donc soutenu une large gamme d'initiatives (de type majoritaire et contre-majoritaire) destinées à transformer les anciens ennemis militaires en rivaux politiques. Condensée dans la formule « la consolidation de l'État en

20 A. Roberts, *op. cit.*, note 16, p. 601 [traduction CICR].

21 J. S. Pictet, *op. cit.*, note 18, art. 47, p. 295 : « le texte [de la IV^e Convention de Genève] est de caractère essentiellement humanitaire : il vise à sauvegarder la personne humaine et non à protéger l'État comme tel dans ses institutions politiques et son Gouvernement ».

22 Voir, par exemple, Major Breven C. Parsons, *op. cit.*, note 13, pp. 15 et 16. L'auteur décrit les opérations de l'ONU qui visent la refondation d'une nation comme étant des « occupations transformatives » ayant « un impact important sur le droit de l'occupation actuel » [traduction CICR].

tant que fondement de la consolidation de la paix», cette conception est aussi largement en accord avec le droit de Genève²³.

Sous un tel éclairage, le plaidoyer en faveur de l'occupation transformative paraît fort convaincant. Une occupation de ce type ne se heurte à aucune des interdictions figurant dans le droit de Genève mais, au contraire, cherche à promouvoir les valeurs consacrées dans ce corpus juridique. L'on serait donc tenté de conclure que, au pire, en dehors du principe conservacionniste, le droit de l'occupation contemporain ne traite tout simplement pas de l'occupation transformative. Aucune autre disposition de la IV^e Convention de Genève n'empêche un occupant de *renforcer* la protection des droits de l'homme par rapport à leur état antérieur. Quant au principe conservacionniste, il paraît déconnecté des tendances importantes apparues dans certains domaines apparentés du droit international, en particulier la multiplication des missions de reconstruction post-conflit et l'universalisation de la protection des droits de l'homme. Que peut-on donc reprocher à l'occupation transformative ?

Contestation des arguments en faveur de l'occupation transformative

Ainsi conçue, l'occupation transformative paraît promouvoir un grand nombre d'objectifs largement acceptés du droit international contemporain : protection des droits de l'homme, transition démocratique, reconstruction post-conflit et, enfin, emploi de la force à des fins humanitaires. Mais est-ce que la pratique des États confirme réellement que le principe conservacionniste a complètement (ou presque complètement) disparu ? À y regarder de plus près, il ne semble pas que ce soit le cas. Dans les sections qui suivent, nous examinerons trois domaines de pratique souvent invoqués pour soutenir la thèse d'une acceptation naissante de l'occupation transformative : la pratique des États occupants, les missions multilatérales post-conflit et l'application extraterritoriale des traités relatifs aux droits de l'homme.

La pratique des États occupants

Le flot de littérature qui a suivi l'occupation de l'Irak donne l'impression claire que les occupations transformatives sont devenues pratique courante après la Seconde Guerre mondiale²⁴. Cette impression est trompeuse. Depuis la fin de la

23 Roland Paris et Timothy D. Sisk, « Introduction: understanding the contradictions of postwar statebuilding », dans Roland Paris et Timothy D. Sisk (éd.), *The Dilemmas of Statebuilding: Confronting the Contradictions of Postwar Peace Operations*, Routledge, Londres et New York, 2009, p. 3.

24 Peter M.R. Stirk, *The Politics of Military Occupation*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2009, p. 203 (l'auteur résume certaines thèses affirmant que « à l'indifférence du Règlement de La Haye quant à la qualité de la gouvernance locale a succédé une époque où le changement de régime constitue l'une des intentions principales des occupants » [traduction CICR]; Nicholas F. Lancaster, « Occupation law, sovereignty, and political transformation: Should the Hague Regulations and the Fourth Geneva Convention still be considered customary international law? », dans *Military Law Review*, Vol. 189,

Seconde Guerre mondiale, rares sont les occupants qui ont ne serait-ce que tenté de procéder à des transformations libérales démocratiques. Certes, l'occupation de l'Irak a assurément eu un caractère transformatif et un riche débat juridique s'est engagé dans son sillage. Toutefois, l'Irak constitue un cas exceptionnel dans l'univers des occupations qui ont eu lieu depuis 1945. La vaste majorité de ces occupations ont en effet été « non transformatives » et, quand elles ont été transformatives, elles ont eu un caractère largement « illibéral ».

Au total, depuis 1945, dix-neuf occupations unilatérales ont eu lieu, dont trois au lendemain même de la conflagration mondiale (les occupations de l'Allemagne, du Japon et de l'Autriche)²⁵. Ce chiffre n'inclut pas les missions de construction de nations menées sous l'égide des Nations Unies et qui seront traitées séparément plus bas²⁶. Sur ces dix-neuf occupations, quatre seulement ont inclus des transformations libérales démocratiques complètes, dont trois (Allemagne, Japon et Autriche) ont eu lieu il y a plus de soixante ans, au sortir de la Seconde Guerre mondiale. Il n'y a eu qu'un seul cas de réforme libérale complète depuis la fin de la guerre froide dans lequel les préoccupations humanitaires ont constitué une motivation importante de la guerre : l'occupation de l'Irak par les États-Unis. Dans six cas, des transformations « non libérales » ont été orchestrées par l'occupant : la Turquie à Chypre, l'Indonésie au Timor-Leste, le Viet Nam au Cambodge, l'Union soviétique en Afghanistan, l'Irak au Koweït et, enfin, Israël dans les territoires palestiniens²⁷. Dans les neuf cas restants, aucune transformation significative n'a eu lieu²⁸. Il ressort d'une étude des nouveaux ordres constitutionnels établis pendant une occupation – phénomène apparenté mais non entièrement identique à l'occupation transformative – que, dans l'immense majorité des cas, la modification du texte constitutionnel avait été le fait de quelques grandes puissances militaires, certaines démocratiques et

2006, p. 90 : « [L]a pratique actuelle en matière d'occupation ... admet un champ d'action beaucoup plus large dans le domaine législatif que ne le prévoyaient les dispositions du Règlement de La Haye et de la IV^e Convention de Genève » [traduction CICR] ; A. Roberts, *op. cit.*, note 16, p. 588 : « [d]ans nombre de cas ..., pour toute une série de raisons, les occupants ont changé les lois du territoire occupé sans encourir de critiques de la part de la communauté internationale » [traduction CICR]. Comme le résume Grant Harris : « Les changements intervenus dans la conduite de la guerre ont altéré de manière radicale la nature de l'occupation moderne. On ne voit plus le vainqueur laisser simplement les lois et les institutions locales intactes pendant la période où il garde temporairement le territoire en otage afin d'obtenir des concessions politiques ou territoriales. Désormais, les interventions humanitaires et les changements de régime bouleversent le droit de l'occupation : 1) en faisant de l'occupation le but ultime, et non pas seulement un sous-produit, de la guerre ; 2) en sapant la raison principale qui préside à la création du droit de l'occupation traditionnel ; 3) en donnant préséance à la refondation d'une nation par rapport au droit de l'occupation ; et enfin, 4) en inversant parfois l'analyse qui définit quel pouvoir est considéré comme 'légitime' ». G.T. Harris, *op. cit.*, note 12, p. 33 [traduction CICR].

25 Les situations d'occupation citées dans la présente section sont compilées et analysées de manière plus détaillée dans l'ouvrage de Gregory H. Fox, « Exit and military occupations », dans Richard Caplan (éd.), *Exit Strategies and State Building*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 197-223.

26 Voir ci-dessous, dans la section « Inspiration tirée des missions multilatérales ».

27 Voir ci-dessous l'examen de l'occupation israélienne.

28 Union soviétique (nord de l'Iran, 1941-1946), Union soviétique (Tchécoslovaquie, 1968), Libye (Tchad, 1973), Syrie (Liban, 1976), Tanzanie (Ouganda, 1979), États-Unis (Grenade, 1983), États-Unis (Panama, 1989), Ouganda (République démocratique du Congo, 1998), Éthiopie (Somalie, 2006). Voir G. H. Fox, *op. cit.*, note 25, pp. 201-203.

d'autres pas²⁹. Les auteurs de l'étude concluent que « les constitutions adoptées en période d'occupation devraient être considérées comme relevant d'une stratégie particulière de certains États, et non pas comme un phénomène global »³⁰. Pour résumer, je dirai que l'occupation transformative constitue vraiment l'exception dans une série de cas dominée par des occupations conformes au modèle traditionnel, lui-même réglementé de manière exhaustive par le droit de La Haye et le droit de Genève.

Au lieu d'examiner l'ensemble des occupations récentes, beaucoup d'auteurs se concentrent sur les situations qui ont immédiatement suivi la fin de la Seconde Guerre mondiale ainsi que sur deux cas plus récents et très médiatisés : l'occupation par Israël des territoires palestiniens et l'occupation de l'Irak par les États-Unis³¹. Évidemment, un « échantillonnage » aussi limité ne peut pas soutenir la thèse selon laquelle le principe conservacionniste a été rejeté par les parties aux instruments de La Haye et de Genève³². Pour autant, un sous-ensemble si restreint de situations peut-il représenter un phénomène juridique uniforme ?

Allemagne, Autriche et Japon

Bien qu'elles aient suivi des voies très différentes, les occupations de l'Allemagne, de l'Autriche et du Japon ont manifestement inclus des transformations libérales démocratiques. Néanmoins, trois éléments font hésiter à s'appuyer sur ces situations pour défendre la thèse de la disparition du principe conservacionniste.

29 Zachary Elkins, Tom Ginsburg et James Melton, « Baghdad, Tokyo, Kabul... : constitution making in occupied states », dans *William & Mary Law Review*, Vol. 49, N° 4, 2008, pp. 1139-1178. Les auteurs définissent ces constitutions comme celles ayant été « rédigées ou adoptées dans la situation extrême d'un État exerçant explicitement le pouvoir souverain sur le territoire d'un autre », *ibid.*, p. 1140 [traduction CICR]. De tels changements constitutionnels ont eu lieu lors de la plupart des occupations. *Ibid.*, p. 1152. Les auteurs examinent 42 nouvelles constitutions adoptées dans 107 situations d'occupation. La nature de ces nouvelles constitutions varie largement : certaines sont libérales, d'autres pas ; certaines établissent des institutions politiques entièrement nouvelles, d'autres modifient les institutions existantes ; certaines, enfin, reproduisent les structures politiques de l'occupant alors que d'autres ne le font pas. Les constitutions adoptées en situation d'occupation sont généralement éphémères, beaucoup d'entre elles ne restant en vigueur que peu de temps après la fin de l'occupation. *Ibid.*, pp. 1157 et 1158.

30 *Ibid.*, p. 1153.

31 Voir, par exemple, A. Roberts, *op. cit.*, note 16, pp. 601-603. Après avoir examiné les « occupations de l'après 1945 ayant eu un but transformatif », l'auteur passe des occupations qui ont eu lieu depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale aux « actions militaires internationales menées depuis la fin de la guerre froide » ; N.F. Lancaster, *op. cit.*, note 25, p. 70, dans la section sur les occupations ayant eu lieu depuis 1949 (l'occupation par Israël est examinée en tant que seul cas non sanctionné par les Nations Unies).

32 La pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application d'un traité constitue une source acceptée d'interprétation des traités. Voir l'article 31(3)(b) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Toutefois, cette pratique doit être récurrente et non pas aléatoire, et elle doit être observée avec une certaine fréquence. En outre, comme le précise l'article 31(3)(b) lui-même, la pratique doit établir « l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ». Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden et Boston, 2009, p. 431. À voir la manière dont le reste de la communauté internationale a réagi à l'occupation de l'Irak et à celle des territoires palestiniens, un tel « accord des parties » semble faire défaut.

Premièrement, alors que les trois alliés occidentaux ont utilisé les occupations qui ont suivi la fin de la Seconde Guerre mondiale pour amener un changement démocratique, il en est allé autrement de l'Union soviétique. En effet, si l'on regarde au-delà de ce qu'elle a pu faire dans sa zone d'occupation en Allemagne de l'Est, et si l'on examine son action ailleurs en Europe de l'Est, il apparaît qu'après la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'Union soviétique a agi de manière tout sauf uniformément libérale et démocratique³³. En ce sens, le statut du pouvoir législatif des occupants semble partager le caractère stagnant qui a marqué une si grande partie de la pratique internationale dans le domaine du droit de la paix et de la sécurité pendant la guerre froide.

Deuxièmement, même si l'on estime que, dans leurs zones d'occupation respectives, les Alliés occidentaux ont posé un défi au principe conservateur, aucune tentative de remise en question de ce principe n'a eu lieu au moment où la communauté internationale a codifié le droit de l'occupation à la lumière de la pratique observée après la fin de la Seconde Guerre mondiale. De telles occasions se sont présentées à deux reprises. Tout d'abord, pendant la rédaction de la IV^e Convention de Genève de 1949, les États-Unis ont proposé une formulation qui aurait effectivement validé leur action en Allemagne et au Japon, et qui aurait conféré aux occupants un pouvoir législatif discrétionnaire quasiment illimité³⁴. Cette proposition américaine, qui s'est heurtée à l'opposition de l'Union soviétique ainsi que de plusieurs États occidentaux, n'a pas été adoptée³⁵. Au contraire, l'article 64 de la IV^e Convention a réaffirmé le principe conservateur (bien que les autres dispositions destinées à renforcer les droits de la population occupée figurant ailleurs dans la Convention aient effectivement invalidé le principe pour servir leurs propres fins). La seconde occasion s'est présentée lors de l'adoption du Protocole additionnel I de 1977. Une série de points relevant du droit de l'occupation a été examinée, mais aucune des dispositions du Protocole I ne vise à revenir sur le principe conservateur.

Troisièmement, les arguments utilisés pour justifier les occupations à la fin des années 1940 n'ont pas bien vieilli. Après la fin de la Seconde Guerre

33 Alors que la seule autre action de l'Union soviétique menée immédiatement après la fin de la Seconde Guerre mondiale qui réponde à la définition de l'occupation a eu lieu dans le nord de l'Iran, l'influence soviétique dans les pays du Pacte de Varsovie y a rapidement provoqué la disparition des institutions démocratiques libérales. Voir, d'une manière générale, Tony Judt, *Postwar: A History of Europe since 1945*, Penguin Books, Hammersmith, 2006, pp. 165-196. Les occupations ultérieures de la Hongrie (1956) et de la Tchécoslovaquie (1968) par l'Union soviétique illustrent concrètement le type de réformes mises en œuvre dans les pays occupés.

34 Selon la proposition des États-Unis, le texte de ce qui était alors le projet d'article 55 aurait été remplacé par le texte suivant : « Jusqu'à ce qu'elle soit modifiée par la Puissance occupante, la législation pénale du territoire occupé doit demeurer en vigueur et les tribunaux du territoire occupé doivent continuer à fonctionner pour toutes les infractions couvertes par cette législation » [traduction CICR]. Voir Yutaka Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden et Boston, 2009, p. 118. Le délégué de l'Union soviétique a objecté que l'approche préconisée par les États-Unis conférerait à la Puissance occupante « un droit absolu de modifier la législation pénale du territoire occupé », et qu'elle « dépasserait largement le droit restreint prévu dans le Règlement de La Haye » [traduction CICR]. Cité dans *ibid.*

35 *Ibid.* (relevant l'opposition de l'Union soviétique, de la Norvège, de la Roumanie et du Mexique).

mondiale, les juristes des Alliés se sont trouvés face à la tâche monumentale de justifier la dénazification en Allemagne et en Autriche, ainsi que la nouvelle constitution rédigée par le Général Mac Arthur pour le Japon. Tout cela semblait en contradiction flagrante avec le droit de La Haye et les juristes ont dû déployer des efforts considérables pour ne pas avoir à le reconnaître. Leurs argumentations – certes habiles et même plausibles à l'époque – seraient néanmoins difficiles à reprendre aujourd'hui³⁶. La plupart des justifications s'appuyaient sur le concept de la *debellatio* (défaite complète et extinction de l'État vaincu), ainsi que sur des principes apparentés, relevant du droit de conquête³⁷. Dans un article souvent cité, Robert Jennings, par exemple, a fait valoir que les Alliés victorieux auraient pu annexer l'Allemagne et auraient aussi été « habilités à exercer les droits afférents à l'autorité suprême en l'absence d'annexion ; en effet, les droits assumés par les Alliés sont coextensifs avec les droits liés à l'annexion »³⁸. Ces doctrines trouvent peu d'appui dans le droit international contemporain, car elles sont totalement incompatibles avec la Charte des Nations Unies de 1945 qui exclut l'usage agressif de la force et affirme l'égalité souveraine des États. Ainsi, les thèses défendues au lendemain de la Seconde Guerre mondiale ont disparu des discussions académiques et des déclarations officielles visant à justifier la politique des États. Comme le montrent les justifications examinées ici, l'accent est désormais mis sur la protection des droits humains³⁹. De fait, aucun des arguments de l'après-guerre n'est repris dans les volumineux écrits portant aujourd'hui sur l'occupation transformative. Les occupations consécutives à la Seconde Guerre mondiale se démarquent clairement – en raison d'un grand nombre d'éléments relevant tant de la doctrine que de l'histoire – des conceptions contemporaines du processus de transformation libérale et démocratique. Les thèses selon lesquelles ces occupations viennent étayer une conception juridique uniforme de l'occupation transformative sont donc insoutenables.

36 G.H. Fox, *op. cit.*, note 2, pp. 289-294.

37 Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 32.

38 Le passage entier se lit comme suit : « Si, après la reddition allemande, les Alliés avaient effectivement annexé l'État allemand, il n'aurait pu y avoir aucun doute quant à la nature de leur droit légitime d'agir ainsi ; les circonstances auraient relevé parfaitement et indiscutablement de la catégorie bien connue de la subjugation. Toutefois, si du fait de la victoire des Alliés et de sa reddition sans condition, l'Allemagne s'était trouvée si complètement placée sous la domination des Alliés que ceux-ci auraient été en droit d'annexer l'État allemand, il semble qu'il s'ensuivrait que – selon la même logique – les Alliés auraient été habilités à exercer les droits afférents à l'autorité suprême en l'absence d'annexion ; en effet, les droits assumés par les Alliés sont coextensifs avec les droits accompagnant l'annexion, la seule différence tenant au mode, au but et à la durée de l'exercice de ces droits, le but déclaré de l'occupation étant, pour les Puissances occupantes, de gouverner le territoire non comme une partie intégrante de leur propre territoire, mais au nom de la continuité d'un État allemand ». Robert Y. Jennings, « Government in commission », dans *British Year Book of International Law*, Vol. 23, 1946, p. 137 [traduction CICR].

39 L'article de Jennings, par exemple, était cité dans l'édition de 1958 du *British Military Manual* mais ne figurait plus dans l'édition révisée de 2004. Voir Royaume-Uni, British Command of the Army Council, *Manual of Military Law, Part III, The Law of War on Land*, 1958, p. 230 ; et Royaume-Uni, Ministère de la Défense, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, 2004.

Israël en Palestine

Dans le cas de l'occupation des territoires palestiniens par Israël, il n'y a pas de problème d'anachronisme juridique. Les territoires sont restés sous administration directe d'Israël de sa victoire militaire en 1967 à son transfert de l'autorité civile au Palestiniens en application des Accords d'Oslo, en 1993⁴⁰. De toutes les situations d'occupation de l'ère moderne, c'est certainement celle qui aura suscité le plus de débats, et elle est citée dans pratiquement tous les commentaires sur l'occupation transformative comme venant confirmer l'érosion du principe conservacionniste⁴¹. Mais c'est aussi l'occupation la plus largement condamnée : des États et organisations internationales dénoncent, haut et fort et sans relâche, l'occupation elle-même, l'extension du droit israélien aux territoires, la prolifération des colonies de peuplement ainsi que toute une série de pratiques qui violent les droits humains des Palestiniens⁴². Les efforts déployés par ceux qui voudraient présenter l'action d'Israël comme un modèle démocratique libéral du processus de transformation ont de quoi laisser perplexe. En effet, Israël est critiqué pour avoir emprunté précisément la voie inverse, pour avoir *violé* les droits humains des Palestiniens et leur avoir *refusé* la possibilité d'instaurer un gouvernement autonome démocratique qui accompagnerait une pleine auto-détermination⁴³. Ces condamnations – comme celles portant sur des abus commis dans d'autres occupations de caractère « illibéral » – trouvent écho dans les interdictions négatives du droit de l'occupation existant et ne constituent pas une base suffisante pour écarter le principe conservacionniste au profit d'une nouvelle théorie justificatrice.

Même en laissant ces condamnations de côté, il n'y a pas lieu de qualifier de transformation complète – et encore moins de transformation démocratique libérale – les modifications législatives introduites par Israël dans les territoires occupés⁴⁴. La plupart des changements apportés à la législation en vigueur (et

40 Voir Raja Shehadeh, *From Occupation to Interim Accords: Israel and the Palestinian Territories*, Kluwer Law International, Cambridge, MA, 1997.

41 Voir, par exemple, A. Roberts, *op. cit.*, note 16; S.R. Ratner, *op. cit.*, note 15; M. Sassòli, *op. cit.*, note 15; A.M. Gross, *op. cit.*, note 15.

42 Voir A. Roberts, *op. cit.*, note 8, p. 67, n. 79. L'auteur rappelle que diverses résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale des Nations Unies « ont déploré la manière dont Israël gère l'occupation, ont condamné comme illégale l'annexion voulue par Israël de certaines parties des territoires occupés (y compris Jérusalem), et ont demandé à Israël de mettre fin à son occupation des territoires arabes » [traduction CICR]; G.H. Fox, *op. cit.*, note 2, p. 239, n. 264 (l'auteur a répertorié les résolutions du Conseil de sécurité condamnant les pratiques d'Israël en matière d'occupation). Beaucoup de ces critiques ont été examinées et validées dans l'Avis consultatif rendu le 9 juillet 2004 par la Cour internationale de Justice (CIJ). Voir *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, CIJ Recueil 2004, p. 136 (ci-après CIJ, *Affaire du mur*).

43 Voir, par exemple, CIJ, *Affaire du mur*, *op. cit.*, note 42, para. 122 (la construction du mur de sécurité « dresse ainsi un obstacle grave à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination »).

44 En effet, le *manque* de cohérence du droit applicable dans les territoires a lui-même constitué un grave problème pendant la période de l'administration israélienne. Voir George E. Basharat, « Peace and the political imperative of legal reform in Palestine », dans *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 31, 1999, p. 265 : « aucun moyen d'évaluer la nécessité, pour la communauté palestinienne, de

ils ont été substantiels⁴⁵) peuvent être considérés comme destinés à servir les intérêts politiques et sécuritaires d'Israël, et non à renforcer la qualité de vie dans les territoires⁴⁶. Les conditions initiales de chacune des occupations – Cisjordanie, Gaza, Jérusalem-Est et plateau du Golan – ont été énoncées dans des proclamations instaurant une administration militaire dans chacun de ces territoires. Chacune de ces proclamations a déclaré que le droit en vigueur subsisterait aussi longtemps qu'il n'entrerait en conflit ni avec l'ordre public ni avec des proclamations ultérieures⁴⁷. Les changements intervenus par la suite peuvent être divisés en quatre grands groupes. Il y a eu tout d'abord la promulgation d'un ensemble substantiel de décrets concernant la sécurité et l'établissement de tribunaux militaires chargés de juger les cas de violations présumées de ces décrets⁴⁸. Est venue ensuite l'extension de la compétence des tribunaux civils israéliens aux personnes et aux biens, ainsi qu'aux événements survenus dans les territoires, et auxquels l'une des parties au moins était un citoyen israélien⁴⁹. Les tribunaux locaux ont continué de fonctionner comme auparavant, sauf dans le cas de procédures engagées à l'encontre des autorités d'occupation⁵⁰. L'extension de la compétence des tribunaux civils israéliens a fait suite à l'interaction croissante entre les Israéliens et les résidents des territoires tandis que l'occupation se prolongeait; elle a permis de régler les différends dans une instance israélienne, en appliquant le droit israélien⁵¹. Est venue ensuite l'extension du droit israélien et la possibilité offerte aux colons toujours plus nombreux vivant dans les territoires occupés de saisir les tribunaux israéliens⁵². Le quatrième ensemble de modifications a impliqué un effort complet d'intégration de l'économie des territoires dans celle d'Israël (décrite dans les premiers temps de l'occupation comme un « marché commun »)⁵³. Ces réformes ont été substantielles et ont inclut l'abolition des barrières douanières internes et la création d'une barrière externe unique pour le commerce international; l'unification de la taxation indirecte; la facilitation du libre passage entre les territoires et Israël; l'introduction de la monnaie israélienne

disposer d'une nouvelle législation n'a jamais été institutionnalisé, et les dirigeants palestiniens locaux se sont toujours montrés réticents à solliciter des innovations législatives auprès d'une Puissance occupante dont ils refusaient de reconnaître la légitimité. C'est ainsi que le droit est resté inchangé dans beaucoup de domaines importants pour les Palestiniens » [traduction CICR].

45 Voir Neve Gordon, *Israel's Occupation*, University of California Press, Berkeley et Los Angeles, 2008.

46 Voir David Kretzmer, *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, State University of New York Press, Albany, NY, 2002, p. 64.

47 Le 7 juin 1967, la Proclamation N° 2 concernant le droit et l'administration en Cisjordanie, par exemple, stipulait: « [l]e droit en vigueur dans la région à la date du 7 juin 1967 restera en vigueur, dans la mesure où il n'entre en aucune manière en conflit avec les dispositions de la présente proclamation ou de toute autre proclamation ou ordonnance pouvant être promulguée par moi, et sous réserve de modifications découlant de la mise en place d'une administration par les Forces armées israéliennes dans la région » [traduction CICR]. Cité dans E. Benvenisti, *op. cit.*, note 12, p. 114.

48 *Ibid.*, pp. 115-116.

49 *Ibid.*, p. 129.

50 *Ibid.*, p. 118.

51 *Ibid.*, pp. 129-134.

52 *Ibid.*, pp. 129-139.

53 *Ibid.*, p. 123.

à Gaza et en Cisjordanie⁵⁴ ; l'ajustement aux pratiques israéliennes des législations locales concernant les services bancaires⁵⁵ ; et même, enfin, le remplacement du code de la route local⁵⁶.

Certes, ces mesures ont été de grande ampleur et ont grandement affecté la vie des habitants des territoires, mais ce serait toutefois une erreur de les considérer comme des réformes destinées à renforcer les droits individuels et à favoriser un processus autonome de prise de décisions en matière politique. À quelques importantes exceptions près, ces mesures étaient essentiellement destinées à faciliter la tâche consistant à administrer les territoires, à défendre les intérêts sécuritaires de l'Armée de défense d'Israël et à faire en sorte que les Israéliens vivant dans les territoires, ou ayant des contacts avec les territoires, puissent continuer à avoir accès au droit et aux tribunaux israéliens. Ces mesures ne visaient ni à faciliter une transition démocratique ni à protéger les Palestiniens contre les atteintes aux droits de l'homme perpétrées par l'acteur politique ayant le plus de pouvoir dans les territoires, à savoir Israël lui-même. Par conséquent, la plupart des actions d'Israël entrent dans le cadre des protections négatives prévues par la IV^e Convention de Genève.

Irak 2003

L'occupation de l'Irak a eu un caractère transformatif inédit depuis 1945. La promotion explicite des institutions démocratiques libérales, le mépris massif envers le droit irakien existant et, enfin, la reconnaissance directe par les États-Unis et le Royaume-Uni de leur statut de Puissances occupantes en ont fait le cas paradigmatique évoqué dans le débat actuel. Certes l'on pourrait dire que, pour ces seules raisons, l'occupation de l'Irak a renforcé la légitimité de l'occupation transformative⁵⁷. Cependant, il est aussi difficile d'évaluer la portée juridique de cette occupation que de déchiffrer les résultats d'un test de Rorschach. Pour tous ceux qui voyaient déjà se dessiner une tendance favorable à l'acceptation grandissante de l'occupation transformative, l'Irak est venu confirmer cette tendance, mais cet argument est réfuté par ceux qui y voient une violation du droit existant⁵⁸. Plus fondamentalement, certains voient le droit de l'occupation comme le cadre normatif de référence pour l'occupation de l'Irak, alors que d'autres considèrent que les réformes ont

54 *Ibid.*, p. 126.

55 *Ibid.*

56 *Ibid.*, p. 128.

57 Même ceux qui considèrent que l'occupation de l'Irak a gravement érodé le principe conservacionniste ne font généralement référence qu'aux réformes politiques de la CPA. Les réformes économiques sont généralement vues comme se situant bien au-delà du champ d'autorité de l'occupant (même en cas d'interprétation libérale de cette autorité).

58 Voir, au contraire, John Yoo, « Iraqi reconstruction and the law of occupation », dans *UC Davis Journal of International Law & Policy*, Vol. 11, 2004, pp. 7-22; et Rüdiger Wolfrum, « Iraq: from belligerent occupation to Iraqi exercise of sovereignty: foreign power versus international community interference », dans Armin von Bogdandy et Rüdiger Wolfrum (éd.), *Max Planck: Yearbook of United Nations Law*, Vol. 9, 2005, pp. 1-45.

été autorisées par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1483⁵⁹. En outre, pour certains commentateurs, cette résolution reflète l'évolution de la nature du droit de l'occupation, alors que pour d'autres ce n'est qu'une simple autorisation législative qui a contourné le droit de l'occupation mais ne l'a pas violé en tant que tel⁶⁰.

À ce moment précis de l'histoire, l'Irak constitue donc bien moins un « point de données » dans l'évolution du principe conservacionniste qu'une toile blanche sur laquelle viennent s'inscrire des arguments plus généraux concernant le pouvoir législatif des occupants. Néanmoins, même ceux pour qui l'occupation de l'Irak présage d'une crise du principe conservacionniste reconnaissent que, pour deux raisons, cette situation pourra difficilement servir de précédent pour de futures occupations transformatives. La première raison tient au fait que l'occupation a été extraordinairement mal gérée⁶¹. L'incapacité ou le manque de volonté des États-Unis de gouverner le pays de manière effective jouera probablement un rôle important dans l'évaluation des thèses selon lesquelles les transformations unilatérales sont essentielles pour aider les États sortant d'un conflit à s'engager sur la voie de la démocratie libérale. La seconde raison est qu'il serait inexact de décrire l'Irak comme un pays entièrement transformé par ses occupants. Certaines étapes déterminantes de la transformation de l'Irak ont eu lieu après la fin de l'occupation, le 30 juin 2004, et en réponse au Conseil de sécurité qui demandait le rétablissement rapide de la souveraineté locale⁶². Les premières élections législatives, la rédaction d'une nouvelle constitution, l'élection d'un nouveau gouvernement en application de cette constitution et, enfin, la signature de l'Accord sur le statut des forces (prévoyant le retrait de toutes les troupes de combat américaines avant la fin de 2011) sont autant d'événements intervenus après que la CPA ait cessé d'exister⁶³. Un autre élément, tout aussi important, est que pendant que l'occupation était en cours, les États-

59 Voir Kaiyan Homi Kaikobad, « II. Problems of belligerent occupation: the scope of powers exercised by the Coalition Provisional Authority in Iraq: April/May 2003-June 2004 », dans *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, N° 1, 2005, pp. 253-264; G.H. Fox, *op. cit.*, note 2, pp. 254-262.

60 Voir M. Zwanenburg, *op. cit.*, note 15, pp. 763-767; Eyal Benvenisti, « The Security Council and the law on occupation: Resolution 1483 on Iraq in historical perspective », dans *Israel Defense Forces Law Review*, Vol. 1, 2003, pp. 19-38.

61 Voir James Fallows, *Blind into Baghdad: America's War in Iraq*, Vintage Books, New York, 2006; Larry Diamond, *Squandered Victory: The American Occupation and the Bungled Effort to Bring Democracy to Iraq*, Owl Books, New York, 2005.

62 Dans sa résolution 1483, adoptée le 22 mai 2003, le Conseil de sécurité des Nations Unies (CSNU) s'est déclaré « résolu à ce que le jour où les Irakiens se gouverneront eux-mêmes vienne rapidement » (CSNU, rés. 1483 du 22 mai 2003, préambule, para. 4). Dès le 16 octobre 2003, le Conseil de sécurité a demandé au Conseil de gouvernement et aux Puissances occupantes de « lui communiquer, au plus tard le 15 décembre 2003 ... un calendrier et un programme aux fins de la rédaction d'une nouvelle constitution pour l'Irak et de la tenue d'élections démocratiques conformément à cette constitution » (CSNU, rés. 1511 du 16 octobre 2003, para. 7). De plus, dans sa résolution 1546, le CSNU a dicté la date de la fin de l'occupation: « d'ici le 30 juin 2004 également, l'occupation prendra fin, l'Autorité provisoire de la coalition cessera d'exister et l'Irak retrouvera sa pleine souveraineté » (CSNU, rés. 1546 du 8 juin 2004, para. 2.)

63 Voir James Dobbins, « Who lost Iraq: lessons from the debacle », dans *Foreign Affairs*, Vol. 86, N° 5, septembre-octobre 2007, pp. 61-74; Trevor A. Rush, « Don't Call It a SOFA! An overview of the U.S.-Iraq Security Agreement », dans *Army Lawyer*, N° 432, 2009, pp. 34-60.

Unis ont sollicité toujours davantage l'assistance des Nations Unies, tant pour légitimer leurs actions en Irak que pour accomplir des tâches essentielles qu'ils se sont montrés incapables de mener à bien. Grant Harris a évoqué une « main invisible » exerçant des pressions sur les occupants afin de multilatéraliser leurs opérations, et l'Irak est l'exemple-type de ce phénomène⁶⁴. L'occupation de l'Irak par les États-Unis a duré quatorze mois mais, pour ce qui concerne la transformation unilatérale, elle laisse peut-être derrière elle un héritage moins important qu'on ne le pense souvent.

Inspiration tirée des missions multilatérales

Le deuxième domaine de pratique réside dans les missions multilatérales déployées dans des États sortant d'un conflit. Autorisées, pour la plupart, par les Nations Unies, ces missions ont proliféré depuis le début des années 1990⁶⁵. Dans la littérature récente remettant en cause le principe conservateur, il est souvent fait référence aux missions des Nations Unies afin d'identifier une tendance à considérer la période d'après-conflit comme offrant une opportunité cruciale de procéder à des réformes⁶⁶. Et, de fait, la reconstruction des sociétés sortant d'une guerre civile constitue désormais une tâche centrale des organisations internationales. Le mandat de beaucoup de ces missions est explicitement transformatif. Les exemples les plus évidents sont ceux des administrations territoriales approuvées par le Conseil de sécurité en Bosnie, au Kosovo, au Timor-Leste et en Slavonie orientale⁶⁷. Dans de nombreux autres cas, l'ONU (avec l'approbation du Conseil de sécurité) a participé intégralement au processus visant à faire de la transformation l'un des éléments de sortie d'un conflit armé. L'ONU a ainsi été amenée à négocier des accords de paix qui engagent les parties à procéder à des réformes juridiques et politiques ; à contrôler et faciliter les réformes ; à offrir son expertise en vue de la mise en œuvre des réformes ; et enfin, à se prononcer sur la conformité des réformes par rapport aux normes internationales. Peuvent être citées à titre d'exemple les missions de

64 G.T. Harris, *op. cit.*, note 12, pp. 37-38 et 56-68. Selon l'auteur, « [m]algré le caractère principalement unilatéral de leur intervention, les États-Unis ont été forcés à tenter de multilatéraliser l'occupation de l'Irak. L'administration Bush a compris que malgré de vigoureuses impulsions unilatérales, et malgré l'arrière-goût amer laissé par le débat international qui avait précédé l'invasion, l'obtention au niveau international d'un appui et de ressources constituait une condition essentielle d'une occupation réussie de l'Irak » [traduction CICR]. *Ibid.*, p. 57.

65 Voir, d'une manière générale, Ray Murphy (éd.), *Post-conflict Rebuilding and International Law*, Ashgate, Farnham, 2012.

66 N. Bhuta, *op. cit.*, note 9, p. 736. Selon l'auteur, « [l]a prétendue légitimité de l'imposition d'une nouvelle structure institutionnelle et constitutionnelle [en Irak] a également été renforcée par la pratique émergente (apparue depuis la fin de la guerre froide) de l'administration internationale de territoires » [traduction CICR] ; B.C. Parsons, *op. cit.*, note 13, p. 16 ; B.S. Brown, *op. cit.*, note 15, p. 42 ; G.T. Harris, *op. cit.*, note 12, pp. 25-32.

67 Voir Carsten Stahn, *The Law and Practice of International Territorial Administration: Versailles to Iraq and Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008 ; Ralph Wilde, *International Territorial Administration: How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away*, Oxford University Press, Oxford, 2008 ; G.H. Fox, *op. cit.*, note 5 ; Richard Caplan, *International Governance of War-Torn Territories: Rule and Reconstruction*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

la MINUSIL en Sierra Leone⁶⁸, de la ONUCI en Côte d'Ivoire⁶⁹, de l'ONUB au Burundi⁷⁰ et de la MINUSTAH en Haïti⁷¹. Dans leur forme la plus radicale, les changements visent à réformer les structures et cultures politiques de certains États, où les groupes précédemment en guerre ont été incapables de coexister dans le cadre d'une compétition politique pacifique. Ce modèle privilégie les principes de tolérance, d'inclusion et de participation. Les institutions mises en place n'ont rien d'inédit : ce sont celles des États démocratiques occidentaux, alliant des élections majoritaires à de solides protections des droits individuels et des groupes minoritaires⁷².

Les similitudes entre les missions multilatérales et les occupations transformatives sont évidentes. En effet, les unes et les autres ont généralement lieu après la fin des hostilités majeures lors d'un conflit armé ; elles favorisent les institutions démocratiques libérales mises en place au terme de réformes juridiques de grande envergure ; elles accordent peu d'attention aux formalités liées aux traditionnels droits exclusifs du souverain en matière de gouvernance nationale. S'appuyant soit sur un mandat conféré au titre du Chapitre VII (pour les missions multilatérales), soit sur les prérogatives du contrôle *de facto* (pour les occupants ayant des intentions transformatives), les unes et les autres mettent l'accent sur la souveraineté populaire, et non pas sur le contrôle effectif en tant que source fondamentale de l'autorité gouvernementale légitime⁷³. Enfin, les unes et les autres incarnent l'espoir – bien que cet espoir soit souvent teinté de scepticisme et se mêle au sentiment que ces initiatives ne sont que les meilleures parmi une série de mauvaises options – de voir ces nouvelles structures permettre, à terme, de socialiser les factions qui étaient en guerre et les mener à la coexistence pacifique. Les institutions démocratiques nouvellement établies sont donc appréciées non pas uniquement pour elles-mêmes, mais aussi en tant que moyen d'éviter la reprise du conflit⁷⁴.

68 CSNU, rés. 1270 du 22 octobre 1999.

69 CSNU, rés. 1528 du 27 février 2004.

70 CSNU, rés. 1545 du 21 mai 2004.

71 CSNU, rés. 1542 du 30 avril 2004.

72 Voir, d'une manière générale, R. Murphy, *op. cit.*, note 65. Dans l'édition 2011 de la publication présentant les opérations de maintien de la paix, les Nations Unies décrivent leurs tâches comme visant, *inter alia*, à « faciliter les processus politiques, protéger les civils, fournir aux réfugiés une assistance au retour, aider à l'organisation d'élections, démobiliser les anciens combattants et les réinsérer dans la vie civile et, enfin, promouvoir les droits de l'homme et l'état de droit » [traduction CICR]. Voir Nations Unies, *2011 UN Peace Operations Year in Review*, Nations Unies, New York, 2012, disponible (en anglais uniquement) sur : <http://www.un.org/en/peacekeeping/publications/yir/yir2011.pdf>.

73 Voir A. Roberts, *op. cit.*, note 16, p. 621 : « Parmi tous les éléments d'un projet transformatif, l'introduction d'un système électoral honnête dans le cadre d'une démocratie multipartite figure parmi ceux qui sont susceptibles d'exercer le plus d'attrait » [traduction CICR] ; W. Michael Reisman, « Sovereignty and human rights in contemporary international law », dans *American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990, p. 866 (à propos de la justification, au nom de la souveraineté populaire, des interventions pro-démocratiques et des changements de régime) ; G.H. Fox, *op. cit.*, note 5, pp. 52-55 (à propos de la promotion de la démocratie en tant qu'objectif central des missions de reconstruction post-conflit).

74 Gregory H. Fox, « Democratization », dans David M. Malone (éd.), *The UN Security Council: From the cold war to the 21st Century*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, CO, 2004, p. 69.

Nombre de chercheurs se sont penchés avec grande attention sur l'éventuelle convergence entre ces deux formes de transformation politique post-conflit⁷⁵. Il convient toutefois d'éviter tout amalgame entre, d'une part, les missions multilatérales et, d'autre part, les occupations opérées par des États qui interviennent sans mandat ni autorisation du Conseil de sécurité. D'importantes différences séparent en effet les deux types de transformation post-conflit. Toutes découlent d'un élément capital : contrairement à l'occupation transformative, la transformation multilatérale est autorisée par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

Premièrement, l'approbation du Conseil de sécurité permet un débat sur le bien-fondé de la transformation et sur ses objectifs. Ce contrôle préalable confère une légitimité essentielle aux missions qui en découlent. Si Thomas Franck a raison de dire que la légitimité normative émerge d'un processus législatif inclusif et transparent, alors l'examen par le Conseil de sécurité joue un rôle déterminant⁷⁶. Un processus législatif inclusif a davantage de chances de déboucher sur une mise en œuvre inclusive des mesures transformatives⁷⁷. La réaction internationale à l'occupation de l'Irak constitue ici un excellent cas d'école. Face à une occupation qui était devenue un fait accompli, après une guerre à laquelle ils s'étaient presque tous opposés, les membres du Conseil de sécurité n'ont apporté en 2003 qu'un soutien mitigé aux réformes conduites par les États-Unis⁷⁸. De la même façon, la planification multilatérale d'une occupation donnerait, dit-on, de meilleurs résultats. Là encore, le cas de l'Irak est illustratif : la planification des États-Unis pendant la période qui a suivi la fin de la guerre a été notoirement inepte et insensible aux préoccupations locales⁷⁹. Il serait inimaginable, par exemple, que l'une des premières actions d'une mission dirigée par les Nations Unies consiste à démanteler l'armée irakienne tout entière. De même, le fondamentalisme du marché libre (qui a inspiré tant de réformes économiques de la CPA) n'aurait probablement pas survécu à l'examen du Conseil de sécurité. Certes, l'ONU a commis un certain nombre d'erreurs dans des États sortant d'un conflit, mais elle a aussi constitué un vaste « Répertoire de la pratique du Conseil de sécurité » et elle s'efforce au moins de tirer tous les enseignements de ses échecs⁸⁰.

Deuxièmement, le droit international contemporain limite fortement les intrusions unilatérales dans l'ordre interne des États. Omettre la distinction entre transformations unilatérales d'une part, et transformations multilatérales d'autre part, exigerait de passer outre ces limitations, ou tout au moins d'en minimiser la portée. La transformation est souvent décrite comme cherchant à atteindre des

75 L'explication la plus complète de leurs similarités a été donnée par Steven Ratner. S. R. Ratner, *op. cit.*, note 15.

76 Thomas M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford University Press, Oxford, 1990.

77 *Ibid.*

78 M. Hmoud, *op. cit.*, note 15, pp. 446-447.

79 Voir les sources citées dans *op. cit.*, note 61.

80 Ce Répertoire de la pratique a été notamment compilé et analysé par la Commission de Consolidation de la Paix, établie en 2005. La Commission a créé un Groupe de travail sur les leçons apprises, qui a publié des rapports sur une large gamme de problèmes rencontrés dans la reconstruction post-conflit, disponible sur : http://www.un.org/en/peacebuilding/doc_lessonslearned.shtml.

objectifs qui sont largement partagés au sein de la communauté internationale, ce qui paraît correct (quoique dans un sens limité). Les instruments multilatéraux ont retiré les droits de l'homme et les affaires électorales du champ de compétence nationale exclusive. Et, comme nous l'avons déjà relevé, les réformes introduites dans ces deux domaines sont vues toujours davantage comme des moyens essentiels de pacifier des États sortant d'un conflit. Toutefois, la portée de ces objectifs normatifs ne peut pas être dissociée des circonstances de leur création. Les traités relatifs aux droits de l'homme sont négociés avec soin, de façon à tenir compte des intérêts divergents des États et à prévoir des mécanismes de contrôle limités, opérant au travers des institutions juridiques nationales et des organes internationaux⁸¹. L'implication du Conseil de sécurité dans la reconstruction post-conflit fait l'objet de sérieuses restrictions procédurales, principalement le veto. Plus généralement, toutes les formes de responsabilité des États sont spécifiquement considérées comme n'autorisant pas d'interventions qui violent la Charte des Nations Unies ou d'autres importantes obligations juridiques internationales de l'État lésé⁸². Les objectifs normatifs, en d'autres termes, sont inséparables des moyens limités et collectifs de leur mise en œuvre. Les normes relatives aux droits de l'homme et à la démocratie n'ont jamais été comprises (si ce n'est par certains États puissants) comme constituant un « feu vert » pour l'action unilatérale.

La raison en est claire : les États ne font pas confiance à la manière dont chacun, en l'absence de surveillance collective, déterminerait quand et comment ces normes doivent être mises en application. Ils craignent les prétextes. Les tentations d'ingérence politique sont tout simplement trop grandes. L'interdiction des interventions unilatérales est l'inévitable corollaire d'une articulation collective rigoureuse des normes – la myriade de normes anti-interventions visant spécifiquement l'action unilatérale le montre clairement. La Déclaration relative aux relations amicales, l'affaire *des activités armées au Nicaragua* (1986), les restrictions sévères imposées aux contre-mesures interétatiques et les principes rigoureux de l'immunité souveraine ne sont en fait que les principaux points de

81 Dans l'affaire des *Activités armées au Nicaragua* (1986), la CIJ a estimé que les traités relatifs aux droits de l'homme fonctionnaient comme des régimes autonomes et excluaient tous les autres moyens de mise en œuvre, même ceux qui ne contreviennent pas au droit international général. CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond)* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), Arrêt du 27 juin 1986, CIJ Recueil 1986, p. 14, para. 267 : « [q]uand les droits de l'homme sont protégés par des conventions internationales, cette protection se traduit par des dispositions prévues dans le texte des conventions elles-mêmes et qui sont destinées à vérifier ou à assurer le respect de ces droits ». Bien que cette conclusion ne soit pas incontestée, l'importante distinction que la CIJ établit entre, d'une part, les obligations conventionnelles relatives aux droits de l'homme et, d'autre part, les moyens limités pour assurer leur mise en œuvre – particulièrement dans une affaire qui a vu les États-Unis invoquer les violations des droits de l'homme commises par le Nicaragua pour justifier le recours à la force – est révélatrice d'une opinion très présente dans le droit international.

82 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 50(1), dans Nations Unies, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, présenté à la cinquante-sixième session de l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU), Supplément N° 10, novembre 2001, Doc. NU A/56/10 (2001) (à propos de l'interdiction des contre-mesures qui porteraient atteinte aux obligations énoncées dans la Charte des Nations Unies ou « découlant des normes impératives du droit international général »).

repère de l'ordre juridique qui s'est instauré après la fin de la Seconde Guerre mondiale et dans lequel le collectif est nettement préféré à l'unilatéral⁸³.

Existe-t-il une ou plusieurs raisons d'exclure l'occupation transformative de ces principes restrictifs ? Cette exclusion ne peut pas se baser sur la désirabilité des objectifs que l'occupation transformative poursuit, car leurs concepteurs collectifs les ont estimés non moins désirables mais ont refusé d'autoriser leur mise en œuvre unilatérale. Elle ne peut pas non plus se baser sur l'absence de tout autre moyen de mener à bien une réforme, étant donné que le Conseil de sécurité autorise depuis plus de vingt ans des missions dans des États sortant d'un conflit. Enfin, elle ne peut pas non plus reposer sur la thèse selon laquelle le droit humanitaire (le principal régime régissant l'occupation) montre une plus grande tolérance envers les actes unilatéraux que le droit relatif aux droits de l'homme. L'usurpation de l'autorité législative envisagée par l'occupation transformative est spécifiquement exclue par le droit de l'occupation dans sa distinction capitale entre occupant *de facto* et souverain *de jure*⁸⁴. Omettre cette distinction (et permettre ainsi que le premier devienne le second) aurait pour effet d'octroyer aux occupants l'unique prérogative qui leur fait défaut en raison du caractère provisoire de leur exercice de l'autorité⁸⁵. L'occupation transformative n'est unique que parce qu'elle offre une bonne occasion de remodeler les institutions nationales (le gardien de ces institutions – le régime déchu – ayant disparu). Pour autant, la thèse selon laquelle des actes unilatéraux répréhensibles peuvent être commis ne constitue pas un argument très valable.

Troisièmement, le fait d'assimiler les deux types de transformation (collective et unilatérale) menace de brouiller la distinction entre *jus ad bellum* et *jus in bello*. L'une des fonctions capitales d'un mandat octroyé au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies pour conduire des réformes pendant une occupation est de contourner le principe conservateur, ou de le réduire à néant. Le Conseil de sécurité exerce une autorité législative pour rendre légale une

83 Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, Résolution 2625, 24 octobre 1970, AGNU, vingt-cinquième session, Supp. N° 28, p. 121, Doc. NU A/8028 (1970) ; CIJ, *Affaire des activités armées au Nicaragua* (1986), *op. cit.*, note 81 ; CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, Arrêt, 3 février 2012, (l'immunité de l'État devant un tribunal national n'est pas affectée par des allégations de violations de règles de *jus cogens*), CIJ, Rôle général N° 143. Voir, d'une manière générale, Pierre-Marie Dupuy, « The place and role of unilateralism in contemporary international law », dans *European Journal of International Law*, Vol. 11, N° 1, 2000, pp. 19-29.

84 Cette distinction est loin d'être purement formelle. Si un occupant modifie en profondeur la structure du gouvernement, le régime autochtone qui prend le pouvoir après la fin de l'occupation peut effectivement se trouver dans l'impossibilité d'inverser les effets de ces changements. Voir Y. Dinstein, *op. cit.*, note 37, p. 124 : la modification des institutions politiques entraîne « l'inquiétante possibilité que de profondes innovations structurelles – une fois que la population s'y habitue (spécialement lors d'une occupation prolongée) – se révèlent parfois difficiles à éradiquer quand l'occupation est terminée » [traduction CICR].

85 Pour reprendre les termes de Julius Stone (à propos de l'autorité législative accordée soit aux occupants soit aux régimes autochtones) : « la différence réside dans le contraste entre, d'une part, la plénitude et la permanence du pouvoir souverain et, d'autre part, le caractère temporaire et précaire de la position de l'occupant » [traduction CICR]. Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict*, Rinehart, New York, 1954, p. 694.

pratique qui était (à mon sens) illégale au regard du droit normalement applicable, le *jus in bello*⁸⁶. Toutefois, en agissant ainsi, le Conseil ne légitime pas pour autant l'intervention qui a permis à des forces étrangères d'occuper le territoire. Pour cela, il aurait fallu une autorisation distincte, autorisation que le Conseil peut ne pas vouloir accorder (comme dans le cas de l'Irak)⁸⁷, et qui ferait intervenir un corpus juridique entièrement différent, à savoir le *jus ad bellum* qui régit l'emploi initial de la force.

La question est de savoir si la barrière entre ces deux régimes peut être maintenue dans le cas où – invoquant les missions multilatérales en tant que précédents – un occupant unilatéral transforme la législation du territoire qu'il occupe. Pour répondre à cette question, il faut comprendre les incitations créées par la possibilité d'une occupation transformative. Imaginons une intervention dont le but est de faire cesser des violations généralisées des droits de l'homme. Afin d'éviter que de telles violations ne recommencent après le départ des troupes étrangères, les intervenants profitent de la période d'occupation pour mettre en place des institutions démocratiques libérales. Quel type d'occupant est susceptible de s'engager sur cette voie? Il est fort peu probable que des occupants non démocratiques interviennent pour des motifs humanitaires, ou qu'ils se lancent dans des réformes démocratiques. Certes, des occupants démocratiques peuvent parfois intervenir pour des raisons sans rapport avec les droits de l'homme et la démocratie, mais dans ce cas il y a peu de chances qu'ils entreprennent une occupation transformative. Panama et Grenade ont connu deux interventions qui n'étaient pas motivées par des raisons humanitaires et n'ont pas été suivies par une occupation transformative. À l'inverse, dans le cas de l'Irak et, précédemment, des interventions des États-Unis et de leurs Alliés contre l'Allemagne et le Japon, une occupation transformative a fait suite à une entrée en guerre pour des raisons non humanitaires. Le seul scénario dans lequel il est quasiment certain qu'une occupation transformative sera tentée (certes, avec plus ou moins de détermination selon les cas) est celui d'un État démocratique libéral intervenant pour des raisons humanitaires. Si après être intervenu parce que les atteintes aux droits de l'homme étaient devenues intolérables, un tel État (démocratique libéral) quittait le pays en laissant en place le gouvernement qui commettait ces violations, il agirait de manière contre-productive. Et, de fait, les partisans de l'occupation transformative avancent souvent l'argument selon lequel la guerre contemporaine est désormais dominée par un objectif transformatif⁸⁸. Comme l'écrit Grant Harris, « ce qui motive nombre de guerres modernes, c'est précisément la volonté de réorganiser le territoire occupé et d'intervenir dans la vie de ses habitants »⁸⁹. Dès lors, pour qu'une occupation transformative devienne

86 Voir la discussion ci-dessous, note 113.

87 Certains auteurs affirment que le Conseil de sécurité a, en fait, accordé aux États-Unis une grande latitude pour s'engager dans des réformes en Irak. Voir, par exemple, E. Benvenisti, *op. cit.*, note 60. J'ai moi-même contesté ce point de vue : G.H. Fox, *op. cit.*, note 5, pp. 263-269.

88 Voir, par exemple, P.M.R. Stirk, *op. cit.*, note 24, p. 203.

89 Grant T. Harris, « Human rights, Israel and the political realities of occupation », dans *Israel Law Review*, Vol. 41, 2008, p. 102 [traduction CICR].

une question relevant du *jus in bello*, le scénario le plus probable serait qu'elle serve aussi de justification en vertu du *jus ad bellum*.

C'est là que se situe le danger. Bien que les interventions humanitaires unilatérales fassent encore l'objet d'un débat intense (et toujours en cours), les spécialistes du droit international reconnaissent presque unanimement que ces interventions contreviennent au *jus ad bellum*⁹⁰. Si cette affirmation est correcte, comment l'interdiction du déclenchement d'un conflit armé pour garantir les droits de l'homme pourrait-elle être maintenue alors qu'un intervenant sait que s'il réussit à occuper un territoire, le *jus in bello* l'autorisera à procéder aux réformes qui ont précisément suscité son intervention? En d'autres termes, quand la transformation constitue la raison d'une intervention, il ne serait pas réaliste de vouloir limiter au *jus in bello* les conséquences de la légitimation de la transformation. La justification et le but de l'intervention ne peuvent pas être dissociés. Comme Adam Roberts le reconnaît, « un élément d'artificialité apparaît dans la proposition selon laquelle les objectifs transformatifs peuvent parfois être acceptables, mais seulement en tant que sous-produits – et non en tant que justification réelle – d'une action militaire »⁹¹. Le danger est évité quand le Conseil de sécurité doit voter séparément afin de légitimer d'abord une intervention, puis les réformes. Toutefois, si ces derniers cas sont considérés comme constituant des précédents pour des actes commis par des occupants unilatéraux, alors l'autorisation du Conseil n'aura plus d'importance en ce qui concerne le *jus in bello*. Les mesures incitatives donnent à penser que cette autorisation cessera bientôt de compter en ce qui concerne le *jus ad bellum* aussi.

En résumé, amalgamer transformation unilatérale et transformation multilatérale crée, pour le *jus in bello*, une incitation dangereusement puissante à légitimer les violations du *jus ad bellum*. Une telle brèche ouverte dans la barrière qui sépare ces deux corpus juridiques se produit, semble-t-il, dans la direction opposée à celle contre laquelle nous sommes habituellement mis en garde. La division est généralement décrite comme empêchant les revendications relatives à la légalité du *jus ad bellum* de justifier les violations du *jus in bello*, de la même façon que la juste cause est invoquée pour légitimer les mauvais traitements infligés à des détenus. Le problème est ici probablement plus insidieux, car l'utilisation de la légalité au regard du *jus in bello* pour justifier le déclenchement d'un véritable conflit armé risque en effet d'avoir des conséquences bien plus lourdes que la

90 Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 4^e éd., Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 70-73; Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 24-42.

91 A. Roberts, *op. cit.*, note 16, p. 581 [traduction CICR]. Voir aussi Robert D. Sloane, « The cost of conflation: preserving the dualism of *jus ad bellum* and *jus in bello* in the contemporary law of war », dans *Yale Journal of International Law*, Vol. 34, 2009, p. 108: « [l]'idée émergente de l'occupation transformative, quels que soient ses autres mérites, peut parfois se trouver en contradiction avec la dichotomie *jus ad bellum/jus in bello* » [traduction CICR]; Rotem Giladi, « The *jus ad bellum/jus in bello* distinction and the law of occupation », dans *Israel Law Review*, Vol. 41, N° 1-2, 2008, p. 277: « [p]lutôt qu'un sous-produit fortuit de la guerre, l'occupation est très souvent le résultat voulu de la guerre. Elle constitue souvent une condition *sine qua non* de la réalisation des objectifs stratégiques qui incitent un État à employer la force » [traduction CICR].

légitimation de certains actes illégaux spécifiques commis au cours d'un conflit armé.

Application extraterritoriale des obligations conventionnelles relatives aux droits de l'homme

Le troisième volet de la thèse à l'appui de l'émergence de l'occupation transformative réside dans l'application extraterritoriale des obligations conventionnelles dont l'occupant doit s'acquitter en matière de droits de l'homme. Si, prétendent certains, une Puissance occupante se substitue au gouvernement *de jure* d'un État qui est lié par des traités relatifs aux droits de l'homme, l'autorité de l'occupant sur le territoire de cet État devrait être soumise aux mêmes normes conventionnelles. Au cas contraire, la population serait privée de la protection du traité sans en être en rien responsable. En outre, étant donné que les traités relatifs aux droits de l'homme exigent que les États parties promulguent une législation interne qui protège ces droits, les mêmes obligations s'appliqueraient donc quand ces États exercent le pouvoir gouvernemental par le biais d'une occupation⁹². La panoplie complète des obligations conventionnelles fonctionne effectivement comme un projet politique pour une société respectueuse des droits de l'homme. Les occupants d'États illibéraux peuvent donc parfois être obligés d'agir en tant qu'ingénieurs sociaux, en créant les normes, procédures et institutions d'une société libérale respectueuse de ses obligations conventionnelles. Comme le relève Grant Harris, « il n'existe aucun point naturel qui marque la fin de l'obligation, pour un occupant, de protéger les droits de l'homme, en dehors de la création d'un État qui fonctionne et qui possède des institutions permanentes capables d'assurer une telle protection »⁹³.

L'idée générale selon laquelle les États restent soumis, au minimum, à certaines de leurs obligations conventionnelles relatives aux droits de l'homme pendant une occupation est aujourd'hui bien établie en droit international⁹⁴. Toutefois, passer de ce principe général à la légitimation de l'occupation transformative, constitue un passage complexe. Cela tient notamment au fait que la jurisprudence relative à l'extra-territorialité (hormis celle de la Cour européenne des droits de l'homme) est en grande partie assez superficielle et fournit peu d'explications sur la manière de résoudre les conflits entre droits de l'homme

92 L'article 2(2) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) caractérise ces obligations législatives de la manière suivante: « Les États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur ».

93 G.T. Harris, *op. cit.*, note 89, p. 121 [traduction CICR].

94 Voir CIJ, *Affaire du mur*, *op. cit.*, note 42; CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, Arrêt, 19 décembre 2005, CIJ Recueil 2005, p. 168; Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, Arrêt, 7 juillet 2011, Requête N° 55721/07; Comité des droits de l'homme, Observation générale N° 31: la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, 26 mai 2004, Doc. ONU CCPR/C/21/Rec. 1/Add.13, para. 10; Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

(obligations législatives) et droit humanitaire (interdiction des changements législatifs). L'occupation se situe à la frontière entre les conflits armés et la gestion des affaires publiques en temps de paix. Certes, elle offre une excellente occasion aux sociétés fermées d'accéder aux vifs débats et à la compétition politique que les institutions démocratiques favorisent. Par contre, dans nombre de situations d'occupation, l'environnement sécuritaire est si fragile que les militaires disposent de pouvoirs qu'il serait inimaginable de leur accorder en temps de paix⁹⁵. Cette dualité crée un problème de catégories juridiques. Si l'occupation est principalement vue comme une étape dans les conflits armés, la gestion des affaires publiques ne peut devenir un véhicule pour la protection des droits de l'homme que si une telle démarche est compatible avec la capacité de l'occupant de maintenir la sécurité. Le droit de l'occupation atténue la protection qu'il accorde aux droits de l'homme par son importante déférence vis-à-vis des considérations de nécessité militaire⁹⁶. Toutefois, adopter le point de vue opposé (en considérant l'occupation comme équivalant à la gestion des affaires publiques en temps de paix) placerait les occupants dans l'obligation de respecter les traités relatifs aux droits de l'homme qui ne font aucune concession à la nécessité militaire.

Les options pouvant permettre de réconcilier ces deux régimes ne sont pas satisfaisantes. La déférence vis-à-vis de la nécessité militaire peut évidemment être retenue en considérant l'occupation comme ne relevant que du droit humanitaire (peut-être en tant que *lex specialis*). Néanmoins, cela équivaldrait à nier le principe – aujourd'hui bien établi – selon lequel les traités relatifs aux droits de l'homme s'appliquent dans les territoires occupés. Alternativement, ces traités pourraient servir de seul cadre juridique pertinent, mais les traités relatifs aux droits de l'homme ne prévoient rien en ce qui concerne la nécessité militaire étant donné qu'ils portent sur la gestion des affaires publiques en temps de paix⁹⁷. Ne pas tenir compte du tout des exigences militaires de l'occupation serait irréaliste et serait probablement inacceptable pour la plupart des États. Bien que des clauses dérogatoires figurent dans les traités relatifs aux droits de l'homme, le fait d'invoquer ces dispositions pour autoriser les opérations de sécurité nécessaires aurait pour effet d'invalider les protections plus étendues offertes par ces traités, et rendrait très similaires les protections relevant des deux régimes⁹⁸. Il en serait de

95 Une opération bien planifiée alliera aux traditionnelles opérations de sécurité des efforts visant à instaurer l'état de droit et à établir de solides institutions étatiques (qui, à long terme seront les seuls remparts effectifs contre les troubles civils). Voir l'examen approfondi de cette question dans Jane Stromseth, David Wippman et Rosa Brooks, *Can Might Make Rights?: Building the Rule of Law after Military Interventions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 134-177.

96 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 37, p. 115: « [L]a tension entre la nécessité militaire et les considérations humanitaires imprègne ... le droit de l'occupation militaire » [traduction CICR].

97 Voir Michael J. Dennis, « Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation », dans *American Journal of International Law*, Vol. 99, N°1, 2005, pp. 119-141.

98 L'on pourrait prétendre que la dérogation introduite dans le PIDCP n'avait d'autre but que de « permettre la suspension du *droit interne* des États parties dans les situations d'urgence publique, y compris en période de conflit armé » [traduction CICR] (*ibid.*, pp. 136-137). Cette opinion est confortée par le fait que, jusqu'en 2005, aucun État partie au PIDCP n'avait présenté une demande de dérogation en rapport avec des actions en dehors de son territoire national (*ibid.*, pp. 125-126).

même si l'on optait pour une interprétation « souple » des traités visant à limiter l'étendue des droits quand ceux-ci ont une incidence sur les questions de sécurité. L'approche plus nuancée de la Cour internationale de Justice, qui considère le droit humanitaire comme la *lex specialis* devant être appliquée lorsqu'elles sont en conflit avec les normes relatives aux droits de l'homme⁹⁹ – promet une analyse davantage axée sur les faits bien qu'elle aussi fasse passer la nécessité militaire avant la protection des droits.

Même s'il était possible de surmonter cette incohérence doctrinale et de considérer que les occupants sont entièrement liés par leurs obligations conventionnelles en matière de droits de l'homme, des changements législatifs ne devraient intervenir dans un territoire occupé que dans un ensemble précis de circonstances. Or, ces circonstances sont précisément celles dans lesquelles le motif invoqué par l'occupant pour agir sans mandat du Conseil de sécurité (c'est-à-dire en vertu du droit de l'occupation et non d'une autorisation donnée au titre du Chapitre VII) est le moins solide. Un conflit ne surgirait entre les obligations conventionnelles relatives aux droits de l'homme et le principe conservacionniste que si un occupant ne pouvait pas respecter un traité sans entreprendre une action législative¹⁰⁰. Les traités relatifs aux droits de l'homme contiennent trois formes distinctes d'obligations : les États parties doivent eux-mêmes s'abstenir de violer les droits protégés ; ils doivent veiller à ce que d'autres personnes placées sous leur juridiction s'abstiennent de commettre de telles violations ; enfin, ils doivent agir concrètement pour faire en sorte qu'il existe des procédures de protection des droits ainsi que des voies de recours, et que les victimes soient indemnisées¹⁰¹. Je prétends pour ma part que seule la troisième forme d'obligation entre manifestement en conflit avec le principe conservacionniste.

En premier lieu, les États parties doivent eux-mêmes s'abstenir de violer les droits protégés. C'est là une obligation purement négative. Les occupants peuvent s'y conformer en ordonnant à leurs forces armées et à leurs administrateurs civils de ne pas violer les droits. Une telle attitude n'est guère en contradiction avec le principe conservacionniste. Aucune nouvelle législation n'est nécessaire pour que les occupants eux-mêmes agissent avec retenue.

Certains rétorqueront qu'il arrive souvent qu'un occupant gouverne en s'appuyant sur les lois et les institutions existantes. Si celles-ci violent les traités relatifs aux droits de l'homme en tant que telles (et non pas à cause de la manière dont le régime déchu les appliquait), alors il devient essentiel de modifier la législation afin que les obligations conventionnelles soient respectées. Toutefois, cet argument ne s'applique qu'à une catégorie assez restreinte de lois, qui *obligent*

99 CII, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, 8 juillet 1996, CII Recueil 1996, p. 226, para. 25. Voir aussi CII, *Affaire du mur*, *op. cit.*, note 42, para. 106.

100 Comme Dinstein le fait observer, « [a]ussi longtemps qu'il ne se produit pas de collision frontale entre les exigences liées à l'occupation et les institutions politiques en place dans le territoire occupé, il n'existe aucune réelle nécessité, pour la Puissance occupante, de remanier ces dernières » [traduction CII]. Y. Dinstein, *op. cit.*, note 37, p. 124.

101 Évidemment, ces catégories ne couvrent pas complètement l'ensemble des cas et il est fort probable que les actes commis par certains occupants échappent à cette typologie.

les fonctionnaires du gouvernement à violer les droits de l'homme. Parfois, la législation se borne à *permettre* de telles violations – en autorisant, par exemple, la discrimination contre certaines catégories de citoyens, le recours de la police à des pratiques abusives, le non-respect du droit à un procès équitable par les tribunaux, la censure gouvernementale, etc. En ce cas, la source de toute violation commise serait le choix fait par un fonctionnaire de violer les lois et non pas une obligation légale de le faire. Afin que les administrateurs locaux ne continuent pas à exploiter le caractère permissif de la législation pour violer les droits, il appartiendrait à l'occupant de donner des instructions claires en vue de l'application de ces lois.

En second lieu, les États parties doivent veiller à ce que d'autres personnes se trouvant dans le territoire qu'ils contrôlent ne violent pas les droits. Dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour internationale de Justice décrit cela comme une obligation de « protéger les habitants du territoire occupé contre les actes de violence, et de ne pas tolérer de tels actes de la part d'une quelconque tierce partie »¹⁰². En territoire occupé, ces tierces parties peuvent appartenir à deux catégories distinctes. La première catégorie comprend les parties qui se trouvent en position de subordination par rapport à l'occupant (telle qu'une administration locale exécutant les ordres, ou un groupe armé allié). Certes, pour imposer des limites à ces tierces parties, l'occupant devra certainement accomplir davantage d'actes positifs que lorsqu'il se borne à s'imposer des limites à lui-même. Néanmoins, intrinsèquement, l'obligation demeure : il s'agit de s'abstenir de violer les droits de l'homme. Les tierces parties ne peuvent commettre ni actes de torture, ni viols, ni meurtres et s'abstenir de toute discrimination, par exemple. Ces limites peuvent leur être imposées par le biais d'ordres directs ou des mesures de suivi plus actives peuvent aussi être prises par l'occupant, comme par exemple s'assurer que les ordres soient transmis le long de la chaîne de commandement et que les fonctionnaires trop zélés soient relevés de leurs fonctions. Toutes ces mesures satisferaient à l'exigence posée par la Cour internationale de Justice de ne pas tolérer de tels actes de la part de tierces parties. Si leur rapport avec l'occupant est véritablement de type hiérarchique (supérieur-subordonné), il paraît bien peu probable qu'une modification de la législation existante permette de faire entendre raison à des tierces parties coupables de violations alors que cela n'a pu être obtenu en leur ordonnant directement de respecter les lois (voire même en le leur imposant).

Les tierces parties qui ne se trouvent pas dans une position de subordination par rapport à l'occupant relèvent de la seconde catégorie. Il peut parfois s'agir d'insurgés qui prennent directement l'occupant pour cible. Le fait de ne pas « tolérer » que des violations soient commises par de tels groupes indépendants ou hostiles impliquerait d'assurer le maintien de la sécurité dans le territoire, ce qui constitue une obligation essentielle du droit de l'occupation¹⁰³.

102 CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo*, *op. cit.*, note 94, para. 178 (italiques ajoutés).

103 Cette obligation découle de l'article 43 du Règlement de La Haye, qui enjoint à l'occupant de prendre « toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics ».

Puisque l'action de ces tierces parties non subordonnées ne relève pas de l'appareil du pouvoir de l'État, les éventuelles violations des droits de l'homme commises par ces parties ne sont pas assimilables au comportement fautif de fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions, dont la prévention pourrait exiger une nouvelle législation. Comme dans l'*Affaire des activités armées sur le territoire du Congo*, les violations commises par les groupes armés peuvent très bien constituer des actes de violence indépendants, que seules des mesures de sécurité renforcées peuvent prévenir ou faire cesser¹⁰⁴. L'adoption de nouvelles lois aiderait peu à enrayer les violations commises par ces groupes.

Seule une troisième forme d'obligation conventionnelle pourrait exiger une action en matière législative. En effet, outre l'obligation négative de s'abstenir de commettre des violations, les traités relatifs aux droits de l'homme demandent aux États d'agir concrètement afin de prévenir les violations, d'enquêter sur les violations, de punir ceux qui commettent des violations et de veiller à ce que les victimes obtiennent justice¹⁰⁵. Si de tels mécanismes institutionnalisés pour le suivi de l'application et la mise en œuvre des traités ne sont pas prévus dans le droit existant, les États parties n'ont d'autre moyen, pour honorer leurs obligations conventionnelles, que d'introduire de tels mécanismes dans leur législation. L'exercice de certains droits, de par leur nature même, exige des mécanismes institutionnels, tels que la tenue d'élections démocratiques et la conduite de procès équitables. Ces droits impliquent d'avoir accès à une institution ou procédure particulière. D'autres droits peuvent exiger de renforcer certaines institutions afin de faire face à des défis non relevés auparavant, comme par exemple la violence faite aux femmes dans la sphère privée. Quand il s'agit de protéger des droits qui sont assortis d'importantes mesures d'ordre procédural, les transformations institutionnelles nécessaires peuvent être très importantes¹⁰⁶.

104 Assurément, c'est ainsi que la CIJ a vu les obligations de l'Ouganda, en tant que Puissance occupante. Elle a en effet estimé que « la responsabilité de [l'Ouganda] est donc engagée à raison à la fois de tout acte de ses forces armées contraire à ses obligations internationales et du défaut de la vigilance requise pour prévenir les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire par d'autres acteurs présents sur le territoire occupé, en ce compris les groupes rebelles agissant pour leur propre compte ». CIJ, *Affaire relative aux Activités armées sur le territoire du Congo*, *op. cit.*, note 94, para. 179.

105 Comme le relève le Comité des droits de l'homme à propos du PIDCP, « [e]n vertu de l'article 2, les États parties doivent prendre des mesures d'ordre législatif, judiciaire, administratif, éducatif et autres appropriées pour s'acquitter de leurs obligations juridiques ». Observation générale N° 31, *op. cit.*, note 94, para. 7.

106 Anja Seibert-Fohr résume de la manière suivante les mesures affirmatives de mise en œuvre que le Comité des droits de l'homme exige des États parties au PIDCP : « le Comité a élaboré toute une série d'obligations de conduite en ce qui concerne le statut du Pacte en droit interne, à savoir l'obligation de codifier les droits protégés par le Pacte, d'accorder au Pacte un statut supérieur à celui de la législation nationale, de veiller à la conformité entre le Pacte et le droit interne, y compris la Constitution, et d'incorporer le Pacte dans la Constitution. D'autres exemples d'obligations de conduite résident dans les mesures spécifiques visant à prévenir et punir les violations du Pacte, telles que prévues par le Comité dans le cadre du système de rapports périodiques (c'est-à-dire mise en œuvre du droit, garanties institutionnelles et procédurales, mécanismes de suivi et de contrôle, mesures contextuelles, information et éducation » [traduction CICR]. Anja Seibert-Fohr, « Domestic implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights pursuant to its article 2, para. 2 », dans *Max Planck Year Book of United Nations Law*, Vol. 5, 2001, pp. 467-468.

Les obligations conventionnelles appartenant à cette troisième catégorie entrent clairement en conflit avec le principe conservateur. La première chose à dire est que la jurisprudence actuelle sur l'extra-territorialité n'offre littéralement aucun appui à l'argument selon lequel les occupants sont tenus de créer des institutions et de réformer les lois. Toutes les plaintes relatives à l'extra-territorialité qui ont été portées contre des Puissances occupantes devant la Cour internationale de Justice et la Cour européenne des Droits de l'homme ont concerné des violations des droits de l'homme commises par les occupants eux-mêmes¹⁰⁷. Chacune de ces affaires impliquait des actes qui auraient pu avoir été prévenus, ou auxquels il aurait pu être mis fin, sans changer les lois en vigueur. Par ailleurs, il convient de relever que cette catégorie n'inclut pas les pires atteintes aux droits de l'homme commises dans les territoires occupés. Peu de violations véritablement flagrantes – massacres, viols, tortures, pillages, expulsions massives, persécution de groupes minoritaires – exigent des solutions législatives. À en juger par le passé, ces actes sont presque toujours commis par les forces d'occupation elles-mêmes ou par leurs proches alliés. Ils relèvent de la première ou de la deuxième catégorie décrites ci-dessus, et les parties peuvent y mettre un terme en s'imposant des limites à elles-mêmes. Par exemple, en 1990-1991, des ordres donnés vers le bas de la chaîne de commandement irakienne auraient pu faire cesser le pillage du Koweït occupé.

Cela dit, même si ces cas sont peu nombreux, il reste à déterminer si les obligations affirmatives relevant de cette troisième catégorie devraient être appliquées de manière extraterritoriale. À ce stade, la discussion doit inévitablement s'orienter vers le type d'occupation que la communauté internationale souhaite valider. En effet, comme il ressort des lignes précédentes, seuls quelques occupants soucieux de réformes sont susceptibles de s'engager dans de vastes changements législatifs. L'histoire récente en matière d'occupation montre que deux scénarios spécifiques semblent impliquer de telles obligations affirmatives. Le premier scénario est celui d'une occupation prolongée, au cours de laquelle aucun plan ne prévoit un retour immédiat au contrôle local, l'occupant conservant la responsabilité du territoire à long terme. Le second scénario est celui d'une occupation qui vise le but spécifique de mener des réformes juridiques et politiques – c'est-à-dire une occupation transformative. Dans ces deux situations, les décisions prises par l'occupant en matière de gouvernance sont non seulement basées sur les nécessités pragmatiques du moment (y compris la nécessité de faire respecter les dispositions du droit de Genève protégeant les droits individuels),

107 CIJ, *Affaire du mur*, *op. cit.*, note 42 (construction d'un mur par Israël en Palestine occupée); CIJ, *Affaire relative aux Activités armées sur le territoire du Congo*, *op. cit.*, note 94 (conduite des forces armées ougandaises en Ituri, région occupée de la RD du Congo); Cour EDH, *Al-Skeini*, *op. cit.*, note 94 (actes commis par des forces d'occupation britanniques en Irak); Cour EDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, Arrêt, 7 juillet 2011, Requête N° 27021/08 (actes commis par des forces d'occupation britanniques en Irak); Cour EDH, *Loizidou c. Turquie*, Arrêt, 18 décembre 1996, Requête N° 15318/89 (actes commis par les forces d'occupation turques à Chypre); Cour EDH, *Andreou c. Turquie*, Décision sur la recevabilité, 3 juin 2008, Requête N° 45653/99 (actes commis par les forces d'occupation turques à Chypre); Cour EDH, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, Arrêt, 2 mars 2010, Requête N° 61498/08 (actes commis par des forces d'occupation britanniques en Irak).

mais elles tentent également d'apporter une solution aux problèmes à long terme constatés dans le territoire. En cas d'occupation prolongée, le problème est qu'au fil du temps, un immobilisme juridique s'instaure. Comme l'a relevé la Cour suprême d'Israël, « [u]ne occupation militaire prolongée entraîne des changements d'ordre social, économique et commercial qui l'obligent [l'occupant] à adapter le droit pour tenir compte de l'évolution des besoins de la population »¹⁰⁸. Dans le cas d'une occupation transformative, le problème réside dans les nombreux maux qui frappent une société autoritaire fermée.

Les traités relatifs aux droits de l'homme devraient-ils permettre des occupations dont les objectifs stratégiques à long terme et les programmes de réformes sont inexorablement imbriqués? Quiconque répond par l'affirmative doit être prêt à défendre l'argument selon lequel les traités relatifs aux droits de l'homme peuvent permettre (ou même rendre obligatoire) l'annexion *de facto* du territoire occupé¹⁰⁹. Le fait d'introduire dans la législation des réformes conçues pour avoir un caractère permanent est fondamentalement incompatible avec le caractère temporaire de l'occupation¹¹⁰. De telles décisions fondamentales de politique générale sont la prérogative du souverain autochtone et le fait de se les approprier équivaut à endosser le rôle de ce souverain. Comme le relève Jean Pictet, le caractère provisoire, *de facto*, de la présence étrangère est en fait ce qui distingue l'occupation de guerre de l'annexion¹¹¹. Une idée similaire transparait dans l'avis de la Cour internationale de Justice, selon lequel la construction du mur de sécurité israélien « équivaudrait à une annexion *de facto* », étant donné qu'elle créerait « sur le terrain un 'fait accompli' qui pourrait fort bien devenir permanent »¹¹². En d'autres termes, quand il exerce des pouvoirs réservés au souverain *de jure* (en l'occurrence, dans l'*Affaire du mur*, la démarcation des frontières), un occupant traite le territoire comme s'il était le sien, même sans son incorporation formelle.

108 Cour suprême d'Israël 337/71, *Christian Society for the Holy Places v. Minister of Defense*, 26(1) Piskei Din 574 (1972) [traduction CICR].

109 Comme l'écrit sans ambages le Professeur Adam Roberts, « le concept d'occupation transformative peut être parfois considéré comme ayant émergé en tant que successeur d'un concept discrédité, celui d'annexion, qui est plus honorable, mais encore profondément controversé » [traduction CICR]. A. Roberts, *op. cit.*, note 16, p. 585.

110 Christopher Greenwood, « The administration of occupied territory in international law », dans Emma Playfair (éd.), *International Law and the Administration of Occupied Territories: Two Decades of Israeli Occupation in the West Bank and Gaza Strip*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 247: « [u]n occupant peut, dès lors, suspendre ou contourner la structure administrative existante quand il existe une nécessité légitime du type examiné ici ... mais toute tentative visant à apporter dans cette structure des réformes ou des modifications effectives permanentes sera illégale » [traduction CICR].

111 J. S. Pictet, *op. cit.*, note 18, art. 47, p. 296: « L'occupation de guerre, comme nous l'avons souligné déjà à propos de l'article 4, est un état de fait essentiellement provisoire, qui n'enlève à la Puissance occupée ni sa qualité d'État, ni sa souveraineté; elle entrave seulement l'exercice de ses droits. Elle se distingue par là de l'annexion, par laquelle la Puissance occupante acquiert tout ou partie du territoire occupé pour l'incorporer à son propre territoire », disponible sur: <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/380-600054?OpenDocument>.

112 CIJ, *Affaire du mur*, *op. cit.*, note 42, para. 121.

L'option multilatérale

L'occupation transformative présente un double attrait. Tout d'abord, elle promet de faire avancer des institutions étatiques « illibérales » sur la voie du respect des normes internationales relatives aux droits de l'homme et à la gouvernance démocratique. Ensuite, elle tire parti d'un moment exceptionnel, où la transformation apparaît possible. Aucune force ne vient s'interposer entre un occupant favorable aux réformes et les changements politiques nécessaires. De fait, le principe conservateur peut paraître inutilement obstructif et anachronique en considérant que l'une et l'autre de ces justifications sont non convaincantes et en les rejetant donc. Ces éléments ne sont pas pris en compte dans les critiques évoquées plus haut, celles-ci étant dirigées contre l'agent de changement, à savoir un État agissant de manière unilatérale.

En fait, une telle vision manichéenne de la transformation – soit en tant qu'annexion *de facto* soit en tant qu'opportunité essentielle de promouvoir les droits de l'homme – est elle-même anachronique. Elle repose sur l'idée que l'agent de la transformation sera un État car, le principe conservateur restreignant l'action des seuls États, ceux-ci seraient les seuls agents de changement « libérés » par l'obsolescence du principe¹¹³. Or, une troisième option existe : une autorisation donnée par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies¹¹⁴. Assurément, si un occupant était autorisé par le Conseil de sécurité à réformer la législation et les institutions locales d'un territoire, le pouvoir législatif dont il serait investi primerait sur le principe conservateur¹¹⁵. Les actions engagées ne seraient donc plus régies par le droit de l'occupation, tout au moins en ce qui concerne les limitations imposées au pouvoir législatif de l'occupant. Au contraire, l'occupation s'apparenterait aux nombreuses missions que le Conseil de sécurité a mises sur pied au cours des vingt dernières années en leur fixant

113 Il est vrai que certains auteurs estiment que les organisations internationales peuvent être liées, à certains égards, par le droit de l'occupation, mais cette possibilité reste hypothétique. En effet, ni les Nations Unies ni aucun autre organisme international n'ont jamais reconnu eux-mêmes leur statut d'occupant au sens du droit humanitaire. Voir G.H. Fox, *op. cit.*, note 5, pp. 222-225. En outre, comme expliqué plus bas, même si les Nations Unies étaient ainsi liées par le droit de l'occupation, le Conseil de sécurité pourrait exempter l'Organisation du principe conservateur en invoquant le Chapitre VII de la Charte.

114 Pour une étude des diverses formes de l'implication potentielle du Conseil de sécurité dans la fixation des mandats pour les occupants, voir G.T. Harris, *op. cit.*, note 89, pp. 168-171.

115 Voir A. Roberts, *op. cit.*, note 16, p. 622 ; S.R. Ratner, *op. cit.*, note 15, p. 710 ; B.S. Brown, *op. cit.*, note 15, p. 60 ; David J. Scheffer, « Beyond occupation law », dans *American Journal of International Law*, Vol. 97, N° 4, 2003, p. 851. L'autorité du Conseil de sécurité de déroger aux normes conventionnelles en vigueur est fondée sur l'article 103 de la Charte des Nations Unies, dont l'autorité préemptive a été affirmée par la CIJ dans son ordonnance relative aux mesures conservatoires demandées par la Jamahiriya arabe libyenne dans l'*Affaire Lockerbie*. CIJ, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, 14 avril 1992, CIJ Recueil 1992, p. 3, para. 39 ; CIJ, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)*, 14 avril 1992, CIJ Recueil 1992, p. 114, para. 42. Voir, d'une manière générale, Stefan Talmon, 'The Security Council as World Legislature', dans *American Journal of International Law*, Vol. 99, N° 1, 2005, pp. 175-193.

des mandats détaillés visant à promouvoir les droits de l'homme et la démocratie politique dans des pays sortant d'un conflit.

Il est surprenant que tant d'énergie soit mobilisée pour plaider en faveur de l'extension de l'autorité unilatérale des Puissances occupantes. Le but du régime de paix et de sécurité internationales des Nations Unies était de parvenir à une « multilatéralisation » touchant tous les aspects des conflits armés¹¹⁶. Dans la période d'après-guerre froide, ce but a été largement atteint. Selon deux importantes banques de données sur les conflits armés¹¹⁷, le monde a connu dix conflits armés interétatiques entre 1990 et 2010¹¹⁸. À l'exception de deux d'entre eux, tous ces conflits ont été traités, d'une manière ou d'une autre, par le Conseil de sécurité des Nations Unies, qui a pris des mesures allant de l'autorisation d'une intervention à l'apport d'un soutien à des processus de paix régionaux¹¹⁹. Le Conseil s'est impliqué de manière non pas épisodique mais holistique (il s'est en effet penché régulièrement sur tous les aspects des conflits armés, de l'éclatement des hostilités à leur cessation)¹²⁰. Le Conseil s'efforce de jouer un rôle de médiateur dans les différends qui semblent susceptibles de dégénérer en conflit armé. Il autorise les interventions faisant suite à des incursions transfrontalières. Il condamne les violations du droit humanitaire commises au cours des conflits armés, notamment en référant certaines situations devant la Cour pénale internationale. Il apporte son soutien aux négociations en vue de la conclusion d'accords de cessez-le-feu et d'éventuels accords de paix. Enfin, comme cela a été relevé, il dépêche des missions de reconstruction dans des États venant de

116 Comme l'écrit Thomas Franck, le but central du système de sécurité collective établi par la Charte des Nations Unies consiste à « remplacer un système démodé et dangereux, qui voyait les États ne compter que sur eux-mêmes et recourir unilatéralement à la force, par un système policier mondial qui fonctionne et qui soit capable de protéger le faible contre le fort et qui puisse, face à une situation spécifique de non-droit, réagir promptement en utilisant des niveaux de force appropriés » [traduction CICR]. Thomas M. Franck et Faiza Patel, « UN police action in lieu of war: 'The old order changeth' », dans *American Journal of International Law*, Vol. 85, N° 1, 1991, p. 73.

117 Il s'agit des données compilées aux États-Unis par le projet COW (Correlates of War) disponible sur: <http://www.correlatesofwar.org>, ainsi que du programme suédois/norvégien, université d'Uppsala (UCDP) et Institut de recherches sur la paix (PRIO), à Oslo, disponible sur: <http://www.prio.no/CSCW/Datasets/Armed-Conflict/UCDP-PRIO/>.

118 Les principaux conflits armés ont été: la guerre du Golfe (1991), la guerre d'indépendance de la Bosnie-Herzégovine (1992), le conflit du Haut-Karabagh entre l'Azerbaïdjan et l'Arménie (1993-1994), la guerre entre l'Érythrée et l'Éthiopie (1998-2000), le conflit du Kosovo (1999), l'invasion de l'Afghanistan par les États-Unis (2001), l'invasion de l'Irak par les États-Unis (2003) et, enfin, le différend frontalier entre Djibouti et l'Érythrée (2008). Plusieurs affrontements ont eu lieu entre l'Inde et le Pakistan pendant cette période, mais ils sont traités de manière différente par les deux banques de données.

119 Le Conseil de sécurité n'a pris aucune mesure au sujet des tensions entre l'Inde et le Pakistan au Cachemire qui ont dégénéré en conflit armé à dix reprises pendant cette période, ni au sujet de la guerre de l'Alto Cenepa de 1995 (ce conflit territorial entre l'Équateur et le Pérou avait précédemment fait l'objet d'un traité régional tripartite (Protocole de Rio de Janeiro de 1942) et d'une mission d'observation déployée par les États signataires du Protocole; son règlement définitif est intervenu en 1995 (Déclaration de paix d'Itamaraty). Voir Glenn R. Weidner, 'Operation Safe Border: the Ecuador-Peru crisis', dans *Joint Forces Quarterly*, printemps 1996, pp. 52-58.

120 Les divers points de vue sont examinés dans Vaughan Lowe, Adam Roberts, Jennifer Welsh et Dominik Zaum (éds), *The United Nations Security Council and War: The Evolution of Thought and Practice since 1945*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

sortir d'un conflit¹²¹. L'ONU (via l'action du Conseil de sécurité) a évolué bien au-delà de la simple réaction en cas d'agression, déployant désormais des stratégies sophistiquées de prévention, médiation, réconciliation, reconstruction et, à terme, de sortie des zones de conflit¹²².

Ce mouvement vers le multilatéralisme est particulièrement évident dans la phase post-conflit¹²³. L'ONU est désormais un acteur indispensable dans ce type d'opérations menées pendant la période de transition, affichant une courbe d'apprentissage évidente et étendant son champ d'expertise institutionnelle. Afin que l'organisation continue de tirer les enseignements de ses succès et de ses échecs, le Conseil de sécurité a créé en 2005 la Commission de consolidation de la paix (CCP). Celle-ci a pour mandat de « [r]éunir tous les intéressés afin qu'ils mobilisent des ressources, proposer des stratégies intégrées aux fins de la consolidation de la paix et du relèvement après les conflits ... » et d'« [a]ppeler l'attention sur les efforts de reconstruction et de renforcement des institutions nécessaires au relèvement au lendemain d'un conflit ... »¹²⁴. Évaluant en 2006 l'action menée par l'ONU dans les situations post-conflit, Doyle et Sambanis concluent que l'organisation obtient les meilleurs résultats quand elle est impliquée dans tous les aspects d'une transition, de la résolution du conflit à la gestion des affaires publiques en temps de paix¹²⁵. Le fait que l'ONU joue un *plus grand* rôle vient donc *accroître* l'efficacité de la reconstruction post-conflit.

Ainsi, toute la trajectoire de la gestion internationale des conflits tend vers des réponses collectives et l'ONU possède désormais davantage d'expérience en matière de réforme que n'importe quelle autre force armée nationale (y compris celle des États-Unis). Dans ces conditions, il semble que tout élargissement des prérogatives d'un occupant au nom du droit de l'occupation serait un retour vers un passé où les options collectives soit n'existaient pas (avant la Seconde Guerre mondiale), soit ne fonctionnaient pas (durant la guerre froide). Un renforcement de l'unilatéralisme méconnaîtrait les nombreux domaines dans lesquels, depuis 1945, le droit international a refusé de donner licence à une action unilatérale, et ce même quand une telle action était décrite comme essentielle pour réaliser des objectifs humanitaires. Plusieurs exemples peuvent être cités, notamment le rejet général des interventions humanitaires unilatérales, la réticence à approuver les conceptions élargies de la compétence universelle, ou encore le refus de reconnaître

121 Voir, de manière générale, Ramesh Thakur, *The United Nations, Peace and Security: From Collective Security to the Responsibility to Protect*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

122 Touko Piiparinen, *The transformation of UN Conflict Management: Producing Images of Genocide from Rwanda to Darfur and Beyond*, Routledge, Londres et New York, 2010.

123 Thorsten Benner, Stephan Mergenthaler et Philipp Rotmann, *The New World of UN Peace Operations: Learning to Build Peace?*, Oxford University Press, Oxford, 2011; Michael W. Doyle et Nicholas Sambanis, *Making War and Building Peace: United Nations Peace Operations*, Princeton University Press, Princeton, 2006.

124 CSNU, rés. 1645 du 20 décembre 2005, para. 2.

125 M. Doyle et N. Sambanis, *op. cit.*, note 123, pp. 349-350: « [l]a caractéristique déterminante commune à toutes les opérations réussies est d'avoir chacune débouché sur un accord de paix global – accord impliquant les Nations Unies dans le processus de paix tout entier, de la signature du premier cessez-le-feu au rétablissement des dernières structures de gouvernement » [traduction CICR].

les exceptions inspirées par les droits de l'homme à l'immunité souveraine dans les tribunaux nationaux. Un renforcement de l'unilatéralisme méconnaîtrait également les multiples façons dont le Conseil de sécurité a intégré les préoccupations liées aux droits de l'homme et à la démocratie dans ses stratégies relatives aux États sortant d'un conflit. En effet, le Conseil a poursuivi ces objectifs de façon telle que certains auteurs jugent trop rapide l'introduction de ces objectifs dans des sociétés politiquement fragiles¹²⁶. En ce début de XXI^e siècle, renforcer l'autorité unilatérale sur les affaires internes des États constituerait un réel anachronisme.

Bien sûr, l'option multilatérale n'est pas, et ne sera pas, en tout temps à disposition. Les vetos opposés par certains de ses membres permanents, l'absence de volonté politique, les résistances locales aux réformes et une multitude d'autres éléments peuvent parfois empêcher le Conseil de sécurité d'approuver les réformes. Au moment de la rédaction du présent article, l'incapacité du Conseil à traiter la crise syrienne de manière significative paraît être un cas d'espèce. Cela dit, une telle affirmation ne fournit pas nécessairement un soutien appuyé à l'unilatéralisme, car l'impossibilité de saisir le Conseil est peut-être plus rare qu'on ne le pense. Si le Conseil de sécurité a autorisé un occupant à recourir à l'emploi initial de la force à des fins de transformation, il est fort improbable qu'il refuse ensuite de soutenir la transformation elle-même. Un refus du Conseil de sécurité ne paraît envisageable que lorsqu'un occupant a entièrement omis de solliciter l'approbation du Conseil pour l'intervention en question, soit lorsque l'approbation a bien été demandée mais qu'elle a été refusée¹²⁷. En ces cas, le Conseil ne serait appelé à approuver les réformes qu'*après* qu'une occupation soit devenue un fait accompli. À ce moment, l'occupant étant déjà en place, de nombreuses raisons pour lesquelles les membres du conseil s'étaient opposés à l'intervention initiale auraient perdu leur pertinence. Entre-temps, la souveraineté de l'État envahi aurait été compromise et l'occupant aurait ainsi pu prendre pied dans une région d'où certains membres du Conseil pourraient souhaiter le voir écarté et, le cas échéant, l'intervention aurait déjà eu des conséquences géopolitiques. Une résolution sanctionnant le projet de réformes dans le territoire ne permettrait de repousser aucune de ces éventualités redoutées. Peut-être plus important encore, l'opportunité serait donnée au Conseil de dicter les « paramètres » de l'occupation. Bref, en de telles circonstances, les mesures incitatives paraîtraient dirigées contre le refus du Conseil d'approuver les réformes. Le risque limité d'échec de l'option multilatérale ne joue donc qu'un rôle limité dans l'expansion radicale de l'unilatéralisme.

Vu sous cet angle, le principe conservateur ne se substitue pas au droit international qui s'exonérerait de la responsabilité des changements juridiques nécessaires dans les territoires occupés. Au lieu de cela, le principe conservateur

126 Voir Jack Snyder, *From Voting to Violence: Democratization and Nationalist Conflict*, W.W. Norton & Company, New York, 2000.

127 Un occupant pourrait ne pas solliciter l'approbation du Conseil de sécurité soit parce qu'il croit que cela serait inutile, soit parce qu'il pense avoir agi en état de légitime défense (auquel cas aucune approbation du Conseil de sécurité n'est requise). Toutefois, l'article 51 de la Charte des Nations Unies demande aux États agissant en légitime défense de faire immédiatement rapport au Conseil de sécurité.

constitue une limitation imposée à l'« auto-assistance » (*self-help*) unilatérale, qui trouve un important soutien ailleurs dans la doctrine contemporaine.

Conclusion

L'occupation de l'Irak a suscité un important débat quant au rôle des occupants dans les territoires nécessitant des réformes législatives. Le problème central était différent de celui qui se pose habituellement au droit de l'occupation. Il ne s'agissait pas de savoir comment protéger les habitants du territoire contre un occupant prédateur ou brutal qui subordonne leur bien-être à ses propres objectifs politiques. La question était plutôt de savoir comment agir vis-à-vis d'un occupant qui s'efforce d'*accroître* le bien-être des habitants ? Certains commentateurs ne voyaient guère de raison d'empêcher un tel occupant de légiférer pour introduire les nouvelles normes, aujourd'hui bien établies dans le droit international, qui visent à promouvoir les droits de l'homme et la gouvernance démocratique. En particulier, le principe conservateur était jugé anachronique puisqu'il s'opposait à la promulgation d'une telle législation censée être bénéfique. Ce principe ne correspondait pas à la pratique observée depuis 1945 en matière d'occupation, il se démarquait des missions de reconstruction autorisées par les Nations Unies dans les pays sortant d'un conflit et était incompatible avec les obligations extraterritoriales en matière de droits de l'homme incombant à tout occupant.

Tous ces arguments destinés à condamner pour anachronisme le principe conservateur se sont cependant révélés considérablement exagérés. Depuis que le droit de Genève est en vigueur, l'Irak est le seul cas où l'occupant a légiféré à des fins explicitement transformatives. Bien que poursuivant des buts similaires, les missions autorisées par les Nations Unies diffèrent de manière importante des occupations unilatérales et il est donc extrêmement problématique d'invoquer ces missions en tant que précédents juridiques. De plus, l'application extraterritoriale des obligations conventionnelles en matière de droits de l'homme n'a été utilisée qu'afin d'empêcher les occupants de commettre ou de tolérer des violations. À ce jour, aucune instance judiciaire internationale n'a condamné pour violation de ses obligations conventionnelles un occupant qui aurait omis de légiférer dans un territoire étranger placé sous son contrôle.

Aucune des réactions à l'émergence présumée de l'occupation à visées transformatrices n'est « dispositive », au sens où elle révélerait qu'une telle démarche est nécessairement incompatible avec le droit de l'occupation contemporain, ou montrerait, dans la pratique des États, des réactions clairement négatives à des cas particuliers d'occupation transformative. Mais la barre ne doit pas être placée si haut. Aux fins de ma démonstration, il suffit que ces thèses soient modérément convaincantes. C'est à elles, en effet, qu'incomberait en grande partie d'expliquer pourquoi le pouvoir législatif des occupants échapperait à la tendance générale à la multilatéralisation qui touche aujourd'hui tous les aspects des conflits armés. Les arguments en faveur de l'occupation transformative échouent à s'acquitter de cette tâche.

L'emploi de la force en période d'occupation : maintien de l'ordre public et conduite des hostilités

Kenneth Watkin*

Le brigadier-général à la retraite Kenneth Watkin a été titulaire de la chaire Charles H. Stockton de droit international au Naval War College des États-Unis, après avoir été juge-avocat général des Forces armées canadiennes.

Résumé

Le présent article explore le droit qui régit le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure en situation d'occupation belligérante. À l'instar de ce qui s'est produit en Irak en 2003-2004, tout conflit armé international s'accompagne d'un risque de généralisation de la violence. Inévitablement, les forces militaires et les forces de police s'engagent dans des activités qui se juxtaposent et se recoupent. Or, les normes relatives au maintien de l'ordre sont basées sur les droits de l'homme, tels que le droit à la vie, et sont également présentes dans le droit international humanitaire. Ainsi, en période d'occupation militaire, tant les normes qui régissent la conduite des hostilités que les normes relatives au maintien de l'ordre public sont applicables. Leur mise en œuvre simultanée au titre du droit international humanitaire et des droits de l'homme vient en fait renforcer la protection des habitants des territoires occupés.

* L'auteur a également participé à la réunion d'experts tenue les 29 et 30 octobre 2009 à Genève (*Third Meeting of Experts: The Use of Force In Occupied Territory*) qui a donné lieu à la publication par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) d'un rapport intitulé *Expert Meeting: Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, préparé et édité par Tristan Ferraro, CICR, Genève, mars 2012, disponible en anglais sur : <http://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/icrc-002-4094.pdf> (tous les liens internet ont été consultés entre février et octobre 2012).

La version originale en anglais de cet article est publiée sous le titre « Use of force during occupation: law enforcement and conduct of hostilities », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, N° 885, printemps 2012, pp. 267-315.

Mots-clés : occupation, emploi de la force, maintien de l'ordre public, conduite des hostilités, situation sécuritaire en Irak, insurrection, lutte contre l'insurrection, fonctions de police et maintien de l'ordre, droits de l'homme, droit international humanitaire



Malgré le nombre considérable de dispositions de droit international – conventionnel et coutumier – traitant de l'occupation, plusieurs interrogations subsistent quant à la manière de faire régner la loi et l'ordre dans les territoires occupés. Une question se trouve souvent au cœur du débat : l'emploi de la force par un occupant est-il régi par le droit international humanitaire (DIH) ou par les droits de l'homme ? Le présent article examine cette question à la lumière des situations d'occupation militaire donnant lieu à une résistance violente ; il donne un aperçu des normes juridiques régissant l'emploi de la force par un occupant dans le but de faire régner la loi et l'ordre ; enfin, il évalue la manière dont le droit s'applique dans de telles situations, particulièrement complexes sur le plan de la sécurité.

L'article comporte six parties. La première décrit brièvement le droit qui régit l'occupation ; elle inclut l'examen des sources des obligations normatives, aux termes desquelles un occupant est tenu de maintenir l'ordre public, en précisant notamment à quel moment ces obligations commencent. La deuxième partie examine la nature des menaces pesant sur la sécurité, ces menaces allant des infractions de droit commun à la participation de groupes armés organisés à un conflit armé international en cours. Cette analyse porte sur la situation sécuritaire complexe dans laquelle le maintien de l'ordre doit souvent être assuré. Elle fait référence aux situations d'occupation de la Seconde Guerre mondiale et cite la guerre en Irak de 2003-2004 à titre d'exemple d'occupation « violente » (une attention particulière est portée au conflit en Irak, car il fournit un exemple contemporain de la complexité de la situation sécuritaire pendant une occupation comme celle-ci). La troisième partie de l'article a pour thème les similarités existant entre le maintien de l'ordre en temps d'occupation, d'une part, et la conduite d'une campagne de lutte contre l'insurrection lors d'un conflit armé non international, d'autre part. Le rôle important des mesures de police pendant une telle campagne est évoqué, de manière à mettre en évidence la spécificité de l'environnement dans lequel les forces de sécurité doivent intervenir quand elles conduisent des opérations au sein de la population d'un territoire occupé.

Une fois établie la nature des menaces pesant sur la sécurité, la quatrième partie de l'article décrit les restrictions que les normes juridiques (droit humanitaire et droits de l'homme) imposent à l'emploi de la force. L'examen des obligations découlant du DIH et des droits de l'homme en termes de responsabilité permet d'établir les limites normatives à l'emploi de la force et d'introduire une discussion sur les options dont dispose la puissance occupante pour assurer la sécurité. La cinquième partie est consacrée au principe selon lequel la loi spéciale (*lex specialis*) déroge à la loi générale. Le but de cet examen est de mieux définir les relations entre le régime des droits de l'homme et celui du droit humanitaire. Une attention particulière est accordée au processus, engagé depuis longtemps

déjà, d'intégration des normes des droits de l'homme dans le droit humanitaire. À cet égard, une distinction est établie entre, d'une part, les normes telles que le droit à la vie et, d'autre part, les systèmes juridiques (droits de l'homme et droit humanitaire) dont relèvent ces normes. Le processus d'intégration en cours vient étayer l'interprétation selon laquelle aucun « conflit de normes » n'existe en ce qui concerne les opérations de maintien de l'ordre en territoire occupé. En effet, les normes (fondées sur les droits fondamentaux de la personne) qui régissent de telles opérations relèvent des deux branches du droit que sont les droits de l'homme et le droit humanitaire. Enfin, l'article examine d'un point de vue pratique l'emploi de la force pendant une occupation militaire. Cette analyse révèle qu'en ce qui concerne l'emploi de la force, c'est la nature de la menace qui détermine l'application de l'un ou l'autre type de normes – les unes, fondées sur les droits de l'homme, régissant le maintien de l'ordre public, les autres régissant la conduite des hostilités (choix des cibles et précautions dans l'attaque).

Occupation et état de droit

Établissement de l'occupation

Plusieurs difficultés sont associées au concept d'occupation. Tout d'abord, il faut établir, d'un point de vue général, différentes catégories d'occupation. Ensuite, il faut déterminer ce qui constitue une « occupation » au regard du DIH et définir quand commence une occupation. Il faut enfin établir comment les droits légaux (tels que le droit à la vie) sont étendus aux habitants d'un territoire occupé. Le terme « occupation » est utilisé pour décrire une large gamme de situations qui, fondamentalement, se traduisent par le fait qu'un territoire passe sous le contrôle d'un État étranger, d'une organisation internationale ou d'une entité dépourvue de tout titre de souveraineté. Adam Roberts a ainsi identifié dix-sept types d'occupations, allant du temps de guerre au temps de paix, en passant par les périodes d'après-guerre. D'autres catégories peuvent être établies si, notamment, des forces intervenant sous l'autorité des Nations Unies contrôlent la totalité ou une partie d'un territoire¹ ou si l'occupation est le fait d'une entité non étatique². Une école de pensée est favorable à une application large du droit de l'occupation³, mais « l'occupation belligérante » classique reste la norme emblématique à l'aune de laquelle le droit de l'occupation est normalement évalué⁴.

1 Adam Roberts, « What is military occupation? », dans *British Yearbook of International Law*, Vol. 55, N° 1, 1984, p. 261. Voir aussi Eyal Benvenisti, *The international law of occupation*, Princeton University Press, Princeton, 1993, p. 4 ; et Gregory H. Fox, *Humanitarian occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 4, qui estime qu'il existe une forme d'occupation humanitaire, définie comme étant « l'exercice d'une autorité sur le territoire d'un État, ou sur une partie de celui-ci, par un acteur international dans le but exprès de créer un ordre libéral, démocratique » [traduction CICR].

2 A. Roberts, *op. cit.*, note 1, pp. 292-293.

3 *Ibid.*, p. 250; E. Benvenisti, *op. cit.*, note 1, p. 4.

4 A. Roberts, *ibid.*, pp. 261-262. Selon l'auteur, l'occupation belligérante ou « belliqueuse » (*occupatio bellica*) est synonyme d'occupation de territoire ennemi, sa caractéristique étant d'être une opération

Selon Yoram Dinstein, l'occupation belligérante – qui ne peut exister que dans le contexte d'un conflit armé international entre États – disparaît souvent sous le voile du mythe selon lequel elle constitue une anomalie, voire même une aberration, du droit international⁵. Pourtant, ce type d'occupation fait souvent intégralement partie des conflits armés, étant donné que

[d]ès que les combats se stabilisent le long de lignes fixes, ne coïncidant pas avec le tracé original des frontières internationales, les zones transfrontalières saisies et effectivement contrôlées par l'une des parties belligérantes sont considérées comme étant soumises à une occupation belligérante⁶.

La difficulté est souvent de convaincre un État d'admettre qu'il est un occupant⁷. Eyal Benvenisti a relevé que les occupants des temps modernes préféreraient, pour des raisons diverses, ne pas mettre en place des formes directes d'administration. À son avis, la reconnaissance du « statut d'occupant constitue la première (et la plus importante) indication que l'occupant entend respecter le droit de l'occupation »⁸. Un enjeu essentiel consiste donc à déterminer à quel moment l'occupation est établie en droit.

L'article 42 du Règlement de La Haye de 1907 énonce le critère juridique permettant d'établir l'occupation : « [u]n territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et est en mesure de s'exercer »⁹. Une telle définition a un impact direct sur la question de la responsabilité de la puissance occupante en matière de maintien de l'ordre public : que signifie réellement l'expression « où cette autorité est établie et est en mesure de s'exercer » ? Un élément de réponse est fourni par les articles 43 du Règlement de La Haye et 64 de la IV^e Convention de Genève¹⁰. L'article 43 du Règlement de La Haye dispose en effet que :

menée par un État belligérant sur le territoire d'un État ennemi pendant le déroulement d'un conflit armé et avant la conclusion d'un accord général d'armistice. Voir aussi Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 31-32.

5 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, p. 1.

6 *Ibid.* [traduction CICR].

7 Voir Hans-Peter Gasser, « Protection of the civilian population », dans Dieter Fleck (éd.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2^e éd., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 276.

8 E. Benvenisti, *op. cit.*, note 1, p. 5 [traduction CICR].

9 Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907, Deuxième Conférence internationale de la Paix, 15 juin – 18 octobre 1907, Actes et Documents, La Haye, 1907, Vol. I, pp. 626-637 (ci-après: Règlement de La Haye).

10 Les quatre Conventions sont les suivantes: Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, 75 UNTS 31 (IV^e Convention); Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, 75 UNTS 85 (II^e Convention); Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, 75 UNTS 135 (ci-après: III^e Convention de Genève ou CG III); Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, 75 UNTS 287 (ci-après: IV^e Convention de Genève ou CG IV).

[l]’autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l’occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d’assurer, autant qu’il est possible, l’ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays¹¹.

Cette obligation se reflète également à l’article 64 de la IV^e Convention de Genève, qui stipule : « [l]a Puissance occupante pourra toutefois soumettre la population du territoire occupé à des dispositions qui sont indispensables pour lui permettre de remplir ses obligations ... et d’assurer l’administration régulière du territoire ... »¹². La IV^e Convention interdit que les « personnes protégées » fassent l’objet d’actes ou de menaces de violence ; elle établit en outre des règles portant notamment sur le maintien des lois et des tribunaux, ainsi que sur les conditions d’internement¹³.

Il a été relevé que, d’un point de vue technique, « le moment précis où une invasion devient une occupation n’est pas toujours facile à déterminer »¹⁴. Deux interprétations sont traditionnellement proposées. La première attribue un sens restrictif au terme « occupation » tel qu’il figure dans le Règlement de La Haye (« interprétation étroite »). La seconde, que l’on trouve dans le Commentaire de la IV^e Convention de Genève, rédigé sous la direction de Jean Pictet¹⁵, interprète de manière plus libérale le terme « occupation » figurant dans la IV^e Convention (« interprétation large »). À propos de la première interprétation, Leslie Green note qu’« [u]n territoire n’est occupé que lorsqu’il est placé de fait sous le contrôle et l’administration d’un occupant et [le territoire occupé] ne s’étend qu’aux régions dans lesquelles l’occupant est véritablement en mesure d’exercer un tel contrôle »¹⁶. Cette approche reflète la conception suivante : la seule autorité pouvant être exercée est celle qui est imposée ou permise par l’occupant ; les forces locales n’ont plus d’action effective dans la région ; la population est désarmée ; enfin, la puissance occupante « fait effectivement régner la loi et l’ordre avec les troupes disponibles ou facilement mobilisables, au besoin,

11 Règlement de La Haye, art. 43. Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, p. 89. L’auteur relève que le texte français officiel de l’article 43 fait référence à l’obligation de restaurer et d’assurer « l’ordre et la vie publics », il convient donc de donner au vocable « safety » qui, dans la version anglaise, traduit l’expression « vie publique » une interprétation tenant compte de ce contexte. Voir aussi E. Benvenisti, *op. cit.*, note 1, p. 7, n. 1 ; voir enfin Marco Sassòli, « Legislation and maintenance of public order and civil life by Occupying Powers », dans *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 4, 2005, p. 663.

12 CG IV, art. 64(3).

13 *Ibid.*, art. 27, 47 et suiv.

14 A. Roberts, *op. cit.*, note 1, p. 256 [traduction CICR].

15 Jean S. Pictet (éd.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire, (IV) Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre* (ci-après : *Commentaire de la IV^e Convention*), CICR, Genève, 1956, art. 6, p. 67.

16 Leslie C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 3^e édition, Manchester University Press, Manchester, 2008, p. 285 [traduction CICR]. Voir aussi Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, pp. 38-42 ; et Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Hersch Lauterpacht, Longmans, Green & Co., Londres, 1952, p. 434, écrit : « Il est maintenant certain qu’une simple invasion n’est pas une occupation. ... L’occupation est une invasion à laquelle s’ajoute le fait de prendre possession du pays ennemi. ... [u]n occupant met en place un certain mode d’administration, ce que ne fait pas un simple envahisseur » [traduction CICR].

pour l'aider dans cette tâche»¹⁷. En ce sens, «alors qu'une invasion consiste simplement à pénétrer en territoire hostile, une occupation implique l'exercice d'un contrôle effectif sur la zone concernée»¹⁸. En 1948, le procès des Otages¹⁹ a permis d'établir la distinction entre invasion et occupation :

Le terme invasion implique une opération militaire, alors qu'une occupation indique l'exercice de l'autorité gouvernementale en remplacement du gouvernement établi. Cela présuppose la destruction de la résistance organisée et la mise en place d'une administration afin de préserver la loi et l'ordre. Dans la mesure où le contrôle exercé par l'occupant est maintenu et où le gouvernement civil est éliminé, la zone sera déclarée occupée²⁰.

L'exigence d'un niveau significatif de contrôle est cohérente avec un arrêt rendu en 2005 par la Cour internationale de Justice (CIJ), stipulant :

[I]e dossier de l'affaire ne présente aucun élément de preuve qui permettrait à la Cour de caractériser la présence de troupes ougandaises stationnées à l'aéroport de Kisangani comme une occupation au sens de l'article 42 du règlement de La Haye de 1907²¹.

Il aurait fallu démontrer que «les forces armées ougandaises présentes en RDC n'étaient pas seulement stationnées à tel ou tel endroit, mais qu'elles avaient également substitué leur propre autorité à celle du Gouvernement»²². Il convient de relever que ni dans l'*affaire du Congo*, ni dans l'*affaire du mur*²³, la CIJ n'a abordé la question d'une interprétation plus large de l'«occupation» au sens de la IV^e Convention de Genève²⁴ : selon une telle interprétation, l'occupant doit être en mesure d'exercer sa gouvernance sur le territoire occupé même s'il n'y exerce pas sa souveraineté²⁵. Toutefois, lorsqu'une occupation est établie en droit, l'absence de mise en place d'une administration n'exonère pas l'occupant des obligations que lui impose le DIH²⁶.

17 L.C. Green, *op. cit.*, note 16, p. 258 [traduction CICR].

18 Gerhard von Glahn, *Occupation of Enemy Territory*, Lund Press, Inc., Minneapolis, 1957, p. 28 [traduction CICR].

19 Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg, affaire *États-Unis d'Amérique c. Wilhelm List et consorts*, Affaire N° 7, 19 février 1948, *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. 11, Government Printing Office, Washington, 1950 (ci-après : Procès des Otages).

20 *Ibid.*, p. 1243 [traduction CICR].

21 Cour internationale de Justice (CIJ), *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, 19 décembre 2005, *Recueil CIJ*, 2005, p. 231, para. 177, disponible sur : <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf> (ci-après : *Affaire du Congo*).

22 *Ibid.*, p. 230, para. 173.

23 CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, 9 juillet 2004, *Recueil CIJ*, 2004, p. 136, disponible sur : <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf> (ci-après : *Affaire du mur*).

24 Marten Zwanenburg, «Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the law of occupation», dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, N° 856, décembre 2004, p. 749.

25 Yoram Dinstein, «International law of belligerent occupation and human rights», dans *Israel Yearbook of Human Rights*, Vol. 8, 1978, pp. 105-106 ; E. Benvenisti, *op. cit.*, note 1, pp. 5-6.

26 E. Benvenisti, *op. cit.*, note 1, p. 5.

L'interprétation plus large (prônée par Jean Pictet) vise à renforcer au maximum la protection des civils. Selon le *Commentaire de la IV^e Convention*, l'application de la Convention, pour les individus, « est indépendante de l'existence d'un état d'occupation au sens du présent article 42 » et « il n'y a pas de période intermédiaire entre ce que l'on pourrait appeler la phase d'invasion et l'installation d'un régime d'occupation stable »²⁷. Une telle approche couvrirait les situations où une patrouille « pénétrerait en territoire ennemi, sans avoir l'intention de s'y maintenir »²⁸. De même, une interprétation plus large de l'occupation a été appliquée par la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) en l'affaire *Le Procureur c. Naletilic*²⁹. Bien qu'elle ait été également reconnue dans des ouvrages spécialisés³⁰, une telle interprétation fait l'objet de critiques³¹. L'approche actuelle du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) consiste à considérer l'article 42 du Règlement de La Haye comme la référence juridique qui permet de déterminer l'existence d'une occupation. Toutefois, le CICR admet aussi que la théorie avancée par Jean Pictet a pour effet d'abaisser le seuil d'application de certaines dispositions de la IV^e Convention de Genève afin que le respect de ces dispositions au cours d'une phase d'invasion soit de nature à renforcer la protection humanitaire des personnes protégées se trouvant dans un territoire envahi mais non encore occupé au regard du droit³².

Bien que la démarche soit inspirée par des considérations humanitaires, il serait difficile, d'un point de vue pratique, d'étendre en tant que droit conventionnel les obligations découlant de la IV^e Convention de Genève aux invasions, aux patrouilles et aux raids. Toute force militaire qui tenterait de mettre cette interprétation en application serait contrainte d'identifier un ensemble plus limité de dispositions de la IV^e Convention pouvant être mises en œuvre dans une situation où le contrôle du territoire est limité à la fois sur le plan substantiel et sur le plan temporel³³. Dans les zones où le contrôle n'est pas effectif, il serait particulièrement difficile, voire impossible, de restaurer et d'assurer l'ordre public conformément aux obligations imposées par le Règlement de La Haye et la IV^e Convention de Genève. Comme on le verra, pour être effective, l'action de maintien de l'ordre exige un niveau de contrôle difficilement atteint dans une

27 *Commentaire de la IV^e Convention*, *op. cit.*, note 15, art. 6, p. 70.

28 *Ibid.*

29 TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilic et Vinko Martinovic*, Jugement, Affaire N° IT-98-34-T, 31 mars 2003, pp. 74-75, para. 219-223. La Cour a cependant appliqué l'« interprétation étroite » dans son analyse de l'article 42 à propos de la détermination de l'état d'occupation, mais une « interprétation large » dans son évaluation de l'article 43 du Règlement de La Haye en ce qui concerne les « individus ». Jugement disponible sur : http://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/tjug/fr/tj030331f.pdf.

30 Voir A. Roberts, *op. cit.*, note 1, p. 256.

31 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, pp. 38-42. Voir aussi M. Zwanenburg, *op. cit.*, note 24, p. 749. À propos de l'arrêt rendu dans l'affaire *Le Procureur c. Naletilic*, l'auteur estime « contestable » la manière dont la Chambre de première instance du TPIY a interprété la IV^e Convention de Genève.

32 Voir Tristan Ferraro, « Comment déterminer le début et la fin d'une occupation au sens du droit international humanitaire », dans cette édition.

33 Voir cependant H.-P. Gasser, *op. cit.*, note 7, pp. 276-277, règle 528, para. 3. L'auteur estime que, pour ce qui est de la protection générale de la population, une série de dispositions contenues dans la Partie II de la IV^e Convention de Genève (articles 13 à 26) serait applicable dans les zones disputées.

situation de nature transitoire et à évolution rapide inhérente à la période initiale d'une invasion ou lors d'une patrouille.

En tout état de cause, dans ses rapports avec la population civile, un commandant militaire doit se conformer aux principes généraux, bien établis, du droit humanitaire qui protègent la population civile même lorsque le territoire n'est pas occupé. Ainsi qu'il ressort de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier³⁴, la coutume peut être la source de telles règles. En ce sens, les principes énoncés dans la IV^e Convention de Genève peuvent éclairer les règles de droit coutumier. Concernant le traitement des civils dans de telles situations transitoires, d'aucuns privilégient l'exercice d'une autorité basée sur des traités. Nous leur rappellerons que l'article 75 du Protocole additionnel I³⁵ est applicable quand des personnes se trouvant au pouvoir d'une partie au conflit ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu des Conventions ou du Protocole additionnel³⁶. De la même façon, l'article 75 peut éclairer les règles coutumières applicables dans de telles situations³⁷.

L'état de droit

Le maintien de l'ordre dans un territoire occupé requiert une volonté affirmée de respecter l'état de droit³⁸. Cette exigence est liée à la question des droits des habitants du territoire. Du point de vue du droit humanitaire, l'article 43 du Règlement de La Haye a été qualifié de « mini-constitution pour l'administration de l'occupation »³⁹, la IV^e Convention de Genève étant « une déclaration des droits de la population occupée, un ensemble de principes directeurs acceptés au niveau international pour l'administration légale des territoires occupés »⁴⁰. Les droits humains fondamentaux, y compris le droit à la vie, sont

34 Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, Vol. I, CICR et Bruylant, Bruxelles, 2006, disponible sur : http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_pcustom.pdf (ci-après : *Étude du CICR sur le droit coutumier*).

35 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), ouvert à la signature le 12 décembre 1977, 1125 UNTS 3 (ci-après Protocole additionnel I ou PA I).

36 Voir aussi Yves Sandoz et al. (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR/Nijhoff, Genève/Dordrecht, 1986. Il est stipulé au paragraphe 3015, p. 891, du *Commentaire du Protocole additionnel I* que : « [I]es protections découlant de l'article 75 sont, avant tout, applicables à ceux qui ne peuvent pas prétendre à l'application des Conventions ou à leur application intégrale ... ».

37 Voir Marko Milanovic, « Article 75 AP I and US *opinio juris* », dans *European Journal of International Law: Talk!*, 9 mars 2011, disponible en anglais sur : <http://www.ejiltalk.org/article-75-ap-i-et-us-opinio-juris/>, à propos du statut en droit coutumier de l'article 75 du PA I.

38 Voir Ian Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1998, pp. 213-214. L'auteur énumère les éléments constitutifs de l'état de droit, à savoir : l'exercice du pouvoir par les représentants de la force publique doit être fondé sur l'autorité conférée par les lois ; les lois doivent être conformes aux normes de la justice (sur le fond et sur la forme) ; les trois fonctions – exécutive, législative et judiciaire – doivent être séparées ; l'appareil judiciaire ne doit pas être contrôlé par l'exécutif ; enfin, toutes les personnes juridiques sont soumises à la loi.

39 E. Benvenisti, *op. cit.*, note 1, p. 9 [traduction CICR].

40 *Ibid.*, p. 105 [traduction CICR]. Voir aussi Yoram Dinstein, « The international law of inter-state wars and human rights », dans *Israel Yearbook of Human Rights*, Vol. 7, 1977, p. 149. Selon l'auteur, « [I]es

spécifiquement protégés dans le Règlement de La Haye⁴¹, la IV^e Convention de Genève⁴² et l'article 75 du Protocole additionnel I⁴³. Cette protection est également rappelée dans le *Commentaire de la IV^e Convention* : « [i]l faut, en effet, se souvenir que les Conventions sont faites avant tout pour protéger des individus et non pas pour servir les intérêts des États »⁴⁴.

Les droits de l'homme protègent, eux aussi, les droits des habitants des territoires occupés. En 1996, dans l'Avis consultatif rendu dans l'affaire relative à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*⁴⁵, la CIJ a estimé que les deux régimes juridiques s'appliquaient ensemble, en ce sens que les droits de l'homme sont applicables en temps de guerre et que le droit humanitaire agit en tant que *lex specialis* pour déterminer ce qui constitue une privation arbitraire du droit à la vie au regard des droits de l'homme pendant des hostilités. Par ailleurs, comme la CIJ l'a déclaré en 2004 dans l'*affaire du mur*⁴⁶,

trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international⁴⁷.

Les droits de l'homme sont applicables dans les territoires occupés, qu'il s'agisse du droit conventionnel ou du droit international coutumier. Il est vrai que certains États, tels que les États-Unis, prétendent que le droit conventionnel des droits de l'homme ne peut pas être applicable en dehors du territoire national⁴⁸ ; par contre,

droits fondamentaux des personnes civiles en temps de guerre – principalement dans les territoires occupés – sont incorporés dans le Règlement de La Haye et dans la quatrième Convention de Genève » [traduction CICR].

41 Voir Règlement de La Haye, art. 46 : « L'honneur et les droits de la famille, la vie des individus et la propriété privée, ainsi que les convictions religieuses et l'exercice des cultes, doivent être respectés. La propriété privée ne peut pas être confisquée ».

42 Voir CG IV, art. 27(1), art. 48 et suivants. L'art. 27(1) stipule : « Les personnes protégées ont droit, en toutes circonstances, au respect de leur personne, de leur honneur, de leurs droits familiaux, de leurs convictions et pratiques religieuses, de leurs habitudes et de leurs coutumes. Elles seront traitées, en tout temps, avec humanité et protégées notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique ». Comme il est dit dans le *Commentaire de la IV^e Convention*, *op. cit.*, note 15, art. 27, p. 217, à propos du droit à la vie : « [à] la différence de l'article 46 du Règlement de La Haye, le présent article ne le mentionne pas expressément. Il est cependant évident que ce droit, sans lequel les autres n'ont plus de raison d'être, y est implicitement inscrit ».

43 Par exemple, l'art. 72(2) du PA I précise notamment : « [s]ont et demeureront prohibés en tout temps et en tout lieu les actes suivants, qu'ils soient commis par des agents civils ou militaires : a) les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes, notamment : i) le meurtre ; ii) la torture sous toutes ses formes, qu'elle soit physique ou mentale ; iii) les peines corporelles ; iv) les mutilations ».

44 *Commentaire de la IV^e Convention*, *op. cit.*, note 15, art. 2, p. 24.

45 CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, Recueil CIJ, 1996, p. 240, para. 25, disponible sur : <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf> (ci-après : *Affaire des armes nucléaires*).

46 *Affaire du mur*, *op. cit.*, note 23, pp. 45-46, para. 105.

47 *Ibid.*, p. 178, para. 106.

48 Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force Against Non-state Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 197-198, à propos de la position des États-Unis ; Michael J. Dennis, « Application of human

la portée territoriale du droit international coutumier des droits de l'homme n'est pas limitée⁴⁹. Comme l'a relevé David Kretzmer, le fait de prétendre qu'un État n'a pas d'obligations vis-à-vis d'une personne affectée par ses actions « serait incompatible avec la notion même d'universalité des droits de l'homme »⁵⁰. Le document intitulé *Restatement of the Law: The Foreign Relations Law of the United States* [Déclaration sur le droit des relations étrangères des États-Unis] reflète la portée du droit coutumier : il y est relevé que ce droit inclut la protection contre le meurtre, la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ou la détention arbitraire prolongée⁵¹. Il convient de noter que, dans le domaine du maintien de l'ordre, le *Restatement of Foreign Relations Law* établit spécifiquement un lien entre les normes des droits de l'homme et les interventions de la police. Ce document précise que, bien que le meurtre soit déclaré être une violation du droit international, cela n'est pas le cas lorsqu'il est nécessaire d'ôter la vie dans des circonstances exceptionnelles, « par exemple, quand des policiers en service doivent se défendre eux-mêmes ou défendre d'autres personnes innocentes, ou chercher à prévenir une infraction grave »⁵². Il apparaît donc que le droit à la vie, ainsi que d'autres droits humains fondamentaux, sont protégés tant par le DIH que par les droits de l'homme.

rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation », dans *American Journal of International Law*, Vol. 99, N° 1, 2005, p. 119.

49 Major Sean Condrion (éd.), *Operational Law Handbook*, Judge Advocate General's Legal Center and School, Charlottesville, VA, 2011, p. 45, disponible sur : http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/operational-law-handbook_2011.pdf. Les auteurs relèvent que la Déclaration sur le droit des relations étrangères des États-Unis (*Restatement of Foreign Relations Law*) « [n]e formule aucune réserve quant au lieu où la violation pourrait se produire, ni contre qui elle pourrait être dirigée. C'est donc le statut en droit international coutumier de certains droits de l'homme qui fait de leur respect une obligation juridique pour les forces des États-Unis conduisant des opérations en dehors des États-Unis, et non pas le fait que ces droits soient ou non reflétés dans des traités ratifiés par les États-Unis. Les praticiens doivent toutefois se référer à des traités spécifiques, ainsi qu'à toute éventuelle loi d'exécution ultérieure, afin de déterminer si cette règle générale est inapplicable en une certaine circonstance » [traduction CICR]. Voir aussi N. Lubell, *op. cit.*, note 48, p. 235, et Noam Lubell, « Challenges in applying human rights law to armed conflict », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, N° 860, décembre 2005, p. 741; Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, p. 71. L'auteur relève que tant le PIDCP que la Convention européenne sont limités en ce qui concerne leur application aux Parties contractantes mais que « [l]es droits de l'homme coutumiers sont conférés aux êtres humains, où qu'ils se trouvent » [traduction CICR]. Voir aussi *Nuhanovic vs De Staat der Nederlanden*, Cour d'appel de La Haye, Affaire N° 200.020.174/01, 5 juillet 2011, p. 17, para. 6.3, disponible sur : <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=BR5388>. On peut y lire : « [e]n outre, la Cour évaluera la conduite alléguée à l'aune des principes juridiques contenus aux articles 2 et 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et aux articles 6 et 7 du PIDCP (traitant respectivement du droit à la vie et de l'interdiction du traitement inhumain), car ces principes, qui figurent parmi les principes juridiques les plus fondamentaux des nations civilisées, doivent être considérés comme des règles de droit international coutumier qui ont une valeur universelle et par lesquelles l'État est lié [traduction CICR] » ; *Mustafic-Mujic et al. vs De Staat der Nederlanden*, Cour d'appel de La Haye, Affaire N° 200.020.173/01, 5 juillet 2011, p. 18, para. 6.3, disponible sur : <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=BR5386>.

50 David Kretzmer, « Targeted killing of suspected terrorists: extra-judicial executions or legitimate means of self-defence? », dans *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 2, 2005, p. 184 [traduction CICR].

51 *Restatement of the Law: The Foreign Relations Law of the United States*, Vol. 2, American Law Institute Publishers, St. Paul, MN, 1987, pp. 161-175 (ci-après : *Restatement of Foreign Relations Law*).

52 *Ibid.*, pp. 163-164, para. f. [traduction CICR].

C'est dans le contexte de la préservation de l'ordre et de la sécurité publics que se pose souvent la question de la relation entre les deux ensembles de règles juridiques applicables que sont le droit humanitaire et les droits de l'homme. L'occupation du territoire ennemi ne mettant pas fin à un conflit armé, il est inévitable (comme cela avait été relevé en 1950 par Richard Baxter) « que les habitants d'une zone sous occupation acceptent mal le joug de l'ennemi ... et qu'en maintes occasions, agissant seuls ou de concert, ils commettent des actes incompatibles avec la sécurité des forces d'occupation »⁵³. Cette réalité se reflète dans la référence aux « mouvements de résistance organisés » qui figure dans la III^e Convention de Genève⁵⁴. Elle correspond également au concept de « combattant armé » précisé à l'article 44(3) du Protocole additionnel I qui énonce les règles spéciales régissant le maintien du statut de combattant et tenant compte des « situations dans les conflits armés où, en raison de la nature des hostilités, un combattant armé ne peut se distinguer de la population civile »⁵⁵. En de telles circonstances, un certain nombre d'États n'acceptent le statut de combattant que dans les territoires occupés et dans les conflits armés impliquant un effort de libération nationale⁵⁶. Par ailleurs, la IV^e Convention de Genève prévoit la détention administrative de civils (internement et résidence forcée⁵⁷), ainsi que l'engagement de poursuites pénales contre les personnes qui commettent des infractions visant à nuire à la puissance occupante⁵⁸.

53 Richard R. Baxter, « The duty of obedience to the belligerent occupant », dans *British Yearbook of International Law*, Vol. 27, 1950, p. 235 [traduction CICR].

54 CG III, art. 4(A)(2). La résistance en temps d'occupation se distingue de la participation aux combats dirigés contre une force d'invasion. Le Règlement de La Haye (art. 2) et la III^e Convention de Genève (art. 4(A)(6)) accordent le statut de belligérant légitime lors de ce que l'on a appelé une levée en masse ; le droit d'être traité comme un prisonnier de guerre en cas de capture va de pair avec ce statut. La levée en masse est décrite de la façon suivante : à l'approche d'un ennemi, les habitants d'un territoire non occupé prennent spontanément les armes afin de résister à l'invasion, sans avoir eu le temps de se constituer en forces armées régulières ; ils doivent porter ouvertement les armes et respecter les lois et coutumes de la guerre. Ce qui n'est pas clairement défini, c'est le niveau d'organisation que doivent avoir les habitants pour être considérés comme des participants légitimes au conflit armé (bien qu'historiquement, la participation à titre individuel n'ait pas été prise en compte). Voir James Molony Spaight, *War Rights on Land*, MacMillan, Londres, 1911, pp. 51-56. La population qui se soulevait dans un territoire occupé n'avait, à l'origine, pas le droit d'agir ainsi ; néanmoins, en 1949, l'art. 4(A)(2) de la III^e Convention a prévu la possibilité d'accorder le statut de prisonnier de guerre aux membres des mouvements de résistance organisés appartenant à l'une des parties à un conflit. Ces membres doivent satisfaire à des conditions spécifiques : avoir à leur tête une personne responsable, avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance, porter ouvertement les armes, et conduire leurs opérations de manière conforme au droit. Néanmoins, ces conditions d'octroi du statut de combattant légitime aux membres des mouvements de résistance organisés sont largement considérées comme étant irréalistes sur le plan pratique. Voir Howard Levie, « Prisoners of war in international armed conflict », dans *International Law Studies*, Vol. 59, 1977, p. 42.

55 PA I, art. 44(3) [mis en italiques par nos soins]. En de telles circonstances, le combattant doit porter ses armes ouvertement pendant chaque engagement militaire ainsi que pendant le temps où il est exposé à la vue de l'adversaire alors qu'il prend part à un déploiement militaire précédant le lancement d'une attaque.

56 Voir, par exemple, les réserves formulées par le Canada, le Royaume-Uni, la France et l'Allemagne, disponible sur : <http://www.icrc.org/dih.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P>.

57 CG IV, art. 78.

58 CG IV, art. 68.

En même temps, le maintien de l'ordre public exige que, comme dans toute société, la population soit placée sous le contrôle de la police⁵⁹. Malheureusement, ni le Règlement de La Haye, ni les Conventions de Genève, ni leur Protocole additionnel I ne mentionnent directement la police, bien que ses activités fassent intégralement partie des mesures autorisées par le droit humanitaire (détention, internement, poursuite de criminels et privation de liberté pour raisons de sécurité)⁶⁰. De plus, le droit conventionnel ne décrit pas spécifiquement les interactions entre, d'une part, les interventions de la police et, d'autre part, la conduite des hostilités dirigées contre les participants au conflit armé en cours. Néanmoins, avant d'examiner les interactions entre les interventions de la police et les opérations militaires, il importe de se rendre compte de la complexité des problèmes de sécurité qui peuvent se présenter en temps d'occupation. C'est donc sur cette question que l'analyse va maintenant porter.

La complexité de la situation sécuritaire en territoire occupé

C'est tout d'abord à la lumière du concept d'occupation « violente », par opposition à « calme », que la complexité des questions de sécurité en temps d'occupation sera examinée. Plusieurs exemples d'occupation violente que le monde a connus depuis la Seconde Guerre mondiale, et surtout le cas plus récent de l'occupation de l'Irak (2003-2004), permettront de mettre en évidence la nature, l'étendue et l'intensité des hostilités susceptibles de se produire lors d'occupations de ce type. Il sera ainsi plus facile d'examiner sous l'angle juridique les normes qui régissent le maintien de l'ordre en territoire occupé. La diversité des types d'occupation, d'une part, et le caractère unique de la relation entre la puissance occupante et les habitants d'un territoire occupé d'autre part, font que le droit de l'occupation est parfois perçu comme un corpus juridique distinct du droit humanitaire régissant les hostilités dans leur ensemble. Il a été dit que l'occupation militaire avait une « nature particulière à mi-chemin entre guerre et paix »⁶¹ et qu'en période d'occupation, « il n'y a pas d'opérations militaires majeures dans la zone occupée »⁶². De même, quand la Puissance occupante veut restaurer l'ordre public, elle rencontre toujours « des problèmes relevant davantage des opérations de maintien de la paix que des guerres traditionnelles entre États »⁶³. La nature de la situation sécuritaire dans

59 John Keegan, *A History of Warfare*, Vintage Books, New York, 1993, p. 57 : « [I]es sociétés civilisées dans lesquelles nous préférons vivre sont gouvernées par les lois, ce qui signifie qu'elles sont placées sous le contrôle de la police » [traduction CICR].

60 CG IV, art. 64 à 78.

61 Danio Campanelli, « Le droit de l'occupation militaire à l'épreuve des droits de l'homme », dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 90, *Sélection française 2008*, pp. 307-323.

62 *Ibid.*, p. 314.

63 M. Sassòli, *op. cit.*, note 1, p. 662 [traduction CICR]. Voir aussi Joshua S. Goldstein, *Winning the War on War: The Decline of Armed Conflict Worldwide*, Dutton, New York, 2011, p. 130. L'auteur, bien que se référant à une situation de non-occupation, relève que « [I]es opérations de paix et les opérations anti-insurrectionnelles se ressemblent de plus en plus, comme cela s'observe aujourd'hui en Afghanistan, où des éléments civils/politiques et militaires de l'action anti-insurrectionnelle se mélangent en

le territoire sous occupation peut être telle qu'aucune violence régulière ne se produit. En ce cas, la situation est qualifiée d'occupation « calme » ; si des actes de violence surviennent malgré tout, on parle de « flambée de violence » ou de « reprise » des hostilités⁶⁴.

Indéniablement, certaines situations d'occupation connaissent un calme relatif, en l'absence d'hostilités ou quand les hostilités ont cessé depuis un certain temps. L'emploi de ces termes pose toutefois problème : ils risquent en effet d'être interprétés comme suggérant soit que la coexistence pacifique constitue la norme (et la conduite des hostilités l'exception) pendant une occupation militaire, soit que le droit de l'occupation ne fait pas partie intégrante du DIH. L'occupation belligérante est fondamentalement un produit de la guerre⁶⁵ ; de fait, l'histoire des conflits armés montre qu'une force occupante peut être confrontée à une large gamme de problèmes de sécurité. Loin d'être « calmes », certaines situations connaissent un niveau élevé de violence généralisée et prolongée.

Les occupations de la Seconde Guerre mondiale et, plus récemment, celle de l'Irak appartiennent à ce type de situations violentes. L'exemple des premières est pertinent, car les rédacteurs de la IV^e Convention de Genève de 1949 avaient à l'esprit la portée, l'ampleur et la violence des hostilités qui venaient de prendre fin. Les règles relatives à la protection de la population civile et au traitement des personnes qui menacent la sécurité de la puissance occupante sont conçues pour être appliquées de manière universelle, quelle que soit l'identité de cette puissance ou de la résistance organisée. Un rapide examen de la nature et de l'organisation de la résistance à l'occupation montrera à quel point la situation sécuritaire peut être complexe lors d'une occupation « violente ».

Les groupes de résistance pendant la Seconde Guerre mondiale

C'est sans doute au cours de ce conflit que les groupes opposant une résistance à l'occupation ont été de types les plus divers. Du fait de l'ampleur planétaire du conflit, « à travers le monde, les groupes [menant des opérations de résistance] variaient considérablement en termes de taille, de composition, de motivation, de mission et d'efficacité » ; de plus, « souvent, seule une ressemblance générique existait entre diverses actions de résistance »⁶⁶. Il a été relevé qu'étant donné la

toute fluidité avec l'assistance humanitaire, la résolution intertribale des conflits et le développement des capacités de la société civile, tout cela sous l'égide d'un mandat des Nations Unies, mais avec l'intervention de forces de l'OTAN lourdement armées » [traduction CICR].

64 Centre universitaire de droit international humanitaire (CUDIH), *Expert Meeting on the Right to Life in Armed Conflict and Situations of Occupation*, rapport de la réunion d'experts sur le droit à la vie dans les conflits armés et les situations d'occupation, tenue à Genève les 1^{er} et 2 septembre 2005, pp. 22-23 (ci-après *Rapport de la réunion du CUDIH*), disponible (en anglais seulement) sur : http://www.Geneve-academy.ch/docs/expert-meetings/2005/3rapport_droit_vie.pdf. Voir aussi Louise Doswald-Beck, « The right to life in armed conflict : does international humanitarian law provide the answers ? », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, N° 864, décembre 2006, pp. 892-894.

65 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, p. 1.

66 Robert B. Asprey, *War in the Shadows*, Vol. I, Doubleday & Co. Inc., Garden City, New York, 1975, p. 409 [traduction CICR].

rapidité initiale des victoires de l'Allemagne et « l'absence générale de planification avant la guerre, il est surprenant de voir la vitesse à laquelle les mouvements nationaux de résistance ont surgi partout en Europe »⁶⁷. Pendant la plus grande partie de la Seconde Guerre mondiale, en Pologne, Tchécoslovaquie, Norvège, Danemark, Hollande, Belgique, France et Italie, la résistance a mené une guerre de guérilla d'un type plus subtil qu'en Union soviétique ou en Yougoslavie (cela pour plusieurs raisons : absence de terrain convenant à l'établissement d'un sanctuaire, communications inadéquates, différences de tempéraments et divergences d'opinions politiques). De façon générale, les résistants opéraient individuellement ou en petits groupes pour accomplir diverses tâches – « terreur, subversion ou sabotage », collecte de renseignements et activités visant, par exemple, à aider les aviateurs alliés abattus – tout en s'efforçant de constituer des armées secrètes de guérilla⁶⁸.

Par contre, dans le centre et le nord de la Russie, les unités de partisans opéraient souvent en brigades opérationnelles de francs-tireurs contrôlant de vastes zones avec un effectif de 12 à 20 000 personnes⁶⁹. Leurs activités s'étendaient des embuscades et des actes de sabotage perpétrés par de petites unités à des opérations coordonnées avec l'Armée rouge⁷⁰. En Yougoslavie, où l'environnement politique était particulièrement complexe, il y avait deux groupes de résistants : les Tchétchiks nationalistes et les Partisans communistes de Tito. Ces groupes ont commencé la lutte ensemble mais un clivage irréparable s'est creusé entre eux⁷¹. Tito s'est efforcé de mettre sur pied une armée régulière⁷², tout en employant également les résistants que les occupants allemands appelaient les « *Haus Partisanen* ». En même temps qu'ils tuaient des soldats et poursuivaient les sabotages, ces partisans fonctionnaient comme un gouvernement fantôme⁷³.

Il a été relevé que deux stratégies se sont développées au sein des groupes de résistance : « l'une conservatrice, l'autre révolutionnaire »⁷⁴. La Russie fournit un exemple de la stratégie conservatrice (les opérations menées avaient pour but de restaurer l'ancien régime). Les partisans de Tito (qui combattaient pour s'emparer du pouvoir détenu par le gouvernement en exil) représentaient, quant à eux, la stratégie « révolutionnaire »⁷⁵. Cela montre que les mouvements de résistance peuvent être motivés non seulement par le désir de faire cesser l'occupation, mais

67 John Shy et Thomas W. Collier, « Revolutionary War », dans Peter Paret (éd.), *Makers of Modern Strategy from Machiavelli to the Nuclear Age*, Princeton University Press, Princeton, 1986, p. 833 [traduction CICR].

68 R.B. Asprey, *op. cit.*, note 66, pp. 417-418 [traduction CICR].

69 *Ibid.*, p. 460.

70 *Ibid.*, p. 461.

71 *Ibid.*, p. 472.

72 Voir John Ellis, *From the Barrel of a Gun: A History of Guerrilla, Revolutionary and Counter-insurgency Warfare, from the Romans to the Present*, Greenhill Books, Londres, 1995, pp. 165-166. L'auteur examine le développement des unités organisées en brigades, divisions et corps d'armée capables de mener des opérations « à mi-chemin entre des opérations de guérilla proprement dites et une véritable guerre de position » [traduction CICR].

73 R.B. Asprey, *op. cit.*, note 66, p. 481.

74 J. Shy et T.W. Collier, *op. cit.*, note 67, p. 833 [traduction CICR].

75 *Ibid.*

aussi par des objectifs politiques qui leur sont propres et qui ont une incidence sur la conduite des hostilités.

L'ouvrage de Mao Tsé Tung intitulé *De la guerre révolutionnaire*⁷⁶ est souvent associé aux conflits qui ont éclaté au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Or, cet ouvrage a été publié en 1937, dans le contexte de la guerre menée contre les envahisseurs japonais qui occupaient la Chine. En décrivant ce type de guerre, Mao souligne que les unités de guérilla peuvent être organisées à partir de toute une série d'entités : les masses populaires, les unités de l'armée régulière, les milices locales, la police, les rangs de l'ennemi, et même des groupes de bandits⁷⁷. Sur le plan opérationnel, leur « principal champ d'activité se situe dans les lignes arrières de l'ennemi », ce qui renforce le fait que le conflit armé continue souvent après que le territoire ait été occupé⁷⁸. Les forces de la guérilla ont été jugées « particulièrement efficaces en Extrême-Orient, où les guérilleros communistes chinois ont aidé les divisions de l'armée régulière du KMT [Kuomintang] à retenir l'avancée de quelque 25 divisions japonaises pendant la plus grande partie de la guerre »⁷⁹.

Certes, il est tentant de considérer les activités violentes des mouvements de résistance de la Seconde Guerre mondiale comme une relique des temps anciens. Pourtant, l'exemple plus récent de l'Irak donne à penser qu'il en est autrement. Quelque soixante ans après la Seconde Guerre mondiale, l'existence en Irak d'une diversité de groupes de résistance, de méthodes d'opération, de motivations et de niveaux de violence était évidente. Par ailleurs, s'agissant du maintien de l'ordre public, l'occupation de l'Irak a mis en évidence la difficulté de contenir l'activité criminelle tout en luttant contre les graves menaces que les opérations des insurgés font peser sur la sécurité. Un examen plus détaillé de la complexité de la situation sécuritaire au lendemain de l'invasion de l'Irak de 2003 sera particulièrement utile pour mieux comprendre la nature d'une occupation « violente ».

La complexité de la situation sécuritaire en Irak

L'opération militaire menée contre l'Irak par la Coalition de manière rapide et essentiellement classique a commencé le 20 mars 2003 et s'est terminée le 1^{er} mai 2003, jour où le Président Bush a déclaré que « les principales opérations de combat » étaient terminées⁸⁰. La période exacte de l'occupation de l'Irak fait encore

76 Mao Tsé-Dung, *On Guerrilla Warfare*, traduit par Samuel B. Griffith, University of Illinois Press, Champaign, IL, 2000.

77 *Ibid.*, pp. 71-76.

78 *Ibid.*, pp. 52-53 [traduction CICR].

79 J. Ellis, *op. cit.*, note 72, p. 200 [traduction CICR].

80 Thomas E. Ricks, *Fiasco: The American Military Adventure in Iraq*, Penguin Press, New York, 2006, p. 145 [traduction CICR]. Voir aussi Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), *Affaire Al-Skeini et consorts c. Royaume-Uni*, requête No. 55721/07, 7 juillet 2011, para. 10, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-105607#%7B%22itemid%22%3A%22001-105607%22%7D> (ci-après : *Affaire Al-Skeini*).

l'objet d'un débat⁸¹, mais il est largement admis que le pays a été occupé du 1^{er} mai 2003 au 28 juin 2004⁸². Pillages et troubles civils se sont produits avant même le commencement *de jure* de l'occupation, au moment où les troupes américaines ont atteint le centre de Bagdad, le 9 avril 2003. La police et le gouvernement irakiens ont disparu, tandis que, pour la plupart, les forces militaires d'invasion se contentaient d'observer ce qui se passait. Comme il a été relevé,

[d]ès qu'il est apparu clairement que les soldats américains n'allaient pas intervenir, l'exubérance du public, la joie de la libération et l'opportunisme économique se sont rapidement estompés, laissant place à des efforts systématiques qui visaient à dépouiller les magasins et les institutions publiques de la capitale de tout ce qui pouvait avoir de la valeur⁸³.

À la suite de la disparition de l'autorité centrale, et de la décision prise en 2002 par Saddam Hussein de laisser sortir de prison quelque 38 000 détenus, le pays a vu des éléments criminels se lancer dans une vague de violence, perpétrant meurtres, kidnappings, viols et violations de domicile⁸⁴. Il a été relevé que « [s]elon une estimation prudente, quelque 10 000 civils irakiens ont été tués au cours de l'année qui a suivi l'intervention américaine »⁸⁵.

Les planificateurs militaires n'avaient pas pris les mesures adéquates pour faire face à l'effondrement de l'ordre public. La situation due à la désintégration massive de ce qui avait été une force policière de qualité douteuse s'est encore aggravée quand, le 23 mai 2003, la Coalition a pris la décision de dissoudre les entités irakiennes. Comme l'a écrit Thomas Ricks, « parmi les entités dissoutes figuraient non seulement l'armée, mais aussi la police et les forces de sécurité du ministère de l'Intérieur »⁸⁶. Alors que des efforts importants étaient déployés pour reconstituer une force de police irakienne, d'importantes lacunes réduisaient la capacité de la Coalition d'exercer des activités de police sur tout le territoire occupé. Les pillages commis à Bagdad ont rendu encore plus difficile le rétablissement du

81 Voir Robert Kolb, « Occupation in Iraq since 2003 and the powers of the UN Security Council », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 869, 2008, p. 29; voir aussi M. Zwanenburg, *op. cit.*, note 24, p. 745; Adam Roberts, « The end of occupation in Iraq (2004) », dans *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, janvier 2005, p. 27; voir enfin Adam Roberts, « Transformative military occupation: applying the laws of war and human rights », dans *American Journal of International Law*, Vol. 100, N° 3, 2006, pp. 608-613.

82 Voir *Affaire Al-Skeini*, *op. cit.*, note 80, para. 143: « Ce but fut atteint le 1^{er} mai 2003, lorsque la fin des principales opérations de combat fut prononcée et que les États-Unis et le Royaume-Uni devinrent des puissances occupantes au sens de l'article 42 du règlement de La Haye »; voir aussi, *ibid.*, para. 148: « En définitive, l'occupation prit fin le 28 juin 2004, avec le transfert de l'Autorité provisoire de la coalition, désormais dissoute, au gouvernement intérimaire de la responsabilité pleine et entière du gouvernement de l'Irak ».

83 David H. Bayley et Robert M. Perito, *The Police in War: Fighting Insurgency, Terrorism, and Violent Crime*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, CO, 2010, p. 6 [traduction CICR].

84 *Ibid.*, p. 7. Voir aussi John Keegan, *The Iraq War*, Key Porter Books, Toronto, 2004, pp. 206-207.

85 D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, p. 7 [traduction CICR].

86 T.E. Ricks, *op. cit.*, note 80, p. 162 [traduction CICR]. Voir aussi *Coalition Provisional Authority Order Number 2: Dissolution of Entities*, 23 mai 2003, disponible sur : http://www.Irakcoalition.org/regulations/20030823CPAORD_2_Dissolution_of_Entities_with_Annex_A.pdf.

courant électrique, ce qui a « encore aggravé un problème de sécurité grandissant » et encouragé la criminalité⁸⁷. À Bassora, les forces britanniques se sont empressées d'adopter une approche visant à gagner les cœurs et les esprits de la population dès la fin de la phase initiale des combats⁸⁸, tout en s'efforçant de faire régner la loi et l'ordre⁸⁹. L'insuffisance des capacités dans ce domaine aurait pu être comblée par les forces de la Coalition, ou même par des forces de police internationales, mais il avait été prévu (à tort) que le personnel de sécurité irakien reste en place⁹⁰. Par ailleurs, une telle approche a rencontré peu de soutien au sein du gouvernement américain dans les premiers mois de l'occupation⁹¹.

Les menaces pesant sur l'ordre public ne se bornaient pas à la criminalité ordinaire et aux actes commis au mépris de la loi. La montée de l'insurrection s'est également manifestée au travers d'attaques à l'aide d'engins explosifs improvisés qui visaient les forces de la Coalition⁹². Au cours de ce que l'on a appelé la « guerre des bombes de bord de route », les « insurgés utilisaient habituellement des obus d'artillerie de 155 mm et toute une variété d'obus de mortier ainsi que, occasionnellement, du TNT ou un explosif plastique »⁹³. Selon les estimations, le nombre moyen d'attaques lancées chaque jour contre les troupes américaines avec des bombes, mortiers et des grenades est passé de 25 en janvier 2004 à une cinquantaine en juin de la même année⁹⁴. Des combats ont également eu lieu pour prendre le contrôle de villes et de régions entières de l'Irak⁹⁵. Dans le cadre de l'affaire *Al-Skeini*, il a été déclaré qu'au 30 juin 2004, dans la zone d'opérations de la Division multinationale (Sud-est), le décompte total des actes de violence était le suivant : 1 050 attaques violentes, dont cinq attaques antiaériennes, 12 attaques à la grenade, 101 attaques et 52 tentatives d'attaque impliquant des engins explosifs

87 Michael R. Gordon et Général Bernard E. Trainor, *Cobra II: The Inside Story of the Invasion and Occupation of Iraq*, Pantheon Books, New York, 2006, p. 468 [traduction CICR].

88 J. Keegan, *op. cit.*, note 84, p. 182.

89 *Affaire Al-Skeini*, *op. cit.*, note 80, para. 22, citant le « Rapport Aitken » publié par le ministère britannique de la Défense en 2008.

90 D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, p. 6.

91 *Ibid.*, p. 11.

92 Voir aussi J. Keegan, *op. cit.*, note 84, p. 207. L'auteur écrit au sujet des insurgés : « [L]eurs méthodes, que connaissent les troupes israéliennes combattant l'intifada ainsi que l'armée britannique déployée en Irlande du Nord, étaient celles de terroristes (attaques de patrouilles par des hommes armés qui disparaissaient dans les ruelles adjacentes, bombes de bord de routes) et étaient intensifiées par le sacrifice des commandos suicide » [traduction CICR].

93 T.E. Ricks, *op. cit.*, note 80, p. 217 [traduction CICR]. Sergio Catignani, « The Israel Defense Forces and the Al-Aqsa Intifada: when tactical virtuosity meets strategic disappointment », dans Daniel Marston et Carter Malkasian (éds), *Counterinsurgency in Modern Warfare*, Osprey Publishing, Oxford, 2010, p. 235, relève que ce type d'armes a également été employé par des groupes qui résistaient à d'autres forces d'occupation, notamment dans les années 2000-2005, lors de l'Intifada al-Aqsa contre l'occupation israélienne : alors, « la pose d'engins explosifs improvisés sur les routes menant aux colonies constituait une tactique particulièrement meurtrière qui a coûté la vie à un grand nombre de militaires et de civils » [traduction CICR].

94 T.E. Ricks, *op. cit.*, note 80, p. 329. Voir aussi *ibid.*, p. 337. Les actes de violence contre les forces d'occupation perpétrés début 2004 se sont multipliés, passant « de quelque 280 incidents au cours de la dernière semaine de mars, à 370 la première semaine d'avril, puis 600 la semaine suivante » [traduction CICR].

95 *Ibid.*, p. 345.

improvisés, 145 attaques au mortier, 147 attaques à la grenade propulsée par fusée, et 535 fusillades⁹⁶.

De fait, l'Irak a été le théâtre de toute une série d'attaques lancées non seulement contre les forces militaires des États-Unis et de la Coalition, mais aussi contre diverses cibles – hautes personnalités politiques irakiennes, entreprises étrangères, officiers et services de sécurité irakiens, Irakiens collaborant avec les autorités d'occupation, infrastructures essentielles (telles que centrales électriques, usines de gaz naturel liquéfié et installations pétrolières) – ainsi que contre des cibles symboliques telles que l'ambassade de Jordanie et le quartier général des Nations Unies à Bagdad⁹⁷. Douze personnes ont perdu la vie lors de l'attentat suicide à la voiture piégée commis contre la délégation du CICR dans le centre de Bagdad⁹⁸. Or, ce ne sont là ni des armes, ni des tactiques, ni même un niveau de violence dont les autorités chargées de l'application des lois ont l'habitude; bien qu'ayant à faire face à des actes de terrorisme isolés, elles ne disposent pas d'ordinaire de l'équipement ou de l'entraînement qui leur seraient nécessaires.

Les affrontements qui se sont produits à Bagdad et dans d'autres villes, telles que Faloudjah et Nadjaf, ont été eux aussi une manifestation de violence guerrière. À Sadr City, un quartier de Bagdad, des hommes en armes, membres de l'armée du Mahdi de Moqtada al-Sadr se sont emparés de huit postes de police et ont échangé des tirs avec les forces américaines. Huit soldats américains auraient été tués et 51 blessés, et les affrontements auraient fait plusieurs centaines de victimes dans les rangs des combattants irakiens⁹⁹. Le conflit s'est étendu, gagnant des villes du sud de l'Irak placées sous le contrôle de troupes italiennes, espagnoles, polonaises, ukrainiennes et salvadoriennes¹⁰⁰. L'action menée par les États-Unis pour prendre le contrôle de la ville de Faloudjah (majoritairement sunnite) a débuté pendant l'occupation, en avril 2004, et s'est poursuivie jusqu'en novembre 2004. Bien que l'information n'ait pas été confirmée, le nombre de tués aurait « dépassé 600, y compris des insurgés et des civils, et il y aurait eu plus d'un millier de blessés »¹⁰¹. Une attaque menée en avril 2004 contre quelque 500 insurgés¹⁰² a inclus 150 frappes aériennes et détruit entre 75 et 100 bâtiments

96 *Affaire Al-Skeini, op. cit.*, note 80, p. 10, para. 23.

97 Ahmed S. Hashim, *Insurgency and Counter-insurgency in Iraq*, Cornell University Press, Ithaca, NY, 2006, pp. 188-200.

98 BBC News, « Baghdad terror blasts kills dozens », 27 octobre 2003, disponible sur : <http://news.bbc.co.uk/2/hi/3216539.stm>.

99 T.E. Ricks, *op. cit.*, note 80, p. 338. Voir aussi A.S. Hashim, *op. cit.*, note 97, pp. 256-264, à propos de Moqtada al-Sadr et de la révolte de 2003-2004; Patrick Cockburn, *Muqtada Al-Sadr and the Shia Insurrection in Iraq*, 2008, Faber & Faber, Londres, pp. 172-186, à propos du siège de Nadjaf; voir enfin Bing West, *No True Glory: A Frontline Account of the Battle for Fallujah*, Bantam Dell, New York, 2005, pp. 61-62.

100 P. Cockburn, *ibid.*, pp. 181-182; T.E. Ricks, *op. cit.*, note 80, pp. 337-338.

101 John F. Burns, « The struggle for Iraq: the occupation; troops hold fire for negotiations at 3 Iraqi cities », dans *New York Times*, 12 avril 2004, disponible sur : <http://www.nytimes.com/2004/04/12/world/struggle-for-iraq-occupation-troops-hold-fire-for-negotiations-3-iraqi-cities.html?pagewanted=all&src=pm> [traduction CICR].

102 B. West, *op. cit.*, note 99, p. 256. Voir également Thom Shanker et John Kifner, « The struggle for Iraq: troops; suited to guerillas, a dusty town poses tricky perils », dans *New York Times*, 25 avril 2004, disponible sur : <http://www.nytimes.com/2004/04/25/world/struggle-for-iraq-troops-suited>

dans la ville¹⁰³. L'occupation avait alors officiellement pris fin, mais l'opération de novembre 2004 a constitué en fait l'aboutissement des tentatives précédentes visant à prendre le contrôle de Faloudjah. Des attaques ont été lancées contre « 1 000 combattants radicaux et 2000 intérimaires »¹⁰⁴. Les 500 frappes aériennes, 14 000 tirs d'artillerie et d'obus, ainsi que 2500 salves de munitions antichars de l'opération ont provoqué bien davantage de destructions¹⁰⁵. Avec 151 morts et plus d'un millier de blessés, le bilan de 21 mois d'affrontements a été lourd pour les troupes américaines¹⁰⁶. L'ampleur des combats met en évidence les niveaux élevés de violence que peut atteindre la lutte contre des groupes armés organisés. Les batailles qui se sont déroulées dans des villes irakiennes comme Faloudjah et Nadjaf témoignent d'un changement : les opérations traditionnelles de guérilla en zones rurales ont laissé place à des opérations en zones urbaines¹⁰⁷.

Éléments d'une insurrection principalement, mais non exclusivement, sunnite¹⁰⁸, les groupes organisés qui se sont battus contre les forces de la Coalition étaient de plusieurs types. À Faloudjah, une confrontation entre forces américaines et forces locales a été décrite comme étant « davantage une guerre tribale qu'une force de résistance » ; elle aurait été provoquée par ce qui avait été perçu comme un traitement inadéquat des tribus par les forces militaires¹⁰⁹. Dans son évaluation de l'insurrection irakienne, Ahmed Hashim identifie ce qu'il décrit comme un nombre remarquable d'organisations insurgées, variant largement « en termes de niveaux de compétence, de spécialisation fonctionnelle, de professionnalisme, d'effectif, de *modus operandi*, de choix des cibles et de longévité »¹¹⁰. Les groupes d'insurgés incluait des cellules de combat allant d'organisations ayant de nombreux membres et bien développées – qualifiées d'escadrons, bataillons ou brigades – à des participants intérimaires¹¹¹. Le soutien apporté à l'insurrection provenait notamment de nationalistes arabes, de musulmans mécontents, de combattants étrangers et d'extrémistes sunnites. En ce qui concerne les terroristes étrangers et les extrémistes religieux, leur nombre relativement restreint a en fait joué un rôle de « multiplicateur de force » en raison de leur volonté de

guerrillas-dusty-town-poses-tricky-perils.html?pagewanted=all&src=pm. Selon les auteurs, les services de renseignement américains estimaient qu'il y avait dans la ville « un noyau dur de 2000 insurgés, parmi lesquels 200 combattants étrangers » [traduction CICR].

103 B. West, *op. cit.*, note 99, p. 315.

104 *Ibid.*, p. 256.

105 *Ibid.*, pp. 315-316. Selon les estimations, sur les 39 000 bâtiments que comptait la ville de Faloudjah, quelque 18 000 ont été endommagés ou détruits.

106 *Ibid.*

107 Richard H. Shultz Jr. et Andrea J. Dew, *Insurgents, Terrorists and Militias: The Warriors of Contemporary Combat*, Columbia University Press, New York, 2006, pp. 253-254.

108 A.S. Hashim, *op. cit.*, note 97, p. 60.

109 Zaki Chehab, *Inside the Resistance: The Iraqi Insurgency and the Future of the Middle East*, Nation Books, New York, 2005, p. 18 [traduction CICR].

110 A.S. Hashim, *op. cit.*, note 98, p. 170 [traduction CICR].

111 *Ibid.*, pp. 158-160. Voir aussi Z. Chehab, *op. cit.*, note 109, pp. 6-8. L'auteur décrit sa rencontre en juin 2003 avec un groupe armé sunnite composé de cinq personnes (équipées de grenades, de mitrailleuses AK-47, de lance-roquettes RPG-7 et d'un mortier de 62 mm) qui avait commencé comme un groupe nationaliste indépendant mais qui, entre-temps, avait noué des liens toujours plus étroits avec des groupes islamistes, des anciens Baathistes et des membres des Fedayins de Saddam.

participer à des opérations telles que des attentats suicide et attaques massives à la voiture piégée¹¹². L'insurrection a bénéficié également du soutien apporté par des intermédiaires financiers et via des produits d'activités criminelles¹¹³. À l'été 2004, il est apparu clairement que les forces de la Coalition avaient en face d'elles une insurrection importante. Avec la fin officielle de l'occupation, le conflit est devenu « non international », bien que la nature des attaques contre les autorités en place n'ait pas changé. Dès lors, la Coalition a élaboré un plan de campagne qui « demandait de contenir la violence des insurgés, de constituer les forces de sécurité irakiennes, de reconstruire le pays sur le plan économique et, enfin, de se rapprocher de la communauté sunnite »¹¹⁴.

Le fait de reconnaître à la résistance le caractère d'une insurrection introduit le cadre dans lequel les rapports entre maintien de l'ordre et conduite des hostilités peuvent être évalués (en examinant notamment, d'une part, le rôle primordial joué par la police dans la lutte contre l'insurrection et, d'autre part, les activités complémentaires des forces militaires). Le rôle des forces de l'ordre doit cependant être évalué en termes de limites pratiques si elles sont employées dans des situations à haut risque. C'est donc sur ces questions que l'analyse va maintenant porter.

Occupation, lutte contre l'insurrection et rôle de la police

Insurrection et lutte contre l'insurrection

Le lien entre insurrection et occupation est relevé dans le *Manuel de la contre-insurrection du Corps des Marines américains*¹¹⁵ (élaboré en réponse à la situation sécuritaire rencontrée en Irak et en Afghanistan par les forces militaires des États-Unis). Une insurrection est décrite dans cet ouvrage comme étant « une lutte politico-militaire organisée, de longue durée, dont le but est d'affaiblir le contrôle et la légitimité d'un gouvernement établi, d'une *puissance occupante* ou de toute autre autorité politique, tout en renforçant le contrôle exercé par les insurgés »¹¹⁶.

112 A.S. Hashim, *op. cit.*, note 97, pp. 138-139.

113 R.H. Shultz et A.J. Drew, *op. cit.*, note 107, pp. 240-242 ; A.S. Hashim, *op. cit.*, note 97, p. 169.

114 T.E. Ricks, *op. cit.*, note 80, pp. 392-393 [traduction CICR].

115 *The U.S. Army, Marine Corps Counterinsurgency Field Manual*, U.S. Army Field Manual N° 3-24, Marine Corps Warfighting Publication N° 3-33.5, University of Chicago Press, Chicago, 2006, ci-après : *Counterinsurgency Field Manual*.

116 *Ibid.*, p. 2, para. 1-2 [mis en italiques par nos soins] [traduction CICR]. Le lien potentiel entre insurrection et occupation a été reconnu dans le Commentaire publié sous la direction de Jean S. Pictet, *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire, (III) Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, CICR, Genève, 1960, art. 4, p. 65. Afin de contrer le point de vue selon lequel le fait d'octroyer le statut de prisonnier de guerre aux membres des mouvements de résistance organisés légitimait l'insurrection, les rédacteurs ont précisé : « [c]ette condition, pour les mouvements de résistance organisés, ainsi que pour les milices et les corps de volontaires indépendants des forces armées régulières, d'appartenir à une Partie au conflit, nous paraît démentir les allégations de certains auteurs et commentateurs de la Convention qui voient, dans la présente disposition, un véritable '*ius insurrectionis*' reconnu à la population du territoire occupé ».

La doctrine classique de la lutte contre l'insurrection met l'accent sur la bonne gouvernance, dans laquelle les interventions de la police ont un rôle central à jouer pour contrer la menace insurrectionnelle. Cette doctrine vaut autant pour les situations d'occupation que pour les conflits armés internes, comme en témoigne le fait que lorsque l'occupation a pris fin au regard du droit, mais que la lutte visant à maîtriser la violence s'est poursuivie, il n'y a eu aucun changement dans la nature de la menace sécuritaire à laquelle étaient confrontées les autorités de l'État (autorités de la Coalition ou irakiennes)¹¹⁷.

Comme Sir Robert Thompson l'a formulé en 1966 :

« [u]n mouvement insurrectionnel est une guerre menée pour le peuple. Il est raisonnable de penser que les mesures gouvernementales doivent être axées sur le rétablissement de l'autorité du gouvernement et de l'ordre public dans tout le pays, de manière à pouvoir reprendre le contrôle de la population et gagner son soutien »¹¹⁸.

Le lien entre gouvernance, maintien de l'ordre public et opérations de lutte contre l'insurrection se reflète dans la doctrine militaire contemporaine¹¹⁹. La conduite d'une campagne anti-insurrectionnelle accorde une grande importance à l'emploi des services de police et de renseignements intérieurs (et, si nécessaire, à leur renforcement). La police joue un rôle particulièrement important en matière de collecte de renseignements sur l'activité des insurgés¹²⁰.

Pour pouvoir faire régner la loi et l'ordre, il faut que l'état de droit soit respecté. Divers indices montrent qu'un système légal qui fonctionne bien inclut la police, un recueil des lois, des tribunaux et un système pénal¹²¹. De façon générale, le droit humanitaire tient compte de cette exigence : il prévoit le maintien en vigueur des droits du territoire sous occupation¹²², la continuité du

117 A. Roberts, « Transformative military occupation », *op. cit.*, note 81, p. 617. L'auteur relève que « même si, théoriquement, l'occupation avait pris fin, rien ne permettait d'exclure le recours à la force et peut-être même l'exercice d'une autorité administrative, ressemblant beaucoup à une situation d'occupation » [traduction CICR].

118 Robert Thompson, *Defeating Communist Insurgency*, Hailer Publishing, St. Petersburg, 1966, p. 51 [traduction CICR]. Voir aussi David Galula, *Counterinsurgency Warfare: Theory and Practice*, Frederick A. Praeger, New York, 1964, pp. 89-90; voir enfin Frank Kitson, *Low Intensity Operations: Subversion Insurgency and Peacekeeping*, Faber & Faber, London, 1971, p. 49. Pour un survol de l'histoire de la théorie de la lutte contre l'insurrection, voir Daniel Marston et Carter Malkasian, « Introduction », dans D. Marston et C. Malkasian, *op. cit.*, note 93, pp. 13-19.

119 *Counterinsurgency Field Manual*, *op. cit.*, note 115, pp. 360-361, para. D-38 et D-39.

120 R. Thompson, *op. cit.*, note 118, pp. 104-106; *Counterinsurgency Field Manual*, *op. cit.*, note 115, pp. 229-230, para. 6-90-6-91; D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, p. 78.

121 *Counterinsurgency Field Manual*, *op. cit.*, note 115, pp. 360-361, para. D-38 et D-39; D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, p. 79.

122 Règlement de La Haye, art. 43. Cet article stipule que le respect des lois en vigueur est exigé « sauf empêchement absolu ». Voir aussi CG IV, art. 64 : « La législation pénale du territoire occupé demeurera en vigueur, sauf dans la mesure où elle pourra être abrogée ou suspendue par la Puissance occupante si cette législation constitue une menace pour la sécurité de cette Puissance ou un obstacle à l'application de la présente Convention ».

fonctionnement des tribunaux¹²³ et, enfin, le maintien du statut des fonctionnaires et des juges¹²⁴. Comme James Spaight l'a relevé en 1911, «le fait que la justice soit rendue et que les malfaiteurs soient poursuivis constitue une condition essentielle du bon gouvernement et encourage la soumission des habitants à la règle de l'étranger»¹²⁵. Néanmoins, «[a]ucune règle conventionnelle ne régit le problème spécial des agences indigènes d'application des lois dans les territoires sous occupation»¹²⁶. La pratique des puissances occupantes a varié. Au cours de l'histoire, certaines puissances occupantes ont substitué leurs propres forces armées aux services de police existants, d'autres ont laissé en place les forces de police après un filtrage, d'autres encore ont même confié des fonctions de contrôle des forces existantes à des sympathisants originaires du territoire occupé¹²⁷.

Interventions de la police et maintien de l'ordre

Immédiatement après l'invasion de l'Irak en 2003, il semble que la police irakienne ait disparu, avant même que l'occupation soit établie en droit, dans ce qui a été décrit comme une situation qui n'aurait probablement pas pu être évitée¹²⁸. La dissolution des forces de sécurité irakiennes n'a pas arrangé les choses. C'est aux forces d'invasion de la Coalition qu'a alors échu la responsabilité de mettre un terme aux pillages, au non-respect de la loi et à la criminalité. Comme cela a été relevé, «[l]'occupant doit faire régner la loi et l'ordre, et il n'est pas libre de tolérer une situation de mépris de la loi et de désordre dans le territoire sous occupation»¹²⁹. Certes, des policiers irakiens ont repris du service et divers programmes ont finalement été mis en place pour assurer la formation des nouvelles forces de police irakiennes¹³⁰; néanmoins, ce sont les forces militaires qui ont dû combler le vide en matière de sécurité. Ainsi, l'occupation de l'Irak et d'autres opérations anti-insurrectionnelles du XXI^e siècle (en Afghanistan, par exemple) montrent que les forces militaires doivent parfois exercer des fonctions relevant habituellement de la police, comme «protéger les installations essentielles, contrôler l'accès aux zones de sécurité relative, tenir des postes de contrôle, ou détenir des éléments subversifs»¹³¹. Cependant, une telle situation est loin d'être idéale, les forces militaires n'ayant pas forcément reçu la formation voulue pour remplir ces tâches et, de plus, «[l]es forces de stabilité étrangères doivent servir

123 CG IV, art. 64.

124 *Ibid.*, art. 54.

125 J.M. Spaight, *op. cit.*, note 54, p. 358 [traduction CICR].

126 G. von Glahn, *op. cit.*, note 18, p. 136 [traduction CICR].

127 *Ibid.*

128 J. Keegan, *op. cit.*, note 84, p. 206.

129 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 25, pp. 105-106 [traduction CICR]. Cette remarque vaut également pour l'action des forces d'occupation. Voir Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, p. 208; *Affaire du Congo*, *op. cit.*, note 21, para. 323. La Cour a relevé que chaque partie au conflit devait exercer son devoir de vigilance pour s'assurer que ses forces ne commettent pas de pillages.

130 D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, pp. 8-17.

131 *Ibid.*, pp. 77 et 80 [traduction CICR].

de modèles en matière de séparation entre forces militaires et forces de police »¹³². Cette réalité impose une autre condition : les forces militaires ayant à s'acquitter de tâches relevant du maintien de l'ordre doivent être dûment entraînées et dotées d'armes appropriées (y compris d'« armes moins létales » telles que les agents antiémeutes). Dans l'exercice de telles fonctions, il doit en outre leur être demandé d'employer les niveaux de force appropriés.

Faire régner la loi et l'ordre dans les situations d'occupation : défis à relever

En même temps, la manière dont les forces de police peuvent et doivent être employées obéit à certaines conditions restrictives. Ces limites jouent un rôle important dans l'appréciation de l'applicabilité d'un cadre normatif en matière d'application des lois. Comme cela a été démontré par l'occupation de l'Irak et, précédemment, par les occupations de la Seconde Guerre mondiale, le conflit armé international peut se poursuivre tout au long de la période d'occupation. Même pendant la longue occupation de la Cisjordanie et de Gaza, la deuxième Intifada qui a débuté en 2000 a démontré que les hostilités à l'extrémité du spectre des conflits armés pouvaient reprendre après des périodes de calme relatif ou de faibles niveaux de violence¹³³.

La violence peut fort bien varier en intensité ou en ampleur dans l'ensemble du territoire occupé. Dans ce qui a été appelé la « guerre en mosaïque », il est souvent difficile de confiner l'activité des membres d'un mouvement de résistance à une zone ou à une période en particulier. Par exemple, les insurgés peuvent avoir recours à des « tactiques de guérilla dans une province tout en menant dans une autre province, des attaques terroristes privilégiant une approche urbaine »¹³⁴. La résistance peut être organisée à la manière d'une force conventionnelle en cherchant à prendre le contrôle d'un territoire ou d'une ville. Néanmoins, les attaques sont souvent le fait d'une force de guérilla qui tente de se cacher dans la population, donnant lieu à ce que l'on a appelé une « guerre au sein de la population »¹³⁵. La violence revêt alors souvent une ampleur bien supérieure à celle de la violence associée à une activité criminelle normale. Les attaques et les opérations défensives menées par des groupes armés organisés lourdement équipés (mortiers, bombes humaines, véhicules piégés, engins explosifs improvisés, roquettes antichars et armes automatiques) sont des phénomènes difficiles à endiguer pour une force de police.

Le continuum de la sécurité peut inclure la guerre, l'insurrection, la subversion (terrorisme ou sabotage), les troubles (grèves, manifestations, rassemblements de masse), ainsi que les activités criminelles dites « normales » ;

132 *Ibid.*, p. 81 [traduction CICR].

133 S. Catignani, *op. cit.*, note 93, p. 235. L'auteur relève que la violence « a revêtu un caractère très différent par rapport à la première Intifada », allant jusqu'à des tirs dirigés contre des véhicules israéliens, des embuscades et la pose d'engins explosifs improvisés [traduction CICR].

134 *Counterinsurgency Field Manual*, *op. cit.*, note 115, p. 14, para. 1-37 [traduction CICR].

135 Général Rupert Smith, *L'utilité de la force: L'art de la guerre aujourd'hui*, Economica, Paris, 2007.

tous ces événements sont susceptibles de se produire de façon concomitante¹³⁶ et « le rôle de la police est donc très difficile à définir »¹³⁷. Les forces de l'ordre ne sont pas nécessairement les mieux entraînées ou équipées pour faire face à toutes les menaces pesant sur la sécurité. Habituellement, les fonctions de police se divisent en six catégories : police générale en uniforme, police criminelle en civil, police secrète (renseignements), police des frontières et, enfin, unités spéciales chargées d'intervenir lors de grèves et de manifestations, ainsi que de protéger les installations et le personnel¹³⁸. Les policiers relevant des deux premières catégories sont considérés comme remplissant les « fonctions essentielles de la police », qui contribuent de manière fondamentale à démontrer que « le gouvernement peut assurer la sécurité et la justice conformément aux besoins des individus »¹³⁹. Ces mêmes policiers sont souvent les plus exposés aux attaques des insurgés, au même titre que le personnel médical d'urgence, les pompiers et les travailleurs humanitaires¹⁴⁰. Une coordination s'impose donc entre les forces militaires, qui luttent contre l'insurrection, et les forces de police, dont l'action vise essentiellement à protéger la population. Il a toutefois été relevé que « [s]i une force proactive doit être employée, ce doit être par les militaires, le but étant de soutenir les activités policières essentielles, et non de se substituer aux forces de police »¹⁴¹.

Une autre question se pose à propos de la population civile : dans quelle mesure est-elle disposée à coopérer ? Certes, l'occupant doit traiter avec des civils ennemis, mais « il faut chercher à gagner leur sympathie et leur soutien quand on lutte contre une guérilla »¹⁴². Cela tient à la nature même du combat anti-insurrectionnel. Comme l'occupation de l'Irak l'a clairement montré, l'incapacité de faire régner la loi et l'ordre peut engendrer une animosité envers la puissance occupante et renforcer le mouvement d'opposition¹⁴³ (il est toutefois reconnu que les origines et les motivations de l'insurrection irakienne étaient multiples¹⁴⁴). Même si le recours à l'interprétation étroite du droit dont il a été question plus haut signifie que l'obligation juridique de faire régner la loi et l'ordre ne débute pas avant que l'occupation soit établie, le fait de limiter l'activité criminelle (dans toute

136 D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, pp. 71-72.

137 *Ibid.* [traduction CICR].

138 *Ibid.*, p. 73. Voir aussi *Counterinsurgency Field Manual*, *op. cit.*, note 115, p. 230, para. 6-92. Le Manuel de la contre-insurrection identifie quatre grandes catégories de police : police chargée des crimes et des trafics, police générale, police des frontières, police des transports et « unités spéciales d'intervention paramilitaires » [traduction CICR].

139 D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, pp. 73-74 [traduction CICR].

140 *Ibid.*, p. 75.

141 *Ibid.*, p. 77 [traduction CICR].

142 Michael Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, Basic Books, New York, 1977, pp. 186-187 [traduction CICR].

143 T.E. Ricks, *op. cit.*, note 80, pp. 135-138 ; D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, p. 10 ; A.S. Hashim, *op. cit.*, note 97, pp. 19-20.

144 A.S. Hashim, *op. cit.*, note 97, pp. 59-124. L'auteur identifie les origines et les motifs de l'insurrection comme incluant : la protection de l'identité sunnite ; la dissolution des forces de sécurité irakiennes ; le nationalisme, le sens de l'honneur, la volonté de revanche et l'orgueil ; les motivations tribales ; la religion ; enfin, les visées politiques (parmi lesquelles le départ des occupants étrangers).

la mesure du possible) constitue un solide avantage d'ordre moral et opérationnel. Quoi qu'il en soit, une occupation ne sera pas toujours impopulaire aux yeux des habitants du territoire. Cette situation sécuritaire risque de se compliquer encore davantage si l'occupation finit par avoir un caractère « transformatif », tandis que diverses factions luttent pour prendre le contrôle politique dans le territoire¹⁴⁵.

Légitimité des actes de belligérance et implication de la police locale

Un autre élément est susceptible de compliquer le rôle de la puissance occupante en matière de maintien de l'ordre public. Il s'agit des rapports entre les forces de sécurité étrangères et les forces de sécurité du territoire sous occupation. L'article 51 de la IV^e Convention de Genève interdit à la puissance occupante d'« astreindre des personnes protégées à servir dans ses forces armées ou auxiliaires » ; de plus, « [l]es personnes protégées ne pourront être astreintes à aucun travail qui les obligerait à prendre part à des opérations militaires »¹⁴⁶. Néanmoins, la Convention ne fait pas spécifiquement référence aux forces de police du territoire occupé, ni à l'interaction entre leur mission de maintien de l'ordre et les hostilités en cours. La complexité de la situation sécuritaire créée par la résistance armée est cependant prise en compte dans le *Commentaire de la IV^e Convention*, qui tente de fournir quelques orientations. Il y est en effet stipulé que les fonctionnaires de police du territoire sous occupation

« ne sauraient, en aucun cas, être *appelés* à participer à des mesures tendant à s'opposer à des actes de belligérance *légitime*, qu'ils soient le fait des forces armées ennemies de la Puissance occupante, de milices, de corps de volontaires ou de mouvements de résistance organisés »¹⁴⁷.

Il n'est pas exclu que ces fonctionnaires acceptent de participer de leur plein gré à de telles actions. Le *Commentaire de la IV^e Convention* relève également qu'en raison de la nature criminelle des actes perpétrés en dehors des conditions prévues à l'article 4 de la III^e Convention de Genève, « il semble bien que la Puissance occupante ait le droit d'exiger que la police locale participe au dépistage et à la répression d'actes hostiles »¹⁴⁸, quelle que soit la motivation de ceux qui commettent ces actes.

La légalité (ou l'illégalité) des activités menées par des insurgés ne pouvant pas prétendre au statut de combattants légitimes (ou « légaux ») paraît donc constituer un élément essentiel de la décision de faire appel à la police locale. Des termes tels que « belligérants » ou « combattants » sont parfois utilisés dans

145 A. Roberts, « Transformative military occupation », *op. cit.*, note 82, pp. 615-616.

146 CG IV, art. 51.

147 *Commentaire de la IV^e Convention*, *op. cit.*, note 15, art. 54, p. 328 [mis en italiques par nos soins]. Pour un examen plus détaillé de la question de l'emploi des forces locales de police, voir Kenneth Watkin, « Maintaining law and order during occupation: breaking the normative chains », dans *Israel Law Review*, Vol. 41, 2008, pp. 182-184.

148 *Commentaire de la IV^e Convention*, *op. cit.*, note 15 ci-dessus, art. 54, p. 328.

un sens générique¹⁴⁹ pour faire référence aux « belligérants non privilégiés »¹⁵⁰. L'emploi d'une telle terminologie est toutefois sans incidence sur le plan juridique : quiconque participe directement aux hostilités sans bénéficier du statut de combattant légal s'expose à des poursuites¹⁵¹. Au regard du droit de l'occupation, le fait de reconnaître qu'une Puissance occupante peut soumettre la population du territoire occupé à des dispositions indispensables (mesures pénales, notamment) pour lui permettre « d'assurer ... la sécurité soit de la Puissance occupante, soit des membres et des biens des forces ou de l'administration d'occupation, ainsi que des établissements et des lignes de communications utilisés par elle » reflète le caractère illégal de la plupart des activités de résistance¹⁵².

L'établissement de ce lien entre la légitimité des participants aux hostilités et le maintien de l'ordre signifie que les forces de police du territoire sous occupation peuvent, de manière licite, être employées contre les insurgés dans tous les cas sauf les plus exceptionnels : en effet, la probabilité qu'un mouvement de résistance puisse satisfaire aux exigences de la III^e Convention de Genève a

149 *Étude du CICR sur le droit coutumier, op. cit.*, note 34, p. 3. Il est précisé (règle 1) que « [l]e terme 'combattant' est utilisé dans son sens usuel ; il désigne les personnes qui ne jouissent pas de la protection contre les attaques accordée aux personnes civiles, mais il n'implique pas le droit à un statut de combattant ou à un statut de prisonnier de guerre ». Voir Michael N. Schmitt, Charles H. B. Garraway et Yoram Dinstein, *The Manual on the Law of Non-international Armed Conflict With Commentary*, Institut international de Droit humanitaire, San Remo, 2006, p. 4 : « les combattants (*fighters*) sont à la fois les membres des forces armées régulières qui se battent au nom du gouvernement et les membres des groupes armés qui se battent contre le gouvernement. En anglais, le terme *fighters* a été préféré à celui de *combatants* afin d'éviter toute confusion avec la signification du terme « combattants » dans le contexte du droit international des conflits armés » [traduction CICR]. Voir aussi « Third Meeting of Experts: The Use of Force in Occupied Territory, 29-30 octobre 2009, Genève », dans ICRC, *Expert Meeting: Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, rapport préparé et édité par Tristan Ferraro, CICR, mars 2012 (ci-après « *Use of Force in Occupied Territory* »). Dans ce rapport, le terme *fighters* est utilisé pour décrire les personnes qui luttent contre les forces d'occupation, voir version en ligne sur : <http://www.icrc.org/eng/assets/files/review/2012/irrc-885-occupation-report.pdf>.

150 Richard R. Baxter, « So-called 'unprivileged belligerency': spies, guerrillas, and saboteurs », dans *British Yearbook of International Law*, Vol. 28, 1951, p. 323. Dans cet article, l'expression *unprivileged belligerents* (belligérants non privilégiés) est définie comme étant applicable aux « personnes qui n'ont pas le droit d'être traitées soit comme des civils pacifiques soit comme des prisonniers de guerre au motif qu'elles se sont engagées dans une conduite hostile sans répondre aux critères établis par l'article 4 de la Convention de Genève de 1949 relative aux prisonniers de guerre » [traduction CICR]. Voir aussi, cependant, Knut Dörmann, « The legal situation of 'illegal/unprivileged' combatants », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, N° 849, mars 2003, pp. 45-74. Après avoir relevé que les expressions « combattants/belligérants illégaux/non privilégiés » ne figurent pas dans le droit international humanitaire conventionnel, l'auteur donne un aperçu des protections dont bénéficient toutefois ces personnes.

151 Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2^e édition, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 36-37. Parlant de ces « combattants illégaux », l'auteur note que « contrairement à un combattant légal, un combattant illégal ne bénéficie pas des avantages liés au statut de prisonnier de guerre. Ainsi, bien qu'il ne puisse pas être exécuté sans jugement, il est susceptible d'être poursuivi et puni par un tribunal militaire » [traduction CICR]. Voir aussi L.C. Green, *op. cit.*, note 16, p. 137 : l'auteur relève que les combattants qui ne satisfont pas aux exigences du PA I, art. 44, para. 3 – à savoir, porter ouvertement les armes lorsqu'ils prennent part à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque – « risquent d'être traités comme des combattants illégaux » [traduction CICR].

152 CG IV, art. 64(2). Voir aussi CG IV, art. 65-68.

longtemps été considérée comme très faible¹⁵³. En ce sens, des exigences telles que le fait de porter les armes ouvertement, ou « d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance », peuvent être particulièrement difficiles à satisfaire dans le cas de groupes organisés opérant à l'intérieur du territoire occupé (ce qui risque de criminaliser l'activité de ces groupes). Même lorsque des membres d'un groupe de résistance portaient des parties d'uniformes et d'autres symboles, cela n'a pas nécessairement suffi pour qu'ils soient considérés comme des belligérants légaux¹⁵⁴. Une telle participation aux hostilités a longtemps été considérée comme étant de nature « criminelle » et, dès lors, comme devant faire l'objet de l'attention de la police et de l'armée. Le fait de s'en remettre aux forces de police locales pour assurer le maintien de l'ordre en temps d'occupation est sujet à controverse ; en effet, les forces de police locales risquent notamment de se trouver confrontées à des forces ou à des groupes dont les membres sont leurs compatriotes. Comme l'indique le *Commentaire de la IV^e Convention*, les lois et règlements internes devraient

« définir avec plus de détails le devoir professionnel de ces agents en temps de guerre. Il importe en effet qu'ils puissent accomplir leur tâche en toute loyauté sans avoir à redouter les conséquences de leurs actes si, *a posteriori*, les termes de la Convention risquaient d'être interprétés contre eux »¹⁵⁵.

Appartenance à une Partie au conflit

Le statut de combattant légal, en ce qui concerne les membres d'un mouvement de résistance organisé, peut être examiné sous un autre angle, en formulant la question suivante : est-ce que le groupe armé « appartient » à une Partie au conflit¹⁵⁶ ? Il a été dit que les hostilités entre la puissance occupante et des groupes

153 G. von Glahn, *op. cit.*, note 18, pp. 51-52. Voir aussi Colonel G.I.A.D. Draper, « The legal classification of belligerent individuals », dans Michael A. Meyer et Hilaire McCoubrey (éds), *Reflections on Law and Armed Conflict: The Selected Works on the Laws of War by the Late Professor Colonel G.I.A.D. Draper*, OBE, Kluwer Law International, Londres, 1998, p. 201 ; H. Levie, *op. cit.*, note 54, pp. 39-40.

154 Procès des Otages, *op. cit.*, note 19, p. 1244. Le Tribunal militaire international de Nuremberg a relevé, à propos de la résistance organisée en Yougoslavie : « Les éléments de preuve montrent que les formations portaient parfois des noms d'unités propres à l'organisation militaire, mais qu'elles n'avaient pas d'uniforme commun. De façon générale, les membres de ces formations portaient des vêtements civils, bien que des parties d'uniformes allemands, italiens et serbes aient été utilisées dans la mesure où il était possible de s'en procurer. De façon générale, l'étoile rouge était portée en tant qu'insigne. Les éléments de preuve ne permettent pas de conclure que cet insigne était tel qu'il pouvait être vu à distance. Les membres de ces formations ne portaient pas non plus ouvertement leurs armes, sauf quand ils avaient avantage à le faire » [traduction CICR].

155 *Commentaire de la IV^e Convention*, *op. cit.*, note 15, art. 54, pp. 330-331 et note 7. Il y est fait référence à un projet de « Déclaration d'application aux fonctionnaires de police de la Convention de Genève du 12 août 1949, relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre », qui stipule notamment : « [a]u cours ou à la fin de l'occupation, les fonctionnaires de police ne pourront en aucun cas être l'objet de condamnations, sanctions ou mesures de coercition pour avoir exécuté l'ordre qu'ils pouvaient, de bonne foi, considérer comme émanant de toute autorité compétente, alors surtout que l'exécution de l'ordre incombait normalement à leur service ».

156 CG III, art. 4 A (2).

armés organisés « n'appartenant pas » à une Partie au conflit pourraient être considérées comme étant de caractère non international. Selon cette approche, s'agissant de tels groupes, le seuil serait atteint quand les hostilités actives parviennent à un certain niveau associé au « critère Tadić » du TPIY concernant les conflits non internationaux (critère supposant l'existence de groupes armés organisés ainsi qu'une certaine intensité de conflit)¹⁵⁷. Néanmoins, la question du seuil devant être atteint dans les conflits armés qui ne présentent pas un caractère international reste ouverte à l'interprétation. Par exemple, dans l'affaire *Juan Carlos Abella v. Argentina*¹⁵⁸, la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) a utilisé les normes du droit humanitaire pour évaluer les hostilités ayant impliqué 42 individus armés dans une attaque contre les forces gouvernementales pendant une trentaine d'heures¹⁵⁹. Dès lors, faudrait-il utiliser des critères différents de ceux qui sont pris en compte dans la jurisprudence du TPIY, ou faudrait-il envisager un seuil relativement bas pour évaluer l'intensité et la durée nécessaires des actes de violence¹⁶⁰? En ce sens, dans la mesure où entrent en jeu des critères visant à évaluer l'organisation d'un groupe armé – tels que l'existence d'une structure de commandement, d'un mécanisme et de règles disciplinaires au sein du groupe armé, l'existence d'un quartier-général, d'une logistique, d'une planification et d'une conduite d'opérations, etc.¹⁶¹ – ces critères doivent être appliqués en tenant compte du contexte. Cette nécessité apparaît de manière particulièrement évidente dans les situations d'occupation. En ce cas, en effet, les groupes armés organisés qui mènent une guerre de guérilla centrée sur les réseaux opèrent normalement d'une manière moins hiérarchique et plus décentralisée que les forces conventionnelles, dotées d'un quartier-général traditionnel, d'une structure formelle de commandement, etc.¹⁶². Quand il s'agit

157 « *Use of Force in Occupied Territory* », *op. cit.*, note 149, pp. 18-21; Jelena Pejic, « The protective scope of common article 3: more than meets the eye », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, N° 881, mars 2001, pp. 191-193. Voir aussi TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Affaire N° IT-94-1-A, Arrêt du 2 octobre 1995, para. 70; TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Affaire N° IT-94-1-T, Opinion et jugement (Chambre de première instance), 7 mai 1997, para. 562-568; TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškosi*, Affaire N° IT-04-82-T, Jugement (Chambre de première instance), 10 juillet 2008, para. 175 et suiv.

158 Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), Affaire 11.137, OEA/Ser.L/V/II.98 doc. 6 rev., 13 avril 1998, *Juan Carlos Abella v. Argentina*, dans *Inter-American Yearbook on Human Rights*, Vol. 13, 1997, 602 (Rapport de la CIDH).

159 Lindsay Moir, « Law and the Inter-American Human Rights System », dans *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, pp. 189-190, pour un examen du rapport concernant l'utilisation des normes du droit humanitaire par la CIDH dans l'affaire *Juan Carlos Abella v. Argentina*.

160 Voir Susan Breau, Marie Aronsson et Rachel Joyce, « Discussion paper 2: drone attacks, international law, and the recording of civilian casualties of armed conflict », Oxford Research Group, juin 2011, disponible sur: <http://www.oxfordresearchgroup.org.uk/sites/default/files/ORG%20Drone%20Attacks%20and%20International%20Law%20Report.>, pour une référence à l'affaire *Juan Carlos Abella v. Argentina* concernant le recours aux critères d'intensité et de durée d'un conflit armé non international pour déterminer le seuil d'application du DIH.

161 Voir J. Pejic, *op. cit.*, note 157, p. 192, à propos du « critère » de l'organisation dans la jurisprudence du TPIY.

162 Stanley A. McCrystal, « It takes a network: the new frontline of modern warfare », dans *Foreign Policy*, mars/avril 2011, disponible sur: http://www.foreignpolicy.com/articles/2011/02/22/it_takes_a_network. Comme l'a relevé le général McCrystal, on a d'abord tenté d'évaluer al-Qaïda en Irak comme

de déterminer le seuil que doit atteindre un conflit interne pour que le DIH soit applicable, l'une des difficultés tient à la réalité qui fait qu'« [i] est particulièrement difficile d'établir une distinction entre les conflits internationaux et les conflits internes dans les situations de conflit contemporaines, car celles-ci présentent souvent des aspects des uns et des autres »¹⁶³. En conséquence, il n'existe « aucun mécanisme convenu permettant de définir de manière absolue les situations de violence »¹⁶⁴.

Certes, la théorie consistant à appliquer les seuils des conflits armés non internationaux présente un certain attrait en tant que moyen de limiter la violence en période d'occupation, quand se produisent des affrontements sporadiques ou une reprise des hostilités. Par contre, cette théorie serait difficilement applicable aux occupations violentes de la Seconde Guerre mondiale ou de l'Irak, étant donné l'ampleur, le niveau et l'intensité de ces conflits¹⁶⁵. En outre, une question subsiste : le seuil du conflit armé non international s'appliquerait-il sur le plan du droit ou fournirait-il simplement un moyen pratique d'identifier une reprise des hostilités sur le plan politique ? La position la moins discutable, c'est que le seuil peut être utile d'un point de vue pratique. En tout état de cause, en ce qui concerne le déploiement de forces de police pour lutter contre des insurgés, le fait d'appliquer le droit des conflits armés non internationaux contribuerait à souligner le caractère « criminel » de l'activité des insurgés. S'il en est ainsi, c'est parce que la question du statut légal des membres d'un groupe armé organisé ne serait plus en débat : la catégorie de prisonnier de guerre n'existe pas dans les conflits armés non internationaux¹⁶⁶.

s'il s'agissait d'une structure militaire traditionnelle, mais : « [p]lus nous y regardions de près, plus il devenait évident que ce modèle n'était pas le bon. Pour agir, les lieutenants d'al-Qaïda en Irak n'attendaient pas de recevoir des notes de service de leurs supérieurs, et moins encore des ordres de ben Laden. Les décisions n'étaient pas centralisées, mais prises rapidement et communiquées latéralement à travers l'organisation. Les combattants de Zarqawi étaient adaptés à leur zone d'opérations (comme Faloudjah ou Qaïm, dans la province occidentale d'Anbar) ; cependant, grâce aux technologies modernes, ils restaient en contact étroit avec le reste de la province et du pays. L'argent, la propagande et les renseignements circulaient en quantité et à une vitesse impressionnantes, permettant une coordination souple et efficace. Nous avons observé les changements de tactique (les attentats suicide succédant aux attaques à la roquette, par exemple) qui ont touché presque simultanément plusieurs villes. C'était une chorégraphie meurtrière dont la mise au point était rendue possible par une structure évoluant constamment et souvent méconnaissable ».

163 Theodor Meron, « The humanization of humanitarian law », dans *American Journal of International Law*, Vol. 94, N° 2, 2000, p. 261 [traduction CICR].

164 *Ibid.*, [traduction CICR]. Voir aussi S. Breau et al., *op. cit.*, note 160, p. 5. Selon les auteurs, « [i]l n'y a pas d'accord quant au niveau [d'organisation] dont il s'agit, mais il semble y avoir un consensus sur le fait que, pour être considéré comme une 'Partie' à un conflit armé, un groupe insurgé doit être suffisamment organisé pour satisfaire aux exigences de l'article 3 [commun aux quatre Conventions de Genève] » [traduction CICR].

165 *Rapport de la réunion du CUDIH, op. cit.*, note 64, p. 29. On peut y lire que « [l]e seuil qui doit être atteint pour déterminer l'existence d'un CANI au sens de l'article 3 commun [conflit armé non international] – c'est-à-dire une violence armée d'une certaine intensité et durée – constitue une indication utile pour déterminer s'il s'est ou non produit une 'reprise' ou une nouvelle 'flambée' des hostilités dans la partie précise du territoire occupé où les hostilités résultent des activités de résistance » [traduction CICR].

166 Emily Crawford, *The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 78. L'auteur relève l'absence, dans les conflits armés non internationaux, de l'équivalent du statut de prisonnier de guerre, « [a]lors que le droit régissant les

Par ailleurs, le fait de considérer comme un conflit armé non international des hostilités opposant des mouvements de résistance à une puissance occupante soulève un certain nombre de difficultés supplémentaires, d'ordre pratique et juridique. Tout d'abord, cela fait entrer en jeu un corpus juridique – celui qui régit les conflits armés à caractère non international – qui ne figure pas dans le droit conventionnel de manière aussi claire que le droit applicable aux conflits armés internationaux. De plus, comme on le verra, le fait de suggérer que les hostilités entre la puissance occupante et certains groupes armés organisés pourraient être considérées comme un conflit armé non international est également incompatible avec les interprétations traditionnelles du droit, déjà établies de longue date.

Les hostilités conduites par une puissance occupante se déroulent dans le cadre d'un conflit armé international – un état d'occupation ne peut exister que pendant un tel conflit. L'occupant n'est pas le « souverain » du territoire, mais il s'acquitte des obligations que lui impose le droit des conflits armés internationaux. La résistance peut inclure toute une variété de groupes armés organisés, ainsi que d'individus qui prennent une part active aux hostilités ou qui agissent d'une autre manière contre les intérêts de l'occupant en termes de sécurité. Pendant une occupation violente, la résistance implique souvent une interdépendance complexe entre de nombreux groupes armés; les maîtres-mots sont alors bien davantage la coopération et la cobelligérance que la conduite d'opérations sous un seul commandement, ou même pour la reconquête du pouvoir politique dont l'autorité sur le territoire a été « déplacée » par l'occupation. Tous les groupes armés organisés résistant à l'occupation ne sont pas liés à un État, en particulier au sens strict et formel établi par la III^e Convention de Genève dans le but précis de déterminer le statut de prisonnier de guerre. Néanmoins, cela ne diminue ni en fait ni en droit le caractère international des hostilités. Le fait de recourir, pour qualifier un conflit, aux critères utilisés pour déterminer le statut de prisonnier de guerre paraît faire intervenir un élément de formalisme inutile et aller au-delà de la portée de la III^e Convention. Certes, les membres de certains groupes de résistance en lutte contre l'occupant peuvent obtenir le statut de prisonnier de guerre parce qu'ils appartiennent à une Partie au conflit, mais les dispositions de la Convention n'ont pas d'autre effet. Ces dispositions ne font référence ni à la nature ni à la catégorie du conflit lui-même. Par ailleurs, sur le plan pratique, en dépit de l'affiliation des divers groupes armés organisés engagés dans le conflit et bénéficiant d'appuis divers, leur organisation ou leurs tactiques peuvent ne

conflits armés non internationaux n'interdit ni ne criminalise expressément la participation ..., le droit international ne confère à une telle participation aucune immunité vis-à-vis du droit interne» [traduction CICR]. Voir aussi Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 60: « [q]uand les rebelles sont capturés, ou empêchés de toute autre manière de continuer à se battre ..., ils sont hors de combat et ont droit au même niveau de traitement que les civils. Leur statut juridique ne change cependant pas et ils sont donc pleinement assujettis à la législation pénale de l'État » [traduction CICR]. Voir enfin Liesbeth Zegveld, *The Responsibility of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 36: « [I]es membres des groupes d'opposition armés ne peuvent pas, sur la base de l'article 3 commun, invoquer l'immunité contre les poursuites et les sanctions s'ils sont capturés par l'État territorial pour leur actes contraires aux lois de l'État territorial » [traduction CICR].

présenter aucune différence. Ces groupes – qui interviennent souvent en tant que cobelligérants – luttent contre la même puissance occupante ; or, c'est en raison du conflit armé international en cours que la puissance occupante a précisément atteint ce statut juridique. Il est difficile de voir quel(s) avantage(s) pourrait apporter le fait de subdiviser en différentes catégories un conflit qui se déroule dans un environnement intégré en termes opérationnels et de sécurité impliquant la protection de la même population.

Comme cela a été démontré pendant la Seconde Guerre mondiale, les groupes de résistance armés peuvent servir toute une palette d'intérêts politiques divergents ; en même temps, pour des raisons diverses, ces groupes peuvent agir ensemble contre un ennemi commun¹⁶⁷. Également observé pendant l'occupation de l'Irak de 2003-2004¹⁶⁸, ce phénomène ne modifie toutefois en rien le droit prépondérant qui régit les activités de la puissance occupante, y compris la conduite des hostilités. En 1948, à propos de la lutte menée contre les divers mouvements de résistance organisés en Yougoslavie et en Grèce, le tribunal militaire a statué dans le procès des Otages que les actions de la puissance occupante visant à « préserver l'ordre, punir le crime et protéger des vies et des biens dans le territoire sous occupation » avaient des « limites définies par les règles reconnues du droit international, en particulier celles du Règlement de La Haye de 1907 »¹⁶⁹. Certes, le conflit en Irak a été régi par les Conventions de Genève de 1949, adoptées entre-temps, mais les nouvelles dispositions n'ont pas modifié le postulat de base du jugement rendu dans le procès des Otages¹⁷⁰.

Un autre élément devrait particulièrement retenir l'attention. Le fait de prétendre que le droit qui régit les conflits internes est facilement applicable à l'occupation pourrait en effet mettre en cause la plus large applicabilité de la IV^e Convention de Genève. Ce risque est notamment présent dans les situations où les forces de la résistance (en majorité ou en totalité) ont des liens ténus, voire inexistants, avec le régime déchu. De plus, des niveaux de complexité supplémentaires apparaissent, la puissance occupante devant tenter d'appliquer en

167 R.B. Asprey, *op. cit.*, note 66, pp. 434-435. L'auteur rappelle qu'en France, en février 1943, la résistance organisée se composait de cinq groupes distincts. L'une des organisations les plus efficaces n'était pas liée à l'État occupé : le « Front National » communiste, qui a fourni près du tiers des effectifs du Maquis au sein du groupe des « Francs-Tireurs et Partisans », n'a pas abandonné le contrôle de ses unités, mais il a effectivement coopéré avec les Puissances alliées et d'autres groupes pour tenter de mettre sur pied une armée secrète « davantage par besoin de reconnaissance, d'armes et d'argent que par patriotisme ». En Yougoslavie, la résistance offrait un autre tableau compliqué. Les Partisans de Tito cherchaient à chasser du pouvoir la monarchie en exil. Ainsi, « en novembre 1941, communistes et monarchistes s'entre-déchiraient ». Voir Matthew Bennett, « The German Experience », dans Ian F.W. Beckett (éd.), *The Roots of Counterinsurgency: Armies and Guerrilla Warfare 1900-1945*, Blandford Press, Londres, 1988, p. 74. En dépit du conflit opposant différents groupes, les opérations menées par, et contre, l'occupant allemand se déroulaient dans le cadre d'un conflit armé international, et non interne.

168 A.S. Hashim, *op. cit.*, note 97, pp. 170-176. L'auteur note qu'en Irak, une vingtaine de groupes armés étaient engagés dans la résistance. Un lien pourrait avoir existé entre la plupart de ces groupes et le régime précédent (celui de Saddam Hussein), mais cela n'a modifié en rien le caractère international des hostilités menées par ou contre l'occupant (les forces de la Coalition).

169 Procès des Otages, *op. cit.*, note 19, pp. 1243-1244 [traduction CICR].

170 CG III, art. 135 et CG IV, art. 154. Les quatre Conventions de Genève de 1949 complètent le Règlement de La Haye de 1907.

même temps le droit des conflits armés internationaux et son pendant applicable aux conflits internes. De telles situations peuvent, certes, survenir. Elles devraient cependant être évitées le plus souvent possible, afin de permettre une application pratique et cohérente du droit. Un autre risque existe : celui de voir se produire simultanément plusieurs conflits armés non internationaux si un grand nombre de groupes armés différents sont engagés dans les hostilités. Par ailleurs, en mettant l'accent sur la légitimité des groupes armés organisés, la théorie fait l'impasse sur les situations dans lesquelles des civils participent directement aux hostilités. Ces civils seraient-ils considérés comme prenant part à un conflit armé international ou à un conflit armé interne ? Rien ne permet de répondre avec certitude à cette question.

Le droit international des conflits armés est donc applicable à l'occupant, mais cela ne signifie pas que des conflits armés internes ne peuvent jamais éclater en territoire occupé. Comme stipulé dans l'arrêt relatif à l'affaire *Tadić*, un conflit armé peut se produire quand deux groupes armés organisés se battent l'un contre l'autre. Dans le contexte d'une occupation, le combat auquel se livrent ces groupes pourrait être considéré comme un conflit de caractère non international. Toutefois, un tel cas constituerait l'exception et non la règle. En tout état de cause, comme cela a déjà été relevé, le fait de suggérer qu'un conflit donné est de caractère non international renforce l'argument selon lequel les forces de police ont un rôle à jouer face à de telles activités illégales. Bien que n'englobant pas nécessairement des crimes traditionnels tels que le vol ou le trafic de drogues, la participation d'acteurs non étatiques aux conflits internes est considérée depuis longtemps par les États comme étant plus spécifiquement de nature « criminelle ». Dans de tels conflits, les actes qui sont commis contre les intérêts de l'État en matière de sécurité peuvent être traités comme des délits. Inévitablement, cela pointe dans la direction de l'implication du système de justice pénale, dont la police fait indéniablement partie.

En dernière analyse, les hostilités menées contre la puissance occupante (y compris celles qui sont le fait de divers types de groupes armés organisés) sont largement couvertes par le droit des conflits armés internationaux, y compris le droit de l'occupation. Il est difficile de voir de quelle manière l'un ou l'autre des avantages limités obtenus en introduisant le droit qui régit les conflits armés internes pourrait l'emporter sur l'application du droit, mieux développé et structuré, qui est applicable aux conflits internationaux. En définitive, cette complexité interprétative auto-imposée n'est ni nécessaire, ni souhaitable si l'on se place dans la perspective plus large de la protection des habitants d'un territoire sous occupation.

Primauté de la fonction de police

En ce qui concerne l'exercice de la fonction de police, « l'occupant, chargé du maintien de l'ordre public, est dans son rôle en réclamant le concours de la police » afin de réprimer les actes criminels¹⁷¹. Bien que les fonctionnaires, tels

171 *Commentaire de la IV^e Convention*, *op. cit.*, note 15, art. 54, p. 330. Voir M. Sassòli, *op. cit.*, note 1, p. 665. L'auteur estime que « [l]es opérations de police ne sont pas dirigées contre des combattants

que les policiers, aient la possibilité de renoncer à assumer leurs fonctions pour des raisons de conscience¹⁷², le *Commentaire de la IV^e Convention* reconnaît que ces fonctionnaires « ont un devoir moral de rester à leurs postes dans l'intérêt de leurs concitoyens »¹⁷³. En fin de compte, la possibilité ou l'impossibilité de les employer dépend de la mesure dans laquelle ces fonctionnaires veulent et peuvent s'engager dans des missions de police qui pourraient les amener à utiliser la force contre des insurgés. Néanmoins, comme cela s'est produit en Irak, la mise en place d'une nouvelle autorité dirigeante – et, dès lors, de nouvelles forces de sécurité – augmente la probabilité que les forces de police se retrouvent engagées dans la campagne de lutte anti-insurrectionnelle.

Il est clair que la surveillance policière conserve une importance fondamentale en temps d'occupation, sur le plan général du maintien de l'ordre public et en tant qu'élément d'une campagne de sécurité visant à lutter contre les activités illégales de groupes d'insurgés. Néanmoins, en cas d'insurrection, il n'est facile ni sur le plan des faits, ni sur celui du droit, d'établir une distinction entre le maintien de l'ordre public et la conduite d'hostilités. Comme cela a été dit plus haut, divers facteurs – tels que l'intensité des combats et le niveau d'organisation des parties au conflit – pourraient fournir des indicateurs pratiques permettant d'évaluer l'activité des insurgés¹⁷⁴.

Si un « mouvement de résistance organisé » satisfaisant aux critères de l'article 4 de la III^e Convention de Genève menaçait la puissance occupante, l'identification de la menace pourrait être beaucoup plus facile¹⁷⁵. Néanmoins, comme cela s'est produit en Irak, il y a davantage de chances que l'activité des insurgés soit menée par des groupes organisés qui ne satisfont pas aux exigences de la belligérance légitime, ou par des civils participant directement aux hostilités¹⁷⁶. Par ailleurs, en raison de son intégration au sein des communautés locales, la police se trouve souvent sur les lignes de front du conflit et, devant assumer des rôles tels que la défense des biens et des personnes, elle fait elle-même l'objet d'attaques.

Pour être conforme à la doctrine traditionnelle de la lutte contre l'insurrection, la planification opérationnelle devrait reposer sur le « principe de la primauté de la police »¹⁷⁷. Ce principe reconnaît que l'un des objectifs-clés est de réduire l'implication

(ou des civils participant directement aux hostilités), mais contre des civils (soupçonnés de crimes menaçant l'ordre public) » [traduction CICR].

172 CG IV, art. 54.

173 *Commentaire de la IV^e Convention*, *op. cit.*, note 15, art. 54, p. 330.

174 TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *op. cit.*, note 157, para. 70.

175 Procès des Otages, *op. cit.*, note 19, p. 1244. Dans des circonstances particulières, certains groupes peuvent opérer en tant que combattants légitimes. La Cour a relevé qu'il existait « [d]es preuves convaincantes dans le dossier montrant que certaines bandes de partisans regroupées en unités, en Yougoslavie comme en Grèce, s'étaient conformées aux exigences du droit international. ... Néanmoins, la majorité des bandes de partisans n'ont pas respecté les règles de la guerre qui leur auraient permis de se voir accorder les droits des belligérants légitimes » [traduction CICR].

176 M. Sassòli, *op. cit.*, note 1, p. 665, note 21. Voir aussi D. Kretzmer, *op. cit.*, note 50, p. 207.

177 D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, pp. 68-69 [traduction CICR]. Ce principe est examiné dans le contexte d'une intervention étrangère visant essentiellement la mise en place d'un gouvernement

militaire et d'accroître les capacités de la police locale. Le but est que le personnel de base déployé au sein de la population pour lutter contre l'insurrection soit entraîné à faire usage d'un minimum de force et puisse exercer un pouvoir discrétionnaire individuel¹⁷⁸. Néanmoins, l'activité des insurgés peut avoir un impact sur ce que peut faire la police car « [l']insécurité créée à la fois un besoin pour l'action de la police et un obstacle à son efficacité »¹⁷⁹. Il est également évident qu'en situation d'occupation, la nature et l'ampleur de la menace que constituent les hostilités en cours (de même que l'organisation, la formation, le rôle traditionnel et l'équipement des forces de police) signifient que les policiers ne sont pas les seules forces de sécurité engagées soit dans le maintien de l'ordre public, soit dans la lutte contre l'insurrection. Les forces militaires de la puissance occupante devront participer aux affrontements, combler les lacunes dans les capacités policières et fournir un appui aux opérations de police¹⁸⁰. La question déjà posée plus haut demeure : quels sont, dans un environnement de sécurité aussi complexe, les rapports entre les cadres juridiques régissant l'emploi de la force aux fins du maintien de l'ordre public, d'une part, et de la conduite des hostilités, d'autre part ? Après avoir établi la réalité factuelle de l'occupation « violente » et identifié les grands défis que doivent relever les forces de sécurité, c'est sur cette question que l'analyse portera maintenant.

Cadres juridiques régissant l'emploi de la force dans le cadre de la conduite des hostilités et du maintien de l'ordre

Comme un commentateur l'a fait remarquer,

« [l']ordre public est rétabli par le biais d'opérations de police, qui sont régies par le droit interne et par le droit international des droits de l'homme, et non pas par le biais d'opérations militaires, qui sont régies par les règles du DIH relatives à la conduite des hostilités »¹⁸¹.

Cette remarque était toutefois tempérée par la reconnaissance du fait suivant : quand la résistance armée organisée se poursuit dans le territoire, il est plus difficile d'établir une distinction entre la conduite des hostilités et les opérations de police dirigées contre l'activité criminelle¹⁸². Certes, il est compréhensible de marquer une préférence pour un système normatif clairement scindé en deux, afin de régir les opérations de police et les opérations militaires dans les

légitime autonome. Il est néanmoins également applicable au maintien de l'ordre public en situation d'occupation.

178 *Ibid.*, p. 69. Les auteurs relèvent quatre caractéristiques qui distinguent la police de l'armée, à savoir : les policiers portent des armes légères, ou ne sont pas armés ; ils sont déployés individuellement ou en petits groupes ; ils exercent un plus grand pouvoir discrétionnaire individuel ; enfin, leur structure organisationnelle est différente de celle de l'armée.

179 *Ibid.* [traduction CICR].

180 *Ibid.*, p. 77.

181 M. Sassòli, *op. cit.*, note 1, p. 665 [traduction CICR].

182 *Ibid.*

territoires occupés. Néanmoins, la complexité de la situation sécuritaire exige une approche plus intégrée et plus nuancée. En ce sens, il n'apparaît pas clairement comment le maintien de « l'ordre public et la sécurité » pourrait être limité aux opérations de police, en fait comme en droit. Le concept d'« ordre public » est plus large que celui de « la loi et l'ordre »¹⁸³, qui a lui-même été interprété comme allant au-delà de la simple application du droit pénal. Pour maintenir « la loi et l'ordre », il peut être nécessaire de prévenir et de réprimer les crimes, de contrôler les manifestations publiques, de désarmer des individus ou des groupes et, enfin, d'empêcher la commission de crimes graves tels que le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité¹⁸⁴. Comme cela a déjà été relevé, à moins que les membres d'un mouvement de résistance organisé aient obtenu le statut de combattants légaux, leurs activités peuvent faire l'objet de poursuites pénales. Il est donc nécessaire d'examiner maintenant les cadres normatifs – droits de l'homme et droit humanitaire – qui régissent les opérations de sécurité, de manière à pouvoir déterminer leurs rôles respectifs. Une fois les différences fondamentales entre ces deux cadres normatifs mises en évidence, les facteurs ayant un impact sur leur applicabilité relative (l'exercice du contrôle sur le territoire, par exemple) seront évalués et la question de l'application de la règle de la *lex specialis* sera examinée.

L'emploi de la force au regard des cadres normatifs du droit des droits de l'homme et du droit humanitaire

Le cadre normatif qui régit le maintien de l'ordre public aborde l'emploi de la force d'une manière fondamentalement différente par rapport à celui qui s'applique à la conduite des hostilités. Le maintien de l'ordre, qui relève du cadre normatif des droits de l'homme, cherche à limiter l'emploi de la force aux situations de nécessité absolue¹⁸⁵. Une politique consistant à « tirer pour tuer » est strictement à éviter¹⁸⁶ : dès lors, la force létale n'est employée que quand cela est strictement

183 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, pp. 91-94. S'appuyant sur le libellé initial du *Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre* de la Conférence de Bruxelles de 1874, ainsi que sur le *Manuel des lois de la guerre sur terre* (Manuel d'Oxford) de 1880, l'auteur adopte une interprétation large de l'article 43 du Règlement de La Haye afin d'inclure la vie et l'ordre publics; ainsi, affirme-t-il: « [i]l ne suffit pas que la puissance occupante protège consciencieusement la vie et la santé ... En temps d'occupation, le gouvernement militaire ne peut pas observer sereinement une économie dévastée ou une crise sociale qui plongent la population civile dans la détresse » (*ibid.*, p. 93) [traduction CICR]. Voir aussi E. Benvenisti, *op. cit.*, note 1, pp. 9-11. L'auteur examine les avis divergents quant au sens à donner au concept d'« ordre public ».

184 Timothy McCormack et Bruce M. Oswald, « The maintenance of law and order in military operations », dans Terry Gill et Dieter Fleck (éds.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 445, para. 1.

185 Cour EDH, *McCann et autres c. Royaume-Uni*, requête N° 18984/91, arrêt du 27 septembre 1995, para. 148 (ci-après: *Affaire McCann*). Voir aussi Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois, adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, La Havane, Cuba, 27 août – 7 septembre 1990, para. 9, disponible sur: <http://www2.ohchr.org/french/law/armes.htm> (ci-après: Principes de base de l'ONU sur le recours à la force).

186 Cour EDH, *McKerr c. Royaume-Uni*, requête N° 28883/95, arrêt du 4 mai 2001, para. 100 (ci-après: *Affaire McKerr*) à propos de l'expression « tirer pour tuer ».

inévitables¹⁸⁷. Il existe clairement une préférence démontrée pour « capturer au lieu de tuer » un suspect¹⁸⁸. L'emploi de la force est régi par les principes de nécessité et de proportionnalité, précisément :

« [I]es responsables de l'application des lois ne doivent pas faire usage d'armes à feu contre des personnes, sauf en cas de légitime défense ou pour défendre des tiers contre une menace imminente de mort ou de blessure grave, ou pour prévenir une infraction particulièrement grave mettant sérieusement en danger des vies humaines, ou pour procéder à l'arrestation d'une personne présentant un tel risque et résistant à leur autorité, ou l'empêcher de s'échapper »¹⁸⁹.

En termes de responsabilité, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme étend l'exigence d'une enquête au-delà de « tous les cas où l'on soupçonnera des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires », comme le prévoient les Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, sommaires et arbitraires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions¹⁹⁰; la Cour européenne exige en fait « [q]ue soit menée une forme d'enquête officielle et effective lorsque le recours à la force a entraîné mort d'homme »¹⁹¹. La forme des enquêtes ne se limite pas aux enquêtes criminelles; par contre, toute enquête doit être menée de manière indépendante par rapport aux autorités de l'État et dans le respect des normes universelles. L'enquête peut non seulement porter sur le personnel de sécurité impliqué, mais aussi sur des questions telles que la formation, la planification, les règles d'engagement et les ordres¹⁹².

À l'inverse, le droit humanitaire reconnaît que l'emploi de la force létale fait intégralement partie de la conduite des hostilités. Les combattants légaux bénéficient de l'immunité s'ils tuent sans enfreindre le droit. Les membres des forces de sécurité d'un État reçoivent un entraînement et des ordres spécifiques; il est prévu qu'ils emploient la force, bien que les attaques doivent être limitées à

187 Principes de base de l'ONU sur le recours à la force, *op. cit.*, note 185, para. 9.

188 Voir Haute Cour de Justice d'Israël, *Public Committee Against Torture in Israel (PCATI) v. Government of Israel*, (HCJ 769/02), arrêt du 11 décembre 2005, para. 40, disponible sur: <http://www.law.upenn.edu/academics/institutes/ilp/targetedkilling/papers/IsraeliTargetedKillingCase.pdf>, s'appuyant en partie sur l'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *McCann*, *op. cit.*, note 185, p. 148, para. 235, pour un examen des principes fondés sur les droits de l'homme, relatifs à l'application des lois, et de la préférence pour le processus « arrestation, enquête et procès ».

189 The Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010 – The Turkel Commission, Report, Part I, janvier 2011, p. 233 [traduction CICR]; Principes de base de l'ONU sur le recours à la force, *op. cit.*, note 185, para. 9.

190 Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, sommaires et arbitraires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions, Résolution 1989/65 du Conseil économique et social, 24 mai 1989, Annexe, dans Conseil économique et social, Documents officiels, 1989, supplément N° 1, p. 52, UN Doc. E/1989/89, para. 9 [accentué par nos soins].

191 *McCann*, *op. cit.*, note 186, p. 599, para. 111.

192 Kenneth Watkin, « Controlling the use of force: a role for human rights norms in contemporary armed conflict », dans *American Journal of International Law*, Vol. 98, N° 1, 2004, pp. 19-20.

des objectifs militaires valables, qu'il s'agisse de personnes ou de biens¹⁹³. Pendant les conflits armés internationaux (qui incluent les périodes d'occupation), les cibles légitimes sont les membres des forces armées régulières des États, les forces armées irrégulières appartenant à une Partie au conflit et, enfin, les civils participant directement aux hostilités¹⁹⁴. Quiconque emploie la force doit établir une distinction entre, d'une part, les cibles légitimes et, d'autre part, les civils qui ne participent pas activement aux hostilités et les biens de caractère civil. Néanmoins, en vertu du concept de « proportionnalité » inscrit dans le droit humanitaire, des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles ou des dommages peuvent être causés incidemment en raison de la proximité de cibles légitimes¹⁹⁵.

Le DIH comporte également une structure de responsabilité ; pourtant, n'ayant pas pour but d'empêcher de « tirer pour tuer », il n'exige pas l'ouverture d'une enquête chaque fois qu'une personne est tuée. De fait, les enquêtes portent principalement sur des violations présumées du droit international pénal et du droit interne, telles que des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des infractions au droit militaire. Par exemple, dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI), adopté en 1998, le crime de guerre pour morts et blessures collatérales est défini ainsi :

« [L]e fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages ... qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu »¹⁹⁶.

L'ouverture d'une enquête (pénale ou autre) ne serait exigée, au regard du droit, que s'il existait un soupçon raisonnable que de telles blessures, morts ou destructions collatérales excessives aient eu lieu. En fonction des circonstances (et du niveau d'informations dont dispose un commandant), une enquête préliminaire d'établissement des faits peut être diligentée : son but est de déterminer si une enquête pénale ou autre est nécessaire¹⁹⁷. De toute évidence, cela n'exclut pas l'ouverture d'une enquête, par principe, chaque fois que des blessures, des morts

193 PA I, art. 43, 48 et 50-52.

194 CICR, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, Genève, février 2009, p. 77.

195 PA I, art. 51(5)(b) et 57.

196 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, A/CONF. 183/9, art. 8(2)(b)(iv), disponible sur : <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf> (ci-après : Statut de Rome).

197 Michael N. Schmitt, « Investigating violations of international law in armed conflict », dans *Harvard National Security Journal*, Vol. 2, 2011, p. 63. L'auteur relève que ce type d'enquête préliminaire a été formalisé par l'Australie sous la forme d'une évaluation rapide (*Quick Assessment / QA*) « dans le cadre de laquelle un militaire nommé par l'officier compétent examine les faits et les circonstances d'une affaire dans les vingt-quatre heures ... Le but premier de l'évaluation rapide est de déterminer si une action supplémentaire est nécessaire » [traduction CICR].

ou des dommages surviennent, comme cela peut se produire dans le cadre de certaines activités telles que les opérations anti-insurrectionnelles.

En outre, des enquêtes administratives ou opérationnelles peuvent être ordonnées pour toute une variété de raisons d'ordre opérationnel et politique, notamment quand un système d'armes ne fonctionne pas comme prévu et frappe une cible de manière non intentionnelle, ou quand le personnel ne suit pas les procédures établies, ou encore quand une série d'actes répréhensibles se produit et préoccupe un commandant militaire¹⁹⁸. La responsabilité peut être engagée pour des omissions ou des actes individuels, ainsi que par suite d'une responsabilité de commandement ou supérieure¹⁹⁹. Certes, la structure de responsabilité est traditionnellement considérée comme mieux développée et mieux utilisée dans le cadre des droits de l'homme. Néanmoins, les enquêtes nationales basées sur le droit humanitaire n'ont jamais cessé et l'on observe une implication croissante des tribunaux pénaux internationaux²⁰⁰. Ce processus de responsabilité en vertu du DIH est souvent masqué sur le plan international par le fait qu'il repose sur les cours et tribunaux nationaux pour la poursuite des crimes de guerre et les enquêtes relatives à des allégations d'actes répréhensibles²⁰¹.

Territoires occupés et « contrôle »

En ce qui concerne les opérations visant à maintenir l'ordre public, l'application des cadres normatifs régissant, respectivement, le maintien de l'ordre et la conduite des hostilités dépend du degré de contrôle exercé par la puissance occupante sur le territoire où la résistance mène ses opérations. La question du contrôle se pose sur deux plans. Premièrement, la puissance occupante exerce-t-elle un contrôle suffisant sur le territoire pour que l'on puisse conclure qu'il est occupé? Si ce n'est pas le cas, au regard du droit conventionnel, l'obligation de maintenir l'ordre public prévue par la IV^e Convention de Genève ne s'applique

198 Canadian Broadcasting Corporation, « Afghan deaths focus of special forces probe », 14 septembre 2010, disponible sur : <http://www.cbc.ca/news/canada/story/2010/09/14/sand-trap.html>. Des forces spéciales canadiennes opérant en Afghanistan ont fait l'objet d'une première enquête criminelle qui a pris fin sans inculpations, mais « une commission d'enquête militaire, chargée d'enquêter sur des problèmes majeurs au sein des Forces canadiennes, se penche sur les questions administratives et non pénales entourant l'affaire, et entend 100 témoins dans le cadre de l'enquête » [traduction CICR].

199 Statut de Rome, *op. cit.*, note 197, art. 25-28.

200 Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2^e édition, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 435-444, pour un examen de la nécessité des procès internationaux. Voir aussi *ibid.*, p. 6. Le droit pénal international est unique, car il tire ses origines du droit humanitaire, du droit des droits de l'homme et du droit pénal national.

201 Voir Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson et Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2^e édition, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 64. Les auteurs rappellent que les crimes internationaux sont censés être principalement poursuivis au niveau national. Par ailleurs, ce sont les crimes de guerre « qui ont été réglementés en droit interne depuis le plus longtemps et qui ont été le plus souvent poursuivis » [traduction CICR]; de plus, la comparution devant un tribunal international est souvent considérée comme une option préférable sur les plans politique, sociologique et pratique, ainsi qu'en termes de légitimité. Voir cependant *ibid.*, p. 580, où il est relevé que les tribunaux internationaux sont apparus à cause de l'échec des efforts de la justice nationale, ou de leur absence, « mais qu'ils ne sont pas censés les remplacer » [traduction CICR].

pas (sans que cela signifie, toutefois, que les forces de sécurité ne se verront pas confier la tâche d'intervenir pour réprimer des actes criminels qu'elles observent pendant la conduite des opérations). Deuxièmement, le contrôle exercé sur la zone dans laquelle les forces de sécurité interviennent est-il suffisant? De fait, même quand il existe une obligation de maintenir l'ordre public, la capacité de conduire des opérations dans ce but peut être considérablement réduite par la situation sécuritaire prévalant dans la zone.

Si un groupe organisé, ou les forces armées de la partie adverse, reprenait le contrôle du territoire, les opérations menées contre ce groupe par l'occupant équivaldraient, de fait, à une ré-invasion²⁰². Une analogie a ainsi été établie entre occupation et blocus. Tout comme un blocus, une occupation ne peut pas exister seulement sur le papier²⁰³. Néanmoins, la perte temporaire d'une portion de territoire ne signifie pas nécessairement la fin de l'occupation. Un élément déterminant semble être l'envoi, ou non, par la puissance occupante de forces de sécurité devant faire en sorte que son autorité soit effective. Comme cela a déjà été relevé, « [s]i elle réussissait à faire preuve de résilience face à une adversité temporaire, la puissance occupante ne perdrait pas le contrôle effectif du territoire »²⁰⁴. Il apparaît en outre que l'existence de poches de résistance ne rendrait pas l'ensemble du territoire « non occupé », étant donné que « la présence de zones isolées dans lesquelles cette autorité [légitime] continue à s'exercer n'a pas d'incidence sur la réalité de l'occupation si ces zones sont effectivement coupées du reste du territoire occupé »²⁰⁵.

Pendant le conflit en Irak, le contrôle exercé périodiquement par les forces insurgées sur des villes entières ou sur certains quartiers, comme à Faloudjah et à Nadjaf, ne signifiait pas que les forces de la Coalition avaient été chassées de ces lieux en tant que puissance occupante²⁰⁶. Par contre, au cours de la Seconde Guerre mondiale, une perte de contrôle suffisamment importante semble s'être

202 G. von Glahn, *op. cit.*, note 18, p. 29. Voir aussi Elbridge Colby, « Occupation under the laws of war », dans *Columbia Law Review*, Vol. 25, N° 7, 1925, p. 910: si une occupation est « [é]tablie par la force, il peut y être mis fin par la force » [traduction CICR]; *United States of America v. Otto Ohlendorf, et al.* (Affaire N° IX), 8-9 avril 1948, *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. IV, Government Printing Office, Washington, 1950, p. 492 (ci-après *Affaire des Einsatzgruppen*). Lors des procès des criminels de guerre devant les tribunaux militaires de Nuremberg, il a été relevé que les partisans avaient « repris un territoire considérable à l'occupant allemand » et que « [l]a reconquête du territoire ennemi que l'occupant avait perdu au profit de l'ennemi n'a pas constitué une opération de police mais bien un acte de guerre » [traduction CICR].

203 G. von Glahn, *op. cit.*, note 18, p. 29.

204 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, p. 45 [traduction CICR]. Voir aussi Procès des Otages, *op. cit.*, note 19, p. 1243. Bien qu'en Grèce et en Yougoslavie, les partisans aient été en mesure de contrôler partiellement le pays, le pays est resté occupé, étant donné qu'« [i]l est établi que les Allemands pouvaient à tout moment, s'ils le désiraient, assumer le contrôle physique d'une partie du pays » [traduction CICR].

205 L.C. Green, *op. cit.*, note 16, p. 286 [traduction CICR].

206 B. West, *op. cit.*, note 99; voir aussi P. Cockburn, *op. cit.*, note 99, pp. 184-185. L'auteur relève qu'en avril 2004, l'armée du Mahdi (de Moqtada al-Sadr) s'était emparée d'un grand cimetière dans le centre de la ville de Nadjaf et que, selon des membres de cette armée: « les combats de rue étaient très intenses; les soldats américains restaient à l'intérieur de leurs chars tandis que nous tentions de les atteindre en tirant de toutes les directions » [traduction CICR].

parfois produite en Russie²⁰⁷ et peut-être aussi dans certaines parties de la Yougoslavie²⁰⁸. Cette opinion – selon laquelle la simple présence physique d'un groupe armé sur un territoire ne signifie pas que l'occupant en est chassé – vient également appuyer l'interprétation étroite de l'occupation, en d'autres termes, il ne suffit pas de « poser les bottes sur le terrain » pendant une patrouille, un raid ou une invasion pour créer une situation d'occupation au regard du droit²⁰⁹. Si c'était le cas, les mouvements de résistance organisés qui effectuent des patrouilles, des raids ou d'autres opérations pourraient facilement (en théorie) éteindre les obligations incombant à l'occupant.

À moins d'une éviction complète de la puissance occupante, l'obligation conventionnelle de maintenir l'ordre public demeure même en cas de perte temporaire de contrôle sur une zone. Néanmoins, que ce soit sur le terrain ou au regard du droit, il est peu probable que les opérations d'application des lois constituent une option durable pour le maintien de l'ordre dans de telles zones. Cela tient à un élément précis : la conduite d'opérations d'application des lois exige un niveau très élevé de contrôle sur la situation de sécurité qui doit être maîtrisée. Les interventions de police sont efficaces en raison du degré de contrôle qui peut être exercé par les autorités de l'État, y compris en recourant à des agents secrets, à la surveillance électronique et à la collecte de renseignements humains. C'est ainsi que les agences nationales de sécurité sont intégrées dans la vie des citoyens par le biais des niveaux de contrôle élevés dont se dotent habituellement les États.

Par exemple, c'est la capacité d'isoler géographiquement un suspect (habituellement légèrement armé, ou non armé), puis de mobiliser une présence physique écrasante en menaçant d'employer la force pour effectuer son arrestation (ou régler la situation d'une autre manière) qui rend les interventions de police si efficaces. Au contraire, c'est à cause de l'incapacité d'exercer un contrôle suffisant sur une zone donnée que, souvent, face à des insurgés, l'emploi de la force militaire constitue l'option la plus réaliste pour supprimer la menace qui pèse sur la sécurité. Dans une affaire jugée en 2006, la Cour suprême d'Israël a adopté une approche unique du droit relatif au « ciblage » (*law of targeting*), en y incorporant des normes régissant l'application des lois. Elle a ainsi identifié deux facteurs susceptibles d'avoir un impact sur le processus (d'arrestation, d'enquête et de procès) auquel elle a déclaré accorder sa préférence. Ces facteurs sont, d'une part, le risque de pertes en vies humaines parmi les soldats et les civils et, d'autre part,

207 Voir *Affaire des Einsatzgruppen*, *op. cit.*, note 202, p. 492. Les Partisans avaient repris une partie du territoire à l'occupant allemand; lors de la reconquête du territoire, l'occupant n'a pas mené une opération de police mais commis un acte de guerre.

208 Voir J. Ellis, *op. cit.*, note 72, pp. 167-168. Les Partisans de Tito avaient établi des « zones libérées » qui étaient des « États miniatures contrôlés par l'appareil administratif des Partisans, l'AVNOJ [le Conseil antifasciste de libération nationale de la Yougoslavie]. Les Communistes ont ainsi établi une administration uniforme dans toutes les zones qu'ils contrôlaient, tout en mettant en place graduellement, en particulier vers la fin de la guerre, le cadre général de la future administration du pays » [traduction CICR].

209 Voir cependant G. von Glahn, *op. cit.*, note 18, p. 29. L'auteur estime qu'« une occupation prendrait fin au moment même de la dépossession de l'occupant, quelle que soit la cause de cette dépossession » [traduction CICR].

la question du contrôle exercé²¹⁰. Alors que la Cour indiquait qu'une opération des forces de l'ordre aurait été particulièrement aisée en période d'occupation militaire, il s'agissait en fait d'une situation dans laquelle l'armée contrôlait la zone d'opération²¹¹. Par exemple, un commandant pourrait être confronté à une situation dans laquelle une force militaire aurait à combattre pour se rapprocher (ou s'éloigner) d'un objectif où une capture est envisagée. De même, une force pourrait être confrontée au risque d'embuscade ou d'attaque pendant qu'elle mène une opération. Dans de telles situations, le commandant devrait évaluer la faisabilité de l'opération, en tenant compte à la fois de l'importance de l'action de maintien de l'ordre et du risque correspondant pour les forces de sécurité qui interviennent, ainsi que pour les civils qui ne participent pas à l'opération. De telles limites à la mise en œuvre d'une opération de maintien de l'ordre en période d'occupation reflètent bien la réalité quant à la formation, à l'équipement et au rôle habituel des forces de police.

Néanmoins, l'éventualité que des hostilités aient lieu dans un territoire n'est pas exclue même si le contrôle est suffisant pour pouvoir exercer efficacement les fonctions de maintien de l'ordre. Bien que certains pays se dotent d'unités spéciales²¹², et bien que parfois les policiers locaux soient entraînés et employés comme des « petits soldats »²¹³, « [e]n fin de compte, la police contribue à la lutte contre l'insurrection en gagnant l'allégeance de la population : l'armée [y] contribue ... en éliminant les menaces de violence »²¹⁴. Sur un plan très pratique, il convient de relever que certaines armes – lance-grenades antichars portatifs (RPG), mortiers, véhicules piégés ou bombes humaines et engins explosifs improvisés – ne sont pas des armes de criminels ordinaires qu'une intervention de maintien de l'ordre permettrait de maîtriser. Il a été rapporté qu'en Irak, un SAM-7 (missile sol-air) avait été utilisé par les insurgés pour abattre un hélicoptère de combat en avril 2004²¹⁵. De même, l'emploi de RPG pour abattre des hélicoptères en Somalie²¹⁶, en Afghanistan²¹⁷ et en Irak²¹⁸ illustre clairement le risque important auquel s'exposent ceux qui affrontent des groupes armés équipés de telles armes de guerre. Il existe des limites aux actions pouvant être entreprises par la police ou

210 *Public Committee Against Torture in Israel (PCATI) v. Government of Israel*, *op. cit.*, note 188, para. 40.

211 *Ibid.*

212 M. Sassòli, *op. cit.*, note 1, p. 668, à propos des forces militaires souvent appelées à assumer des fonctions visant au maintien de l'ordre en France (Gendarmerie), Italie (*Carabinieri*) et Espagne (*Guardia civil*). Voir aussi Grant Wardlaw, *Political Terrorism: Theory, Tactics and Counter-measures*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 97-100.

213 D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 84, p. 76.

214 *Ibid.*, pp. 76-77 [traduction CICR].

215 J.F. Burns, *op. cit.*, note 101. L'auteur relève que : « [l]es insurgés ont porté un nouveau coup quand ils ont abattu un hélicoptère de combat Apache à environ 4 kilomètres à l'ouest de l'aéroport de Bagdad, tuant les deux occupants » [traduction CICR].

216 Mark Bowden, *Blackhawk Down: A Story of Modern War*, Grove Press, New York, 2010, p. 79.

217 Ray Rivera, Alissa J. Rubin et Thom Shanker, « Copter downed by Taliban fire; elite U.S. unit among dead », dans *New York Times*, 6 août 2011, disponible sur : <http://www.nytimes.com/2011/08/07/world/asia/07afghanistan.html?pagewanted=all>.

218 Rory Carroll, « 11 killed as civilian helicopter is shot down in Iraq », dans *The Guardian*, 21 avril 2005, disponible sur : <http://www.guardian.co.uk/world/2005/apr/22/iraq.rorycarroll>.

par d'autres organes chargés de l'application des lois sans que ces forces de l'ordre se transforment en soldats conduisant des hostilités. La nature de la menace, les capacités des forces de sécurité, le degré de contrôle exercé sur le territoire et, enfin, les règles normatives régissant l'emploi de la force sont autant de facteurs inévitablement liés entre eux.

Le principe de la *lex specialis*

Au vu de l'existence de deux ensembles de règles régissant l'emploi de la force, ainsi que de la complexité de la situation sécuritaire qui prévaut souvent en temps d'occupation, il importe de s'interroger sur la façon dont ces cadres normatifs s'appliquent au contrôle de l'emploi de la force. Le principe de la *lex specialis* offre un bon point de départ pour tenter de répondre à cette interrogation. Cependant, un débat toujours plus complexe est en cours autour de ce qui, de prime abord, semble constituer une application assez simple du principe de la *lex specialis* présenté par la CIJ dans l'*affaire des armes nucléaires*²¹⁹.

Dans le cadre de ce que l'on pourrait appeler une lutte interprétative, il a été dit que le principe de la *lex specialis* était « trompeur du point de vue descriptif, vague quant à sa signification et peu utile sur le plan pratique dans son application »²²⁰. Une interprétation – décrite comme étant principalement de nature restrictive – voit « la spécificité du DIH opérer à un niveau très général, de sorte que le DIH viendrait remplacer complètement le DIDH [le droit international des droits de l'homme] en période de conflit armé »²²¹. Attribuée à des États tels que les États-Unis et Israël, cette approche a été qualifiée de « radicale »²²². Une interprétation plus correcte de la *lex specialis* pourrait être celle qui est appliquée au cas par cas à des droits particuliers, dans certaines situations (où il existe un conflit de normes réel, qui est tel qu'une norme donnée ne peut pas être appliquée sans en enfreindre une autre). En ce cas, « la norme spéciale du DIH devrait

219 CIJ, *Affaire des armes nucléaires*, *op.cit.*, note 45, p. 240, para. 25. Pour un exemple d'une approche qui mêle DIH, droit des droits de l'homme et droit international général, voir Nils Melzer, « Conceptual distinction and overlaps between law enforcement and the conduct of hostilities », dans T. Gill et D. Fleck, *op. cit.*, note 184, p. 33. Melzer introduit l'idée selon laquelle les deux paradigmes – application des lois (maintien de l'ordre public) et conduite des hostilités – incluraient l'un et l'autre le droit humanitaire, le droit des droits de l'homme et le droit international général. Les rapports entre ces deux paradigmes seraient alors régis par le principe de la *lex specialis*. Voir *ibid.*, p. 43.

220 Marko Milanovic, « Norm conflicts, international humanitarian law and human rights law », dans Orna Ben-Naftali (éd.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 124 [traduction CICR]. Voir aussi Françoise J. Hampson, « The relationship between international humanitarian law and human rights from the perspective of a human rights treaty body », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 871, 2008, p. 562. L'auteur relève qu'« [il] faudra trouver une manière d'élaborer une approche cohérente du problème » [traduction CICR]. Voir aussi L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 64, pp. 898-900.

221 Andrea Gioia, « The role of the European Court of Human Rights in monitoring compliance with humanitarian law in armed conflict », dans O. Ben-Naftali, *op. cit.*, note 220, p. 213 [traduction CICR].

222 *Ibid.* [traduction CICR].

prévaloir »²²³. Il est toutefois également indiqué que la maxime *lex specialis derogat legi generali* peut être remplacée par une autre : *lex specialis completat legi generali*. Les deux branches du droit se complétant, et étant appliquées simultanément, les normes des droits de l'homme « doivent être interprétées à la lumière des normes du DIH »²²⁴. Tenant compte de cette ambiguïté interprétative, Françoise Hampson a estimé, à propos du principe de la *lex specialis*, qu'« [i]l n'est pas clair si cela signifie seulement que le [droit] spécial prévaut sur le général, ou si cela signifie que le premier remplace de fait le second »²²⁵. Une autre analyse parvient à une conclusion différente : si les traités de DIH et des droits de l'homme peuvent généralement être réconciliés, cela est impossible dans certains cas. Un choix politique doit alors être fait pour déterminer à laquelle des normes en conflit la priorité doit être donnée²²⁶.

Une approche permettant l'application des droits de l'homme même quand le DIH est applicable consiste à interpréter la *lex specialis* comme étant « une règle permettant de résoudre les conflits entre normes »²²⁷. Cette interprétation « donne la priorité à la règle qui est la mieux adaptée au cas d'espèce ... et la plus spécifique dans une situation donnée »²²⁸. En ce sens, « les critères les plus importants sont la précision et la clarté de la règle, ainsi que son adéquation aux circonstances particulières du cas examiné »²²⁹. Cette manière de traiter les « conflits entre normes » doit cependant être réconciliée avec la formulation spécifique adoptée dans l'affaire des *armes nucléaires* : le droit humanitaire y a été présenté comme un outil permettant d'interpréter le droit des droits de l'homme. La CIJ a utilisé cette formulation à deux reprises (affaire des *armes nucléaires* puis affaire du *mur*). Par contre, la CIJ n'a fait aucune référence au principe de la *lex specialis* dans une affaire ultérieure (l'affaire du *Congo*, jugée en 2005). De fait, « il n'est pas clair

223 *Ibid.*, p. 214 [traduction CICR].

224 *Ibid.* [traduction CICR].

225 F.J. Hampson, *op. cit.*, note 220, p. 558 [traduction CICR]. L'auteur poursuit en suggérant deux autres interprétations possibles : premièrement, le DIH prévaut quand il contient une disposition expresse qui porte sur un champ similaire à celui d'une norme des droits de l'homme ; deuxièmement, la *lex specialis* dépend du sujet traité – si le droit en question n'est pas couvert par le DIH, c'est le droit des droits de l'homme qui prévaut. Voir, de façon générale, *ibid.*, pp. 558-562.

226 M. Milanovic, *op. cit.*, note 220, p. 124.

227 Voir Cordula Droege, « Droits de l'homme et droit humanitaire : des affinités électives ? », dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 90, Sélection française 2008, pp. 215-268. L'autre interprétation de la règle de la *lex specialis* est basée sur les travaux de Martti Koskeniemi, « Study on the function and scope of the *lex specialis* rule and the question of 'self contained regimes' [Étude sur la fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des 'régimes autonomes'] », doc. ONU ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1 (7 mai 2004) et LC(LVI)/SG/FIL/CRD.1/Add. 1 (5 mai 2004). Voir aussi Marco Sassòli, « The role of human rights and international humanitarian law in new types of armed conflicts », dans O. Ben-Naftali, *op. cit.*, note 220, pp. 34 et 71. L'auteur suggère de résoudre les conflits de normes en favorisant la norme dont l'application est la plus large, celle qui offre le plus de précision, celle dont l'application est explicite et celle dont l'application est la plus restrictive ; voir enfin Marco Sassòli et Laura M. Olson, « The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters : admissible killing and internement of fighters in non-international armed conflicts », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 871, 2008, pp. 603-604.

228 C. Droege, *op. cit.*, note 227, p. 240.

229 *Ibid.*, p. 241.

si cette omission était ou non délibérée, et si elle montre un changement dans l'approche de la Cour»²³⁰. Cela dit, il n'est pas évident de savoir comment une omission dans cette affaire (pour autant qu'il y en ait bien eu une) constituerait de fait une inversion de la formulation spécifique qui figure dans les deux arrêts précédents rendus par la même Cour et ce, notamment, en raison de l'importance de ces décisions²³¹. La meilleure explication du principe de la *lex specialis* en ce qui concerne le droit de l'occupation est peut-être que ce principe agit comme un « prisme qui filtre les droits de l'homme pendant un conflit armé »²³².

Une question plus fondamentale doit cependant être posée à propos de l'obligation, imposée par le droit humanitaire, de maintenir l'ordre dans le territoire occupé : faut-il vraiment considérer qu'il s'agit là d'un « conflit » avec les normes des droits de l'homme ? De fait, tant le droit humanitaire que les droits de l'homme régissent une même activité, celle qui vise à faire respecter la loi et l'ordre. Quand une approche axée sur le « conflit de normes » est évoquée dans le contexte soit des conflits armés internes²³³, soit de l'occupation²³⁴, le paradigme juridique applicable au maintien de l'ordre public est presque invariablement les droits de l'homme. Une telle interprétation est renforcée par l'opinion selon laquelle le recours à la force potentiellement létale n'étant évoqué ni dans l'article 43 du Règlement de La Haye, ni dans l'article 64 de la IV^e Convention de Genève, ce sont les droits de l'homme qui « régiraient l'emploi de la force par la PO [Puissance occupante] dans le cadre du droit et de l'obligation dévolus à la PO de restaurer et de maintenir l'ordre public et la sécurité »²³⁵. De fait, alors que l'obligation de maintenir l'ordre figure dans le DIH conventionnel, sa mise en œuvre devrait être régie par les droits de l'homme.

Cet argument repose sur l'opinion selon laquelle il manque, dans le droit humanitaire, certaines dispositions conventionnelles spécifiques sur la manière dont l'ordre doit être maintenu. Il serait donc possible d'affirmer que le principe de la *lex specialis* – tel qu'il est défini dans les arrêts de la CIJ – ne devrait pas être appliqué. Ce sont les droits de l'homme qui s'appliqueraient en tant que droit général, sans même que le principe de la *lex specialis* doive être pris en compte. Néanmoins, il ne peut y avoir un conflit de normes que si la *lex specialis* du droit

230 *Ibid.* Voir aussi M. Milanovic, *op. cit.*, note 220, p. 100.

231 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 152, p. 23. Selon l'auteur, « une telle omission ne prouve pas grand-chose » [traduction CICR].

232 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, p. 86 [traduction CICR].

233 William Abresch, « A human rights law of internal armed conflict: the European Court of Human Rights in Chechnya », dans *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 4, 2005, p. 747. L'auteur relève que « [l']élément qui rend attrayante l'idée de recourir au droit humanitaire en tant que *lex specialis* – c'est-à-dire la plus grande spécificité de ses règles – n'existe pas dans les conflits armés internes. ... Le droit humanitaire des conflits armés non internationaux est relativement restreint et rarement spécifique » [traduction CICR].

234 C. Droegge, *op. cit.*, note 227, p. 257, où il est précisé : « [e]n termes purement juridiques, la réponse doit être la même que celle avancée plus haut : lorsque la puissance occupante exerce un contrôle effectif, lorsqu'elle se trouve dans une situation de maintien de l'ordre et lorsqu'elle est en mesure de procéder à des arrestations, elle doit agir dans le respect du droit relatif aux droits de l'homme ».

235 *Rapport de la réunion du CUDIH*, *op. cit.*, note 64, p. 21 [traduction CICR].

humanitaire régit spécifiquement les activités de maintien de l'ordre dans le territoire occupé. En ce sens, le fait de suggérer qu'il existe un conflit de normes équivaut à reconnaître que le droit humanitaire régit véritablement le maintien de l'ordre en territoire occupé. La question est de savoir comment, et dans quelle mesure, ce phénomène intervient. Indépendamment de l'interprétation qui est donnée du principe de la *lex specialis*, son application soulève donc des questions fondamentales.

Toute conclusion selon laquelle les droits de l'homme régissent exclusivement les interventions des forces de l'ordre dans le territoire occupé devrait tenir compte d'un autre élément : le Règlement de La Haye, les quatre Conventions de Genève et leur Protocole additionnel I incluent des droits fondamentaux, tels que le droit à la vie, sur lesquels repose essentiellement le modèle de l'application des lois²³⁶. Il existe un parallélisme de contenu en ce qui concerne un certain nombre de droits : droit à la vie ; interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants ; droit à un procès équitable ; interdiction de la discrimination ; protection de l'honneur et des droits de la famille ; enfin, interdiction de la détention arbitraire²³⁷. Par ailleurs, il est significatif que la reconnaissance des droits de l'homme pour les habitants des territoires occupés – ainsi que l'obligation, imposée par l'article 43 du Règlement de La Haye, de restaurer et d'assurer l'ordre public et la sécurité – soient antérieures au développement substantiel que le droit conventionnel des droits de l'homme a connu après la fin de la Seconde Guerre mondiale²³⁸. Ces normes, y compris celles

236 Par exemple, à propos de la Cour EDH et de son application des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, voir *Affaire McCann*, *op. cit.*, note 185, concernant l'art. 2(2) de la Convention (Droit à la vie) ; voir aussi *Affaire McKerr*, *op. cit.*, note 186, concernant les art. 2(2), 13 (Droit à un recours effectif) et 14 (Interdiction de la discrimination) de la Convention européenne des droits de l'homme. De même, à propos de l'application des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, voir l'affaire *Makaratzis c. Grèce*, requête N° 50385/99, 20 décembre 2004, concernant les art. 2, 3 (Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants) et 13 ; voir aussi affaire *Nachova et autres c. Bulgarie*, requêtes N° 43577/98 et 43579/98, 6 juillet 2005, concernant les art. 2, 13 et 14 ; affaire *Kakoulli c. Turquie*, requête N° 38595/97, 22 novembre 2005, concernant les art. 2(2), 8 (Droit au respect de la vie privée et familiale) et 14 ; affaire *Huohvanainen c. Finlande*, requête N° 57389/00, 13 mars 2007, concernant l'art. 2 ; enfin, affaire *Giuliani et Gaggio c. Italie*, requête N° 23458/02, 25 août 2009, concernant les art. 2(2), 3, 6 (Droit à un procès équitable) et 13.

237 Voir, par ex., Règlement de La Haye, art. 46. Cet article établit l'obligation de respecter « l'honneur et les droits de la famille, la vie des individus et la propriété privée, ainsi que les convictions religieuses et l'exercice des cultes » et précise que « [l]a propriété privée ne peut pas être confisquée ». Les mêmes exigences figurent dans CG IV, art. 27 et PA I, art. 75. Voir aussi T. Meron, *op. cit.*, note 163, p. 266, pour une analyse du parallélisme de contenu entre le droit humanitaire et le droit des droits de l'homme.

238 Une mention du recours à la population pour qu'elle apporte son concours à des interventions de la police figure dans le manuel britannique de droit militaire, Great Britain War Office, *Manual of Military Law*, His Majesty's Stationary Office, Londres, 1914, pp. 291-292, para. 381 ; voir aussi les règles des États-Unis – *Rules of Land Warfare*, Government Printing Office, Washington, D.C., 1914, 10/917, p. 114, para. 319. Voir aussi Leslie C. Green, « The relations between human rights law and international humanitarian law : an historic overview », dans Susan C. Breau et Agnieszka Jachec-Neale (éds), *Testing the Boundaries of International Humanitarian Law*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2006, p. 49. L. Green examine l'intégration historique des normes des droits de l'homme dans le DIH.

relatives à l'application des lois, faisaient – et font toujours – partie des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »²³⁹. En outre, ces droits n'ont jamais cessé d'être reconnus et intégrés dans le DIH, tant conventionnel que coutumier. En conséquence, les règles normatives applicables à l'action des forces de l'ordre ou à toute autre activité d'application des lois en période d'occupation ne sont pas contenues exclusivement dans les droits de l'homme en tant que cadre juridique applicable. Ces règles sont basées sur des normes des droits de l'homme qui constituent un élément fondamental des deux corps de droit. Il a été relevé à ce propos que, dans l'*affaire des armes nucléaires*, l'application du principe de la *lex specialis* avait été examinée dans le contexte des normes – et non pas des régimes – juridiques applicables²⁴⁰. Tant les normes des droits de l'homme que les normes spécifiquement applicables à la conduite des hostilités font partie du droit humanitaire.

Les normes des droits de l'homme font également intégralement partie du DIH coutumier. Comme le montre l'*Étude du CICR sur le droit coutumier*, plusieurs normes – interdiction du meurtre, exigence de traiter avec humanité les personnes détenues, interdiction de la torture et autres traitements cruels ou inhumains, tenue d'un procès offrant toutes les garanties judiciaires reconnues comme indispensables et autres protections pertinentes en matière d'application des lois – sont des normes de droit humanitaire coutumier applicables dans les conflits armés internationaux²⁴¹. Cette application du DIH coutumier est aussi importante que celle de son pendant, le droit coutumier des droits de l'homme, pour éviter qu'il y ait des lacunes sur le plan du droit.

En matière de droit conventionnel, il est clair que l'article 75 du Protocole additionnel I a été influencé par des textes des droits de l'homme tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948²⁴² et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) de 1966²⁴³. Par exemple, le *Commentaire du Protocole additionnel I* précise à propos de l'article 75 : « [I]a plupart des garanties [relatives au respect d'une procédure régulière] qui sont énumérées aux alinéas a à j sont contenues dans les Conventions et le Pacte relatifs aux droits

239 Statut de la CIJ, art. 38(1). Voir Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6^e édition, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 98, pour un examen de ce principe juridique général. Le caractère ancien des normes qui régissent l'application des lois est également relevé dans le *Commentaire de la IV^e Convention*, *op. cit.*, note 15, p. 42, à propos de l'art. 3, où il est relevé que dans un conflit non international « aucun gouvernement ne peut être gêné de respecter à l'égard de ses adversaires internes, quelle que soit la dénomination du conflit qui l'oppose à eux, un minimum de règles qu'il respecte en fait tous les jours, en vertu de ses propres lois, et même à l'égard de vulgaires criminels de droit commun ». Voir Richard B. Jackson, « Perfidy in non-international armed conflicts », dans Kenneth Watkin et Andrew J. Norris (éds), *Non-international Armed Conflict in the Twenty-first Century*, U.S. Naval War College International Law Studies, Vol. 88, Naval War College, Newport, RI, 2012, p. 251.

240 Voir M. Milanovic, *op. cit.*, note 221, p. 99.

241 *Étude du CICR sur le droit coutumier*, *op. cit.*, note 34, pp. 299-383.

242 Universal Declaration of Human Rights, 1948, dans Ian Brownlie et Guy S. Goodwin-Gill (éds), *Basic Documents on Human Rights*, 5^e édition, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 23.

243 International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, dans I. Brownlie et G. S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, note 242, p. 358. En français : Pacte international relatif aux droits civils et politiques, disponible sur : <http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr.htm>.

de l'homme». Il existe toutefois une différence : contrairement à celles du PIDCP, les dispositions du Protocole additionnel I ne sont pas sujettes à dérogation²⁴⁴. Les interdictions énoncées dans le Protocole concernent la discrimination, les atteintes portées à la vie, à la santé ou au bien-être physique ou mental, la torture et les traitements humiliants et dégradants et, enfin, la menace de commettre de tels actes²⁴⁵. La tenue d'un procès devant « un tribunal impartial et régulièrement constitué » est également prescrite²⁴⁶. Comme a pu l'écrire un commentateur, la relation entre le DIH et les droits de l'homme depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale « a trouvé son expression dans l'adoption des principes fondamentaux des droits de l'homme énoncés à l'article 75 du Protocole additionnel I »²⁴⁷. Il a été relevé que « les États n'ont inclus dans aucun des deux Protocoles additionnels les autres garanties spécifiques du PIDCP, telles que le droit à la liberté de mouvement et le droit à la liberté d'expression et d'association »²⁴⁸. Néanmoins, la liste des droits incorporés est longue, et ces droits ont une pertinence particulière dans le contexte du maintien de l'ordre.

Les États parties au Protocole additionnel I, de même que les États qui admettent que l'article 75 de ce Protocole reflète le droit international coutumier, ont donc l'obligation d'appliquer ces normes des droits de l'homme, une telle application faisant intégralement partie de leur respect du DIH²⁴⁹. Cette obligation est à respecter tant dans les territoires occupés que dans le contexte d'opérations militaires tels que les patrouilles, les raids et les invasions. Toutefois, comme cela a déjà été dit, la capacité de respecter cette obligation reste dépendante de facteurs tels que le niveau de contrôle exercé sur le territoire par la puissance occupante (ce contrôle étant ou non suffisant pour mener des opérations de maintien de l'ordre). Il convient de relever à ce propos qu'un important État non signataire des Protocoles (les États-Unis) a fait savoir en mars 2011 que,

244 *Commentaire du Protocole additionnel I, op. cit.*, note 36, art. 75, para. 3092 : « [l']article 75 n'est soumis à aucune possibilité de dérogation ou de suspension ». Voir cependant D. Campanelli, *op. cit.*, note 61 ; voir aussi E. Benvenisti, *op. cit.*, note 1, p. 189. L'auteur indique que les droits civils et politiques sont ignorés dans la CG IV et le PA I. Néanmoins, ce débat semble centré sur les droits politiques et les libertés civiles telles que la liberté de parole et la liberté de mouvement (voir *ibid.*, p. 16).

245 PA I, art. 75, para.1 et 2.

246 *Ibid.*, para. 4.

247 Voir Christopher Greenwood, « Scope of application of humanitarian law », dans D. Fleck, *op. cit.*, note 7, p. 74, Règle 254 [traduction CICR].

248 Michael J. Dennis, « Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation », dans *American Journal of International Law*, Vol. 99, N° 1, 2006 p. 138 [traduction CICR].

249 Cour fédérale du Canada, *Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Union v. Chief of Defence Staff for the Canadian Forces, et al.*, Case File N° T-324-07, Respondent's Factum, 18 janvier 2008, p. 26, para. 83, disponible sur : <http://bccla.org/wp-content/uploads/2012/06/20010118-Afghan-Detainees-Factum-Crown.pdf>. Le Gouvernement canadien a fait valoir devant la Cour fédérale du Canada que, pendant un conflit armé, l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève et l'article 75 du Protocole additionnel I s'appliquent ... soit en tant que droit coutumier afin de garantir les droits fondamentaux d'une personne détenue accusée d'une infraction pénale, qui sont quasiment identiques aux normes figurant dans le droit international des droits de l'homme. Aux fins de cette procédure judiciaire, le conflit en Afghanistan a été considéré comme étant un conflit armé non international. *Ibid.*, p. 3, para. 9, note 1.

motivé par le sentiment d'une « obligation juridique », il appliquerait les règles de l'article 75 dans les conflits armés internationaux²⁵⁰. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une déclaration de reconnaissance de ces normes en tant que DIH coutumier²⁵¹, le fait de mentionner une obligation soulève la question de l'« *opinio juris* ». Un membre de l'administration précédente avait par ailleurs déclaré que les États-Unis considéreraient effectivement « les dispositions de l'article 75 comme l'énoncé des mesures de protection auxquelles ont droit toutes les personnes qui se trouvent aux mains de l'ennemi »²⁵².

La relation complexe entre les droits de l'homme et le droit de la guerre « n'est pas uniquement une simple confrontation entre la *lex generalis* des droits de l'homme et la *lex specialis* du droit de la guerre »²⁵³. Les droits de l'homme couvrent des domaines qui ne sont pas inclus dans le droit humanitaire²⁵⁴. Il existe cependant également des domaines significatifs et importants dans lesquels ces deux ensembles de règles se superposent. Une lutte interprétative visant à établir quel corpus juridique est à appliquer de préférence à l'autre n'est pas toujours nécessaire. Comme cela a déjà été mentionné, la question de l'application simultanée de ces règles a été traitée dans l'*affaire du mur*, la CIJ relevant que « certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international »²⁵⁵. Par exemple, le droit à la légitime défense individuelle, qui est normalement évalué en fonction des normes relatives aux droits de l'homme, est reconnu en droit

250 Hillary Rodham Clinton, « Reaffirming America's commitment to humane treatment of detainees », Communiqué de presse, 7 mars 2011, disponible sur : <http://www.state.gov/secretary/rm/2011/03/157827.htm>.

251 Voir John B. Bellinger III et Vijay M. Padmanabhan, « Detention operations in contemporary conflicts: four challenges for the Geneva Conventions and other existing law », dans *American Journal of International Law*, Vol. 105, N° 2, 2011, p. 207. Les auteurs relèvent que « l'administration [des États-Unis] n'a ni déclaré que l'article 75 était du droit international coutumier, ni accepté d'appliquer l'article 75 dans les conflits armés non internationaux tels que le conflit avec al-Qaïda ». Voir cependant aussi Cour Suprême des États-Unis, affaire *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et al.*, 548 U.S. 557, 2006, N° 05.184, 29 juin 2006, p. 633 : plusieurs juges de la Cour Suprême ont estimé que l'article 75 du Protocole additionnel I s'appliquait en tant que droit international coutumier dans le contexte du conflit armé non international avec al-Qaïda.

252 William H. Taft IV, « The law of armed conflict after 9/11: some salient features », dans *Yale Journal of International Law*, Vol. 28, N° 1, 2003, p. 322 [traduction CICR]. Voir aussi Michael J. Matheson, « Session one: the United States position on the relation of customary international law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions », dans *American University Journal of International Law and Policy*, 1987, Vol. 2, p. 427 ; Michael J. Matheson, « Continuity and change in the law of war: 1975 to 2005: detainees and POWs », dans *George Washington International Law Review*, Vol. 38, N° 3, 2006, pp. 547-548.

253 A. Roberts, « Transformative military occupation », *op. cit.*, note 81, p. 594 [traduction CICR].

254 *Ibid.*, p. 594 ; Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, pp. 84-85.

255 *Affaire du mur*, *op. cit.*, note 23, p. 131. Voir aussi Jochen Abr. Frowein, « The relationship between human rights regimes and regimes of belligerent occupation », dans *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 28, 1998, p. 8. L'auteur estime qu'« [i]l est également possible de se référer au droit humanitaire pour appuyer l'application du droit des droits de l'homme dans les situations de conflit armé » [traduction CICR].

humanitaire comme relevant à la fois du droit international conventionnel²⁵⁶ et du droit international coutumier²⁵⁷.

Il en va de même pour les droits des habitants des territoires occupés en ce qui concerne leur droit à la vie et d'autres droits concernés par l'application des lois. Certes, le droit à la vie est interprété de manière différente selon que sont pris pour cibles des combattants, des membres des groupes armés organisés ou des individus qui participent directement aux hostilités ; par contre, l'interprétation de ce droit est la même quand il s'agit de civils qui ne sont pas activement engagés dans le conflit²⁵⁸. Tout emploi de la force par les forces de sécurité contre des civils ne participant pas directement aux hostilités sera donc évalué à l'aune des normes des droits de l'homme. En ce sens, l'application des normes des droits de l'homme qui sont reconnues en droit humanitaire correspond de façon significative à celle prévue par le cadre juridique des droits de l'homme.

Étant donné l'incorporation de ces normes des droits de l'homme, il peut être affirmé que le risque de « conflit de normes » entre ces deux branches du droit est limité²⁵⁹. Pour autant qu'un tel risque existe, le plus probable est qu'il apparaisse dans des circonstances particulières : lorsque l'on tente d'appliquer à une situation d'hostilités (en cas de ciblage, par exemple), les normes relatives au maintien de l'ordre public, qui sont fondées sur les droits de l'homme, ou lorsque l'on tente d'introduire dans les activités courantes de la police certaines normes relevant du droit humanitaire. Dans chaque cas, il conviendrait de se demander si de telles tentatives sont nécessaires ou juridiquement appropriées²⁶⁰.

256 Voir CG I, art. 22(1) et 22(2) (le personnel médical a le droit d'être armé, de même que les militaires qui gardent les formations ou établissements sanitaires) ; PA I, art. 65(3) et 67(1)(d), à propos du port d'armes autorisé pour le personnel de la protection civile en vue d'assurer sa propre défense. Voir aussi le Statut de Rome de la CPI, *op. cit.*, note 196, art. 31(1)(c).

257 TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, Affaire N° IT-95-14/2-T, Jugement, 26 février 2001, para. 451.

258 Geoffrey Corn, « Mixing apples and hand grenades : the logical limit of applying human rights norms to armed conflict », dans *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 1, 2010, p. 61 : « Les forces armées acceptent toujours davantage la réalité qui veut que, même pendant un conflit armé, dans le cadre de leurs rapports avec des individus n'appartenant pas à la catégorie des opposants opérationnels – c'est-à-dire les civils ou les anciens combattants ennemis qui sont hors de combat – l'autorité qui leur est conférée équivaut, sur le plan opérationnel, à celle des policiers qui interagissent avec le public en temps de paix » [traduction CICR].

259 Yuval Shany, « Human rights and humanitarian law as competing legal paradigms for fighting terror », dans O. Ben-Naftali, *op. cit.*, note 220, p. 25. Selon l'auteur, « les lacunes normatives entre les paradigmes de 'la loi et l'ordre' et du 'conflit armé' sont comblées », en partie, « du fait des nombreuses obligations liées au respect des droits des individus dans les territoires occupés, ce qui limite les options dont les forces d'occupation disposent pour lutter contre le terrorisme » [traduction CICR]. À l'appui de cette thèse, l'auteur fait référence à l'art. 27 de la CG IV, et aux art. 17 et 23 du PIDCP. Bien que ne paraissant pas aller jusqu'à affirmer qu'il existe une congruence complète entre les deux cadres normatifs, cette position est révélatrice du fait que l'application dans ce domaine des deux ensembles de normes (application des lois et conduite des hostilités) produit des résultats comparables.

260 G. Corn, *op. cit.*, note 258, pp. 55-56. L'auteur estime que « sans un examen attentif et critique visant à établir, d'une part, quand et où les normes des droits de l'homme sont logiquement applicables pendant un conflit armé et, d'autre part, à quel moment cette logique disparaît, le risque lié à une application trop large est susceptible de nuire à l'efficacité des opérations militaires » [traduction CICR].

Si l'on opte pour l'approche de la complémentarité, toute lacune éventuelle peut être comblée par le biais de l'application des droits de l'homme, conventionnel ou coutumier²⁶¹. Toute cour et tout tribunal ayant à interpréter les normes des droits de l'homme garantis par le DIH peut se référer aux mêmes instruments juridiques non contraignants (*soft law*) énonçant les principes qui régissent l'application des lois, tels qu'ils sont appliqués en vertu du régime de responsabilité des droits de l'homme²⁶². Dans l'affaire *Le Procureur c. Kunarac*, la Chambre de première instance du TPIY a noté que « [l]a rareté des précédents en droit international humanitaire fait que le Tribunal a maintes fois eu recours à des instruments et à des pratiques qui ont vu le jour dans le domaine des droits de l'homme »²⁶³. Par ailleurs, les décisions des tribunaux nationaux et des organes régionaux des droits de l'homme appelés à évaluer des activités d'application des lois à l'aune des droits de l'homme peuvent également être prises en compte. Comme cela a déjà été relevé, l'une des sources du droit international réside dans « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », tels que ceux qui figurent dans le droit interne²⁶⁴. Une évaluation des principes généraux en matière d'application des lois qui sont appliqués par les juridictions nationales (en tant qu'éléments de droit commun ou de droit civil) offre également l'avantage de mettre en relief des normes de comportement universelles.

Le fait d'appliquer en tant qu'éléments du DIH les normes (fondées sur les droits de l'homme) relatives à l'application des lois offre de nombreux avantages distincts par rapport à une application discrète des droits de l'homme. Premièrement, que ces normes soient appliquées en tant qu'éléments de droit conventionnel ou de DIH coutumier, le difficile débat sur l'application extraterritoriale du droit conventionnel des droits de l'homme peut être évité. Un conflit armé peut survenir dans ce qui a été appelé la « zone de guerre », composée des territoires des parties au conflit, tels qu'ils sont délimités par les frontières nationales, la haute mer et la zone d'exclusivité économique; toutefois, des opérations militaires peuvent se dérouler dans des périmètres plus restreints, zones opérationnelles ou théâtres de guerre²⁶⁵. Pendant de tels conflits, certaines dispositions du DIH peuvent avoir un vaste champ d'application, s'étendant à l'ensemble du territoire des parties au conflit « et pas simplement au voisinage des hostilités effectives »²⁶⁶. Ces dispositions pourraient inclure le

261 C. Droege, *op. cit.*, note 227, pp. 215-236, pour une analyse de la « complémentarité » entre ces deux systèmes juridiques.

262 Voir, par ex., Principes de base de l'ONU sur le recours à la force, *op. cit.*, note 185.

263 TPIY, *Le Procureur c. Kunarac et al.*, affaire n° IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, 22 février 2001, p. 160, para. 467.

264 M.N. Shaw, *op. cit.*, note 239, pp. 98-99; en outre, dans le document intitulé *Restatement of Foreign Relations Law*, *op. cit.*, note 51, p. 152, para. 701(c), il est indiqué qu'un État est tenu de respecter les droits fondamentaux de toute personne relevant de sa juridiction, droits « que l'État est tenu de respecter en vertu des principes généraux de droit communs aux principaux systèmes juridiques du monde » [traduction CICR].

265 C. Greenwood, *op. cit.*, note 247, pp. 59-62.

266 *Affaire Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *op. cit.*, note 157, para. 68.

droit de l'occupation, avec ses clauses concernant le maintien de l'ordre public qui s'étendent à l'ensemble du territoire sous occupation²⁶⁷. En conséquence, les normes des droits de l'homme incorporées dans le droit humanitaire seraient applicables dans le territoire occupé, même si la puissance occupante avait adopté la position selon laquelle ses obligations relevant des droits de l'homme n'ont pas d'application extraterritoriale sur ce territoire²⁶⁸.

Deuxièmement, cette interprétation permet d'éviter les risques inhérents à l'adoption d'une approche restrictive vis-à-vis de l'un ou l'autre de ces corpus juridiques. Le fait de prôner l'application exclusive du droit humanitaire, sans reconnaître les normes régissant l'emploi de la force dans un contexte de maintien de l'ordre, risque potentiellement de mettre en danger des civils pacifiques. En effet, les normes relatives à la conduite des hostilités – notamment les précautions en matière de ciblage²⁶⁹ – ne sont pas conçues pour s'appliquer aux opérations de police. Inversement, une application unique des droits de l'homme permettrait difficilement de faire face aux niveaux élevés de menace qui sont inhérents à la violence susceptible d'éclater en période d'occupation. Le fait de ne pas réussir à maîtriser ces menaces met en danger non seulement les forces de sécurité, mais aussi les civils que ces forces ont l'obligation de protéger.

Troisièmement, bien qu'il existe plusieurs organes régionaux, créés par des traités relatifs aux droits de l'homme, traitant des atteintes aux droits de l'homme commises par les forces de sécurité en territoire occupé, leur compétence est limitée à certains États²⁷⁰. Cette limitation peut être surmontée en s'appuyant sur les mécanismes d'application des normes des droits de l'homme par le biais de la mise en œuvre du droit humanitaire, étant donné que ce droit bénéficie d'une application plus universelle (s'étendant donc aux pays qui échappent à la supervision exercée par les organes régionaux). Cette large applicabilité du DIH signifie que certains États seront soumis à la juridiction des organes régionaux des droits de l'homme, ainsi qu'aux régimes de responsabilité prévus par le droit

267 *Commentaire de la IV^e Convention, op. cit.*, note 15, p. 53, concernant l'article 4 de la IV^e Convention de Genève (Définition des personnes protégées): « Le simple fait de se trouver sur le territoire d'une Partie au conflit ou sur un territoire occupé implique que l'on se trouve au pouvoir des autorités de la Puissance occupante. Il se peut que l'exercice de ce pouvoir ne se matérialise jamais à l'égard d'une personne protégée. Ainsi, par exemple, il est fort possible qu'un habitant d'un territoire occupé n'ait jamais affaire à la Puissance occupante ou à ses organes. Autrement dit, l'expression 'au pouvoir' n'a pas forcément un sens matériel; elle signifie simplement que la personne se trouve dans un territoire dont la Puissance en question est maîtresse ». Voir aussi Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, pp. 47-48. L'auteur note qu'en matière d'occupation militaire, le contrôle effectif établi sur terre par la puissance occupante s'étend même à « toute la zone maritime contiguë ainsi qu'à l'espace aérien surjacent » [traduction CICR].

268 « *Use of Force in Occupied Territory* », *op. cit.*, note 149, pp. 111 et 117-119. Il est relevé dans ce rapport qu'un tel résultat pourrait se révéler être un moyen approprié de rapprocher les points de vue divergents des partisans de l'application des droits de l'homme et des partisans d'une application exclusive du droit humanitaire.

269 PA I, art. 57(2).

270 A. Cassese, *op. cit.*, note 200, p. 389. L'auteur relève que parmi les mécanismes régionaux de contrôle figurent des organes judiciaires tels que la Cour européenne des droits de l'homme, la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'homme, ainsi que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et son organe de contrôle, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.

humanitaire. La situation de ces États n'est pas problématique, puisque toutes ces instances traitent de questions relatives à l'application des lois ; de fait, le principe de responsabilité s'en trouve renforcé de manière potentiellement significative²⁷¹.

Quatrièmement, toujours sur le plan de la responsabilité, le fait de traiter l'emploi abusif de la force comme une infraction au droit humanitaire signifie qu'un tel acte est susceptible d'être traité comme un « crime de guerre »²⁷². Une violation des droits de l'homme serait probablement traitée comme un crime contre l'humanité potentiel ; or, ce délit comporte des critères supplémentaires de culpabilité (caractère généralisé ou systématique de l'acte commis) qui pourraient en limiter l'application²⁷³.

Finalement, le fait de reconnaître la présence, dans le corpus du DIH, des normes relatives aux droits de l'homme applicables aux activités de maintien de l'ordre dans le territoire occupé conduit à une approche plus holistique de l'application du droit. Cela facilite l'intégration et la « socialisation » au niveau de la doctrine et de la formation des forces militaires chargées d'assurer le maintien de l'ordre public, tant dans le contexte des interventions policières ordinaires que pour contrer les menaces posées par une force insurgée. En fin de compte, le respect de la large palette de droits légaux applicables en temps de guerre se trouve renforcé et la population civile bénéficie d'une protection accrue.

Résoudre les problèmes pratiques

Il est également important de préciser clairement l'effet que *n'aura pas* la reconnaissance, au sein même du droit humanitaire, de l'existence de normes

271 *Affaire du Congo, op. cit.*, note 21, p. 245, para. 220 : « La Cour conclut dès lors que l'Ouganda est internationalement responsable des violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire ». Voir aussi Comité des droits de l'homme, *Observation générale N° 31 [80], La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, adoptée le 29 mars 2004 (2187^e séance), CCPR/C/21/Rec.1/Add. 13, 26 mai 2004, para. 11 : « Comme il ressort de l'Observation générale N° 29, le Pacte s'applique aussi dans les situations de conflit armé auxquelles les règles du droit international humanitaire sont applicables. Même si, pour certains droits consacrés par le Pacte, des règles plus spécifiques du droit international humanitaire peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation des droits consacrés par le Pacte, les deux domaines du droit sont complémentaires et ne s'excluent pas l'un l'autre ».

272 A. Cassese, *op. cit.*, note 200, p. 81. L'auteur relève que « [l]es crimes de guerre sont des violations graves des règles coutumières ou conventionnelles relevant du corpus du droit international des conflits armés » [traduction CICR]. Voir aussi T. Meron, *op. cit.*, note 163, p. 266. Selon l'auteur, « les délits mentionnés dans le Statut de la CPI en tant que crimes contre l'humanité et ceux qui sont proscrits par l'article 3 commun [aux Conventions de Genève] sont quasiment impossibles à différencier par rapport aux atteintes graves aux droits de l'homme. Ils coïncident avec les violations de certaines normes fondamentales des droits de l'homme ; ces violations sont ainsi criminalisées par un instrument du droit international humanitaire » [traduction CICR].

273 A. Cassese, *op. cit.*, note 200, p. 98 ; R. Cryer et al., *op. cit.*, note 201, p. 233. Selon les auteurs, « la commission des crimes contre l'humanité exige des actes généralisés ou systématiques ; il n'en est pas ainsi dans le cas des crimes de guerre : un seul acte isolé peut constituer un crime de guerre » [traduction CICR]. Voir aussi Darryl Robinson, « Defining 'crimes against humanity' at the Rome Conference », dans *American Journal of International Law*, Vol. 93, N° 1, 1999, p. 48. L'auteur relève qu'un accusé peut être tenu pénalement responsable d'un acte inhumain isolé (tel qu'un meurtre) si cet acte a été commis dans le cadre d'une attaque plus vaste.

fondées sur les droits de l'homme qui régissent le maintien de l'ordre. Cette reconnaissance ne simplifiera pas les rapports entre l'application des lois et la conduite des hostilités en période d'occupation militaire. Les enjeux restent les mêmes, que les normes des droits de l'homme soient appliquées au titre du DIH ou des droits de l'homme. Les menaces contre la sécurité de l'occupant et des habitants du territoire peuvent être organisées, diverses, complexes et extrêmement violentes, particulièrement à cause de la constitution de groupes de résistance armés. Ces menaces peuvent aller bien au-delà de celles qui sont normalement associées au maintien de l'ordre public. Dans de telles situations, la force employée par les forces de sécurité est régie par les normes juridiques en fonction de la menace posée. Le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ne peuvent pas être pris en charge de manière effective en considérant la situation comme relevant exclusivement soit du maintien de l'ordre, soit de la conduite des hostilités ; d'ailleurs, une telle exclusivité ne peut pas non plus exister dans l'application des normes en vigueur.

Quand la menace provient soit de mouvements de résistance organisés qui satisfont aux critères juridiques de l'octroi du statut de combattant, soit d'autres groupes armés organisés également impliqués, soit encore de civils participant directement aux hostilités, les normes applicables sont les normes relatives à la conduite des hostilités qui régissent l'emploi de la force. Les attaques ne peuvent être dirigées que contre des objectifs militaires légitimes²⁷⁴. Quand l'insécurité est provoquée par des civils qui ne sont pas impliqués dans les hostilités mais qui participent à des émeutes, à des actes isolés et sporadiques de violence et à d'autres actes analogues²⁷⁵, ce sont les normes (fondées sur les droits de l'homme) relatives à l'application des lois qui régissent les activités des forces de sécurité. Sur le plan pratique, cette division de l'application des normes est également largement reflétée dans les différences observées au niveau de la doctrine, de la formation et de l'équipement des forces de police, d'une part, et des forces militaires, d'autre part²⁷⁶.

274 PA I, art. 48, 50, 51, 52(2) et 57. Selon l'art. 57(2), « ceux qui préparent ou décident une attaque doivent : i) faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les objectifs à attaquer ne sont ni des personnes civiles, ni des biens de caractère civil... ».

275 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), du 8 juin 1977, ouvert à la signature le 12 décembre 1977, UNTS 609, art. 1(2). Ces exemples, cités dans le Protocole II, sont largement acceptés en tant que signes révélateurs de l'activité criminelle.

276 De façon générale, la doctrine, la formation et l'équipement des forces militaires et de police correspondent aux rôles centraux assignés à ces forces en matière de lutte contre l'insurrection. En ce qui concerne les forces militaires, ce rôle inclut des opérations offensives contre les insurgés, ainsi que le maintien d'« un cordon défensif autour des zones d'où la violence des insurgés a été largement chassée ». D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, p. 53 [traduction CICR]. Voir aussi *Counterinsurgency Field Manual*, *op. cit.*, note 115, pp. 60-66, paras 2-19-2-22 pour une description des rôles opérationnels (rôle offensif, défensif et de stabilité) assignés aux forces armées des États-Unis. Le rôle de la police est, au contraire, axé sur l'application des lois et lutte contre la subversion à l'intérieur du périmètre établi par le cordon défensif. D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, p. 53. Cela ne signifie pas que les forces militaires ne seront pas obligées d'accomplir des tâches relevant de l'application des lois, en particulier si une force de police effective fait défaut, ou quand les

Tant les forces de police que les forces militaires peuvent devoir intervenir dans des situations auxquelles s'appliquent les normes relatives soit au maintien de l'ordre soit à la conduite des hostilités; elles peuvent aussi être confrontées à des menaces provenant de l'une ou l'autre extrémité du spectre des conflits. Nombre de ces menaces relèvent clairement de la structure normative soit du maintien de l'ordre, soit de la conduite des hostilités. Néanmoins, en fonction de la complexité de la situation sécuritaire, ces deux ensembles de règles pourront parfois se recouper et même se superposer. Une menace peut initialement apparaître comme spécifique à un contexte de maintien de l'ordre, mais en réalité être liée au conflit armé en cours. Par exemple, comme cela s'est produit en Irak, on peut trouver du personnel de sécurité en fonctions à un poste de contrôle, ce qui est souvent considéré comme une tâche relevant de l'application des lois. Les membres (civils ou militaires) du personnel de sécurité doivent être entraînés et astreints à employer la force autorisée en matière d'application des lois quand ils ont affaire à des personnes qui ne sont ni des membres de groupes armés organisés, ni des civils participant directement aux hostilités. Dans de telles situations, la force ne doit être employée qu'en dernier recours, de manière proportionnée et principalement dans le cadre de la légitime défense.

Ces diverses tâches peuvent cependant être nuancées en fonction du contexte. Le poste de contrôle pourrait ne pas être un simple poste de contrôle du trafic des véhicules (et se trouver à l'entrée d'une base militaire ou garder l'accès à une zone d'opérations militaires, par exemple). La position par défaut consiste à appliquer les normes relatives au maintien de l'ordre, mais l'escalade dans l'emploi de la force associée à ces normes (avertissements verbaux et visuels, tirs de semonce, etc.) peut, quant à elle, faire office d'outil de différenciation pour détecter et identifier des menaces plus graves que celles que pose la criminalité ordinaire. En ce sens, la nécessité d'opérer dans cet environnement de sécurité particulier, où les insurgés se cachent au sein de la population, pointe vers des règles d'engagement (ROE) qui reflètent à la fois les normes des droits de l'homme et celles du droit humanitaire, plutôt que d'utiliser des cartes différentes de ROE pour le maintien de l'ordre, d'une part, et la conduite des hostilités, d'autre part. Dès qu'il est manifeste que la menace émane d'un membre d'un groupe armé

forces militaires sont chargées d'opérations de stabilité. Néanmoins, les forces militaires doivent être équipées et entraînées en vue de la conduite de toute la gamme d'opérations. La police, au contraire, bien qu'elle puisse être impliquée dans des opérations de lutte contre l'insurrection a, et doit avoir, pour rôle central, les interventions policières de base (*ibid.*, pp. 75-76). La différence de nature du rôle de la police se reflète dans la formation dispensée en 2006 aux forces de police en Irak. Cette formation a été axée sur l'exercice démocratique des fonctions de police ainsi que sur les enquêtes criminelles, la lutte contre le terrorisme, les techniques de survie, les tactiques défensives et les armes à feu (*ibid.*, p. 106). La formation différente que reçoit la police se manifeste aussi sur le plan pratique. On peut lire dans le *Counterinsurgency Field Manual*, *op. cit.*, note 115, p. 232, para. 6-99, que lorsque les forces militaires sont chargées de former la police locale, c'est la police militaire qui est le mieux en mesure d'enseigner les compétences de base nécessaires pour les interventions de la police; il est relevé que les experts civils sont les plus aptes à enseigner les compétences de haut niveau comme celles que requièrent les procédures d'enquêtes criminelles civiles, les opérations contre le crime organisé et les opérations de renseignements de la police.

organisé ou d'un civil participant directement aux hostilités (dans le cas, par exemple, d'un véhicule piégé), ce sont les normes de la conduite des hostilités qui s'appliquent en droit. Dans cette situation, l'emploi de la force n'est pas restreint par les normes de l'application des lois (bien que ces normes continuent de régir l'emploi de la force contre les civils qui ne participent pas directement aux hostilités)²⁷⁷. Quand un soldat ou un fonctionnaire de police a de bonnes raisons de croire²⁷⁸ que la menace est directement liée à des personnes engagées dans les hostilités, la force employée est régie par les principes – tels que les principes de distinction, de proportionnalité et d'interdiction des maux superflus – qui sous-tendent le droit humanitaire.

En ce cas, le soldat est en droit de tenir compte d'un certain nombre de facteurs: renseignements disponibles, mesures possibles prises pour avertir le véhicule qui s'approche, réaction ou absence de réaction du conducteur du véhicule, emplacement du poste de contrôle, nature des lieux qui sont gardés (le cas échéant) et, enfin, propension des insurgés à recourir à une méthode de guerre de ce type. La situation peut évoluer de telle manière que la force sera employée comme elle l'aurait été dans le cadre de l'application des lois, en cas de réaction à une menace au titre de la légitime défense. Dans cette situation, le soldat peut n'avoir le temps que de réagir à un danger immédiat. Or, cela ne sera pas toujours le cas et ce sont les normes régissant la conduite des hostilités qui déterminent la force permise, en droit, pour contrer une attaque (véhicule piégé ou attentat suicide, notamment) lancée par des membres de groupes armés organisés ou par un civil participant directement aux hostilités. Par exemple, le soldat pourrait avoir été prévenu qu'une attaque se prépare (par le biais d'informations fournies par la surveillance aérienne, les renseignements humains, d'autres postes d'observation ou postes de contrôle, ou peut-être même par l'observation de certaines tactiques et procédures). Pour intervenir afin de supprimer la menace, le soldat ne doit pas attendre que l'attaque soit imminente, ou que l'attaquant soit physiquement à proximité immédiate, et qu'il soit prêt à déclencher des explosifs. Pour contrer une telle menace, le soldat peut utiliser la force de manière conforme aux normes qui régissent la conduite des hostilités.

L'explosion de bombes dans des marchés et des zones urbaines très densément peuplées constitue une grave menace pour les civils et pour le

277 Voir N. Melzer, *op. cit.*, note 219, p. 44. Selon l'auteur, le fait d'ouvrir le feu contre un véhicule qui ne s'est pas arrêté à un poste de contrôle est normalement régi par le droit des droits de l'homme applicable aux opérations de police. L'auteur conclut que « le but de toute mesure prise contre le véhicule qui se rapproche du check-point doit être de minimiser, dans toute la mesure du possible, l'emploi de la force létale et ne peut impliquer la mort du conducteur qu'en cas de stricte nécessité pour protéger les soldats en opération ou d'autres personnes contre une menace imminente pesant sur leur vie » [traduction CICR]. Néanmoins, cette conclusion est basée sur « des mesures de contrainte spécifiquement dirigées contre des personnes ou des biens protégés contre les attaques directes » [traduction CICR]. Voir aussi M. Sassòli, *op. cit.*, note 1, p. 666. Selon l'auteur, en cas de problème à un poste de contrôle, « les agents de la force publique doivent s'efforcer d'arrêter le contrevenant sans faire usage d'armes à feu et en minimisant les dommages et les blessures ... » [traduction CICR].

278 TPIY, *Le Procureur c. Galić*, Affaire N° IT-98-29-T, Jugement, Chambre de première instance, 5 décembre 2003, para. 58.

personnel de sécurité pendant un conflit armé. De tels actes ont été qualifiés d'actes de guerre²⁷⁹. Pour contrer une telle menace, il faut employer une force écrasante et non pas seulement le type de force proportionnée prévue par les normes régissant l'application des lois. Ce n'est pas une activité telle que la garde d'un poste de contrôle qui constitue l'élément essentiel pour déterminer quelles normes s'appliquent. Quand la menace provient de membres d'un mouvement de résistance organisé ou de civils participant directement aux hostilités, la réponse peut être régie par les normes relatives à la conduite des hostilités, quelle que soit l'activité menée par les forces de sécurité à ce moment-là. Un contexte de ce type, dans lequel se mêlent conduite des hostilités et maintien de l'ordre public, peut aussi se présenter quand des coups de feu sont tirés par des insurgés qui se trouvent au milieu d'une foule d'émeutiers.

Cela ne signifie toutefois pas que la réaction sera toujours extrêmement violente. Certes, quand un soldat qui garde un check-point ou affronte des émeutiers est attaqué par des insurgés, sa manière de se défendre n'est pas seulement régie par les normes relatives au maintien de l'ordre. Néanmoins, l'emploi de la force létale contre les insurgés dans de telles situations risque de causer incidemment d'importantes pertes civiles. Comme cela s'est produit en Irak, le fait que des civils soient tués ou blessés peut avoir un impact négatif sur la campagne de lutte contre l'insurrection²⁸⁰. Le droit humanitaire peut donc admettre que la réaction soit vigoureuse (ou même permettre que des pertes civiles soient causées incidemment); cependant, pour des raisons politiques, les commandants peuvent opter dans les Règles d'engagement pour une limitation de la force autorisée²⁸¹.

Un autre exemple illustre la nécessité de nuancer l'application du droit. En effet, même lorsque la force est envisagée sous l'angle des règles normatives humanitaires, le résultat peut ne pas être « kinétique » (comme dans le cas de l'emploi d'armes à feu, de munitions d'artillerie ou d'engins lancés par des moyens aériens). Le droit – et, par conséquent, tout emploi de la force qu'il autorise – doit être appliqué en tenant compte du contexte. Comme cela s'est passé à Faloudjah, la situation tactique peut être telle qu'un conflit (entre les forces de sécurité qui cherchent à pénétrer dans une ville et un groupe armé organisé retranché dans des positions défensives pour résister à cette opération) pourrait entraîner l'emploi

279 Roger Trinquier, *Modern Warfare: A French View of Counterinsurgency*, Praeger Security International, Westport, CT, 2006, p. 21, n. 1 : le chef de la Zone autonome d'Alger, Yassef Saâdi, aurait déclaré après son arrestation en septembre 1957 : « J'ai posé mes bombes en ville parce que je n'avais pas d'avion pour les transporter, mais elles ont fait moins de victimes que les bombardements aériens et les tirs d'artillerie dirigés contre nos villages de montagne. Je fais la guerre. Vous ne pouvez pas me faire de reproches ».

280 Une situation de ce type s'est produite en avril 2003 à Faloudjah, en Irak. Voir T.E. Ricks, *op. cit.*, note 80, pp. 138-142; voir aussi B. West, *op. cit.*, note 99, pp. 12-13. Toutefois, dans *Iraq: Violent Response: The U.S. Army in al-Falluja*, Vol. 15, N° 7 (E), juin 2003, p. 2, l'organisation Human Rights Watch a estimé qu'une émeute constituait une situation relevant du maintien de l'ordre, nécessitant un tel emploi de la force. Un incident similaire s'est produit à Mossoul, en Irak. Voir Linda Robinson, *Masters of Chaos: The Secret History of Special Forces*, Public Affairs, New York, 2004, pp. 337-338.

281 *Counterinsurgency Field Manual*, *op. cit.*, note 115, p. 54, para. 2-4.

du feu direct et du feu indirect (artillerie ou force aérienne)²⁸². Dans d'autres circonstances, par exemple lorsqu'un membre subalterne d'un groupe armé est visé alors qu'il se cache, non armé, dans une zone urbaine, un commandant peut décider, après avoir mis en œuvre les mesures de précaution relatives au ciblage, que l'avantage militaire relatif pouvant être tiré d'une attaque cinétique s'efface devant le risque de causer incidemment des morts et des blessures aux civils, ainsi que des dommages aux biens de caractère civil²⁸³. En de telles circonstances, des efforts visant à capturer l'individu (afin d'éviter ou de minimiser l'impact collatéral sur les civils) pourraient constituer l'option appropriée au regard du droit. Néanmoins, une cible plus importante peut modifier l'avantage militaire attendu de la conduite d'une opération et apporter ainsi la justification de la frappe une fois que les précautions requises ont été prises.

Étant donné la complexité de la situation sur le terrain et la diversité des menaces inhérentes à une occupation militaire, il est inévitable qu'il y ait à la fois des recoupements et des chevauchements dans l'application des deux régimes juridiques. Pour les cours, les tribunaux, les conseillers juridiques (militaires et civils) des États et les juristes, la difficulté sera d'éviter les évaluations trop formalistes du droit, qui ne tiennent pas compte de la complexité de la menace et des capacités ou des limitations tactiques des forces de sécurité impliquées. Néanmoins, ce qui est clair, c'est qu'au regard du DIH, le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure en territoire occupé constituent principalement et de manière prédominante une fonction relevant de l'application des lois. Cette situation se rencontre dans le cadre des rapports ordinaires avec les civils dans le territoire occupé²⁸⁴ et elle s'étend à l'activité des forces de l'ordre – volet essentiel de la lutte contre l'insurrection – destinée à contrer les actes criminels des groupes d'insurgés. De fait, la puissance occupante se trouve dans une position similaire à celle du gouvernement évincé si celui-ci faisait face à une insurrection dans le cadre d'un conflit interne. L'activité menée soit par la police, soit par les forces militaires, doit être conforme aux normes largement acceptées des droits de l'homme qui régissent l'application des lois : le fait que le cadre juridique du droit humanitaire ou celui des droits de l'homme soit appliqué

282 Autre exemple ; les frappes aériennes de l'OTAN à Tripoli, pendant la campagne de soutien aérien aux rebelles libyens qui tentaient de prendre le contrôle du pays. Voir «Nato air strikes hit Tripoli in heaviest bombing yet», dans *The Guardian*, 24 mai 2011, disponible sur : <http://www.guardian.co.uk/world/2011/may/24/nato-airstrikestripoli-heaviest-bombing-libya>. Ce bombardement n'est pas intervenu dans le contexte d'une occupation, mais il montre que la force aérienne peut être utilisée dans des zones urbaines, notamment en raison de la concentration des forces de l'opposition qui opèrent au sein de la population dans ces zones.

283 L'exemple d'un insurgé non armé qui se trouve dans un lieu peuplé de civils pacifiques est souvent cité pour illustrer la problématique de l'emploi de la force au regard du DIH ou du droit des droits de l'homme. Par exemple, voir le *Guide interprétatif*, *op. cit.*, note 194, p. 81 ; voir aussi M. Sassòli, *op. cit.*, note 227, p. 85 ; voir enfin C. Droège, *op. cit.*, note 227, p. 242. Néanmoins, l'effet de l'application des normes relatives soit à la conduite des hostilités, soit au maintien de l'ordre dans des situations telles que celles mentionnées ici n'est pas forcément aussi différent qu'on le croit parfois.

284 Elbridge Colby, «Occupation under the laws of war II», dans *Columbia Law Review*, Vol. 26, 1926, p. 151.

pour déterminer la responsabilité en cas d'emploi de la force, quelle qu'elle soit, n'a aucune incidence. Cela fait apparaître une position par défaut de l'application des normes (fondées sur les droits de l'homme) relatives à l'application des lois dans le cadre de l'accomplissement du mandat de maintien de l'ordre public imposé à la puissance occupante par le droit humanitaire, sauf si la situation sécuritaire est telle qu'elle relève des normes régissant la conduite des hostilités²⁸⁵.

Conclusion

Comme cette analyse l'a montré, lors d'une occupation belligérante – comme en Irak de 2003 à 2004 – la puissance occupante peut être confrontée à un problème de sécurité complexe et violent. Il y a déjà longtemps que l'obligation de restaurer et de maintenir l'ordre public et la sécurité, dans toute la mesure du possible, a conféré à la puissance occupante la responsabilité d'exercer une surveillance policière sur les habitants du territoire occupé. En même temps, la puissance occupante peut se trouver engagée dans des hostilités avec des parties qui veulent participer au conflit armé international en cours. Inévitablement, le maintien de la sécurité exige une intégration, et parfois un chevauchement, des efforts déployés par les forces de police et par les forces militaires. Cette situation découle de la nécessité d'exercer une surveillance policière sur la population ainsi que du rôle prédominant que les forces de police jouent dans la lutte contre une insurrection.

Les droits fondamentaux concernés par les activités d'application des lois – le droit à la vie, notamment – font intégralement partie du DIH et cela est cohérent avec les obligations relatives au maintien de l'ordre que le DIH impose à la puissance occupante. Ces droits sont également garantis par les droits de l'homme, en tant que droit international conventionnel ou coutumier. En conséquence, ces deux branches du droit se superposent de façon significative en tant que structure normative à laquelle sont soumises les forces de sécurité qui accomplissent des tâches de maintien de l'ordre. Le fait de placer l'application de ces droits sous la protection du droit humanitaire présente de nombreux avantages. L'existence de cadres normatifs parallèles et de structures de responsabilité correspondantes a pour effet de renforcer la protection offerte à la population civile. Cela dit, que les normes des droits de l'homme soient appliquées au titre du DIH ou des droits de l'homme, il subsistera des limites quant à la manière dont chacun des deux systèmes juridiques pourra répondre à la situation sécuritaire complexe liée à l'occupation. Ce sont donc les normes correspondant à la menace existante qui régiront l'usage de la force autorisé en droit.

285 Il restera nécessaire de séparer l'action de la police, régie par les normes des droits de l'homme, et la conduite des hostilités. Voir René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 349-350. Selon l'auteur, « [a]lors qu'il existe véritablement un espace pour une pollinisation croisée éclairée et une meilleure intégration entre le droit relatif aux droits de l'homme et le droit humanitaire, chacun de ces ensembles de règles accomplit la tâche à laquelle il est plus apte que l'autre, et les aspects fondamentaux de chaque système restent en partie incompatibles avec ceux de l'autre » [traduction CICR].

Les obligations relatives aux droits de l'homme dans le cadre de l'occupation militaire

Noam Lubell*

Noam Lubell est professeur à la faculté de droit de l'Université d'Essex (Royaume-Uni)

Résumé

Le présent article examine l'applicabilité du droit international des droits de l'homme dans des situations d'occupation militaire. Partant du postulat qu'il peut y avoir des obligations en matière de droits de l'homme dans de telles circonstances, il analyse leurs modalités précises d'application. L'article passe en revue les critères permettant de déterminer l'applicabilité des droits de l'homme et la relation de ces droits avec la notion d'occupation. Enfin, il indique les obstacles pratiques et juridiques à la mise en œuvre des obligations relatives aux droits de l'homme et plaide pour une démarche contextuelle qui permette de protéger les droits de l'homme tout en admettant les réalités concrètes de l'occupation militaire.

Mots-clés : occupation militaire, obligations relatives aux droits de l'homme, applicabilité, Puissance occupante, contrôle territorial, droits économiques, sociaux et culturels.



Le présent article examine l'applicabilité du droit international relatif aux droits de l'homme dans des situations d'occupation militaire. L'existence, sous une forme ou sous une autre, d'obligations en matière de droits de l'homme en de telles circonstances devrait être désormais bien établie et largement admise. Il reste cependant à analyser de manière plus approfondie les modalités pré-

* La version originale en anglais de cet article est publiée sous le titre « Human rights obligations in military occupation », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, N° 885, printemps 2012, pp. 317-337.

cises d’application de ces obligations en déterminant leur portée précise et en identifiant les obstacles pratiques et juridiques à leur mise en œuvre. L’article commence par examiner les critères permettant de conclure à l’applicabilité des droits de l’homme ainsi que le lien entre l’autorité établie d’une Puissance occupante et la notion de contrôle du territoire requise pour les obligations découlant des droits de l’homme. Étant donné les obstacles susceptibles d’empêcher la pleine application de l’ensemble de ces droits, une analyse conclut à la nécessité d’envisager les obligations en tenant compte des circonstances. Enfin, la question de la source des obligations – celles de la Puissance occupante ou celles de l’État occupé – est aussi abordée.

La détermination de l’applicabilité

Avant d’examiner le fond des obligations en matière de droits de l’homme, il faut d’abord établir si cette branche du droit international s’applique bien aux situations d’occupation. Deux objections ont été formulées à son applicabilité : premièrement, le droit international des droits de l’homme ne s’appliquerait pas aux actes extraterritoriaux (en l’occurrence, dans un territoire occupé) ; deuxièmement, l’ensemble des obligations relatives aux droits de l’homme seraient supplantées par le droit international humanitaire (DIH)¹. Ces deux objections ont été déjà amplement traitées dans des publications spécialisées et nous ne les mentionnons ici que pour mémoire². La deuxième se réfute assez facilement. Certes, le DIH ne s’applique qu’en situation de conflit armé, mais le droit international des droits de l’homme n’est pas son pendant symétrique, qui ne s’appliquerait qu’en temps de paix. Il s’applique en effet en permanence, en

1 Voir, par exemple, les questions et discussions dans G.I.A.D. Draper, «The relationship between the human rights regime and the law of armed conflicts», dans *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 1, 1971, p. 191 ; Keith Suter, « An Inquiry into the Meaning of the Phrase ‘Human Rights in Armed Conflicts’ », dans *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, Vol. 15, 1976, p. 393 ; Michael J. Dennis, « ICJ Advisory Opinion on Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation », dans *American Journal of International Law*, Vol. 99, N° 1, 2005, p. 119.

2 Ces questions ont été examinées à de nombreuses reprises, y compris dans les sources suivantes : Louise Doswald-Beck et Sylvain Vité, « Le droit international humanitaire et le droit des droits de l’homme », dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 800, mars-avril 1993, pp. 99-128 ; Raúl Emilio Vinuesa, « Interface, Correspondence and Convergence of Human Rights and International Humanitarian Law », dans *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 1, 1998, p. 69 ; Cordula Droegge, « The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict », dans *Israel Law Review*, Vol. 40, N° 2, 2007, p. 310 ; Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l’homme, *Administration de la justice, état de droit et démocratie : Document de travail sur les relations entre droits de l’homme et droit international humanitaire, présenté par Françoise Hampson et Ibrahim Salama*, doc. Nations Unies E/CN.4/Sub.2/2005/14, 21 juin 2005 ; Noam Lubell, « Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, N° 860, 2005, p. 737 ; Nancie Prud’homme, « Lex Specialis : Oversimplifying a More Complex and Multifaceted Relationship? », dans *Israel Law Review*, Vol. 40, N° 2, 2007, p. 356 ; Orna Ben-Naftali et Yuval Shany, « Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories », dans *Israel Law Review*, Vol. 37, N° 1, 2003-2004, p. 17.

temps de paix comme en temps de guerre, comme le démontrent de nombreux arguments, mais aussi la pratique des États et la jurisprudence de la Cour internationale de justice (CIJ), ainsi que celle des organes institués par les traités des droits de l'homme, sur le plan régional et au sein des Nations Unies³. Par conséquent, dans une situation où le DIH s'applique – et l'occupation militaire relève bien de cette catégorie – les deux branches de droit sont applicables simultanément. Il en découle d'autres questions touchant l'applicabilité simultanée, dont il s'agit de savoir si elle modifie le fond des obligations dans l'une ou l'autre de ces deux branches du droit ; nous y reviendrons plus loin⁴.

On pourrait d'emblée soulever la question de savoir si bon nombre, voire la majorité, des obligations relatives aux droits de l'homme qui seront déclarées applicables et viables n'existent pas en réalité déjà dans les règles de DIH, comme l'interdiction de causer préjudice aux personnes civiles et les règles relatives au traitement des détenus. La réponse est simple : les obligations relatives aux droits de l'homme n'ont pas toutes leur pendant en DIH⁵. Qui plus est, l'applicabilité des droits de l'homme apporte des éléments supplémentaires que le DIH ne prévoit pas, notamment la possibilité de former un recours devant les mécanismes internationaux de droits de l'homme contre une décision rendue.

L'autre objection relative à l'applicabilité du droit international des droits de l'homme repose sur le fait que la Puissance occupante n'agit pas sur son propre territoire souverain. La question qui se pose est donc de savoir si les obligations relatives aux droits de l'homme s'étendent aux actes extraterritoriaux. Bien qu'il y ait des arguments solides en faveur de la notion d'obligations extraterritoriales en matière de droits de l'homme dans une large palette de situations⁶, il faut reconnaître qu'il existe certaines circonstances dans lesquelles l'applicabilité extraterritoriale ne va pas de soi et suscite des débats⁷. Ceci dit, l'occupation militaire est sans doute l'une des situations les moins controversées et l'affirmation selon laquelle la Puissance occupante doit respecter le droit international des droits de l'homme est solidement fondée. Ce fait a été confirmé par de

3 Cour internationale de justice (CIJ), *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, CIJ Recueil 1996, para. 25 ; CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, CIJ Recueil 2004, p. 136, para. 106 (ci-après « affaire du Mur ») ; CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, 19 décembre 2005, CIJ Recueil 2005, p. 168, para. 216 ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Juan Carlos Abella c. Argentina*, affaire 11.137, OEA/Ser.L/V/II.98 doc. 6 rev., 13 avril 1998 ; Comité des droits de l'homme, 'Observation générale N° 29 : États d'urgence (art. 4)', doc. Nations Unies CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, para. 3 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 'Observations finales : Israël', doc. Nations Unies E/C.12/1/Add. 69, 31 août 2001 ; voir aussi les arguments à ce sujet dans les articles cités dans la note 2 ci-dessus.

4 Voir plus bas le chapitre consacré au contenu des obligations et des restrictions légales imposées par le DIH.

5 Voir plus bas la section consacrée aux droits économiques, sociaux et culturels.

6 Voir l'analyse contenue dans Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2010, ch. 8.

7 *Ibid.* Voir aussi une analyse plus approfondie de cette question dans Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

nombreuses instances internationales, y compris la CIJ⁸. On peut considérer qu’il est fondé sur le principe que la Puissance occupante agit en qualité d’administrateur du territoire et que, à ce titre, elle doit respecter les obligations relatives aux droits de l’homme dans ses rapports avec les personnes se trouvant sur le territoire placé sous son autorité. À la lumière de ce qui précède, nous partons du principe, dans le présent article, que le droit international des droits de l’homme est potentiellement applicable dans les situations d’occupation militaire, et l’accent sera placé non pas sur la question de savoir s’il peut s’appliquer, mais plutôt sur les critères qui sous-tendent cette détermination, sur les modalités de l’applicabilité et sur la portée des obligations créées.

Comme nous le verrons, le raisonnement spécifique qui amène à conclure à l’applicabilité dans un cas d’espèce peut influencer sur l’évaluation de la teneur des obligations. La jurisprudence européenne, en particulier, recourt à plusieurs raisonnements pour conclure à l’applicabilité extraterritoriale, comme en témoignent les divers critères utilisés, dont on trouve la formulation la plus explicite dans l’arrêt concernant l’affaire *Al-Skeini c. Royaume-Uni*⁹. Le premier critère a été défini comme celui de l’« autorité de l’agent de l’État » et la Cour européenne des droits de l’homme le résume de la manière suivante, en utilisant l’expression « autorité et contrôle de l’agent de l’État »¹⁰ :

Il est clair que dès l’instant où l’État, par le biais de ses agents, exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction, il pèse sur lui en vertu de l’article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas¹¹.

L’autre critère est celui du « contrôle effectif sur une zone », par référence à des situations où, « par suite d’une action militaire – légale ou non – l’État [contractant] exerce un contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire »¹².

8 CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.*, note 3, para. 107-112; CIJ, *République démocratique du Congo c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 216-220; Comité des droits de l’homme, *Observations finales: Israël*, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.93, 18 août 1998; Comité des droits économiques sociaux et culturels, ‘Observations finales: Israël’, *op. cit.*, note 3; Commission des droits de l’homme, *Rapport sur la situation des droits de l’homme dans le Koweït sous occupation iraquienne*, établi par M. Walter Kälin, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l’homme, conformément à la résolution 1991/67 de la Commission, doc. Nations Unies E.CN.4/1992/26, 16 janvier 1992, para. 55-59; Cour européenne des droits de l’homme (CEDH), affaire *Loizidou c. Turquie (Exceptions préliminaires)*, requête N° 15318/89, Grande Chambre, arrêt du 23 mars 1995, série A N° 310, para. 62-64; CEDH, affaire *Chypre c. Turquie*, requête N° 25781/94, Grande Chambre, arrêt du 10 mai 2001, para. 77.

9 *The Queen ex parte Al-Skeini and Others v. Secretary of State for Defence*, England and Wales Court of Appeal [2005] EWCA Civ 1609, 21 décembre 2005; Opinions des Juges d’Appel pour le Jugement dans l’Affaire *Al-Skeini and others (Respondents) v. Secretary of State for Defence (Appellant) Al-Skeini and others (Appellants) v. Secretary of State for Defence (Respondent) (Consolidated Appeals)*, 13 juin 2007, [2007] UKHL 26; CEDH, affaire *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, requête N° 55721/07, Grande Chambre, arrêt du 7 juillet 2001.

10 CEDH, affaire *Al-Skeini*, *op. cit.*, note 9, para. 133-137.

11 *Ibid.*, para. 137.

12 *Ibid.*, para. 138.

La Cour a établi une différence importante entre les deux critères, dans la mesure où celui de « l'autorité de l'agent de l'État » crée des obligations touchant les seuls droits « qui concernent [le] cas » de l'individu¹³, tandis qu'en vertu du critère du « contrôle effectif sur une zone »,

L'article 1 ... fait obligation [à l'État qui exerce le contrôle] de reconnaître sur le territoire en question la totalité des droits matériels énoncés dans la Convention et dans les Protocoles additionnels qu'il a ratifiés, et les violations de ces droits lui sont imputables¹⁴.

À première vue, les situations d'occupation militaire semblent constituer un exemple patent de situation dans laquelle le critère du « contrôle effectif sur une zone » est satisfait. De fait, c'est bien un cas antérieur d'occupation qui avait servi, au moins en partie, de fondement pour le raisonnement dans le cas cité ci-dessus¹⁵. En définitive, l'essence de la notion d'occupation tourne autour de l'autorité exercée sur le territoire par la Puissance occupante, comme il ressort clairement de l'article 42 du Règlement de La Haye : « Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer. » On pourrait donc supposer, semble-t-il, qu'une occupation militaire pourrait automatiquement être considérée comme une situation dans laquelle les obligations relatives aux droits de l'homme sont applicables, en raison de l'autorité effective exercée sur le territoire. Or, ce point ne fait pas l'unanimité. Ainsi, dans l'affaire *Al-Skeini*, l'argumentation avancée par le Royaume-Uni établissait une différence entre le fait d'être une Puissance occupante et le fait d'exercer le contrôle requis pour déclencher les obligations relatives aux droits de l'homme. Selon le juge Brooke, de la Cour d'appel du Royaume-Uni :

il est tout à fait impossible d'affirmer que le Royaume-Uni, même s'il était une Puissance occupante au regard du Règlement de La Haye et de la IV^e Convention de Genève, exerçait un contrôle effectif sur la ville de Basrah aux fins de la jurisprudence de la CEDH à l'époque des faits¹⁶.

La Cour européenne a choisi une autre voie, sans toutefois trancher le débat sur le critère du « contrôle effectif sur un territoire ». D'une part, la Cour a rejeté les arguments présentés par le Royaume-Uni et jugé que les circonstances de l'affaire entraînaient bien un lien juridictionnel créant des obligations en matière de droits de l'homme. D'autre part, même s'il s'agissait d'une situation d'occupa-

13 *Ibid.*, para. 137.

14 *Ibid.*, para. 138. CEDH, affaire Chypre c. Turquie, *op. cit.*, note 8, para. 77.

15 *Ibid.* Pour une discussion plus approfondie de la notion de contrôle, voir M. Milanovic, *op. cit.*, note 7, pp. 135-151.

16 Affaire *Al-Skeini*, England and Wales Court of Appeal, *op. cit.*, note 9, juge Brooke, para. 124 [traduction CICR]. Voir aussi para. 127.

tion – liée, par définition, au contrôle exercé sur un territoire – la Cour ne s’est pas entièrement appuyée sur le critère du « contrôle effectif sur un territoire » et semble avoir inclus des éléments du critère de « l’autorité de l’agent de l’État » :

On peut donc voir qu’après le renversement du régime baasiste et jusqu’à l’instauration du gouvernement intérimaire, le Royaume-Uni a assumé en Irak (conjointement avec les États-Unis) certaines des prérogatives de puissance publique qui sont normalement celles d’un État souverain, *en particulier le pouvoir et la responsabilité du maintien de la sécurité dans le sud-est du pays*. Dans ces circonstances exceptionnelles, la Cour considère que le Royaume-Uni, *par le biais de ses soldats affectés à des opérations de sécurité à Bassorah lors de cette période, exerçait sur les personnes tuées lors de ces opérations une autorité et un contrôle propres à établir, aux fins de l’article 1 de la Convention, un lien juridictionnel entre lui et ces personnes*¹⁷.

Cette conclusion donne l’impression d’un cocktail mal mélangé qui tenterait, sans succès, de fusionner les notions de contrôle exercé sur un territoire et d’autorité d’un agent de l’État. Tout en prenant acte du contrôle exercé par le Royaume-Uni sur le territoire, la Cour se prononce ensuite en se fondant sur l’autorité des agents de l’État sur les personnes. La Cour ayant d’abord donné l’impression de reconnaître la validité des deux critères, il eût été préférable qu’elle applique l’un ou l’autre de ces critères du début à la fin. La première possibilité eût été de rejeter la position du Royaume-Uni et de conclure que l’autorité et le contrôle déjà reconnus afin d’établir l’existence d’une occupation militaire constituaient en eux-mêmes une preuve de l’existence du contrôle requis sur la zone, nécessaire afin d’établir l’applicabilité des droits de l’homme. La seconde possibilité eût été d’examiner chacun des cas individuels afin d’établir s’ils remplissaient le critère de « l’autorité de l’agent de l’État ». À nos yeux, ce critère dépasse les strictes limites de la détention officielle et peut inclure de nombreuses situations telles que celles qui se sont produites dans cette affaire¹⁸.

L’argument selon lequel on ne saurait assimiler l’occupation militaire au critère des droits de l’homme du « contrôle effectif sur une zone » est fondé sur l’objection suivante : l’État exerçant son contrôle sur un territoire serait tenu d’exercer toute la gamme de ses obligations relatives aux droits de l’homme, une proposition qui serait « parfaitement irréaliste »¹⁹. Cette conception du « tout ou rien » est utilisée pour mettre en doute l’équivalence entre occupation militaire, d’une part, et contrôle effectif sur un territoire (aux fins des droits de l’homme), d’autre part. Ainsi, selon les tenants de cette position, même dans une situation qui serait reconnue comme une occupation, la Puissance occupante pour-

17 CEDH, affaire *Al-Skeini*, *op. cit.*, note 9, para. 149 (souligné par nous).

18 N. Lubell, *op. cit.*, note 6, ch. 8.

19 Affaire *Al-Skeini*, England and Wales Court of Appeal, *op. cit.*, note 9, juge Brooke, para. 124 [traduction CICR].

rait ne pas disposer des forces nécessaires sur le terrain pour exercer le contrôle requis pour établir l'applicabilité des droits de l'homme²⁰. Qui plus est, toujours selon ce raisonnement, du point de vue juridique, la capacité de la Puissance occupante de respecter ses obligations en matière de droits de l'homme serait restreinte par les limites que le droit de l'occupation impose à son autorité²¹. Certes, les deux arguments ne sont pas sans fondement. Prétendre que la pleine applicabilité des droits de l'homme, au regard du critère du « contrôle effectif sur une zone », reviendrait à affirmer l'équivalence du territoire occupé avec le territoire propre de l'État reviendrait à ne tenir aucun compte des réalités de l'occupation. La capacité de la Puissance occupante de mettre en œuvre les obligations de la même manière que sur son propre territoire peut être limitée tant par les impossibilités pratiques de la vie sur le terrain que par des obstacles juridiques. Cependant, l'existence d'obstacles indéniables ne contrebalance nullement le fait que, par définition, la Puissance occupante a le contrôle et la responsabilité sur le territoire et, avec elles, les obligations relatives aux droits de l'homme qui y sont associées. Le point de vue « tout ou rien » ne peut finalement conduire qu'à un « tout » irréaliste ou à un « rien » vide ne contenant pas la moindre obligation. Aucune de ces deux options n'est entièrement satisfaisante, et, comme l'a relevé le juge Sedley dans la Cour d'appel du Royaume-Uni :

Dire que le Royaume-Uni, parce qu'il n'est pas en mesure de tout garantir, peut ne rien garantir du tout, n'est pas une réponse acceptable. La question est de savoir si l'efficacité de nos forces armées dans les rues en 2003-2004 était à tel point limitée que, malgré l'autorité qu'elles exerçaient en tant que force occupante, elles n'avaient aucune maîtrise réelle de ce qui se passait, heure après heure, dans la région de Basrah. Ma propre réponse serait que, s'il est une chose que maîtrisaient les troupes britanniques, même dans la situation fragile décrite dans le dossier, c'est leur propre recours à la force létale. L'enquête que sollicitent les appelants aurait précisément pour objet d'établir si les troupes britanniques étaient fondées à utiliser cette force létale dans les situations dans lesquelles elles se sont trouvées, dont au moins quatre des cas dont nous sommes saisis constituent des exemples. C'est justement une telle enquête qui devrait évaluer le faible nombre de soldats par rapport à la population civile, la grande quantité d'armes disponibles et la présence importante d'insurgés²².

La solution consiste sans doute à considérer que, si l'hypothèse de départ présuppose vraisemblablement la gamme complète des obligations, il convient d'examiner chaque cas dans son contexte précis. Quant au critère de l'« autorité exercée par l'agent de l'État », il est évident que l'analyse du contexte est non seulement possible, mais surtout souhaitable. Selon la Cour européenne, le critère recon-

20 Affaire *Al-Skeini*, England and Wales Court of Appeal, *op. cit.*, note 9, par. 119-124, 194.

21 CEDH, affaire *Al-Skeini*, *op. cit.*, note 9, para. 114.

22 Affaire *Al-Skeini*, England and Wales Court of Appeal, *op. cit.*, note 9, juge Sedley, para. 197 [traduction CICR].

naît en lui-même la nécessité de tenir compte des circonstances lorsqu’il s’agit de déterminer l’étendue des obligations de l’État²³. Ces obligations n’existent qu’eu égard aux droits sur lesquels les agents de l’État peuvent exercer leur contrôle dans les circonstances de l’espèce. La logique qui sous-tend ce raisonnement repose sur le fait que, sans maîtrise plus vaste des circonstances et sans la capacité nécessaire pour accomplir certains actes, on ne peut attendre de l’État qu’il défende chacun des droits de chaque personne. Cependant, si certains des droits de ces personnes sont *de facto* sous le contrôle direct des agents de l’État – que ce soit légalement ou illégalement – alors l’État a l’obligation de protéger ces droits. Le droit de ne pas être arbitrairement détenu, par exemple, serait applicable en cas de détention d’une personne, et le droit à la vie serait applicable en cas de recours à la force contre une personne²⁴.

Ainsi, lorsque le critère de l’autorité de l’agent de l’État est appliqué, le contexte peut avoir une influence sur l’*applicabilité* concrète des obligations. Toutefois, nous nous intéressons ici non pas tant au pouvoir exercé sur des personnes se trouvant sur un territoire échappant au contrôle, mais bien au cas des personnes séjournant sur le territoire occupé où, par définition, la Puissance occupante détient un élément d’autorité et de contrôle sur le territoire. Pour revenir donc au critère du « contrôle effectif sur une zone », si l’on présume en ce cas une applicabilité étendue des obligations relatives aux droits de l’homme, nous suggérons que le contexte peut néanmoins avoir une incidence sur le *contenu matériel* des obligations. Ainsi, dans son avis consultatif rendu dans l’affaire du Mur, la CIJ déclare que :

[L]es territoires occupés par Israël sont soumis depuis plus de trente-sept ans à la juridiction territoriale d’Israël en tant que puissance occupante. Dans l’exercice des compétences dont il dispose à ce titre, Israël est tenu par les dispositions du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. En outre, il est tenu de ne pas faire obstacle à l’exercice de tels droits dans les domaines où compétence a été transférée à des autorités palestiniennes²⁵.

La CIJ reconnaît ainsi que, bien que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) s’applique intégralement en raison du fait qu’Israël est une Puissance occupante, les obligations matérielles doivent être déterminées en fonction du contexte, compte tenu de l’existence de l’Autorité

23 « ... qui concernent son cas », dans CEDH, affaire *Al-Skeini*, *op. cit.*, note 9, para. 137.

24 N. Lubell, *op. cit.*, note 6, ch. 8 ; O. Ben-Naftali et Y. Shany, *op. cit.*, note 2, p. 64. Dans des situations de conflit armé se pose aussi, naturellement, la question de la manière dont l’applicabilité simultanée du droit international des droits de l’homme et du droit international humanitaire pourrait modifier la nature des obligations. C’est une question distincte, qui a souvent été examinée, et à laquelle il n’existe pas de réponse définitive ou agréée/consensuelle. Le présent article ne traite pas de la manière de gérer l’applicabilité simultanée, mais plutôt du stade antérieur, qui consiste à déterminer la portée des obligations applicables en matière de droits de l’homme.

25 CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.*, note 3, para. 112.

palestinienne et du rôle qu'elle joue sur le territoire. Si le contexte peut modifier le contenu de l'obligation, il ne la supprime pas entièrement; Israël est tenu de ne pas faire activement obstacle à l'exercice des droits pour lesquels l'Autorité palestinienne est compétente. La nécessité de tenir compte du contexte en relation avec le contrôle exercé sur un territoire a aussi été reconnue dans d'autres affaires²⁶.

Selon cette conception, le contrôle territorial – y inclus l'occupation – déclenche bel et bien l'applicabilité de la gamme entière des obligations relatives aux droits de l'homme que l'État a la mission de défendre. Toutefois, les éléments matériels des obligations ainsi que l'existence d'une violation doivent être déterminés à la lumière du contexte, en tenant compte à la fois de la situation sur le terrain et des limitations juridiques. Ces considérations pourraient inclure la capacité logistique d'agir de telle ou telle manière ou, par exemple, le fait que les obligations pourraient être influencées par les restrictions législatives que le droit de l'occupation fait peser sur la Puissance occupante²⁷. Cependant, aucune de ces considérations ne fournit une justification toute faite pour rejeter les obligations en bloc. Si certains de leurs aspects pourraient être modifiés à la lumière du contexte, l'applicabilité générale du droit international des droits de l'homme est établie et un élément d'obligation subsiste dans tous les cas.

Le contenu des obligations relatives aux droits de l'homme

Sur base de ce qui précède, les obligations découlant du droit international des droits de l'homme sont applicables aux situations d'occupation militaire, mais le comportement précis considéré comme suffisant pour respecter ces obligations doit être déterminé à la lumière du contexte juridique et matériel dans lequel opère la Puissance occupante. Le contexte peut être difficile à prévoir, mais il est impossible de concevoir des lois précises s'appliquant à chaque scénario éventuel sans permettre finalement aux Puissances occupantes d'esquiver leurs responsabilités ou, à l'inverse, sans définir des obligations irréalistes qui n'auraient aucune chance d'être respectées au vu des circonstances. La méthode la plus sûre pour garantir la protection des droits de l'homme dans toute la mesure possible consiste à poser le principe général de l'applicabilité du droit international des droits de l'homme, tout en laissant la place à une démarche au cas par cas qui tienne compte des circonstances pour déterminer le contenu précis de l'obligation. Dans ce chapitre, nous allons examiner quelques exemples dans des domaines clés afin de démontrer comment une démarche de ce type peut fonctionner en pratique. Elle se fonde sur l'idée que, si les obligations en matière de droits de l'homme demeurent applicables en tout temps, leurs *modalités d'application* – par opposition à leur *applicabilité* – peuvent varier en fonction des circonstances. Cette idée n'est ni nouvelle, ni limitée aux situations d'occupation militaire; les mesures précises qu'un État prend par

26 CEDH, affaire *Ilașcu et autres c. Moldova et Russie*, requête N° 48787/99, Grande Chambre, arrêt du 8 juillet 2004.

27 La question de savoir si tel est le cas ou non sera abordée plus loin.

rapport à tel ou tel droit peuvent être influencées par diverses circonstances. Ainsi, le droit à la vie privée interdirait à un État de lire et censurer en permanence la correspondance privée de toute la population, mais ce droit pourrait être mis en œuvre différemment dans le contexte du courrier acheminé aux détenus dans un établissement pénitentiaire de haute sécurité²⁸.

Dans bien des cas, le libellé des traités relatifs aux droits de l’homme autorise explicitement certaines restrictions en fonction des circonstances; on trouve ainsi, associées à la formulation de tel ou tel droit, des déclarations prévoyant les « restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l’ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d’autrui »²⁹. Les dérogations sont aussi un moyen d’introduire d’éventuelles restrictions³⁰, comme dans le cas d’un État frappé par une grave catastrophe naturelle, qui serait en droit de restreindre les déplacements sur la voie publique afin de permettre le fonctionnement efficace des services d’urgence. Les circonstances financières peuvent aussi être prises en considération dans certains cas, comme le montre l’expression du PIDESC qui précise que les États parties s’engagent à agir « au maximum de [leurs] ressources disponibles ». Dans certains cas, il y a même lieu de tenir compte de circonstances très différentes de celles qui avaient été envisagées au départ, par exemple dans le cas d’une personne détenue en haute mer, à 5’500 kilomètres du territoire de l’État: l’obligation de la traduire « aussitôt » devant un juge peut en pareil cas entraîner un délai de 16 jours, bien supérieur à ce qui est autorisé en temps normal³¹. Ces exemples démontrent que les circonstances peuvent et doivent effectivement être prises en considération pour déterminer le contenu des obligations relatives aux droits de l’homme dans un contexte donné.

La notion d’obligations positives et négatives est un autre instrument utile pour déterminer les éléments matériels d’une obligation relative aux droits

28 « [L]e Comité admet qu’il est normal que les autorités d’une prison exercent des mesures de contrôle et de censure sur la correspondance des prisonniers. Néanmoins, l’article 17 du Pacte stipule que « nul ne sera l’objet d’immixtions arbitraires ou illégales dans ... sa correspondance ». De ce fait, les mesures de contrôle ou de censure doivent donc être soumises à des garanties juridiques satisfaisantes pour éviter toute application arbitraire (voir para. 21 des constatations du Comité, en date du 29 octobre 1981, concernant la communication N° 63/1979). En outre, la restriction doit être appliquée d’une façon qui respecte les normes de traitement humain des détenus, ainsi que le stipule l’article 10(1) du Pacte. En particulier, les prisonniers devraient être autorisés à communiquer régulièrement avec des membres de leur famille ou des amis honorablement connus, par correspondance et en recevant des visites, sous la supervision voulue ». Comité des droits de l’homme, *Miguel Angel Estrella c. Uruguay*, Communication N° 74/1980, para. 9.2, doc. Nations Unies CCPR/C/OP/2, 1991, p. 103.

29 Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), adopté par l’Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, art. 18(3) (concernant la liberté de manifester sa religion).

30 PIDCP, art. 4; Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, 213 UNTS 222, telle qu’amendée par les protocoles N° 11 et 14, complétée par le protocole additionnel et les protocoles N° 4, 6, 7, 12 et 13, art. 15; Convention américaine relative aux droits de l’homme, OAS Treaty Series N° 36, 1144 UNTS 123, entrée en vigueur le 18 juillet 1978, art. 27.

31 CEDH, affaire *Rigopoulos c. Espagne*, requête N° 37388/97, décision finale sur la recevabilité du 12 janvier 1999; voir aussi CEDH, affaire *Medvedyev et autres c. France*, requête N° 3394/03, Grande Chambre, arrêt du 29 mars 2010, para. 127-134.

de l'homme. Ce n'est pas un moyen de distinguer des catégories de droits différentes, mais plutôt de distinguer entre des éléments positifs et négatifs que l'on peut identifier dans la plupart des droits. Ces distinctions peuvent être comprises en faisant appel à la démarche à trois niveaux: «respecter, protéger et mettre en œuvre». Cette structuration des droits a attiré beaucoup d'attention dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels, mais elle est aussi pertinente en matière de droits civils et politiques³². L'élément négatif d'un droit (le respect du droit) oblige l'État à s'abstenir de toute action qui enfreindrait directement ce droit. Dans la plupart des cas, cela revient essentiellement à exiger de l'État qu'il s'abstienne de certains actes, afin de ne pas priver des personnes de ce à quoi elles ont droit, ce qui ne crée pas, en principe, un fardeau significatif³³. Il convient toutefois de noter que l'approche contextuelle, pour laquelle nous plaignons dans le présent article, n'est pas fondée sur une différenciation entre obligations négatives et positives en tant que telles. Cette distinction n'est en réalité pertinente que dans la mesure où, dans la plupart des situations, les obligations négatives ne risquent guère de poser de problèmes pour être mises en œuvre. En dernière analyse, le critère clé pour tous les types d'obligation est leur évaluation à la lumière des circonstances, plutôt que de catégoriser une obligation comme négative ou positive.

Malgré l'observation ci-dessus, les devoirs positifs, qui consistent à protéger et à mettre en œuvre un droit, risquent cependant de susciter d'autres préoccupations qu'il convient d'examiner, en particulier dans des situations telles que l'occupation militaire. En ce qui concerne les droits civils et politiques, l'obligation positive de protéger peut être mise en œuvre de diverses manières, par exemple en garantissant la protection de la vie dans certaines circonstances sous forme d'une « obligation positive [des autorités] de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui »³⁴. Il faut pour cela qu'existe un système de maintien de l'ordre capable de protéger les droits de la manière requise. Peut-on

32 « Tout comme les droits civils et politiques, les droits économiques, sociaux et culturels imposent aux États trois types différents d'obligations: les obligations de respecter les droits, de les protéger et de leur donner effet. Manquer à l'une ou l'autre de ces trois obligations constitue une violation de ces droits ». Theo van Boven, Cees Flinterman et Ingrid Westendorp (réd.), *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, SIM, Utrecht, 1996, para. 6 [traduction CICR]; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 'Observation générale 12 (vingtième session, 1999): Le droit à une nourriture suffisante (art. 11)', doc. Nations Unies E/C.12/1999/5, 12 mai 1999, para. 15; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 'Observation générale N° 13 (vingt et unième session, 1999): Le droit à l'éducation (art. 13 du Pacte)', doc. Nations Unies E/C.12/1999/10, 8 décembre 1999, para. 46-47.

33 « Les devoirs négatifs – les devoirs de ne pas priver des personnes de ce à quoi elles ont droit – sont, comme il se doit, universels. Un droit ne saurait être garanti si les devoirs négatifs correspondants n'étaient pas universels, puisque toute personne qui n'aurait pas même le devoir négatif de ne pas priver autrui de ce à quoi il a droit serait alors libre de priver de ses droits le titulaire supposé. Les devoirs négatifs universels, cependant, ne posent aucun problème (si l'on laisse de côté les 'coûts d'opportunité'). Je n'ai aucun mal à laisser tranquilles au moins cinq milliards de personnes, et même bien plus si on me le demande ». Henry Shue, « Mediating Duties », dans *Ethics*, Vol. 98, N° 4, 1988, p. 690 [traduction CICR].

34 CEDH, affaire *Osman c. Royaume-Uni*, requête N° 23452/94, 87/1997/871/1083, Grande Chambre, arrêt du 28 octobre 1998, para. 115.

exiger d’une Puissance occupante une pareille protection ? L’affaire *Al-Skeini* illustre bien cette problématique : le gouvernement britannique a affirmé qu’il n’était pas en mesure de maintenir l’ordre dans le sud-est de l’Irak en raison, d’une part, d’un manque d’effectifs et, d’autre part, de l’effondrement du système local de maintien de l’ordre, ce qui avait entraîné une forte augmentation de la criminalité³⁵. L’argumentation du Royaume-Uni a été avancée pour nier l’applicabilité de la Convention européenne des droits de l’homme, puisque la situation ainsi décrite était, selon le Royaume-Uni, en contradiction avec la notion de « contrôle effectif du territoire ». Sur la base de l’analyse présentée plus haut, on peut considérer que la position britannique pose le problème à l’envers : il faut en effet commencer par convenir que le Royaume-Uni est bien une Puissance occupante ; dès lors, le contrôle requis pour déclencher l’applicabilité des obligations relatives aux droits de l’homme est acquis par définition. Arguer que l’incapacité d’une Puissance occupante de maintenir l’ordre prouve l’inapplicabilité des obligations relatives aux droits de l’homme contredit non seulement la conception appropriée de l’applicabilité des droits de l’homme, mais aussi les obligations découlant du droit de l’occupation. L’article 43 du Règlement de La Haye dispose que :

L’autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l’occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d’assurer, autant qu’il est possible, l’ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays³⁶.

Les devoirs d’une Puissance occupante en application de cette disposition, ainsi que les conséquences qui en découlent en matière de droits de l’homme, ont été examinés par la CIJ lorsqu’elle s’est penchée sur les actes de l’Ouganda :

La Cour conclut ainsi que l’Ouganda était une puissance occupante dans le district de l’Ituri à l’époque pertinente. En tant que tel, il se trouvait dans l’obligation, énoncée à l’article 43 du règlement de La Haye de 1907, de prendre toutes les mesures qui dépendaient de lui en vue de rétablir et d’assurer, autant qu’il était possible, l’ordre public et la sécurité dans le territoire occupé en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur en RDC. Cette obligation comprend le devoir de veiller au respect des règles applicables du droit international relatif aux droits de l’homme et du droit international humanitaire, de protéger les habitants du territoire occupé contre les actes de violence et de ne pas tolérer de tels actes de la part d’une quelconque tierce partie.

La Cour ayant conclu que l’Ouganda était une puissance occupante en Ituri à l’époque pertinente, la responsabilité de celui-ci est donc engagée

35 CEDH, affaire *Al-Skeini*, *op. cit.*, note 9, para. 112.

36 Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la Convention (IV) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, 1907 (ci-après « Règlement de La Haye »), art. 43.

à raison à la fois de tout acte de ses forces armées contraire à ses obligations internationales et du défaut de la vigilance requise pour prévenir les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire par d'autres acteurs présents sur le territoire occupé, en ce compris les groupes rebelles agissant pour leur propre compte³⁷.

Ainsi, dès l'instant où un État devient une Puissance occupante, on peut attendre de lui qu'il s'efforce de maintenir l'ordre public dans le territoire occupé³⁸; s'il a déjà l'obligation de le faire en vertu du droit de l'occupation, il ne saurait invoquer son incapacité de respecter son obligation au regard du DIH comme prétexte pour nier l'applicabilité des obligations en matière de droits de l'homme. Le DIH exige de la Puissance occupante des actions positives. En ce qui concerne le contenu des obligations relatives aux droits de l'homme, il est de toute évidence légitime d'exiger le volet négatif de simple respect des droits; quant aux éléments positifs, ils seront, au strict minimum, les mêmes que ceux qui sont requis par les obligations préexistantes au regard du DIH. L'incapacité de mettre en œuvre des devoirs positifs dans des situations particulières ne réfute pas l'applicabilité des obligations relatives aux droits de l'homme; elle peut, cependant, mener à la conclusion que, étant donné les circonstances, l'État a fait tout ce qui était en son pouvoir afin de respecter ses obligations. Dans de telles situations, même si l'applicabilité des obligations relatives aux droits de l'homme peut être affirmée, il reste à établir si la capacité de remplir les obligations est limitée par les circonstances³⁹.

On pourrait donc affirmer que le niveau négatif des obligations relatives aux droits de l'homme doit être observé et que, par conséquent, l'État n'a pas le droit d'agir d'une manière qui ne respecte pas les droits de la population. En revanche, les éléments positifs (protéger et mettre les droits en œuvre) dépendraient des circonstances. Par exemple, bien que l'armée ne soit peut-être pas en mesure d'assurer une protection policière totale contre les activités criminelles sur l'entièreté du territoire, les soldats ne doivent pas eux-mêmes se rendre coupables d'actes arbitraires de meurtre ou de détention. Qui plus est, les forces armées doivent aussi être responsables des éléments positifs dans les situations où elles en ont la capacité: elles ne peuvent, par exemple, pas demeurer passives devant un crime violent dont elles sont témoin si elles ont la capacité d'intervenir et de l'empêcher. La question de savoir jusqu'où, au-delà de ce seuil, elles devraient aller peut dépendre de facteurs tels qu'un degré de capacité suffisant par rapport au niveau de violence

37 CJI, *République démocratique du Congo c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 178-179.

38 En ce qui concerne l'obligation découlant de l'art. 43 de rétablir et d'assurer l'ordre et la vie publics, voir Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 91-94.

39 Voir la section précédente de cet article en ce qui concerne l'applicabilité. «Face à une omission partielle ou totale, la Cour a pour tâche de déterminer dans quelle mesure un effort minimal était quand même possible et s'il devait être entrepris». CEDH, affaire *Ilașcu et autres c. Moldova et Russie*, *op. cit.*, note 26, para. 334. Voir aussi la référence à la «diligence requise» dans M. Milanovic, *op. cit.*, note 7, p. 141.

sur la voie publique. De la même manière, dans un établissement de détention, on attendra des forces d’occupation non seulement qu’elles s’abstiennent de causer directement des préjudices aux détenus, mais aussi qu’elles respectent l’ensemble des devoirs positifs liés aux droits des détenus (leur fournir de la nourriture ou les protéger contre d’autres prisonniers). Toute évaluation doit donc tenir compte des circonstances de l’espèce. L’examen de l’affaire *Al-Skeini* par la Cour européenne des droits de l’homme fournit un exemple de la nécessité de se fonder sur une vision réaliste de la situation :

La Cour prendra comme point de départ les problèmes pratiques auxquels les autorités d’enquête se trouvaient confrontées du fait que le Royaume-Uni était une puissance occupante dans une région étrangère et hostile, au lendemain immédiat d’une invasion et d’une guerre. Au nombre de ces problèmes figuraient l’effondrement de l’infrastructure civile – avec notamment pour conséquence un manque de pathologistes locaux et de ressources pour les autopsies –, les graves malentendus culturels et linguistiques entre les occupants et la population locale ainsi que le danger inhérent à la conduite de toute activité en Irak à l’époque. Ainsi qu’il a été indiqué ci-dessus, la Cour considère que, dans des circonstances de ce type, l’obligation procédurale découlant de l’article 2 doit être appliquée de manière réaliste, pour tenir compte des problèmes particuliers auxquels les enquêteurs avaient à faire face⁴⁰.

Le déni des obligations relatives aux droits de l’homme dans des situations d’occupation, en raison de facteurs perçus comme des obstacles juridiques, est une autre question. Le droit de l’occupation impose à la Puissance occupante certaines restrictions, qui ont parfois été invoquées comme des obstacles au respect des obligations relatives aux droits de l’homme⁴¹. L’article 43 du Règlement de La Haye semble poser problème à cet égard, puisqu’il exige de la Puissance occupante qu’elle respecte, « sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays ». De la même manière, l’article 64 de la IV^e Convention de Genève dispose que :

La législation pénale du territoire occupé demeurera en vigueur, sauf dans la mesure où elle pourra être abrogée ou suspendue par la Puissance occupante si cette législation constitue une menace pour la sécurité de cette Puissance ou un obstacle à l’application de la présente Convention⁴².

Comme l’occupation est censée être temporaire et comme la souveraineté – contrairement à l’autorité – n’est pas transférée à la Puissance occupante, les règles doivent être conçues de manière à réduire au minimum le risque que l’occupant introduise des changements qui compromettraient ces postulats.

40 CEDH, affaire *Al-Skeini*, *op. cit.*, note 9, para. 168.

41 *Ibid.*, para. 114.

42 Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Genève,

Les limitations ne sont cependant pas absolues et certains changements pourraient être non seulement autorisés, mais impératifs s'ils sont nécessaires afin de respecter l'obligation de préserver ou de rétablir la vie publique. L'article 43 ne saurait devenir « un outil fort pratique » permettant à la Puissance occupante d'intervenir quand cela lui convient et de se dissimuler derrière de prétendues limitations si cela ne lui convient pas⁴³. Les interprétations combinées des dispositions ci-dessus peuvent autoriser à introduire des changements qui sont conformes aux objectifs du droit de l'occupation. Ces objectifs comprennent la responsabilité du maintien de l'ordre, qui doit être entendu au sens du texte français original du Règlement de La Haye, comme « vie publique », plutôt que de se limiter à l'ordre public *stricto sensu*⁴⁴. Certes, le risque de changements motivés par des intérêts égoïstes, donnant lieu à des abus⁴⁵, existe, mais il y a de bonnes raisons de préférer les arguments autorisant – voire exigeant – les changements fondés sur le respect du droit international des droits de l'homme et conçus pour servir les droits des habitants du territoire occupé⁴⁶. Une occupation prolongée peut, en particulier, exiger une intervention active dans de nombreux domaines, ne serait-ce que pour prévenir la stagnation économique, sociale et juridique. La durée de l'occupation forme donc aussi partie du contexte dans lequel doivent être évaluées les obligations relatives aux droits de l'homme⁴⁷.

Les droits économiques, sociaux et culturels

L'applicabilité et le niveau des obligations en matière de droits de l'homme est également un enjeu important en ce qui concerne les droits économiques, sociaux et culturels. Il n'existe aucune raison valable de négliger cet ensemble de droits dans des situations d'occupation. L'ensemble des arguments évoqués à l'appui de l'applicabilité des droits civils et politiques sont non moins pertinents dans ce domaine. De fait, les organes des droits de l'homme des Nations Unies, ainsi que la CIJ, ont confirmé que le PIDESC s'applique aux actes d'une Puissance occupante⁴⁸.

43 Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2004, p. 11.

44 *Ibid.*, pp. 9-11; Y. Dinstein, *op. cit.*, note 38, p. 89.

45 Voir sur ce point Y. Dinstein, *op. cit.*, note 38, pp. 120-123.

46 Voir *ibid.*, pp. 46, 112-123; voir E. Benvenisti, *op. cit.*, note 43, pp. xi-xiv au sujet de l'évolution des interprétations à cet égard; voir aussi l'analyse de la législation par les puissances occupantes dans Marco Sassòli, « Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers », dans *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 4, 2005, p. 661. Si des changements sont possibles sur la base des obligations relatives aux droits de l'homme, Sassòli relève que l'interprétation et la mise en œuvre doivent essayer de respecter la société et les mœurs locales. *Ibid.*, pp. 676-677.

47 Pour une discussion des difficultés particulières qui se posent dans des cas d'occupation prolongée, voir Adam Roberts, « Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories 1967-1988 », dans *American Journal of International Law*, Vol. 84, N° 1, 1990, p. 44.

48 CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.*, note 3, para. 107-112; Comité des droits de l'homme, *Observations finales du Comité des droits de l'homme: Israël*, *op. cit.*, note 8; voir aussi Sylvain Vité, « L'articulation du droit de l'occupation et des droits économiques, sociaux et culturels: les exemples de l'alimentation, de la santé et de la propriété », dans *Revue internationale de la Croix-Rouge, Sélection française* 2008, Vol. 90, pp. 325-348.

Qui plus est, la population d’un territoire occupé est souvent préoccupée avant tout par ces droits. On ne saurait s’attendre à ce qu’une occupation militaire garantisse les mêmes libertés civiles et politiques qu’un régime démocratique choisi par la population, mais les habitants d’un territoire occupé doivent bénéficier de services aussi ininterrompus que possible en matière de santé, d’éducation et d’emploi. De fait, une partie importante des activités menées sur le terrain dans des situations d’occupation tourne autour de ces questions⁴⁹. Ici aussi, cependant, il convient de tenir compte des circonstances pour déterminer le niveau des obligations et les devoirs précis de la Puissance occupante. La notion d’obligation dans ce domaine peut soulever des objections, puisque les droits économiques, sociaux et culturels sont parfois considérés comme exigeant un engagement financier et logistique important, que l’on ne saurait attendre d’une Puissance occupante temporaire. Ce type d’argument est souvent au cœur des débats de portée plus générale sur les différences entre droits civils et politiques, et droits économiques, sociaux et culturels. Or, cette affirmation n’est pas tout à fait exacte, que ce soit dans le contexte de l’occupation ou en dehors de celui-ci. La plupart des droits peuvent, en définitive, exiger des engagements financiers, et les droits civils et politiques peuvent eux aussi entraîner des coûts importants. Prenons, à titre d’exemple, l’ensemble des droits liés à la détention et aux procédures judiciaires. Une force de police efficace, un système judiciaire, des magistrats et des avocats dûment formés, des tribunaux et des prisons : tout cela est loin d’être gratuit. Il est sans doute plus utile de revenir à l’approche à trois niveaux évoquée plus haut (respecter, protéger et mettre en œuvre) et de noter que tous les droits entraînent certaines obligations qui n’entraînent pas ou peu de dépenses (comme l’obligation de s’abstenir de tout acte de torture à l’encontre d’un détenu, ou de ne pas empêcher une personne d’avoir accès à un hôpital), et d’autres obligations qui exigent des investissements (par exemple un système judiciaire capable de rendre la justice ou un système de santé fournissant des soins de santé de base). Toutefois, même si tous les droits impliquent les trois niveaux d’obligation, le point de vue selon lequel les revendications individuelles liées aux droits civils et politiques tendent à être axées sur les obligations négatives relatives au respect (comme le souhait des individus de ne pas subir d’intrusion arbitraire), tandis que les droits économiques, sociaux et culturels sont davantage liés aux éléments positifs nécessaires pour mettre en œuvre les droits (par exemple exiger des soins de santé), n’est pas sans fondement. La possibilité que le contexte de l’occupation militaire exige une différenciation entre les divers éléments des obligations acquiert de ce fait une pertinence accrue en matière de droits économiques, sociaux et culturels. Peut-on donc attendre de la Puissance occupante qu’elle mette pleinement en œuvre cette catégorie de droits ?

Il est important de relever en premier lieu que, comme nous l’avons vu s’agissant de l’ordre public, le DIH impose, ici aussi, certaines obligations à la

49 Voir, par exemple, les activités de Physicians for Human Rights – Israel, disponible sur : <http://www.phr.org.il/default.asp?PageID=21> (dernière consultation le 24 avril 2012).

Puissance occupante dans des domaines tels que l'alimentation⁵⁰, la santé⁵¹ et l'éducation⁵². La question qui se pose à nous est de savoir si l'applicabilité des obligations en matière de droits de l'homme ajoute des devoirs substantiels à ceux qui découlent du droit de l'occupation⁵³. Bien que la IV^e Convention de Genève impose certaines obligations – comme la fourniture d'une assistance médicale –, tel n'est pas le cas de tous les droits économiques, sociaux et culturels. Ainsi, s'agissant des questions touchant le travail et l'emploi, la Convention aborde surtout les questions de travail forcé, de réquisition de services et plus généralement la question des personnes protégées travaillant sur ordre de la Puissance occupante⁵⁴. Le droit de l'occupation fournit donc peu de protection en ce qui concerne le droit de travailler en dehors de ces situations. Si l'on considère, à titre d'exemple, le conflit israélo-palestinien, il apparaît clairement que les préoccupations touchant le travail peuvent représenter un problème considérable pour la population d'un territoire occupé, et que les mesures prises par la Puissance occupante peuvent avoir de graves conséquences sur elle dans ce domaine. L'avis consultatif rendu par la CIJ dans l'affaire du *Mur* a mis en lumière certains de ces problèmes, et plusieurs études ont établi, preuves à l'appui, que les obstacles matériels dus à cette construction, ainsi que les nombreuses autres restrictions aux déplacements, ont eu des effets négatifs sur la capacité de la population palestinienne d'assurer sa subsistance⁵⁵. Dans son avis consultatif, la CIJ, après avoir noté l'applicabilité du PIDESC, cite la violation du droit au travail au nombre des infractions au droit international⁵⁶. Le droit international des droits de l'homme peut donc ajouter une protection concernant certains droits qui pourraient ne pas être parfaitement protégés par le droit de l'occupation. Dans l'exemple que nous venons de citer, il s'agit non pas tant de devoirs positifs liés à ce droit (comme des programmes de formation professionnelle pour améliorer les possibilités d'emploi)⁵⁷, mais bien de devoirs négatifs (ou de respect des droits)

50 CG IV, art. 55.

51 *Ibid.*, art. 55-56.

52 *Ibid.*, art. 50.

53 Comme nous l'avons relevé plus haut, même en ce qui concerne les obligations existantes en DIH, le fait qu'elles fassent aussi partie des droits de l'homme peut créer la possibilité d'un suivi par les organes conventionnels relatifs aux droits de l'homme.

54 CG IV, art. 51-52.

55 CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.*, note 3, para. 133-134. Voir aussi la description faite par B'Tselem, une organisation non gouvernementale : « En Cisjordanie, les restrictions font qu'il est très difficile aux Palestiniens de se rendre au travail et de transporter des biens d'une zone à l'autre. Ceci a entraîné une augmentation des coûts de transport, et de ce fait à une baisse des bénéfices. Les échanges entre les zones de la Cisjordanie sont devenus coûteux, peu sûrs et inefficaces. L'économie de la Cisjordanie a été fragmentée en marchés locaux de taille plus réduite. Les restrictions à l'accès des agriculteurs à leurs terres situées dans la 'zone fermée' ('seam zone') et dans la vallée du Jourdain ont gravement entravé le secteur agricole dans ces zones ». B'Tselem, « Effect of restrictions on the economy », 1^{er} janvier 2011, disponible sur : http://www.btselem.org/freedom_of_movement/economy (dernière consultation le 24 avril 2012) [traduction CICR].

56 CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.*, note 3, para. 130, 133 et 134.

57 Comme l'exige le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976, art. 6(2).

consistant à ne rien faire qui porte atteinte à l’emploi ou à la capacité de travailler des personnes vivant dans les territoires occupés. Les Puissances occupantes sont tenues de respecter les obligations de ce type relevant des droits de l’homme.

Les choses sont plus délicates en ce qui concerne l’aspect positif consistant à mettre en œuvre les droits, y compris ceux qui sont mentionnés dans le droit de l’occupation. Pour prendre l’exemple du droit à la santé, il ressort clairement de la IV^e Convention de Genève que la Puissance occupante a le devoir d’assurer la fourniture de l’assistance médicale, ainsi que la maintenance des hôpitaux et de certains services de santé publique⁵⁸. Qui plus est, si l’on trouve mention de la coopération avec les autorités locales dans la Convention, la responsabilité « [d’adopter et d’appliquer] les mesures prophylactiques et préventives nécessaires pour combattre la propagation des maladies contagieuses et des épidémies »⁵⁹ incombe, en dernier ressort, à la Puissance occupante. On voit bien, par conséquent, que dans le domaine des droits économiques et sociaux aussi, les devoirs de la Puissance occupante vont au-delà de la non-ingérence et des obligations négatives de respecter les droits, et comprennent des obligations positives. Jusqu’où s’étendent ces dernières ? Celles qui peuvent être déduites de la IV^e Convention de Genève ne sont pas nombreuses ; si l’on excepte l’exemple ci-dessus, la Convention ne définit pas précisément ce qu’il faut entendre par assurer le bon fonctionnement des services médicaux. C’est ici que les droits de l’homme peuvent se révéler utiles, car ils contiennent des indications plus précises sur les droits économiques, sociaux et culturels et sur les obligations qui en découlent. Le PIDESC lui-même décrit jusqu’à un certain point les obligations spécifiques, mais on trouve surtout des explications nombreuses et détaillées des devoirs correspondants dans les Observations générales formulées par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, par exemple dans l’Observation générale sur le droit à la santé⁶⁰. Un grand nombre des obligations fondamentales identifiées par le Comité ne s’écarterent pas beaucoup des exigences de services de santé de base et d’assistance médicale inscrites dans le droit de l’occupation.

58 CG IV, art. 55 et 56.

59 *Ibid.*, art. 56. Voir aussi Jean S. Pictet (sous la direction de), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949: Commentaire, Volume IV, La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, CICR, Genève, 1956, p. 337: « Il est possible que, dans certains cas, les autorités nationales soient parfaitement en mesure de veiller à la santé de la population ; la Puissance occupante n’aura pas alors à intervenir ; elle se bornera à ne pas entraver l’activité des organismes chargés de cette tâche. Mais, le plus souvent, l’envahisseur occupe un pays atteint profondément par la guerre ; les établissements et les services médicaux et hospitaliers sont désorganisés, démunis du matériel nécessaire, dans l’impossibilité de faire face aux besoins de la population. C’est alors que l’occupant doit assurer et maintenir avec le concours des autorités, et dans toute la mesure de ses moyens, le bon fonctionnement des établissements et services médicaux et hospitaliers. L’article se réfère notamment aux mesures prophylactiques et préventives nécessaires pour combattre la propagation des maladies contagieuses et les épidémies. On peut citer, parmi ces mesures, le contrôle de l’hygiène, l’éducation du public, la distribution de médicaments, l’organisation du dépistage et de la désinfection, la constitution de stocks de matériel sanitaire, l’envoi de missions médicales dans les régions où règnent des épidémies, l’isolement et l’hospitalisation des personnes atteintes de maladies transmissibles, la création de nouveaux hôpitaux et de centres médicaux. »

60 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, ‘Observation générale N° 14: le droit au meilleur état de santé susceptible d’être atteint (art. 12), doc. Nations Unies E/C.12/2000/4, 11 août 2000.

S'y ajoutent cependant des exigences faites à l'État d'investir dans des stratégies à long terme destinées à améliorer les soins de santé dans le pays⁶¹.

Le PIDESC lui-même prévoit la possibilité que les États ne soient pas en mesure de s'acquitter immédiatement de tous leurs devoirs et il comprend la notion de réalisation progressive des droits, compte tenu du « maximum [des] ressources disponibles »⁶² de l'État. Si l'on ajoute à cela le fait que les devoirs en matière de soins de santé énoncés dans la IV^e Convention de Genève sont précédés du membre de phrase « Dans toute la mesure de ses moyens »⁶³, on pourrait en conclure que les obligations doivent être définies en fonction des ressources disponibles, la Puissance occupante devant agir dans la mesure de ses ressources. À première vue, cela pourrait être une solution pour des situations d'occupation dans lesquelles il pourrait être peu réaliste d'attendre de la Puissance occupante qu'elles s'acquittent de tous les devoirs positifs et à long terme requis pour mettre les droits en œuvre. Cependant, en ce qui concerne les droits de l'homme, il ne s'agit pas simplement de capacités budgétaires. Même sans ressources importantes, la réalisation progressive ne lève pas l'obligation d'agir. Tout en admettant qu'un changement immédiat pourrait ne pas être possible, elle exige néanmoins que des mesures soient prises pour faire évoluer la situation⁶⁴. Inversement, cela signifierait-il qu'une Puissance occupante relativement riche, qui pourrait difficilement invoquer un manque de ressources, devrait soudain consacrer des sommes énormes à la création de nouveaux systèmes nationaux de santé dans le territoire occupé ? Il est nécessaire, à ce stade, de revenir à ce que nous disions plus haut concernant le contexte.

Le théâtre d'opérations que constitue un territoire occupé est fort éloigné, à bien des égards, du cadre national dans lequel opère un État. Avant toute chose, une occupation militaire a vocation à être temporaire et la Puissance occupante n'est pas censée envisager d'administrer l'État à long terme. On pourrait donc en conclure que les obligations de la Puissance occupante en matière de droits de l'homme – en plus des devoirs négatifs de respect des droits – se limitent aux mesures positives nécessaires pour respecter les obligations fondamentales, comme garantir un assainissement minimal, l'approvisionnement en eau potable et en médicaments essentiels⁶⁵, mais sans inclure des engagements

61 *Ibid.*, para. 36.

62 PIDESC, art. 2.

63 CG IV, art. 55 et 56.

64 « [L]e fait que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels prévoit une démarche qui s'inscrit dans le temps, autrement dit progressive, ne saurait être interprété d'une manière qui priverait l'obligation en question de tout contenu effectif. D'une part, cette clause permet de sauvegarder la souplesse nécessaire, compte tenu des réalités du monde et des difficultés que rencontre tout pays qui s'efforce d'assurer le plein exercice des droits économiques, sociaux et culturels; d'autre part, elle doit être interprétée à la lumière de l'objectif global, et à vrai dire de la raison d'être du Pacte, qui est de fixer aux États parties des obligations claires en ce qui concerne le plein exercice des droits en question. Ainsi, cette clause impose l'obligation d'œuvrer aussi rapidement et aussi efficacement que possible pour atteindre cet objectif. » Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 'Observation générale N° 3: la nature des obligations des États parties, art. 2, para. 1 du Pacte, doc. Nations Unies HRI/GEN/1/Rev.7, para. 9, p. 18.

65 CG IV, art. 56; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 'Observation générale N° 14, *op. cit.*, note 60.

à long terme comme des investissements dans la création de nouvelles écoles médicales. Cependant, il faut tenir compte des circonstances à tous les égards. Si le contexte peut limiter les obligations positives d’une Puissance occupante du fait de la nature de l’occupation militaire, il peut aussi exiger une démarche de plus large portée s’agissant des devoirs positifs dans le cas où l’occupation ne correspond plus au critère de brièveté, comme pour Israël qui demeure une Puissance occupante depuis plus de quarante ans. Bien qu’il y ait des limites, la Puissance occupante est autorisée à mener certaines activités qui modifient le *statu quo* au bénéfice de la population locale⁶⁶. Dans une occupation prolongée, la Puissance occupante peut être tenue non seulement de respecter le noyau minimal d’obligations, mais encore de répondre à des besoins stratégiques à long terme pour mettre en œuvre les droits de la population.

Il convient aussi d’accorder toute l’attention voulue au principe de non-discrimination, principe fondamental qui concerne tous les droits de l’homme. Pour reprendre l’exemple du droit à la santé, la question de la discrimination soulève, dans le contexte de l’occupation militaire, un problème intéressant. Les États sont tenus de mettre en œuvre le droit à la santé de manière non discriminatoire⁶⁷; comment faut-il comprendre cette obligation dans un contexte d’occupation ? Il peut y avoir un écart considérable entre les services de santé qu’un État fournit sur son propre territoire et ceux du territoire occupé, et il n’est probablement guère réaliste de s’attendre à ce que la situation sanitaire puisse être identique. De toute évidence, le Royaume-Uni n’allait pas étendre la couverture de son fameux Service National de Santé (National Health Service) à la partie méridionale de l’Irak. De fait, si la IV^e Convention de Genève exige que les étrangers sur le territoire d’une partie au conflit reçoivent un traitement médical et des soins dans la même mesure que les ressortissants de la Puissance occupante⁶⁸, elle ne formule pas la même exigence pour les personnes protégées sur un territoire occupé, et l’on ne saurait attendre une égalité parfaite entre les résidents de la Puissance occupante sur son propre territoire et la population du territoire occupé. Le principe de non-discrimination, qui relève des droits de l’homme, demeure toutefois pertinent dans la manière dont les services de santé sont fournis à l’intérieur du territoire occupé. Le principe peut donc être pertinent dans des situations telles que celles où une population civile de la Puissance

66 Voir plus haut; relevons cependant que l’on considère normalement que, par « population locale », il faut entendre les personnes protégées et les habitants originels du territoire occupé. Si la notion est élargie pour englober d’autres personnes, comme les ressortissants de la Puissance occupante (par exemple les colons israéliens), il en découle des difficultés considérables et un risque de fausser l’équilibre crucial entre les besoins de l’occupant et ceux des personnes protégées. On trouvera une discussion de questions connexes dans Aeyal M. Gross, « Human proportions: are human rights the emperor’s new clothes of the international law of occupation? », dans *European Journal of international Law*, Vol. 18, N° 1, 2007, pp. 1-35.

67 PIDESC, art. 2, para. 2; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, ‘Observation générale N° 20: la non-discrimination dans l’exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, para. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)’, doc. Nations Unies E/C.12/GC/20, 2 juillet 2009; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, ‘Observation générale N° 14’, *op. cit.*, note 60, para. 12(b), 18 et 19.

68 CG IV, art. 38.

occupante vit dans le territoire occupé (comme les colons israéliens) et a accès à un niveau de soins de santé plus élevé que leurs voisins immédiats⁶⁹.

La source des obligations relatives aux droits de l'homme

Si le devoir des Puissances occupantes de respecter le droit international des droits de l'homme est largement admis, on peut néanmoins se poser la question de la source des obligations spécifiques. En d'autres termes, de quelles obligations relatives aux droits de l'homme s'agit-il : de celles que l'occupant doit respecter sur la base des traités qu'il a lui-même ratifiés ou de celles de l'État dont il occupe le territoire ? Appliquer les seules obligations acceptées par l'occupant pourrait être perçu comme une imposition d'un ensemble de principes internationaux à la population d'un État qui ne les a pas acceptés. À l'inverse, fonder les obligations de l'occupant sur celles de l'État occupé pourrait placer l'occupant dans une situation où il serait tenu de respecter des obligations qu'il n'aurait pas lui-même acceptées. Plusieurs arguments suggèrent que la meilleure solution consiste à ne pas choisir l'une ou l'autre de ces deux options, mais plutôt une combinaison des deux.

Il faut cependant noter en premier lieu que, s'il y a lieu de préciser la source des obligations découlant des traités, cet obstacle n'existe pas pour le droit international coutumier. Les droits fondamentaux tels que le droit à la vie, le droit de ne pas être soumis à la détention arbitraire et l'interdiction de la torture lient tous les États en vertu de la coutume internationale⁷⁰. Par conséquent, quels que soient les traités auxquels sont parties la puissance occupante et l'État occupé, l'occupant sera lié, en matière de droits de l'homme, par toutes les obligations qui font partie du droit international coutumier.

Quant aux obligations découlant des traités, la difficulté est moindre lorsque l'occupant et l'occupé sont parties aux mêmes traités. Lorsque la CIJ a examiné les allégations de violations des droits de l'homme commises par l'Ouganda en République démocratique du Congo (RDC), elle a statué sur

69 Voir Haute Cour de justice d'Israël, 168/91 *Marcus v. The Minister of Defense*, et l'exigence de non-discrimination dans la distribution de masques à gaz, aux colons comme à la population palestinienne.

70 Bertrand Ramcharan, « The Concepts and Dimensions of the Right to Life », dans Bertrand Ramcharan (éd.), *The Right to Life in International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1985, pp. 1-32; W. Paul Gormley, « The Right to Life and the Rule of Non-Derogability: Peremptory Norms of Jus Cogens », *ibid.*, pp. 120-159; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), *Le Procureur c/ Anto Furundžija*, Affaire N° IT-95-17/1-T, Chambre de première instance, jugement du 10 décembre 1998, para. 153-157; CEDH, affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête N° 35763/97, Grande Chambre, arrêt du 21 novembre 2001, para. 60-61; Richard B. Lillich, « The Growing Importance of Customary International Human Rights Law », dans *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 25, N° 1, pp. 5-6; Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, section 702, 1987 (faisant référence à la « détention arbitraire prolongée »; Comité des droits de l'homme, 'Observation générale N° 24 (52): observation générale sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte', doc. Nations Unies CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 11 novembre 1994, para. 8.

l’applicabilité d’un certain nombre de traités, dont le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), et elle a relevé que les deux États y étaient parties⁷¹. Cependant, les cas d’occupation ne concernent pas toujours deux États liés par les mêmes traités de droits de l’homme. Dans une telle situation, plusieurs exemples plaident pour le principe selon lequel l’occupant devrait respecter les normes des traités auxquels il est lui-même partie. L’affaire *Al-Skeini* concerne les obligations du Royaume-Uni au regard de la Convention européenne des droits de l’homme à laquelle, de toute évidence, l’Irak n’était pas partie. La Cour a considéré que le Royaume-Uni, reconnu comme occupant de parties du territoire irakien, était tenu d’appliquer les normes des traités des droits de l’homme auxquels il était lui-même partie⁷². Il en a été de même pour Israël dans de nombreuses affaires examinées par des organismes internationaux concernant l’occupation de territoires palestiniens. La CIJ a conclu que les obligations incombant à Israël au regard du PIDCP, du PIDESC et de la Convention relative aux droits de l’enfant étaient toutes applicables à ses actes en tant que Puissance occupante en Cisjordanie⁷³. Les organes créés en vertu des traités des droits de l’homme des Nations Unies – tels que le Comité des droits de l’homme et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels – ont, de la même manière, estimé que les obligations s’imposant à Israël en vertu des traités étaient applicables dans les territoires palestiniens occupés⁷⁴. Cette conception démontre la notion qui sous-tend l’applicabilité extra-territoriale : le principe fondamental des droits de l’homme – préserver la dignité humaine et protéger toutes les personnes contre les abus de pouvoir – demeure applicable aux actions d’un État, qu’il agisse sur son propre territoire ou ailleurs.

Cependant, les obligations de l’État occupé en matière de droits de l’homme demeurent pertinentes dans des situations d’occupation. Le droit de l’occupation peut en fait nécessiter le respect par la Puissance occupante de certaines obligations découlant de traités des droits de l’homme auxquels est partie l’État occupé. La première raison à cela découle de l’exigence de respecter le droit national : si le droit interne de l’État occupé incorpore des normes de droit international des droits de l’homme auxquelles cet État a souscrit, la Puissance occupante ne doit pas les enfreindre⁷⁵. Ceci dit, comme nous l’avons vu plus haut, il peut y avoir des raisons de distinguer entre, d’une part, le fait de ne pas accomplir directement des actes qui enfreignent des droits et, d’autre part, l’obligation de mettre activement en œuvre certains droits. Les principes de la continuité des obligations et de la non-régressivité pourraient fournir un argument supplémentaire pour sauvegarder les droits garantis à la population par les obligations préexistantes de l’État occupé. Le Comité des Nations Unies pour les droits de l’homme a expliqué, dans son Observation générale N° 26 :

71 CIJ, affaire *République démocratique du Congo c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 217 et 219.

72 CEDH, affaire *Al-Skeini*, *op. cit.*, note 9.

73 CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.*, note 3, para. 102-113.

74 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, ‘Observations finales : Israël’, *op. cit.*, note 3 ; *Comité des droits de l’homme, Observations finales : Israël*, doc. Nations Unies CCPR/C/ISR/CO/3, 3 septembre 2010.

75 Règlement de La Haye, art. 43.

Les droits consacrés dans le Pacte appartiennent aux individus qui vivent sur le territoire de l'État partie. Le Comité des droits de l'homme a constamment été d'avis, comme le montre de longue date sa pratique, que dès lors que des individus se voient accorder la protection des droits qu'ils tiennent du Pacte, cette protection échoit au territoire et continue de leur être due, quelque modification qu'ait pu subir le gouvernement de l'État partie, y compris du fait d'un démembrement en plusieurs États ou d'une succession d'États et en dépit de toute mesure que pourrait avoir prise ultérieurement l'État partie en vue de les dépouiller des droits garantis par le Pacte⁷⁶.

On peut se poser la question de savoir si une Puissance occupante constitue une exception à cette notion, puisqu'elle représente une autorité temporaire plutôt qu'un changement de gouvernement. Cependant, aussi longtemps qu'elle constitue le gouvernement *de facto* du territoire, l'idée que les droits appartiennent à la population du territoire peut placer l'obligation de protéger ces droits sur les épaules de la Puissance occupante. On peut trouver un argument supplémentaire à l'appui de cette notion – dans le contexte cette fois des droits économiques, sociaux et culturels – dans la présomption contre les mesures délibérément régressives⁷⁷.

Cette notion peut, à l'évidence, donner lieu à controverse, puisqu'elle semble imposer des obligations internationales à une partie tierce sans son consentement⁷⁸. Il ne s'agit toutefois pas d'affirmer que la Puissance occupante devient directement liée par les traités internationaux ratifiés par l'État dont elle occupe le territoire. La question est plutôt de savoir si ces obligations s'imposent par osmose, à travers la législation nationale en vigueur sur le territoire occupé, et par l'intermédiaire des obligations de DIH relatives à cette législation nationale. En outre, comme nous l'avons noté plus haut, si cela peut exiger de la Puissance occupante qu'elle s'abstienne d'agir à l'encontre de la législation nationale et des éléments de droit international des droits de l'homme qu'elle contient, cela n'entraînerait pas nécessairement une obligation de prendre des mesures de grande ampleur pour mettre activement en œuvre ces lois.

En dernière analyse, la question de la source conventionnelle des obligations en matière de droits de l'homme demeurera dans bien des cas, pour toute une série de raisons, une question théorique dont l'impact pratique sera relativement limité : un grand nombre des droits fondamentaux s'appliquera à travers le droit international coutumier, tandis que la ratification répandue des traités fera probablement que la Puissance occupante et l'État occupé seront parties aux mêmes instruments. Dans le cas contraire, les instances internationales saisies

76 Comité des droits de l'homme, 'Observation générale N° 26 (61), Observation générale sur les questions touchant la continuité des obligations souscrites en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques', doc. Nations Unies CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1, 8 décembre 1997, para. 4.

77 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 'Observation générale N° 3', *op. cit.*, note 64, para. 9.

78 Convention de Vienne sur le droit des traités, 1155 UNTS 331, 8 ILM 679, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, art. 34.

de certaines affaires récentes ont estimé que les obligations découlant de traités auxquels la Puissance occupante était partie s’appliquaient dans des situations où l’État ou le territoire occupé n’y était pas partie⁷⁹. En d’autres termes, déterminer la source de l’obligation ne constituerait pas un obstacle important si la source la moins controversée d’obligations conventionnelles amenait un degré manifestement supérieur de protection des droits de l’homme. Enfin, il y a lieu de rappeler ici ce que nous avons dit plus haut au sujet des circonstances. Qu’il s’agisse d’appliquer les obligations relatives aux droits de l’homme de la Puissance occupante elle-même ou celles qui étaient en place dans l’État occupé, le contexte juridique et pratique de l’occupation peut avoir un effet sur le contenu matériel de ces droits et sur leur mise en œuvre.

Conclusion

Nous ne surprendrons personne, à ce stade, en concluant que le droit international des droits de l’homme peut être applicable durant une occupation militaire. Bien que des divergences puissent subsister quant à la gamme complète des situations dans lesquelles les obligations relatives aux droits de l’homme s’appliquent de manière extraterritoriale, et même si les modalités de l’applicabilité parallèle du DIH et des droits de l’homme font encore l’objet de discussions, un nombre important d’avis et d’arrêts plaident maintenant en faveur de l’applicabilité des droits de l’homme dans les situations d’occupation militaire. Qui plus est, selon l’opinion majoritaire, lorsqu’un État exerce son autorité sur un territoire (ce qui représente, selon nous, un élément constitutif de la notion même d’occupation), c’est toute la gamme des obligations relatives aux droits de l’homme qui est applicable. Cette conclusion risque toutefois de faire peser sur la Puissance occupante des exigences difficilement réalisables, voire irréalistes, dans la mesure où, dans une situation d’occupation, elle pourrait se trouver dans des circonstances insupportables fort éloignées de la tranquillité qui peut régner sur son propre territoire. Si la Puissance occupante est tenue, dans tous les cas, d’agir au mieux de ses capacités, les circonstances, tant juridiques que matérielles, de chaque cas d’espèce entraînent des conséquences sur ses capacités de s’acquitter de ses devoirs. Nous avons tenté de démontrer dans le présent article que, si l’on peut présumer que le droit international des droits de l’homme s’applique pleinement aux situations d’occupation militaire, les critères précis nécessaires pour mettre en œuvre les obligations, ainsi que toute évaluation du degré de respect de ces obligations, doivent être fondés sur une analyse du contexte.

79 Voir plus haut les commentaires de la CEDH concernant le Royaume-Uni en Irak, ainsi que les affaires relatives à l’occupation des territoires palestiniens par Israël.

RAPPORTS ET DOCUMENTS

XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 28 novembre – 1^{er} décembre 2011

Conseil des Délégués du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 26 novembre 2011

: : : : :

Résolutions*

: : : : : :

Résolutions du Conseil des Délégués de 2011 :

- Résolution 1** Vers l'élimination des armes nucléaires
- Résolution 2** Les relations des composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge avec les acteurs humanitaires extérieurs
- Résolution 3** Stratégie pour le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge
- Résolution 4** Révision des statuts et de l'assise juridique des Sociétés nationales
- Résolution 5** Mise en œuvre du Protocole d'accord et de l'Accord sur des arrangements opérationnels datés du 28 novembre 2005 entre le Croissant-Rouge palestinien et le Magen David Adom d'Israël
- Résolution 6** Préservation du patrimoine historique et culturel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge
- Résolution 7** Préparation et réponse des Sociétés nationales aux conflits armés et autres situations de violence
- Résolution 8** Ordre du jour et programme de la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge
- Résolution 9** Proposition de candidats aux postes de responsables de la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

* Veuillez noter que les résolutions sont disponibles en ligne sur les sites Internet du Comité international de la Croix-Rouge (www.cicr.org), de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (www.ifrc.org) et de la Commission permanente de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (www.standcom.ch), dans les pages consacrées au Conseil des Délégués de 2011 et à la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. Tous les documents ayant trait à la XXXI^e Conférence internationale sont par ailleurs disponibles sur le site Internet de la Conférence à l'adresse www.rcrcconference.org.

Résolutions de la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge :

- Résolution 1** Le renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés
- Résolution 2** Plan d'action quadriennal pour la mise en œuvre du droit international humanitaire
- Résolution 3** Migration : garantir l'accès, la dignité, le respect de la diversité et l'intégration sociale
- Résolution 4** Renforcement du rôle d'auxiliaire : partenariat pour des Sociétés nationales plus fortes et développement du volontariat
- Résolution 5** Les soins de santé en danger – Respecter et protéger les soins de santé
- Résolution 6** Inégalités en matière de santé, en particulier en ce qui concerne les femmes et les enfants
- Résolution 7** Renforcer les cadres normatifs et lever les barrières réglementaires à l'atténuation des catastrophes, à l'intervention et au relèvement
- Résolution 8** Mise en œuvre du Protocole d'accord et de l'Accord sur des arrangements opérationnels datés du 28 novembre 2005 entre le Croissant-Rouge palestinien et le Magen David Adom d'Israël
- Résolution 9** Notre monde. À vous d'agir – pour l'humanité

Résolution 1 du Conseil des Délégués de 2011

VERS L'ÉLIMINATION DES ARMES NUCLÉAIRES

Le Conseil des Délégués,

profondément préoccupé par le pouvoir destructeur des armes nucléaires, par les souffrances humaines indicibles qu'elles causent, par la difficulté à maîtriser leurs effets dans l'espace et le temps, par la menace qu'elles constituent pour l'environnement et les générations futures, et par les risques d'escalade qu'elles comportent,

préoccupé en outre par le maintien de stocks de dizaines de milliers d'ogives nucléaires, par la prolifération de ces armes et par le risque constant qu'elles soient utilisées,

alarmé par les conséquences graves qu'aurait l'emploi d'armes nucléaires pour les activités d'assistance humanitaire et la production alimentaire dans de vastes régions du monde,

jugeant que l'existence des armes nucléaires soulève des questions fondamentales sur l'étendue des souffrances que les êtres humains sont prêts à infliger ou à autoriser en temps de guerre,

saluant les récents efforts diplomatiques en faveur du désarmement nucléaire, en particulier les engagements que les États ont pris dans le cadre de la Réunion au sommet du Conseil de sécurité des Nations Unies sur la non-prolifération et le désarmement nucléaires en 2009, de la Conférence des Parties chargée d'examiner le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires en 2010 et du Traité entre les États-Unis d'Amérique et la Fédération de Russie sur des mesures visant de nouvelles réductions et limitations des armements stratégiques offensifs,

saluant aussi les engagements pris par les États au plus haut niveau dans le cadre des forums susmentionnés en vue de créer les conditions pour un monde sans armes nucléaires en adoptant des mesures concrètes dans les domaines de la non-prolifération et du désarmement nucléaires,

rappelant l'avis consultatif émis par la Cour internationale de Justice en 1996, qui confirme que les principes et les règles du droit international humanitaire s'appliquent aux armes nucléaires et conclut que la menace ou l'emploi de ces armes serait généralement contraire aux principes et aux règles du droit international humanitaire,

s'appuyant sur le témoignage de survivants de la bombe atomique, sur l'expérience de la Société de la Croix-Rouge du Japon et du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) dans l'assistance aux victimes des bombes atomiques d'Hiroshima et de Nagasaki et sur les connaissances acquises en prodiguant des soins continus aux survivants de la bombe atomique dans les hôpitaux de la Croix-Rouge du Japon,

gardant à l'esprit les résolutions sur les armes de destruction massive en général et sur l'élimination des armes nucléaires en particulier, adoptées par les Conférences internationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge en 1948,

1952, 1957, 1965, 1969, 1977 et 1981, et par le Conseil des Délégués en 2009, ainsi que les déclarations sur les armes nucléaires prononcées par le président du CICR devant le corps diplomatique de Genève en avril 2010 et par le président de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge devant les lauréats du prix Nobel, à Hiroshima, en novembre 2010,

convaincu que le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Mouvement) a un rôle important et historique à jouer dans les efforts visant à créer les conditions pour un monde sans armes nucléaires,

1. *souligne* les souffrances humaines incommensurables qui pourraient résulter de l'emploi d'armes nucléaires, le manque de capacités pour mener une action humanitaire adéquate et la nécessité absolue de prévenir toute utilisation de ces armes ;
2. *peine à concevoir* comment l'emploi, sous quelque forme que ce soit, d'armes nucléaires pourrait être conforme aux règles du droit international humanitaire, en particulier aux règles relatives à la distinction, à la précaution et à la proportionnalité ;
3. *appelle* tous les États à :
 - veiller à ce que les armes nucléaires ne soient plus jamais utilisées, indépendamment de leur point de vue quant à la licéité de ces armes ;
 - poursuivre de bonne foi et mener à terme sans tarder et avec détermination des négociations en vue de conclure un accord international juridiquement contraignant pour interdire l'emploi des armes nucléaires et parvenir à leur élimination totale, sur la base des obligations internationales et des engagements existants ;
4. *appelle* toutes les composantes du Mouvement, en ayant recours au cadre de la diplomatie humanitaire, à :
 - entreprendre, dans la mesure du possible, des activités pour sensibiliser le public, les scientifiques, les professionnels de la santé et les décideurs aux conséquences catastrophiques sur le plan humanitaire qu'aurait l'emploi d'armes nucléaires, aux questions de droit international humanitaire que soulève leur emploi et à la nécessité de prendre des mesures concrètes aboutissant à l'interdiction de l'emploi et à l'élimination de ces armes ;
 - instaurer, dans la mesure du possible, un dialogue suivi avec les gouvernements et les autres acteurs concernés sur les problèmes humanitaires et les questions de droit international humanitaire que posent les armes nucléaires, et faire connaître la position du Mouvement définie dans la présente résolution.

Coauteurs de la résolution :

CICR

Croix-Rouge australienne
Croix-Rouge autrichienne
Société du Croissant-Rouge d'Azerbaïdjan
Croix-Rouge de Belgique
Croix-Rouge bulgare
Société canadienne de la Croix-Rouge
Croix-Rouge danoise
Croix-Rouge de Fidji
Société de la Croix-Rouge des Îles Cook
Société du Croissant-Rouge de la République islamique d'Iran
Société de la Croix-Rouge du Japon
Croissant-Rouge jordanien
Croix-Rouge de Kiribati
Croix-Rouge libanaise
Croissant-Rouge de Malaisie
Croix-Rouge de Micronésie
Croix-Rouge du Mozambique
Croix-Rouge néerlandaise
Croix-Rouge néo-zélandaise
Croix-Rouge de Norvège
Croix-Rouge des Palaos
Croix-Rouge de Papouasie-Nouvelle-Guinée
Croix-Rouge philippine
Croix-Rouge de Samoa
Croix-Rouge suédoise
Croix-Rouge suisse
Croix-Rouge tchèque
Croix-Rouge des Tonga
Croix-Rouge de Trinité-et-Tobago
Croix-Rouge de Vanuatu

Résolution 2 du Conseil des Délégués de 2011

LES RELATIONS DES COMPOSANTES DU MOUVEMENT INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE ET DU CROISSANT-ROUGE AVEC LES ACTEURS HUMANITAIRES EXTÉRIEURS

Le Conseil des Délégués,

rappelant l'atelier du Conseil des Délégués de 2009 sur les « [r]elations avec les acteurs extérieurs au Mouvement »,

1. *accueille favorablement* le document de référence qui lui est soumis sur « [l]es relations des composantes du Mouvement avec les acteurs humanitaires extérieurs » ;
2. *adopte* les recommandations de ce document énoncées ci-après :
 - a) Toutes les composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Mouvement) devraient faire connaître aux acteurs humanitaires extérieurs leurs modalités de travail, conformes aux Principes fondamentaux.
 - b) La Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et le Comité international de la Croix-Rouge devraient, en concertation avec les Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, continuer d'analyser la nécessité de définir des orientations et, le cas échéant, de les développer, en accordant une attention particulière aux points suivants :
 - i. la coordination avec les institutions et les organes de coordination des Nations Unies, notamment pour la mobilisation de ressources ;
 - ii. les relations avec différents mécanismes et organes nationaux de coordination (notamment les équipes des pays et les groupes sectoriels), en particulier dans les contextes en évolution – par exemple, quand un conflit éclate dans une zone où une opération de secours est menée pour faire face à une catastrophe naturelle (ou vice versa) ;
 - iii. l'évolution du rôle joué par les moyens de la protection civile et les moyens militaires et de défense dans les situations de catastrophe et de crise ;
 - iv. l'usage de l'emblème par toutes les composantes du Mouvement dans les opérations conduites par d'autres organisations ;
 - v. les manières d'établir des relations avec le secteur privé en tant que partenaire opérationnel ;
 - vi. le renforcement des capacités de toutes les composantes du Mouvement à développer et à gérer les relations avec les acteurs humanitaires extérieurs, conformément aux Principes fondamentaux ainsi qu'aux Statuts, aux politiques et aux lignes directrices du Mouvement ;
 - vii. le maintien d'une vue d'ensemble des politiques, stratégies et orientations existantes en matière de relations avec les acteurs humanitaires extérieurs, et la mise à disposition de ces outils de telle sorte qu'ils soient facilement utilisables.

- c) Toutes les composantes du Mouvement devraient continuer de renforcer les mécanismes de coordination du Mouvement aux niveaux national et régional pour en faire un moyen d'améliorer les relations avec les acteurs humanitaires extérieurs, et de recueillir et mettre en commun les données d'expérience en la matière afin de mieux servir les plus vulnérables.

Résolution 3 du Conseil des Délégués de 2011

STRATÉGIE POUR LE MOUVEMENT INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE ET DU CROISSANT-ROUGE

1. Cadre général

La Stratégie pour le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Stratégie pour le Mouvement) a été adoptée par le Conseil des Délégués pour la première fois en 2001. Le Conseil des Délégués l'a mise à jour en 2005, car certaines actions étaient considérées comme achevées et il fallait revoir la pertinence des actions restantes. Il a réduit le nombre d'actions de 17 à 10 mais n'a pas modifié les **objectifs stratégiques** :

- renforcer les composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Mouvement) ;
- améliorer l'efficacité et l'efficience du Mouvement par le biais d'une coopération et d'une cohérence accrues ;
- améliorer l'image du Mouvement, la visibilité de ses composantes ainsi que ses relations avec les gouvernements et ses partenaires extérieurs.

Le Conseil des Délégués de Nairobi, en 2009, a jugé que l'on pouvait raisonnablement supposer que la Stratégie pour le Mouvement et la plupart de ses actions seraient achevées en 2011, après dix ans de travaux. C'est pourquoi il a demandé à la Commission permanente de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Commission permanente) de présenter au Conseil des Délégués de 2011, avec la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Fédération internationale) et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), une évaluation de la réalisation des objectifs stratégiques et des résultats attendus correspondant aux dix actions de la Stratégie.

Les résultats principaux et les recommandations de l'évaluation sont présentés dans le rapport sur la Stratégie pour le Mouvement. Le rapport dans son intégralité est à la disposition des membres du Conseil, sur demande.

La résolution de Nairobi invitait en outre la Commission permanente à poursuivre ses travaux visant à réduire la complexité des forums du Mouvement, et à présenter ses propositions de changement, le cas échéant, au Conseil des Délégués de 2011.

Une évolution encourageante a été constatée quant à la participation des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Sociétés nationales) à la préparation des divers forums du Mouvement, comme l'avaient demandé des dirigeants des Sociétés nationales lors d'examen approfondis de la question. Toutefois, des points essentiels concernant la fréquence et la durée des réunions ainsi que des options pour coordonner ou même fusionner certains des forums nécessitent plus de discussions pour pouvoir progresser.

2. Décision

En tant que mandataire de la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et organe permanent du Mouvement où toutes les composantes sont représentées et qui donne des orientations stratégiques sur des questions concernant le Mouvement dans son ensemble, le Conseil des Délégués de 2011 *invite la nouvelle Commission permanente* à :

- 2.1. parachever les travaux sur les forums du Mouvement et soumettre des propositions de changement, le cas échéant, au Conseil des Délégués de 2013 ; à cette fin, créer un groupe de travail spécial représentant les Sociétés nationales, doté d'un vaste éventail de compétences et comprenant un représentant de la jeunesse ;
- 2.2. fonder ce travail sur les résultats des études approfondies sur le Mouvement déjà réalisées par la Commission permanente sortante dans le but de parvenir à un accord sur des changements concrets qui devraient apporter plus d'efficacité et d'efficience et réduire les coûts, ainsi que l'impact environnemental, des réunions regroupant toutes les composantes du Mouvement ;
- 2.3. mettre à jour – en étroite coopération avec toutes les composantes du Mouvement – les actions non limitatives de la présente Stratégie, dans le but de les mettre en œuvre, et faire rapport en conséquence au Conseil des Délégués de 2013. Cet effort devrait se concentrer sur une coopération coordonnée et efficace à l'échelle du Mouvement, visant à renforcer l'image de celui-ci et sa performance dans des domaines clés choisis, afin qu'il s'acquitte de sa mission en faveur des plus vulnérables. Cet effort devrait également prendre en compte les tendances existantes dans les environnements de travail interne et externe ;
- 2.4. examiner les constatations qui se dégageront du contrôle de la mise en œuvre des résolutions effectué par la Fédération internationale et le CICR, notamment les informations émanant de leurs structures régionales, dans le but d'améliorer le suivi et la présentation des rapports et de planifier les réunions futures au niveau du Mouvement.

3. Suivi

- La Commission permanente fera rapport régulièrement sur l'avancement des travaux par le biais de son Bulletin d'information.
- Le site Internet de la Commission permanente, www.standcom.ch, sera utilisé pour communiquer régulièrement avec les Sociétés nationales et envoyer ou recevoir des informations sur les travaux en cours.

Résolution 4 du Conseil des Délégués de 2011

RÉVISION DES STATUTS ET DE L'ASSISE JURIDIQUE DES SOCIÉTÉS NATIONALES

Le Conseil des Délégués,

réaffirmant l'objectif de l'Action 3 de la Stratégie pour le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Mouvement), qui appelle toutes les Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Sociétés nationales) à examiner leurs statuts et textes juridiques connexes et, au besoin, à adopter de nouveaux textes statutaires, conformément aux *Lignes directrices relatives aux statuts des Sociétés nationales* (Lignes directrices) et aux résolutions pertinentes de la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Conférence internationale),

rappelant la résolution 3 du Conseil des Délégués de 2009, qui prie instamment les Sociétés nationales de poursuivre leur étroite coopération avec le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Fédération internationale) et de consulter la Commission conjointe CICR/Fédération internationale pour les statuts des Sociétés nationales (Commission conjointe) afin d'assurer que toutes les Sociétés nationales examinent et actualisent leurs statuts et textes juridiques connexes d'ici à fin 2010,

saluant le rapport de la Commission conjointe, qui résume les progrès accomplis, l'expérience acquise et le travail encore à accomplir,

notant avec gratitude que près de 90 % des Sociétés nationales ont entrepris une révision de leurs statuts et textes juridiques connexes depuis l'adoption de la Stratégie de 2001 pour le Mouvement, tout en *reconnaissant cependant* que de nombreuses Sociétés nationales ont encore beaucoup à faire pour aligner leurs textes constitutifs et statutaires fondamentaux sur les exigences minimales posées dans les Lignes directrices,

exprimant sa profonde gratitude aux Sociétés nationales qui ont mené à bon terme la révision de leurs statuts et textes juridiques connexes conformément aux Lignes directrices,

notant que de nombreuses Sociétés nationales continuent d'éprouver des difficultés à travailler en conformité avec les Principes fondamentaux dans leurs contextes opérationnels respectifs, et *réitérant* l'importance cruciale de statuts de qualité et la nécessité impérieuse pour les Sociétés nationales de disposer d'une assise juridique solide dans le droit national pour garantir dans les faits leur capacité de fournir des services aux personnes qui en ont besoin,

reconnaissant qu'il est important d'aider les Sociétés nationales à réexaminer leurs textes juridiques fondamentaux à intervalles réguliers (tous les 10 ans par exemple) pour s'adapter aux circonstances et difficultés nouvelles,

reconnaissant les nombreuses difficultés que peuvent éprouver les Sociétés nationales à se conformer totalement aux exigences minimales et aux recommandations formulées dans les Lignes directrices en raison du contexte dans lequel elles opèrent,

réaffirmant à ce sujet que la direction et l'administration des Sociétés nationales sont responsables au premier chef de veiller à ce que des textes constitutifs et statutaires adéquats soient en place et dûment appliqués,

1. *félicite* les Sociétés nationales des efforts considérables qu'elles n'ont cessé d'investir au cours de la dernière décennie dans la révision de leurs statuts et textes juridiques connexes et le renforcement de leur assise juridique dans le droit national;
2. *exprime sa gratitude* aux Sociétés nationales qui ont établi un dialogue constructif avec le CICR et la Fédération internationale ainsi qu'avec la Commission conjointe, ce qui a permis au Mouvement de progresser dans la réalisation de l'objectif du renforcement de l'assise juridique des Sociétés nationales;
3. *recommande* que les Sociétés nationales qui n'ont pas encore engagé ou achevé la révision de leurs statuts prennent les mesures nécessaires pour actualiser leurs textes statutaires ou constitutifs fondamentaux, conformément aux Lignes directrices et aux résolutions pertinentes du Conseil des Délégués et de la Conférence internationale;
4. *invite* les Sociétés nationales qui entreprennent une révision de leurs statuts et textes juridiques connexes à accorder une attention particulière aux points suivants, relevés par la Commission conjointe comme étant les questions sur lesquelles les projets de statuts des Sociétés nationales s'écartent le plus souvent des Lignes directrices, notamment la définition
 - de la relation de la Société nationale avec les pouvoirs publics de son pays, en particulier de son statut et de son rôle d'auxiliaire dans le domaine humanitaire, conformément au Principe fondamental d'indépendance,
 - des organes directeurs de la Société nationale (composition, obligations, procédures et rotation),
 - des rôles et des responsabilités de gouvernance et de gestion,
 - des membres de la Société nationale, et
 - de la structure des sections (par exemple modalités de création, organes de direction et relations entre sections et siège);
5. *encourage* les Sociétés nationales à entamer ou à poursuivre un dialogue, selon les besoins, avec les autorités de leur pays afin de consolider leur assise juridique dans le droit national, au moyen de lois de qualité relatives à la Croix-Rouge/au Croissant-Rouge, de manière à établir en bonne et due forme leur rôle d'auxiliaire dans le domaine humanitaire et à relever la volonté des autorités nationales de respecter la capacité des Sociétés nationales de travailler et de fonctionner conformément aux Principes fondamentaux;
6. *engage* les Sociétés nationales, en particulier leur direction, à poursuivre leur étroite coopération avec les délégations du CICR et de la Fédération internationale lors de la révision de leurs statuts et textes juridiques connexes et du renforcement de leur assise juridique dans le droit national, à prendre en compte les recommandations de la Commission conjointe et à tenir la Commission conjointe dûment informée de tout progrès ou nouveau développement;

7. *engage* le CICR, la Fédération internationale et la Commission conjointe à continuer de soutenir activement les Sociétés nationales et à chercher des moyens d'accroître leur capacité et l'efficacité de leurs méthodes de travail. Dans leurs activités de soutien aux Sociétés nationales, ils devraient porter une attention particulière aux lois et aux règlements relatifs aux Sociétés nationales, en vue d'élaborer, au besoin, de nouveaux avis consultatifs destinés aux Sociétés nationales et de veiller à ce que les nouveaux mécanismes et outils de renforcement institutionnel établis au sein du Mouvement prennent dûment en compte et reflètent l'objectif du renforcement des textes juridiques et statutaires fondamentaux des Sociétés nationales ;
8. *invite* le CICR et la Fédération internationale à engager avec les Sociétés nationales une consultation sur les moyens les plus efficaces de poursuivre le processus de renforcement des textes juridiques fondamentaux des Sociétés nationales dans l'avenir, et donc à explorer et à mettre en œuvre des moyens et des modèles nouveaux et novateurs pour soutenir les Sociétés nationales, et à tirer un meilleur parti des ressources, des partenariats et des compétences juridiques disponibles au sein du Mouvement, y compris les nouvelles plateformes de formation et les capacités et réseaux pertinents des Sociétés nationales ;
9. *invite* le CICR et la Fédération internationale à prendre appui sur les travaux de la Commission conjointe pour faire rapport au Conseil des Délégués de 2013 et aux suivants sur la réalisation de l'objectif continu du renforcement des textes juridiques et statutaires fondamentaux des Sociétés nationales.

Résolution 5 du Conseil des Délégués de 2011

MISE EN ŒUVRE DU PROTOCOLE D'ACCORD ET DE L'ACCORD SUR DES ARRANGEMENTS OPÉRATIONNELS DATÉS DU 28 NOVEMBRE 2005 ENTRE LE CROISSANT-ROUGE PALESTINIEN ET LE MAGEN DAVID ADOM D'ISRAËL

Le Conseil des Délégués,

rappelant le Protocole d'accord signé le 28 novembre 2005 par le Croissant-Rouge palestinien et le Magen David Adom d'Israël, en particulier les dispositions suivantes :

1. *Le Magen David Adom d'Israël et le Croissant-Rouge palestinien agiront en conformité avec le cadre juridique applicable au territoire palestinien occupé par Israël en 1967, notamment la IV^e Convention de Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.*
2. *Le Magen David Adom d'Israël et le Croissant-Rouge palestinien reconnaissent que le Croissant-Rouge palestinien est la Société nationale autorisée sur le territoire palestinien, et que ce territoire est situé dans la zone géographique des activités opérationnelles et des compétences du Croissant-Rouge palestinien. Le Magen David Adom d'Israël et le Croissant-Rouge palestinien respecteront chacun la juridiction de l'autre et agiront conformément aux Statuts et au Règlement du Mouvement [international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Mouvement)].*
3. *Après que le Protocole additionnel III aura été adopté et lorsque le Magen David Adom d'Israël aura été admis par l'Assemblée générale de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge [(Fédération internationale)] :*
 - a. *Le Magen David Adom d'Israël fera en sorte de ne pas avoir de section en dehors des frontières de l'État d'Israël reconnues sur le plan international,*
 - b. *Les activités opérationnelles d'une Société qui se déroulent dans la juridiction de l'autre Société seront menées conformément à la disposition relative au consentement contenue dans la résolution 11 de la Conférence internationale de 1921,*

prenant note du rapport qui lui a été présenté par M. Pär Stenbäck, le moniteur indépendant nommé par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et la Fédération internationale, avec l'accord du Magen David Adom d'Israël et du Croissant-Rouge palestinien et à la demande de la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Conférence internationale), pour suivre les progrès réalisés dans la mise en œuvre du Protocole d'accord et de l'Accord sur des arrangements opérationnels conclus le 28 novembre 2005 entre le Croissant-Rouge palestinien et le Magen David Adom d'Israël, et remerciant le moniteur pour son travail,

rappelant la résolution 5 adoptée par le Conseil des Délégués le 25 novembre 2009 concernant la mise en œuvre du Protocole d'accord et de l'Accord

sur des arrangements opérationnels conclus entre le Croissant-Rouge palestinien et le Magen David Adom d'Israël,

rappelant la résolution 5 adoptée par la XXX^e Conférence internationale concernant la mise en œuvre du Protocole d'accord et de l'Accord sur des arrangements opérationnels conclus entre le Croissant-Rouge palestinien et le Magen David Adom d'Israël,

réaffirmant l'importance d'agir conformément au droit international humanitaire ainsi qu'aux Statuts, au Règlement et aux Principes fondamentaux du Mouvement,

notant que les Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Sociétés nationales) ont l'obligation de mener leurs activités conformément aux Statuts de la Fédération internationale et à la politique existante « relative à la protection de l'intégrité des Sociétés nationales et des organes de la Fédération internationale » adoptée en novembre 2009,

réaffirmant qu'une coordination efficace et positive entre toutes les composantes du Mouvement est nécessaire à la mise en œuvre pleine et entière du Protocole d'accord conclu entre le Croissant-Rouge palestinien et le Magen David Adom d'Israël,

1. *prend note* des progrès qui ont été enregistrés dans la mise en œuvre et se félicite des efforts des deux Sociétés nationales;
2. *note avec regret* que la mise en œuvre pleine et entière du Protocole d'accord n'a pas encore été réalisée, comme le moniteur l'a observé;
3. *demande avec insistance* au Magen David Adom d'Israël de s'acquitter sans plus tarder de ses obligations et de mener à terme les efforts en cours pour mettre ses activités en conformité avec les dispositions du Protocole d'accord relatives au champ d'action géographique;
4. *prie* le CICR et la Fédération internationale de réaffirmer le mandat relatif au processus de suivi de la mise en œuvre du Protocole d'accord et de continuer à soutenir et renforcer ledit processus;
5. *décide* que le processus de suivi se poursuivra jusqu'à ce que le Protocole d'accord soit pleinement mis en œuvre, et demande que des rapports sur le mécanisme de suivi soient présentés régulièrement, en tant que de besoin;
6. *prie* les Sociétés nationales de répondre favorablement à toute demande d'aide et de soutien dans le cadre du processus de suivi;
7. *prie* le CICR et la Fédération internationale de faire en sorte qu'un rapport sur la mise en œuvre du Protocole d'accord soit présenté à la prochaine session du Conseil des Délégués et, par son intermédiaire, à la Conférence internationale.

Résolution 6 du Conseil des Délégués de 2011

PRÉSERVATION DU PATRIMOINE HISTORIQUE ET CULTUREL DU MOUVEMENT INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE ET DU CROISSANT-ROUGE

Le Conseil des Délégués,

reconnaisant la portée universelle du patrimoine historique et culturel de toutes les composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Mouvement), soit le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Fédération internationale) et les Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Sociétés nationales),

soulignant l'importance primordiale de la préservation de ce patrimoine humanitaire, de sa diffusion et de sa promotion par tous les moyens appropriés, en vue de faire mieux connaître et comprendre les rôles et l'identité du Mouvement aux générations actuelles et futures, afin de leur donner le goût de l'engagement humanitaire en faveur des personnes et des communautés vulnérables,

rappelant que la connaissance de l'histoire et de l'expérience opérationnelle des composantes du Mouvement est indispensable à la réflexion présente et future sur l'action humanitaire et les modes d'action de celui-ci,

soulignant la responsabilité conjointe incombant à toutes les composantes du Mouvement d'assurer la conservation, la préservation et la promotion du patrimoine historique et culturel du Mouvement,

rappelant les efforts soutenus entrepris jusqu'à présent par les composantes du Mouvement afin de rendre cet héritage accessible au plus grand nombre,

rappelant le rôle joué par le Musée international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge s'agissant de renforcer l'importance et l'influence du patrimoine historique et culturel du Mouvement,

se félicitant de la coopération que le Musée international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge a établie avec les Sociétés nationales afin de les aider à préserver et promouvoir leur propre héritage dans des musées et autres structures patrimoniales au sein de leur pays et de leur région,

conscient des règles et des principes juridiques et éthiques, tant au niveau national qu'international, régissant la préservation, l'archivage et la diffusion des données historiques, en particulier en ce qui concerne la protection et l'accessibilité des données personnelles,

reconnaisant l'expérience et le savoir-faire des composantes du Mouvement, d'une part dans la conservation, la préservation et la gestion du patrimoine historique et culturel du Mouvement, et d'autre part dans la diffusion et la mise en valeur de ce patrimoine,

se félicitant de l'inscription au Registre international de la Mémoire du monde de l'UNESCO, en 2007, des archives de l'Agence internationale des prisonniers de guerre (1914-1923),

1. *demande* à toutes les composantes du Mouvement d'accorder une plus grande priorité à la préservation et à l'utilisation de leur patrimoine historique et culturel, de le faire mieux connaître et apprécier par le biais de musées, d'expositions, d'archives ou d'autres structures patrimoniales, ainsi qu'au moyen d'activités promotionnelles, et de tirer profit de cette somme de connaissances et d'expériences pour leurs activités humanitaires actuelles;
2. *encourage* toutes les composantes du Mouvement à mettre en commun leur expérience en matière de préservation et de promotion de leur patrimoine historique et culturel, et à faire appel, selon les besoins, aux bons offices du Musée international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge à Genève ainsi qu'aux compétences de la Fédération internationale et du CICR;
3. *invite* le Musée international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, la Fédération internationale et le CICR, en consultation avec les Sociétés nationales, à présenter des recommandations au Conseil des Délégués de 2015 sur la question de la préservation et de la promotion du patrimoine historique et culturel du Mouvement, et ce, sur la base de l'expérience des différentes composantes du Mouvement et des mesures concrètes qu'elles ont prises dans ce domaine.

Résolution 7 du Conseil des Délégués de 2011

PRÉPARATION ET RÉPONSE DES SOCIÉTÉS NATIONALES AUX CONFLITS ARMÉS ET AUTRES SITUATIONS DE VIOLENCE¹

I. Contexte

Comme le montrent les événements récents, les situations de violence peuvent surgir à tout moment et n'importe où. Elles donnent souvent lieu à des problèmes d'ordre humanitaire qui exigent une réponse immédiate de la part des Sociétés nationales de la Croix-Rouge ou du Croissant-Rouge (Sociétés nationales). Les conflits armés, qui peuvent être chroniques ou s'étendre sur plusieurs années voire décennies, requièrent par ailleurs une réponse humanitaire similaire. Les manifestations qui entraînent des violences posent d'autres types de défis au secteur humanitaire, l'obligeant à adapter à un contexte urbain des modalités de travail conçues essentiellement pour un environnement rural.

Pour améliorer l'accès aux personnes et aux communautés touchées par les conflits armés et autres situations de violence² et répondre efficacement à leurs besoins, il est essentiel que toutes les composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Mouvement) joignent leurs efforts en matière de préparation, d'intervention et de relèvement, afin d'optimiser leurs capacités et leurs compétences respectives.

Capacités et mandats convergents et complémentaires au sein du Mouvement

En vertu de leur mandat, tel que défini dans les Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Statuts du Mouvement), les Sociétés nationales, « [e]n liaison avec les pouvoirs publics, [...] organisent les secours d'urgence et autres aides aux victimes des conflits armés, conformément aux Conventions de Genève, ainsi qu'aux victimes de catastrophes naturelles et d'autres cas d'urgence nécessitant leur assistance »³. Un certain nombre de résolutions adoptées par le Conseil des Délégués et la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Conférence internationale) renforcent le mandat conféré aux Sociétés nationales d'agir en tant qu'auxiliaires des pouvoirs publics dans le domaine humanitaire⁴ et d'apporter protection et assistance aux

1 Autres situations de violence en tant qu'élément du mandat général des Sociétés nationales, tel qu'il est défini dans les Statuts du Mouvement.

2 Une définition des « autres situations de violence » selon le CICR figure dans le document de référence accompagnant la présente résolution.

3 Article 3, alinéa 2 des Statuts du Mouvement.

4 Deux exemples récents de ces résolutions sont : la résolution 2 de la XXX^e Conférence internationale et la résolution 3 du Conseil des Délégués de 2007 sur « [l]e caractère spécifique de l'action et des partenariats du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et le rôle des Sociétés nationales en tant qu'auxiliaires des pouvoirs publics dans le domaine humanitaire ».

personnes qui en ont besoin, notamment celles touchées par un conflit armé ou d'autres situations de violence dans leur pays⁵.

Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), en vertu de son mandat statutaire, doit « s'efforcer en tout temps, en sa qualité d'institution neutre dont l'activité humanitaire s'exerce spécialement en cas de conflits armés – internationaux ou autres – ou de troubles intérieurs⁶, d'assurer protection et assistance aux victimes militaires et civiles desdits événements et de leurs suites directes »⁷. Dans ces situations, le CICR travaille en étroite coopération avec la Société nationale du pays concerné, ainsi qu'avec les Sociétés nationales participantes et la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Fédération internationale), pour préparer et conduire des opérations humanitaires d'urgence.

En vertu de son mandat statutaire, la Fédération internationale a pour objet notamment « d'inspirer, d'encourager, de faciliter et de faire progresser en tout temps et sous toutes ses formes l'action humanitaire des Sociétés nationales, en vue de prévenir et d'alléger les souffrances humaines et d'apporter ainsi sa contribution au maintien et à la promotion de la paix dans le monde », d'« agir en qualité d'organe permanent de liaison, de coordination et d'étude entre les Sociétés nationales et leur apporter assistance » et de « porter secours aux victimes des conflits armés conformément aux accords conclus avec le Comité international »⁸.

Lors de la préparation et de la réponse aux conflits armés et autres situations de violence, il convient de prendre pleinement en considération les mandats et les capacités de chacune des composantes du Mouvement, ainsi que leur positionnement respectif, afin de maximiser l'efficacité des activités de protection et d'assistance en faveur des populations qui en ont le plus besoin. Ces activités devraient être réparties en tenant compte de ces facteurs ainsi que du niveau d'acceptation des différentes composantes du Mouvement, et en déterminant qui est mieux placé pour intervenir – le CICR, la Société nationale ou les deux ensemble. Pour pouvoir améliorer l'accès aux personnes et aux communautés touchées par les conflits armés et autres situations de violence et répondre à leurs besoins humanitaires, il faut renforcer la coordination du Mouvement et poursuivre l'examen, parmi ses composantes, des questions spécifiques que soulèvent les « autres situations de violence », de façon à parvenir à une plus grande conver-

5 Par exemple, les Principes généraux figurant dans la résolution XIV de la X^e Conférence internationale de 1921, sur la guerre civile, énoncent ce qui suit : « La Croix-Rouge [...] affirme son droit et son devoir d'action secourable en cas de guerre civile, de troubles sociaux et révolutionnaires. [...] Dans chaque pays où la guerre civile éclate, c'est la Société nationale de la Croix-Rouge de ce pays qui a en premier lieu le devoir de faire face de la manière la plus complète aux besoins de secours de ces victimes... ».

6 Comme défini dans l'Accord de Séville, Deuxième partie, article 5, alinéa 2, lettre b : « [L]es troubles intérieurs n'impliquent pas nécessairement une action armée, mais des actes graves de violence pendant une période prolongée ou une situation de violence latente, qu'elle soit d'origine politique, religieuse, raciale, sociale, économique ou autre, accompagnée d'actes tels que : arrestations massives, disparitions forcées, mises en détention pour raisons de sécurité, suspension des garanties judiciaires, déclaration de l'état d'urgence, proclamation de la loi martiale ».

7 Article 5, alinéa 2, lettre d, des Statuts du Mouvement.

8 Article 6, alinéas 3 et 4, lettre i, des Statuts du Mouvement.

gence des activités de préparation, d'intervention et de relèvement, conformément aux accords et aux mécanismes du Mouvement, et en fonction des circonstances et des besoins propres au contexte.

Réponse du CICR à une demande des Sociétés nationales

Ces dernières années, afin de s'adapter à un environnement en constante évolution, bon nombre de Sociétés nationales ont adopté d'importantes mesures visant à renforcer leur action en réponse à des conflits armés et autres situations de violence.

En se fondant sur les meilleures pratiques des Sociétés nationales, le CICR a élaboré le « Cadre de travail pour un accès plus sûr »⁹, qui définit les nombreuses actions interdépendantes qu'une Société nationale doit entreprendre pour améliorer son acceptation par les individus, les communautés, les porteurs d'armes et les autorités, et obtenir ainsi un accès plus sûr aux personnes et aux communautés touchées par les conflits armés et autres situations de violence.

Pendant une séance plénière du Conseil des Délégués de 2009¹⁰, les Sociétés nationales ont demandé au CICR d'élaborer des lignes directrices opérationnelles à l'intention des Sociétés nationales actives dans des situations de conflit armé et autres situations de violence. À l'issue d'un vaste processus de consultation avec les Sociétés nationales, il a été déterminé que le « Cadre de travail pour un accès plus sûr » et les enseignements tirés de l'expérience récente des Sociétés nationales serviraient de base à l'élaboration d'un guide pratique visant à renforcer la capacité de toutes les Sociétés nationales à se préparer et à répondre aux conflits armés et autres situations de violence.

Ce guide permettra également d'améliorer la mise en œuvre de l'Accord de Séville et de ses Mesures supplémentaires, en aidant notamment les Sociétés nationales hôtes à remplir leur mandat et à jouer leur rôle lorsque le Mouvement intervient de manière coordonnée pour faire face à un conflit armé ou à une autre situation de violence.

II. Défis

Aujourd'hui, les conflits armés et autres situations de violence posent des défis nouveaux et changeants à l'action du Mouvement. En voici quelques-uns des principaux.

9 Le « Cadre de travail pour un accès plus sûr » est fondé sur l'idée d'appliquer les Principes fondamentaux et les politiques du Mouvement dans les opérations de secours, aidant ainsi une Société nationale à se positionner de manière à être mieux acceptée et à pouvoir accéder sans danger aux bénéficiaires. Ses éléments comprennent une analyse du contexte/des risques, les politiques de la Société nationale et le fondement juridique de son action pour agir dans les conflits armés et autres situations de violence, l'acceptation de l'organisation, l'acceptation des collaborateurs, des volontaires et des membres de la Société nationale, l'identification des collaborateurs, des structures et des véhicules de la Société nationale, les communications internes et externes, et la gestion de la sécurité (lignes directrices et mesures de protection).

10 Conseil des Délégués de 2009, atelier 5 (Améliorer l'ensemble de nos résultats en encourageant la responsabilité collective et les partenariats), et séance plénière liée au débat sur l'Accord de Séville et ses Mesures supplémentaires.

Les attaques récurrentes contre le personnel du Mouvement – notamment les collaborateurs et les volontaires des Sociétés nationales –, ses installations et ses équipements, ainsi que les graves conséquences qu'elles ont pour les bénéficiaires, suscitent de vives inquiétudes.

Il arrive que des Sociétés nationales soient empêchées, par tous ceux qui peuvent influencer sur l'accès aux bénéficiaires, de fournir des services humanitaires à ceux qui en ont besoin dans un conflit armé ou une autre situation de violence, quel que soit leur camp, ou qu'elles soient entravées voire harcelées lorsqu'elles tentent de le faire. À cet égard, il est nécessaire, dans certains pays, de renforcer les instruments juridiques et statutaires de la Société nationale pour mieux refléter son rôle dans les conflits armés et autres situations de violence, en tenant compte du Principe fondamental d'indépendance, qui met en balance l'autonomie des Sociétés nationales et leur statut d'auxiliaires des pouvoirs publics dans le domaine humanitaire.

Il existe de nombreux exemples récents d'actions bien coordonnées du Mouvement dans les conflits armés et autres situations de violence. Cependant, la réponse du Mouvement aux besoins humanitaires des personnes et des communautés touchées peut encore être améliorée. Il est important d'approfondir, au sein du Mouvement, une connaissance et une compréhension communes des tendances émergentes dans ces situations et de leurs effets sur l'action humanitaire afin d'accroître la qualité de la réponse et de définir une approche unifiée pour l'ensemble du Mouvement. Globalement, les composantes du Mouvement doivent améliorer leur niveau de préparation, afin de pouvoir intervenir rapidement et efficacement pour répondre de manière coordonnée et complémentaire aux besoins des victimes, en tenant compte de l'évolution constante des environnements dans lesquels elles interviennent. Le CICR et les Sociétés nationales devraient accorder une attention particulière à l'élaboration de plans d'intervention d'urgence coordonnés et complémentaires, qui guident leur réponse dans les conflits armés et autres situations de violence.

Pour toutes les composantes du Mouvement, adhérer aux Principes fondamentaux et encourager chez les autres le respect de cette adhésion sont des défis permanents qui revêtent une importance vitale en vue d'accroître le niveau d'acceptation et de rendre ainsi plus sûr l'accès aux personnes et aux communautés touchées par un conflit armé ou une autre situation de violence. Les Statuts du Mouvement et les résolutions pertinentes du Conseil des Délégués¹¹ mettent l'accent sur ce point.

III. Décisions

Reconnaissant que les Sociétés nationales ont pour mandat, en vertu des Statuts du Mouvement, d'agir dans les situations de conflit armé, de catastrophe naturelle

11 Par exemple, Conseil des Délégués de 2009, résolution 8, « Respecter et protéger les soins de santé dans les conflits armés et autres situations de violence » ; XXX^e Conférence internationale 2007, résolution 1, déclaration en annexe, « Ensemble pour l'humanité » ; Conseil des Délégués de 2005, résolution 7, « Document d'orientation sur les relations entre les composantes du Mouvement et les organismes militaires » ; Conseil des Délégués de 2003, résolution 9, « Promouvoir le respect de la diversité et lutter contre la discrimination et l'intolérance », alinéa 4, lettre f de l'annexe à la résolution.

et autres situations d'urgence, y compris les troubles intérieurs et autres situations de violence, et afin de renforcer l'action du Mouvement dans les conflits armés et autres situations de violence, le Conseil des Délégués de 2011 :

1. *encourage* les Sociétés nationales à intensifier leur engagement et leurs efforts en vue de mettre en place des systèmes appropriés de gestion des risques et de la sécurité, et à adopter d'autres mesures concrètes pour accroître leur accès dans de meilleures conditions de sécurité lors de conflits armés et autres situations de violence. Cela suppose notamment d'améliorer la mise en œuvre opérationnelle des Principes fondamentaux et des politiques pertinentes du Mouvement, et de prévoir une couverture d'assurance¹² pour les collaborateurs et les volontaires qui travaillent dans les situations de crise, afin qu'ils soient indemnisés de manière adéquate en cas de blessure, y compris de traumatisme/détresse psychologique, ou en cas de décès dans l'exercice de leurs fonctions ;
2. *demande instamment* aux Sociétés nationales d'engager, s'il y a lieu, un dialogue avec tous les gouvernements concernés sur la nécessité de pouvoir accéder à toutes les populations touchées par un conflit armé ou d'autres situations de violence, et d'exercer leur influence, dans la mesure du possible, sur tous ceux qui peuvent influencer sur l'accès aux bénéficiaires, afin qu'ils respectent le rôle incombant aux Sociétés nationales de fournir des services humanitaires en toute neutralité, impartialité et indépendance (selon la définition qui en est donnée dans les Principes fondamentaux), avec le soutien et la participation du CICR, si nécessaire ;
3. *prie instamment* les Sociétés nationales, le CICR et la Fédération internationale de continuer de recenser et d'analyser les tendances émergentes et les défis qui se posent à l'action humanitaire dans les conflits armés et autres situations de violence, afin que ces analyses communes servent de base à une planification coordonnée des interventions d'urgence en vue d'apporter une réponse rapide, efficace et cohérente aux besoins humanitaires des personnes et des communautés touchées, tout en renforçant leur résilience ;
4. *encourage* les Sociétés nationales à définir avec plus de précision, s'il y a lieu, dans leurs instruments statutaires et juridiques fondamentaux leur mandat, leur rôle et leurs responsabilités dans les situations de conflit armé et autres situations de violence, et à promouvoir largement leur rôle, aussi bien en interne qu'auprès des acteurs extérieurs et des communautés ;
5. *invite* le CICR et la Fédération internationale à travailler en étroite collaboration avec les Sociétés nationales pour définir la meilleure façon de refléter dans les instruments statutaires et juridiques fondamentaux des Sociétés nationales

12 Dans l'idéal, tous les volontaires, en particulier s'ils participent à des interventions d'urgence, devraient être assurés par le biais de la Société nationale et d'une compagnie d'assurance nationale qui offre une couverture adaptée au contexte et aux réalités locales. Pour les situations où ce n'est pas le cas, le Secrétariat de la Fédération internationale a mis en place une assurance accidents mondiale, qui peut être obtenue auprès du siège de toutes les Sociétés nationales.

- leur mandat, leur rôle et leurs responsabilités dans les situations de conflit armé et autres situations de violence, et à conseiller les Sociétés nationales qui ont engagé un processus de révision de leurs statuts en conséquence ;
6. *recommande* que les Sociétés nationales, dans le cadre du dialogue permanent qu'elles entretiennent avec leurs gouvernements respectifs, œuvrent au renforcement de la législation nationale ainsi que des politiques, accords et plans nationaux, afin d'établir le cadre nécessaire pour pouvoir apporter une protection et une assistance efficaces aux populations touchées par un conflit armé ou d'autres situations de violence ;
 7. *invite* les composantes du Mouvement à poursuivre l'élaboration d'un guide pratique visant à clarifier davantage l'expression « autres situations de violence » et à renforcer la capacité de toutes les Sociétés nationales à se préparer et à répondre aux conflits armés et autres situations de violence – sur la base des Principes fondamentaux, des Statuts du Mouvement, des politiques pertinentes du Mouvement et de l'expérience récente des Sociétés nationales – en tant que contribution utile à la définition d'une approche commune à l'ensemble du Mouvement dans ce domaine ;
 8. *encourage* la Fédération internationale à travailler en étroite collaboration avec le CICR et les Sociétés nationales pour mettre en place des mécanismes efficaces visant à ce que les efforts déployés pour bâtir des Sociétés nationales fortes prennent en compte le guide susmentionné ainsi que les programmes du CICR et son savoir-faire en matière de renforcement des capacités – qui aident les Sociétés nationales à se préparer et à répondre aux conflits armés et autres situations de violence – en mettant particulièrement l'accent sur l'intégration d'éléments pertinents dans les initiatives relatives à la préparation aux situations d'urgence, à l'intervention, au relèvement et au développement organisationnel.

IV. Document de référence et annexe

Le document de référence et l'annexe ont été établis pour information seulement et ne font pas partie des décisions.

V. Suivi

Toutes les composantes du Mouvement sont invitées à envisager d'inclure les décisions ci-dessus dans leurs stratégies, leurs plans et leurs objectifs, s'il y a lieu.

Les progrès accomplis dans l'application de ces décisions seront présentés dans le rapport sur la mise en œuvre de l'Accord de Séville et de ses Mesures supplémentaires qui sera soumis au Conseil des Délégués en 2013 et 2015.

Le CICR élaborera le guide pratique avec la participation continue des Sociétés nationales et du Secrétariat de la Fédération internationale. Cet outil traitera de nombreux défis recensés dans la présente résolution et de bien d'autres sujets encore. Il sera terminé d'ici fin 2012 et sera présenté aux partenaires du Mouvement en 2013.

Coauteurs de la résolution :

Société canadienne de la Croix-Rouge
Croix-Rouge colombienne
Croix-Rouge de la Jamaïque
Croix-Rouge du Népal
Croix-Rouge de l'Ouganda
Croix-Rouge de Panama
Croix-Rouge paraguayenne
Croix-Rouge de Sainte-Lucie
Croix-Rouge de Trinité-et-Tobago
Croissant-Rouge tunisien

Résolution 8 du Conseil des Délégués de 2011

ORDRE DU JOUR ET PROGRAMME DE LA XXXI^e CONFÉRENCE INTERNATIONALE DE LA CROIX-ROUGE ET DU CROISSANT-ROUGE

Le Conseil des Délégués,

ayant examiné l'ordre du jour provisoire et le programme de la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, établis par la Commission permanente de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge,

adopte l'ordre du jour et le programme de la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

Résolution 9 du Conseil des Délégués de 2011

PROPOSITION DE CANDIDATS AUX POSTES DE RESPONSABLES DE LA XXXI^e CONFÉRENCE INTERNATIONALE DE LA CROIX-ROUGE ET DU CROISSANT-ROUGE

Le Conseil des Délégués,

ayant pris connaissance de la liste de candidats proposés par la Commission permanente de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge pour l'élection aux fonctions de responsables de la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge,

entérine la liste de candidats (voir annexe) et *demande* au président du Conseil de la transmettre à la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge pour approbation.

Annexe – Résolution 9

PROPOSITION DE CANDIDATS AUX POSTES DE RESPONSABLES DE LA XXXI^e CONFÉRENCE INTERNATIONALE DE LA CROIX-ROUGE ET DU CROISSANT-ROUGE

Référence : article 14 des Statuts du Mouvement – « *Lorsqu'il se réunit avant l'ouverture de la Conférence internationale, le Conseil [...] propose à la Conférence des candidats pour remplir les fonctions mentionnées à l'article 11, alinéa 3* », à savoir « *le président, les vice-présidents, le secrétaire général, les secrétaires généraux adjoints et les autres responsables de la Conférence* ».

Présidente de la Conférence : **M^{me} Niki Rattle** (Croix-Rouge – Îles Cook)

Présidente du Comité de rédaction : **Amb. Maria Farani Azevêdo** (Brésil)

Vice-président, questions de politique : **Amb. Peter Gooderham** (Royaume-Uni)

Vice-président(e)s de la Conférence et président(e)s des séances plénières thématiques

Séance plénière sur le droit international humanitaire : **M^{me} Liesbeth Lijnzaad** (Pays-Bas)

Séance plénière sur la législation relative aux catastrophes : **M. Fernando José Cardenas Guerrero** (Croix-Rouge – Colombie)

Vice-président(e)s de la Conférence et président(e)s des commissions thématiques

Commission A : Migration : **D^r Muctarr Jalloh** (Croix-Rouge – Sierra Leone)

Commission B : Partenariat pour des Sociétés nationales plus fortes et développement du volontariat : **D^r Dragan Radovanovic** (Croix-Rouge – Serbie)

Commission C : Les soins de santé en danger : **D^r Mamdouh Gabr** (Croissant-Rouge – Égypte)

Commission D: Inégalités en matière de santé: **M^{me} Fatima Gailani** (Croissant-Rouge – Afghanistan)

Commission E: Accès et assistance humanitaires: **Vice-Ministre Gómez Robledo** (Mexique)

Autres responsables

Rapporteur de la Conférence: **Amb. Minelik Alemu Getahun** (Éthiopie)

Élections: **M^{me} Annemarie Huber-Hotz** (Croix-Rouge – Suisse)

Engagements: **M. Christian Ndinga** (Croix-Rouge – Congo)

Secrétaire général de la Conférence: Amb. Jean-François Paroz (Suisse)

Secrétaires généraux adjoints: **M. Frank Mohrhauer** (Fédération internationale) et **M. Bruce Biber** (CICR)

Résolution 1 de la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION JURIDIQUE DES VICTIMES DES CONFLITS ARMÉS

La XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Conférence internationale),

profondément préoccupée de ce que les conflits armés continuent d'être la cause de terribles souffrances, et notamment de violations du droit international humanitaire, telles que des meurtres, des disparitions forcées, des prises d'otages, des actes de torture, des traitements cruels ou inhumains, des viols et d'autres formes de violence sexuelle, et de ce que ces souffrances touchent des populations entières, y compris parmi les plus vulnérables, dans différentes parties du monde,

soulignant qu'un respect accru du droit international humanitaire est une condition préalable indispensable à l'amélioration de la situation des victimes des conflits armés, et *réaffirmant* l'obligation qu'ont tous les États et toutes les parties à un conflit armé de respecter et faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances,

rappelant la ratification universelle des Conventions de Genève de 1949, *exprimant* l'espoir que d'autres instruments de droit international humanitaire seront eux aussi universellement acceptés, et invitant tous les États à envisager de ratifier les traités de droit international humanitaire auxquels ils ne sont pas encore partie, ou d'y adhérer,

rappelant la résolution 3 sur la « [r]éaffirmation et la mise en œuvre du droit international humanitaire », adoptée par la XXX^e Conférence internationale, *réaffirmant* que le droit international humanitaire demeure aussi pertinent aujourd'hui que par le passé dans les conflits armés internationaux et non internationaux, et qu'il continue d'assurer la protection de toutes les victimes de conflits armés,

reconnaissant qu'il est important de tenir dûment compte des considérations humanitaires et de la nécessité militaire découlant des conflits armés, pour garantir que le droit international humanitaire reste essentiel s'agissant de la protection juridique de toutes les victimes des conflits armés et que les États et autres parties aux conflits armés mettent pleinement en œuvre les obligations qui leur incombent en la matière,

consciente de la nécessité de renforcer le droit international humanitaire, en particulier en le réaffirmant dans les situations où il n'est pas correctement mis en œuvre, et en le clarifiant ou en le développant quand il ne répond pas suffisamment aux besoins des victimes des conflits armés,

soulignant le rôle premier des États dans le développement du droit international humanitaire,

rappelant que l'un des rôles importants du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), conformément aux Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Mouvement), est notamment « de tra-

vailler à la compréhension et à la diffusion du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et d'en préparer les développements éventuels», et *rappelant en outre* les rôles respectifs du CICR et des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Sociétés nationales) en matière de promotion, de diffusion, de mise en œuvre et de développement du droit international humanitaire,

rappelant que, conformément aux Statuts du Mouvement, la Conférence internationale a notamment pour attribution de « contribue[r] au respect et au développement du droit international humanitaire et d'autres conventions internationales d'un intérêt particulier pour le Mouvement »,

prenant acte du compte rendu sommaire fait par le CICR en 2003 à l'issue des séminaires régionaux d'experts sur le thème « Améliorer le respect du droit international humanitaire » et présenté à la XXVIII^e Conférence internationale, et du rapport de 2009 sur la conférence d'experts intitulée « 60 ans des Conventions de Genève et les décennies à venir », organisée par le Gouvernement de la Suisse et le CICR,

1. *remercie* le CICR pour son rapport présentant les principales conclusions de son étude intitulée « Le renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés » et pour les consultations qu'il a tenues avec les États sur la question ;
2. *reconnaît* que le rapport met en évidence de graves préoccupations et défis humanitaires auxquels il faut faire face, notamment ceux qui sont liés à la protection des personnes privées de liberté en lien avec un conflit armé et à la nécessité de mieux faire respecter le droit international humanitaire, et que, sur la base desdites consultations, le rapport demande que des mesures concrètes et coordonnées soient prises pour répondre à ces préoccupations ;
3. *reconnaît* qu'il est important d'analyser les préoccupations d'ordre humanitaire et les considérations militaires liées à la privation de liberté en lien avec un conflit armé, dans le but, notamment, d'assurer aux personnes détenues, internées ou transférées en lien avec un conflit armé un traitement humain et des conditions de détention adéquates, en tenant compte de l'âge, du sexe, du handicap et des autres facteurs susceptibles d'accroître la vulnérabilité, ainsi que les garanties procédurales et juridiques requises ;
4. *reconnaît*, compte tenu des questions soulevées par les États pendant la préparation et au cours des débats de la XXXI^e Conférence internationale, que davantage de recherches, de consultations et de discussions sont nécessaires pour évaluer la meilleure façon de garantir que le droit international humanitaire reste pratique et pertinent, s'agissant de la protection juridique de toutes les personnes privées de liberté en lien avec un conflit armé ;
5. *reconnaît*, compte tenu des questions soulevées par les États pendant la préparation et au cours des débats de la XXXI^e Conférence internationale, qu'il est important d'explorer des moyens d'améliorer et de garantir l'efficacité des mécanismes de contrôle du respect du droit international humanitaire, en vue de renforcer la protection juridique de toutes les victimes des conflits armés ;

6. *invite* le CICR à poursuivre ses recherches, ses consultations et ses discussions en coopération avec les États et, au besoin, avec d'autres acteurs pertinents, notamment des organisations internationales et des organisations régionales, pour identifier et proposer diverses options et ses recommandations en vue i) de garantir que le droit international humanitaire reste pratique et pertinent, s'agissant de la protection juridique de toutes les personnes privées de liberté en lien avec un conflit armé, et ii) d'améliorer et de garantir l'efficacité des mécanismes de contrôle du respect du droit international humanitaire, et encourage tous les membres de la Conférence internationale, y compris les Sociétés nationales, à participer à ce travail, tout en reconnaissant le rôle premier des États dans le développement du droit international humanitaire;
7. *note* que ce travail devrait être réalisé en tenant compte des régimes juridiques internationaux pertinents existants et d'autres processus engagés au plan international sur des questions similaires; à cet égard, *sait gré* au Gouvernement de la Suisse de son engagement à explorer et identifier des moyens concrets de renforcer l'application du droit international humanitaire et à consolider le dialogue sur des questions de droit international humanitaire entre les États et d'autres acteurs intéressés, en coopération avec le CICR;
8. *invite* le CICR à fournir des informations sur l'état d'avancement de ses travaux à intervalles réguliers à tous les membres de la Conférence internationale et à présenter un rapport sur ces travaux, formulant diverses options, à la XXXII^e Conférence internationale pour qu'elle puisse l'examiner et y donner la suite appropriée.

Résolution 2 de la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

PLAN D'ACTION QUADRIENNAL POUR LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

La XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Conférence internationale),

1. *adopte* le Plan d'action figurant en annexe 1 ;
2. *demande instamment* à tous les membres de la Conférence internationale de mettre en œuvre les actions décrites dans le Plan d'action, conformément à leurs pouvoirs, mandats et capacités respectifs ainsi qu'aux obligations qui leur incombent au titre du droit international humanitaire, en vue d'atteindre les objectifs définis dans le Plan d'action ;
3. *rappelle* aux États le rôle des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge en tant qu'auxiliaires des pouvoirs publics dans le domaine humanitaire, en particulier dans les pays où elles travaillent dans le cadre des Commissions nationales de mise en œuvre du droit international humanitaire ou d'organismes similaires, et *encourage* les États à travailler en collaboration avec elles, selon les besoins, pour mettre en œuvre les mesures définies dans le Plan d'action ;
4. *prend note* des initiatives existantes d'autres acteurs et organisations humanitaires dans certains domaines couverts par le Plan d'action, et *souligne* la nécessité de créer des synergies entre ces initiatives et le Plan d'action en coopération avec les États ;
5. *invite* tous les membres de la Conférence internationale à présenter des engagements, à titre individuel ou conjointement, en relation avec les recommandations figurant dans le Plan d'action ;
6. *invite* les organisations internationales et régionales à mettre en œuvre les actions énoncées dans le Plan d'action qui sont en rapport avec leurs activités ;
7. *demande* à tous les membres de la Conférence internationale de déployer tous les efforts possibles pour que tous les acteurs concernés mettent en œuvre le Plan d'action, selon les besoins ;
8. *invite* tous les membres de la Conférence internationale à informer le Comité international de la Croix-Rouge des progrès réalisés dans la mise en œuvre du Plan d'action, en vue de la présentation d'un rapport sur sa mise en œuvre à la XXXII^e Conférence internationale en 2015 ;
9. *demande* aux membres de la Conférence internationale de faire rapport à la XXXII^e Conférence internationale en 2015 sur le suivi donné à leurs engagements.

Annexe 1: Plan d'action pour la mise en œuvre du droit international humanitaire

Objectif 1 : Meilleur accès des populations civiles à l'assistance humanitaire dans les conflits armés

Les États réaffirment le droit des populations civiles qui ont besoin d'aide à bénéficier de secours humanitaires de caractère impartial conformément au droit international humanitaire. Les États feront en sorte, dans toute la mesure des moyens dont ils disposent, que les populations civiles soient suffisamment approvisionnées, conformément aux dispositions pertinentes du droit international humanitaire.

En outre, les États, conformément au droit international humanitaire, permettront et faciliteront le passage rapide, sans encombre et en toute sécurité des secours humanitaires destinés de manière impartiale aux populations civiles qui en ont besoin, et respecteront et protégeront le personnel et les biens humanitaires.

Les composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Mouvement) doivent être capables de fournir une assistance humanitaire en tout temps conformément aux Principes fondamentaux d'humanité, d'impartialité, de neutralité et d'indépendance. Les États respecteront le fait que toutes les composantes du Mouvement adhèrent à ces Principes fondamentaux.

a) Éliminer les barrières administratives qui entravent la fourniture rapide de l'assistance humanitaire aux victimes des conflits armés

Les États envisagent, notamment en promulguant des lois nationales ou en concluant des accords avec les composantes du Mouvement :

- de faciliter l'émission rapide de documents valables permettant aux membres des composantes du Mouvement d'avoir l'accès nécessaire pour accomplir leur mission dans l'État concerné et par-delà ses frontières internationales ;
- d'accélérer les procédures d'importation et de distribution des biens humanitaires des composantes du Mouvement ;
- d'exempter d'impôts, de taxes et de droits le personnel et les biens humanitaires des composantes du Mouvement, le cas échéant.

Les États s'efforcent de mettre à la disposition des composantes du Mouvement le matériel de télécommunication nécessaire, en tenant compte des besoins du Mouvement en télécommunications hertziennes bidirectionnelles, lorsque les moyens normaux de communication sont interrompus ou indisponibles, conformément à la résolution 10 de la Conférence mondiale des radiocommunications de 2000. Ils attribuent aux composantes du Mouvement le nombre minimum de fréquences nécessaires conformément au Règlement des radiocommunications applicable et prennent toutes les mesures pratiquement possibles pour protéger ces commu-

nications contre les brouillages préjudiciables. Les États qui ne l'ont pas encore fait envisagent d'adhérer à la Convention de Tampere sur la mise à disposition de ressources de télécommunication pour l'atténuation des effets des catastrophes et pour les opérations de secours en cas de catastrophe.

b) Créer et préserver un environnement propice au dialogue

Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et la Société nationale hôte concernée instaureront et maintiendront un dialogue constructif avec toutes les parties aux conflits armés, de manière à pouvoir avoir accès aux victimes et à obtenir les garanties de sécurité nécessaires pour leurs collaborateurs. Les États reconnaissent la nécessité d'un tel dialogue et réaffirment la position privilégiée du CICR et des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Sociétés nationales), ainsi que leur contribution unique à cet égard.

Les composantes du Mouvement continueront de veiller à ce que les besoins spécifiques des victimes des conflits ainsi que les capacités locales soient pris en compte dans la planification, la fourniture et le suivi de l'assistance humanitaire.

Les États et les composantes du Mouvement poursuivent le dialogue engagé en vue de garantir une meilleure complémentarité entre les différents acteurs humanitaires et une coordination internationale efficace avec eux, eu égard aux rôles et mandats de chacun.

c) Mise en œuvre et application

Les États veillent à ce que les membres de leurs forces armées reçoivent instruction de respecter l'intégrité physique et la libre circulation du personnel et des biens humanitaires, conformément au droit international humanitaire.

Les États adoptent au niveau national les mesures, notamment législatives, nécessaires pour s'acquitter de leurs obligations en ce qui concerne les actes entravant arbitrairement l'assistance humanitaire, ainsi que pour prévenir et sanctionner les attaques contre le personnel et les biens humanitaires.

Les États veillent à ce que les auteurs d'attaques contre les membres du personnel humanitaire, notamment contre ceux qui utilisent les signes distinctifs conformément aux Conventions de Genève et à leurs Protocoles additionnels, soient tenus de rendre compte de leurs actes, en encourageant des mesures disciplinaires et des poursuites pénales.

Objectif 2 : renforcer la protection spécifique accordée à certaines catégories de personnes, en particulier les enfants, les femmes et les personnes handicapées

Certaines catégories de personnes ont droit à une protection spécifique en considération de facteurs tels que l'âge, le sexe ou un handicap, qui rendent ces

personnes plus vulnérables en temps de conflit armé. Pour garantir une protection appropriée à toutes les victimes des conflits armés, y compris dans les situations d'occupation, sans aucune discrimination, ces facteurs doivent être pris en compte.

Objectif 2.1 : renforcer la protection des enfants dans les conflits armés

Les États, les Sociétés nationales et le CICR s'emploieront à sensibiliser le public à la protection que le droit international, et plus particulièrement le droit international humanitaire, confère aux enfants dans les conflits armés.

a) Prévention de l'enrôlement d'enfants dans les forces armées ou les groupes armés

Les États prennent des mesures efficaces pour enregistrer les enfants immédiatement après leur naissance et s'efforcent de mettre en place des systèmes complémentaires d'identification et d'enregistrement de tous les enfants, notamment des enfants particulièrement vulnérables, comme les enfants déplacés à l'intérieur de leur pays ou réfugiés, pour empêcher qu'ils ne soient illégalement recrutés.

Les États envisagent d'établir des dispositifs d'inspection nationaux indépendants des forces armées, tels que des ombudsmans ou des inspections externes annuelles réalisées par des autorités gouvernementales civiles, pour veiller à ce que les forces armées respectent l'interdiction de recruter des enfants.

Les États, en coopération avec les Sociétés nationales et le CICR, conçoivent et mettent en place des programmes éducatifs et de formation professionnelle, assortis autant que faire se peut de possibilités d'emploi, pour que les filles et les garçons bénéficient d'alternatives viables au recrutement.

b) Ratification, mise en œuvre et application au plan national des instruments de droit international relatifs à la prévention et à la répression de la participation d'enfants aux hostilités et du recrutement d'enfants dans les rangs des forces armées ou groupes armés

Les États qui ne l'ont pas encore fait envisagent de ratifier ou d'adhérer au Protocole facultatif de 2000 se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés.

Les États qui ne l'ont pas encore fait envisagent d'adhérer aux Principes et Engagements de Paris de 2007 en vue de protéger les enfants contre une utilisation ou un recrutement illégaux par des forces armées ou des groupes armés.

Les États qui ne l'ont pas encore fait envisagent d'adopter une législation nationale ou de prendre d'autres mesures visant à réglementer l'âge minimum de recrutement dans les forces armées et les groupes armés, et à prévenir l'implication des enfants dans les conflits armés conformément au Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés.

Les États font en sorte, par des mesures appropriées, que ceux qui recrutent illégalement des enfants aient à rendre compte de leurs actes, notamment devant des tribunaux – surtout lorsque ces actes constituent des crimes de guerre – conformément au droit international applicable.

c) Protection de l'éducation en temps de conflit armé

Les États réaffirment que les attaques contre les civils, notamment les enfants et les enseignants, sont interdites, sauf si lesdits civils participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation. Les États réaffirment aussi que les attaques contre les bâtiments civils consacrés à l'enseignement sont interdites, sauf si ces bâtiments apportent une contribution effective à l'action militaire par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation, et que leur destruction totale ou partielle, leur capture ou leur neutralisation offrent en l'occurrence un avantage militaire précis. En cas de doute sur la question de savoir si les civils ou biens de caractère civil perdent leur protection contre les attaques, les États les traiteront comme des civils ou des biens de caractère civil.

Les États prennent toutes les précautions pratiquement possibles pour protéger des effets des attaques les enfants et les enseignants, ainsi que les bâtiments civils consacrés à l'enseignement, conformément au droit international humanitaire.

Les États prennent toutes les mesures pratiquement possibles pour prévenir l'utilisation de bâtiments civils consacrés à l'enseignement à des fins qui pourraient leur faire perdre la protection que leur confère le droit international humanitaire.

d) Réadaptation des enfants touchés par les conflits armés

Les États veillent à ce que les accords de paix comportent des dispositions spécifiques relatives à la libération des enfants associés à des forces armées ou des groupes armés, au désarmement, à la démobilisation et à la réinsertion de ces derniers, ainsi qu'à la prise en charge des enfants déplacés internes, aux soins de santé, au soutien psychosocial et à l'insertion économique de tous les enfants touchés par des conflits armés. Ces accords porteront en outre une attention spéciale aux différents besoins des filles et des garçons.

Les États donateurs s'efforcent d'assurer le financement à long terme de la réinsertion des enfants ayant été associés à des forces armées ou des groupes armés.

e) Justice des mineurs

Les États considèrent les enfants qui ont été recrutés illégalement par des forces armées ou des groupes armés et qui sont accusés d'avoir commis des crimes relevant du droit national ou international dans le cadre d'un conflit, avant tout comme des victimes, et pas uniquement comme des auteurs présumés.

Les États envisagent d'accorder l'amnistie aux enfants ayant été associés à des forces armées ou des groupes armés, afin qu'ils ne puissent être poursuivis du seul fait qu'ils ont appartenu à des forces armées ou des groupes armés.

Chaque fois que cela est possible et souhaitable, les États ont recours à des mesures autres que judiciaires pour les mineurs qui ont été associés à des forces armées ou des groupes armés et sont les auteurs présumés de délits.

Les États privilégient une réadaptation et une réinsertion sexospécifiques des enfants ayant été associés à des forces armées ou des groupes armés lorsqu'ils les condamnent, et envisagent des alternatives à l'emprisonnement telles que soins, orientation et supervision, conseils, probation, placement familial, ainsi que programmes éducatifs et de formation professionnelle.

Objectif 2.2 : renforcer la protection des femmes dans les conflits armés

a) Ratification, mise en œuvre et application des instruments de droit international pertinents

Les États prennent les mesures législatives, judiciaires et administratives appropriées pour s'acquitter de leurs obligations en matière de protection des femmes et des filles, en vertu du droit international humanitaire.

Les États prennent toutes les mesures pratiquement possibles pour limiter les effets des conflits armés sur les femmes et les filles, et pour veiller à ce que leurs besoins spécifiques en matière de protection et d'assistance soient satisfaits.

Les États s'engagent à mettre fin à l'impunité et à poursuivre, conformément à leurs obligations en vertu du droit international, les violations graves du droit international humanitaire impliquant des actes de violence sexuelle et d'autres formes de violence à l'encontre des femmes et des filles et, à cet effet, à renforcer leur capacité à prévenir, surveiller et consigner les actes de violence sexuelle et autres violations graves du droit international humanitaire ; ils s'engagent également, à cette fin, à coopérer, conformément à leurs obligations internationales, tant entre eux qu'avec les cours et tribunaux pénaux internationaux.

b) Prévention de la violence sexuelle et des autres formes de violence à l'encontre des femmes

Les États veillent à ce que toutes les mesures possibles soient prises afin de prévenir toute violation grave du droit international humanitaire impliquant des actes de violence sexuelle ou d'autres formes de violence à l'encontre des femmes, et notamment :

- des formations traitant de la violence à l'encontre des femmes, dispensées aux forces armées avant le déploiement et sur le théâtre des opérations et portant sur les responsabilités qui leur incombent, ainsi que sur les droits, les besoins particuliers et la protection des femmes et des filles ;
- des mesures disciplinaires militaires et d'autres mesures prévoyant notamment une obligation de notification des cas de violences sexuelles, afin d'éviter toute impunité ;

- la garantie que les femmes détenues ou internées soient surveillées par des femmes et séparées des détenus ou internés de sexe masculin, sauf dans le cas de familles logées en tant qu'unités familiales ;
- des mesures garantissant, chaque fois que cela est possible, la présence de personnel féminin lorsque des femmes détenues sont interrogées ;
- des mesures garantissant, chaque fois que cela est possible, la participation de femmes à la prise de décisions dans les processus de paix.

c) Femmes déplacées

Conscients de l'importante proportion de femmes parmi les personnes déplacées, et notamment du fait que nombre d'entre elles ont la charge de leur famille, les États prennent les mesures appropriées pour garantir leur intégrité physique et mentale et le respect de leur dignité. Il convient tout particulièrement de veiller à ce qu'elles participent activement à la prise de décisions et à ce que soient mises en place des mesures destinées à protéger les personnes déplacées à l'intérieur de leur pays contre les violences faites aux femmes, portant entre autres sur l'emplacement et la protection des abris, l'existence de systèmes de notification et de soutien bien identifiés, et l'accès à des services de soins de santé spécifiques aux femmes et aux enfants ainsi que l'accès aux personnes qui les fournissent.

Objectif 2.3: renforcer la protection des personnes handicapées dans les conflits armés

Les États reconnaissent qu'en vertu du droit international humanitaire, les personnes handicapées peuvent relever de la catégorie des blessés et des malades ou des civils faisant l'objet d'une protection et d'un respect particuliers, comme les infirmes.

Les États prennent toutes les mesures pratiquement possibles pour garantir l'accès des personnes handicapées aux soins de santé, services de réadaptation physique et programmes d'intégration socio-économique que leur état nécessite, en particulier dans les zones rurales reculées.

Les États, en coopération avec les composantes du Mouvement, facilitent les démarches entreprises pour rechercher, recueillir et évacuer les personnes handicapées, afin de garantir leur accès aux soins de santé, services de réadaptation physique et programmes d'intégration socio-économique que leur état nécessite, conformément au droit international humanitaire.

Les États et les composantes du Mouvement prennent en compte les besoins spécifiques des personnes handicapées dans la planification, la fourniture et le suivi de leurs activités d'assistance humanitaire, notamment en matière d'accès aux abris, d'approvisionnement en eau, d'assainissement, de distribution de nourriture, d'éducation, de soins de santé, de réadaptation physique, de transport, de communication et d'intégration socio-économique. Ils consultent, lorsque cela est faisable, les bénéficiaires, leurs familles ou les associations locales de personnes

handicapées à toutes les étapes clés de la planification ou de la mise en œuvre de leurs activités d'assistance humanitaire.

Les États donateurs prennent en compte dans leur politique de financement les besoins spécifiques des personnes handicapées en termes d'accessibilité de l'assistance humanitaire.

Objectif 3 : renforcer la protection des journalistes et le rôle des médias au regard du droit international humanitaire

Les États et les composantes du Mouvement reconnaissent que le travail des journalistes, d'autres professionnels des médias et du personnel associé (ci-après : journalistes) peut contribuer grandement à l'information du public sur les violations du droit international humanitaire et à la documentation de ces violations. Ainsi, les journalistes peuvent aider à prévenir les violations de cette branche du droit et à soutenir la lutte contre l'impunité des auteurs de ces violations. Les États et les composantes du Mouvement reconnaissent également que les journalistes peuvent par ailleurs compromettre le respect du droit international humanitaire, notamment de l'obligation de protéger les détenus contre la curiosité publique.

Les États réaffirment que les journalistes qui effectuent des missions professionnelles périlleuses dans des régions de conflit armé sont des civils et ne doivent pas être l'objet d'attaques, sauf s'ils participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation. Cela est sans préjudice du droit des correspondants de guerre accrédités auprès des forces armées de bénéficier du statut de prisonnier de guerre prévu par l'article 4 A.4 de la III^e Convention de Genève.

Les États réaffirment également que les équipements et les installations des médias doivent être considérés comme des biens de caractère civil et, à ce titre, ne pas être l'objet d'attaques, sauf s'ils apportent une contribution effective à l'action militaire, de par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation, par exemple en transmettant des renseignements ou des ordres militaires, et que leur destruction totale ou partielle, leur capture ou leur neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis.

Les États incorporent dans la formation de leurs forces armées au droit international humanitaire des contenus portant spécifiquement sur la protection des journalistes dans les conflits armés.

Les États et les composantes du Mouvement poursuivent leurs efforts visant à faire connaître les dispositions du droit international humanitaire sur les droits et les responsabilités des journalistes. Ils dispensent aux journalistes une formation sur les règles de sécurité à observer dans les situations dangereuses auxquelles ils risquent d'être confrontés dans les conflits armés.

Les États prennent les mesures appropriées au sein de leur système juridique interne, notamment leur législation pénale et leur législation relative à l'entraide judiciaire, pour prévenir et sanctionner les violations graves du droit international humanitaire commises à l'encontre des civils, notamment des journalistes, et veillent à ce que ces violations ne restent pas impunies.

Objectif 4 : améliorer l'intégration et la répression des violations graves du droit international humanitaire dans le droit interne

a) Incorporation dans le droit interne

Les États, assistés le cas échéant par les Commissions nationales de mise en œuvre du droit international humanitaire ou des organismes similaires, recensent toutes les obligations internationales qui leur incombent en matière de répression des violations graves du droit international humanitaire, et s'emploient à les incorporer dans leur système juridique interne.

Compte tenu du droit des familles à connaître le sort de leurs membres visé à l'article 32 du Protocole additionnel I de 1977, le cas échéant, les États envisagent d'adopter une législation ou d'autres dispositions propres à assurer une participation et une représentation adéquates des victimes et de leurs familles, ainsi que l'accès à la justice et la protection des victimes et des témoins, en particulier des femmes et des enfants, lors de procédures devant leurs tribunaux ou d'autres mécanismes de justice transitionnelle concernant des violations graves du droit international humanitaire.

Les États reconnaissent qu'il est important de prévoir des réparations en cas de violations graves du droit international humanitaire. Ils envisagent aussi de prévoir des moyens appropriés de prêter assistance aux victimes de violations des dispositions de ce droit ainsi que des ressources appropriées pour la mise en œuvre des mécanismes correspondants, en rappelant à cet égard le travail effectué par le CICR en matière d'examen du cadre des réparations, tenant compte du rôle premier des États dans le développement du droit international humanitaire.

Les États reconnaissent l'importance de mesures complémentaires des sanctions pénales, et mettent en place des mécanismes devant permettre l'application efficace de sanctions disciplinaires, financières ou autres pour les violations du droit international humanitaire.

b) Rôles du Mouvement et des États

Les Sociétés nationales, dans le cadre de leur mandat et en tant qu'auxiliaires des pouvoirs publics dans le domaine humanitaire, aident les États à incorporer dans leur droit interne les violations graves du droit international humanitaire, en particulier dans les pays où elles travaillent dans le cadre des Commissions nationales de mise en œuvre du droit international humanitaire ou d'organismes similaires. Le CICR continue quant à lui de fournir une assistance technique à cette incorporation au droit interne.

Les États, en coopération avec le CICR et les Sociétés nationales, accordent une attention particulière à la diffusion du droit international humanitaire auprès des professionnels du droit, notamment des membres du ministère public et des juges. Les États s'engagent à respecter les obligations qui leur incombent en vertu du droit international humanitaire, notamment des Conventions de Genève, et à les faire respecter, conformément à l'article premier commun.

Le CICR poursuivra ses efforts visant à rendre le contenu du droit international humanitaire accessible aux parties aux conflits armés et à leur offrir une

formation appropriée, de manière à ce que leurs membres soient dûment sensibilisés aux conséquences découlant du non-respect de cette branche du droit.

Les États coopèrent entre eux et avec les tribunaux pénaux internationaux, conformément aux obligations qui leur incombent en vertu des dispositions applicables du droit international, pour garantir que :

- les professionnels du droit, entre autres les avocats, les membres du ministère public et les juges, connaissent suffisamment bien le droit international humanitaire ;
- des éléments de preuve soient recueillis et mis en commun ;
- les victimes et les communautés auxquelles elles appartiennent soient informées de leurs droits et que la protection des victimes et des témoins soit assurée ;
- les accusés aient droit à un procès juste et équitable ;
- les victimes reçoivent une réparation appropriée ;
- les sentences soient exécutées.

Objectif 5 : transferts d'armes

Les États et les composantes du Mouvement notent l'importance attachée par des Conférences internationales antérieures à ce que, dans les conflits armés, l'emploi de tous les types d'armes respecte les principes et règles du droit international humanitaire.

Le CICR et les Sociétés nationales sensibilisent le public au coût humain de transferts d'armes et de munitions insuffisamment réglementés.

Le CICR et les Sociétés nationales, conscients que des travaux sont en cours dans le cadre des Nations Unies pour traiter la question, encouragent la mise en place de contrôles efficaces des transferts d'armes – des contrôles assortis de critères visant à ce que les armes ne se retrouvent pas dans les mains de ceux dont on peut craindre qu'ils ne les utilisent pour violer le droit international humanitaire.

Rappelant l'obligation qui leur incombe de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire, les États renforcent les contrôles sur les transferts d'armes, afin que celles-ci ne se retrouvent pas dans les mains de ceux dont on peut craindre qu'ils ne les utilisent pour violer le droit international humanitaire et, dans ce contexte, rappellent la résolution 3 de la XXX^e Conférence internationale, en 2007, et l'objectif final 2.3 de l'Agenda pour l'action humanitaire, adopté à la XXVIII^e Conférence internationale, en 2003.

Réaffirmant l'objectif final 2.3 de l'Agenda pour l'action humanitaire, adopté à la XXVIII^e Conférence internationale, en 2003, les États continuent à faire du respect du droit international humanitaire un des critères importants selon lesquels les décisions concernant les transferts d'armes sont évaluées. Les États sont encouragés à faire des efforts pour incorporer ces critères dans leur législation ou leurs politiques nationales, ainsi que dans les normes régionales et mondiales relatives aux transferts d'armes.

Résolution 3 de la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

MIGRATION : GARANTIR L'ACCÈS, LA DIGNITÉ, LE RESPECT DE LA DIVERSITÉ ET L'INTÉGRATION SOCIALE

La XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Conférence internationale),

reconnaissant l'importance du respect de la dignité humaine et de la protection de tous les migrants, et *exprimant* sa profonde préoccupation au sujet des souffrances constantes des migrants qui risquent de vivre en marge des systèmes sociaux, juridiques et de santé conventionnels et, pour diverses raisons, de ne pas avoir accès aux moyens garantissant le respect de leurs droits fondamentaux,

reconnaissant les nombreux avantages de la migration et les contributions que les migrants apportent aux pays d'origine, de transit et de destination, ainsi que les défis que peut poser la migration internationale,

rappelant la Déclaration « Ensemble pour l'humanité » (Déclaration) adoptée par la XXX^e Conférence internationale, qui a réaffirmé « l'importance d'examiner les voies et les moyens de renforcer la coopération internationale à tous les niveaux pour répondre aux préoccupations humanitaires causées par la migration internationale »,

rappelant en outre que la Déclaration a reconnu « qu'il appartient aux gouvernements, dans le cadre des législations nationales et du droit international, et plus particulièrement du droit international relatif aux droits de l'homme, du droit des réfugiés et du droit international humanitaire, de répondre aux besoins humanitaires des personnes subissant des conséquences négatives de la migration, notamment les familles et les communautés, et de prendre des mesures efficaces à cet effet »,

réaffirmant, comme énoncé dans la Déclaration, « qu'il appartient aux Sociétés nationales, sur la base des principes d'humanité et d'impartialité et en consultation avec les pouvoirs publics, de fournir une assistance humanitaire aux migrants vulnérables, quel que soit leur statut juridique »,

se déclarant préoccupée par la situation humanitaire souvent alarmante à laquelle les migrants en situation de vulnérabilité font face à toutes les étapes de leur parcours et par les risques permanents auxquels ils sont exposés et qui menacent leur dignité, leur sécurité et leur accès à la protection internationale, aux soins de santé, au logement, à la nourriture, à l'habillement et à l'éducation,

rappelant les engagements déjà pris par les États et le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Mouvement) de s'investir dans la promotion de la non-violence, du respect de la diversité et de l'intégration sociale, pour tous les migrants,

rappelant la responsabilité qui incombe aux Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Sociétés nationales) d'agir en tout temps conformément aux Principes fondamentaux et aux Statuts du Mouvement,

saluant le document de référence qui met en évidence les progrès accomplis dans la réalisation des engagements pris à la XXX^e Conférence internationale et la Politique relative à la migration, adoptée par la 17^e session de Assemblée générale de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Fédération internationale) et approuvée par le Conseil des Délégués en 2009,

reconnaissant que, conformément aux Statuts du Mouvement, en particulier à l'article 3.1, les Sociétés nationales devraient avoir un accès effectif à tous les migrants, quel que soit leur statut juridique, afin de leur fournir des services d'assistance humanitaire et de protection sans s'exposer à des sanctions, aussi bien lorsqu'elles agissent en tant qu'auxiliaires des pouvoirs publics dans le domaine humanitaire à tous les niveaux que dans le cadre de leur mandat humanitaire général,

1. *demande* aux États, en consultation avec les Sociétés nationales, de veiller à ce que les lois et procédures pertinentes soient en vigueur pour permettre aux Sociétés nationales de jouir, conformément aux Statuts du Mouvement et, en particulier, aux Principes fondamentaux, d'un accès effectif et sûr à tous les migrants, sans discrimination et quel que soit leur statut juridique;
2. *appelle* les États, dans le cadre du droit international applicable, à veiller à ce que leurs procédures nationales aux frontières internationales, en particulier celles qui peuvent donner lieu à un refus d'accès à la protection internationale, à une expulsion ou à une interdiction du territoire, contiennent des garanties propres à protéger la dignité et à assurer la sécurité de tous les migrants. Les États sont aussi appelés, conformément au droit international et à la législation nationale applicables, à accorder aux migrants une protection internationale appropriée et à leur garantir l'accès aux services compétents, tels que ceux du rétablissement des liens familiaux. Les États et les Sociétés nationales sont invités à se consulter lors de la mise en place des garanties susmentionnées, selon les besoins;
3. *encourage vivement* une coopération accrue entre les pouvoirs publics, à tous les niveaux, et les Sociétés nationales en vue de mener des actions concrètes, dans un cadre officiel ou non, visant à:
 - a. promouvoir le respect de la diversité, la non-violence et l'intégration sociale de tous les migrants,
 - b. encourager la sensibilisation aux autres cultures entre communautés migrantes et communautés locales,
 - c. promouvoir, par l'éducation formelle et non formelle, les valeurs humanitaires et le développement des qualités relationnelles nécessaires pour vivre ensemble pacifiquement, et d'améliorer la cohésion sociale par l'engagement des populations locales et migrantes et des organisations de la société civile dans le volontariat ou dans des programmes communautaires et sportifs;
4. *encourage* les États et les composantes du Mouvement, conformément aux Principes fondamentaux et aux Statuts du Mouvement, à continuer de collaborer et à établir des partenariats qui reconnaissent le rôle du Mouvement

dans l'action auprès des migrants et qui pourraient inclure des acteurs compétents d'organisations internationales (telles que l'Organisation internationale pour les migrations, le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime), d'organisations non gouvernementales et du secteur privé;

5. *demande* à la Fédération internationale de soumettre à la XXXII^e Conférence internationale en 2015 un rapport sur les mesures prises pour mettre en œuvre les dispositions de la présente résolution.

Résolution 4 de la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

RENFORCEMENT DU RÔLE D'AUXILIAIRE : PARTENARIAT POUR DES SOCIÉTÉS NATIONALES PLUS FORTES ET DÉVELOPPEMENT DU VOLONTARIAT

La XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge
(Conférence internationale),

En matière de

I. Renforcement du rôle d'auxiliaire et des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Sociétés nationales)

rappelant la résolution 2 de la XXX^e Conférence internationale (Genève, 26-30 novembre 2007), qui reconnaît que les États et les Sociétés nationales, celles-ci en leur qualité d'auxiliaires des pouvoirs publics dans le domaine humanitaire, jouissent d'une relation de partenariat spécifique et unique en son genre à tous les niveaux, entraînant des responsabilités et avantages réciproques, et fondée sur le droit international et le droit interne, dans laquelle l'État et la Société nationale conviennent des domaines dans lesquels cette dernière complète les services humanitaires publics ou s'y substitue,

rappelant que les Sociétés nationales, dans l'exercice de leur rôle d'auxiliaire, peuvent apporter un soutien précieux à leurs pouvoirs publics respectifs, notamment dans l'exécution des obligations qui leur incombent en application du droit international (en particulier du droit international humanitaire) et en coopérant à des activités connexes, liées notamment à la santé, aux services sociaux, à la gestion des catastrophes et au rétablissement des liens familiaux,

1. *appelle* les Sociétés nationales et leurs pouvoirs publics respectifs à tous les niveaux à rechercher et à promouvoir des partenariats équilibrés, dans lesquels les responsabilités sont claires et mutuelles ;
2. *encourage* les Sociétés nationales à engager ou à poursuivre, selon le cas, un dialogue avec les pouvoirs publics de leur pays en vue de consolider leur assise juridique dans le droit national, selon les normes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Mouvement) et par le biais de lois adéquates sur la Croix-Rouge ou le Croissant-Rouge, et ainsi de renforcer leur rôle d'auxiliaire dans le domaine humanitaire et d'établir en bonne et due forme l'engagement des autorités nationales à respecter l'obligation et la capacité qu'ont les Sociétés nationales d'observer les Principes fondamentaux, en particulier le principe d'indépendance ;
3. *demande* aux États, aux Sociétés nationales, au Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et à la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Fédération internationale) d'intensifier leurs activités visant à renforcer l'assise juridique des Sociétés nationales, no-

- tamment en ce qui concerne les statuts de ces dernières, en vue de bâtir des Sociétés nationales plus efficaces qui rendent davantage compte, soient plus transparentes et puissent adhérer en toutes circonstances aux Principes fondamentaux, et salue les efforts constants déployés par les Sociétés nationales pour atteindre cet objectif;
4. *appelle* les États à créer les conditions d'un accès véritable et plus favorable des Sociétés nationales aux personnes en détresse, ce qui est un élément essentiel de l'organisation d'une intervention durable;
 5. *encourage* les services gouvernementaux concernés et les autres donateurs à fournir un apport prévisible et régulier de ressources adaptées aux besoins opérationnels des Sociétés nationales;
 6. *souligne* à cet égard combien il est important que les États apportent un soutien et des ressources sur le long terme pour contribuer au bon fonctionnement et au développement des Sociétés nationales, qui sont leurs auxiliaires dans le domaine humanitaire, selon qu'il sera utile pour garantir la pertinence des activités des Sociétés nationales dans leur pays, la capacité qu'elles ont de mener des activités essentielles telles que les opérations d'urgence, ainsi que leur stabilité, leur capacité d'adaptation et leur responsabilité par le biais d'un développement organisationnel durable;
 7. *invite* la Fédération internationale et le CICR, en consultation avec les États et les Sociétés nationales, à fournir et à développer davantage les outils d'information utiles aux Sociétés nationales, aux pouvoirs publics et aux organismes intéressés, notamment des lignes directrices sur les partenariats avec l'administration publique, des conseils juridiques et des recueils de bonnes pratiques sur les lois relatives à la Croix-Rouge et au Croissant-Rouge, avec des exemples d'exonération fiscale et des dispositions spécifiques sur la distribution des ressources.

II. Développement du volontariat

reconnaissant que les volontaires sont au cœur du Mouvement depuis sa conception en 1859 et qu'aujourd'hui, comme toujours, ils sont essentiels à toutes les activités du Mouvement, en contribuant au succès des Sociétés nationales et en apportant une assistance à des millions de personnes vulnérables quand les besoins sont les plus grands,

reconnaissant ainsi que le développement du volontariat est une condition préalable essentielle au renforcement des Sociétés nationales et un élément crucial de leur efficacité opérationnelle et du rôle qu'elles jouent en tant qu'auxiliaires des pouvoirs publics dans le domaine humanitaire,

rappelant le Principe fondamental du volontariat, le rôle central du volontariat et l'esprit du volontariat au sein du Mouvement,

reconnaissant la contribution remarquable de 13,1 millions de volontaires de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge à la satisfaction des besoins des personnes vulnérables, et la possibilité qu'ont les pouvoirs publics à tous les niveaux

de prendre des mesures positives pour comprendre et améliorer l'environnement dans lequel les volontaires mènent leurs activités, de sorte que les Sociétés nationales puissent accroître l'ampleur et la portée du volontariat,

rappelant la Déclaration de la jeunesse adoptée en 2009 par les volontaires de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge à l'occasion du 150^e anniversaire de la bataille de Solferino, par laquelle ils réaffirment leur détermination à promouvoir la cause de l'humanité partout dans le monde,

consciente des avantages plus généraux du volontariat au sein de la société, et *reconnaissant* qu'il incombe aux pouvoirs publics de faire mieux comprendre la valeur du volontariat et de prendre des mesures concrètes pour l'encourager,

comprenant que l'une de ces mesures concrètes est le développement des contextes juridique et politique dans lesquels l'action volontaire est menée,

rappelant que la XXVII^e Conférence internationale, en 1999, a reconnu l'importance des volontaires pour les Sociétés nationales, et que sa résolution 1, annexe 2 (Plan d'action), objectif final 3.3, paragraphe 13 b) établit que les « États réexaminent [...] leur législation et, si nécessaire, en adoptent une ou actualisent les dispositions législatives existantes afin de faciliter l'action efficace des organisations volontaires concernées »,

rappelant l'engagement pris par la Fédération internationale à la XXVII^e Conférence internationale de, notamment, « coopérer avec les gouvernements pour élargir l'assise juridique, financière et politique du volontariat, et mobiliser un plus grand soutien de la part du public »,

rappelant le document de référence publié en 2004 par la Fédération internationale, l'Union interparlementaire et les Volontaires des Nations Unies, intitulé « Volontariat et législation : note d'orientation », et sa précieuse contribution,

prenant note avec satisfaction du travail accompli par les Volontaires des Nations Unies, qui ont réalisé en 2009 une étude intitulée « *Laws and Policies Affecting Volunteerism Since 2001* » et publié en 2010 une note d'orientation intitulée « *Drafting and Implementing Volunteerism Laws and Policies* »,

prenant note avec satisfaction également de l'étude complémentaire réalisée par la Fédération internationale sur les questions juridiques spécifiques découlant du fait que les volontaires interviennent dans les situations d'urgence et de catastrophe,

comprenant que pour garantir un environnement juridique protecteur et facilitateur, qui permette au volontariat de fonctionner dans toutes situations, y compris les situations d'urgence et de catastrophe, il est capital d'inclure les aspects suivants dans les lois et les politiques nationales relatives au volontariat :

- i. reconnaissance juridique appropriée du volontariat/des activités menées par les volontaires,
- ii. définition claire de l'emploi et du volontariat,
- iii. lois facilitant le volontariat de tous les secteurs de la société, indépendamment de la situation en matière d'emploi, du sexe, de l'âge et toutes autres formes de discrimination,
- iv. protection appropriée des volontaires, y compris responsabilités et obligations clairement définies, et assurance maladie et accident pour les volontaires,

prenant note de la Déclaration de la première Conférence mondiale des volontaires, organisée conjointement par les Volontaires des Nations Unies et la Fédération internationale à l'occasion du dixième anniversaire de l'Année internationale des volontaires, qui reconnaît la contribution que les volontaires apportent à la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement et au développement durable,

1. *appelle à cet égard* les États et les Sociétés nationales à créer et à maintenir un environnement favorable au volontariat. En particulier, les pouvoirs publics à tous les niveaux sont encouragés à :
 - a. entreprendre, à la lumière des travaux menés par les Volontaires des Nations Unies et la Fédération internationale, un examen des lois et des politiques nationales applicables, et s'attacher à les renforcer le cas échéant ;
 - b. garantir l'accès sûr des volontaires de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge à tous les groupes vulnérables dans leurs pays respectifs ;
 - c. intégrer les volontaires dans les plans nationaux d'intervention d'urgence à tous les niveaux ;
 - d. promouvoir le volontariat par des mesures encourageant l'engagement des citoyens dans ce type d'activités ;
 - e. chercher à mieux comprendre le rôle des volontaires de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge dans le développement social et économique national ainsi que dans les situations de crise ;
 - f. faciliter les activités menées par les volontaires des Sociétés nationales et apporter leur soutien aux efforts que déploient ces Sociétés pour mobiliser, recruter, former et fidéliser les volontaires ;
2. *encourage* les Sociétés nationales à introduire, dans leurs textes statutaires et constitutifs, des dispositions appropriées, qui définissent le statut ainsi que les droits et les devoirs des volontaires.

Résolution 5 de la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

LES SOINS DE SANTÉ EN DANGER : RESPECTER ET PROTÉGER LES SOINS DE SANTÉ

La XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Conférence internationale),

notant que l'objet de la présente résolution est de sensibiliser et de promouvoir la préparation à faire face aux graves conséquences humanitaires de la violence exercée contre les blessés et les malades, les services et les personnels de santé, les structures médicales ainsi que les transports sanitaires,

soulignant que la présente résolution ne donne pas lieu à de nouvelles obligations au regard du droit international,

soulignant aussi que la présente résolution n'élargit ni ne modifie les mandats, les rôles et les responsabilités des composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Mouvement), tels que les définissent les Statuts du Mouvement,

reconnaissant l'importance du rôle d'auxiliaire des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Sociétés nationales) auprès des pouvoirs publics de leur pays dans le domaine humanitaire,

réaffirmant les rôles et les responsabilités du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et des Sociétés nationales dans l'action menée pour répondre aux besoins des blessés et des malades dans les situations de conflit armé,

rappelant que, conformément à l'article 5 des Statuts du Mouvement, le CICR mène ses activités principalement dans les conflits armés et souvent avec les Sociétés nationales, et *gardant à l'esprit* qu'il peut prendre, au cas par cas, toute initiative humanitaire dans les situations de violence, comme l'établissent les Statuts, et qu'il n'agit qu'avec la connaissance pleine et entière et le consentement de l'État concerné, conformément aux rôles et aux responsabilités que lui confèrent lesdits Statuts,

profondément préoccupée par le fait que les blessés et les malades pourraient être empêchés de recevoir les soins et la protection dont ils ont besoin par des attaques et d'autres actes entravant la fourniture des soins de santé, et par des menaces et des attaques mettant en péril les personnels de santé, les structures médicales, les véhicules sanitaires et les services aux blessés et aux malades,

notant que la fourniture de soins de santé appropriés aux blessés, aux malades et à la population civile, et l'obtention d'un accès sûr pour les services médicaux sont au cœur de la mission du Mouvement et constituent une de ses principales priorités, et reconnaissant que les composantes du Mouvement jouent un rôle unique, privilégié et complémentaire dans la fourniture de soins de santé préventifs, curatifs et de réadaptation, ainsi que de secours humanitaires aux personnes ayant besoin d'assistance,

rappelant que le respect et la protection des blessés et des malades, ainsi que des personnels de santé, des structures médicales et des transports sanitaires

autorisés, sont renforcés par l'usage des emblèmes distinctifs reconnus par les Conventions de Genève et, le cas échéant, par leurs Protocoles additionnels,

rappelant la résolution 3 de la XXX^e Conférence internationale intitulée « Réaffirmation et mise en œuvre du droit international humanitaire – “Préserver la vie et la dignité humaines dans les conflits armés” », en particulier « l'obligation de respecter et de protéger en tout temps le personnel sanitaire, y compris les travailleurs de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, ses moyens de transport et les établissements et autres installations sanitaires conformément au droit international humanitaire »,

exprimant sa gratitude pour le travail et les efforts de toutes les composantes du Mouvement qui ont entrepris de faire face à cet important problème humanitaire dans les opérations qu'elles mènent partout dans le monde, et *accueillant favorablement* la campagne de communication mondiale visant à sensibiliser l'opinion internationale aux actes ou menaces de violence contre les personnels de santé et les structures médicales et contre les blessés et les malades, et à promouvoir des mesures destinées à les atténuer,

prenant note des recherches menées par le CICR en vue de la préparation de l'étude « *Health Care in Danger: A Sixteen-Country Study, July 2011* »,

gardant à l'esprit que le droit international humanitaire ne s'applique qu'aux situations de conflit armé, et *reconnaissant* que le droit international humanitaire et les règles applicables du droit international des droits de l'homme prévoient un cadre pour la protection des soins de santé,

rappelant l'obligation fondamentale de fournir aux blessés et aux malades tous les soins de santé possibles, sans aucune discrimination,

soulignant à cet égard l'interdiction d'attaquer les blessés et les malades, ainsi que les personnels de santé, les structures médicales et les véhicules sanitaires, de refuser ou de limiter arbitrairement l'accès des blessés et des malades aux services de soins de santé, et d'inquiéter, de menacer ou de punir les personnels de santé pour avoir accompli des activités compatibles avec l'éthique médicale,

reconnaissant qu'il est important que les personnels de santé aient une connaissance pratique suffisante des droits et des obligations qui sont les leurs, et qu'il est impératif qu'ils puissent accéder sans entrave à tous les lieux où leurs services sont nécessaires, conformément au droit international,

soulignant que des mesures de mise en œuvre nationale, notamment dans les domaines de la formation et de l'éducation, sont indispensables pour que les États, leurs forces armées et leurs forces de sécurité s'acquittent des obligations qui leur incombent, en vertu des régimes juridiques internationaux applicables, de respecter les services médicaux et de permettre aux personnels de santé d'avoir accès en toute sécurité aux blessés et aux malades,

soulignant que les États devraient mettre en place un système efficace visant à établir la responsabilité pénale, devant leurs tribunaux nationaux ou les juridictions internationales compétentes, s'il y a lieu, pour les crimes commis contre les personnels de santé, les structures médicales, les véhicules sanitaires, ainsi que les blessés et les malades, et qu'ils devraient également se doter des moyens permettant la répression effective de ces crimes,

1. *rappelle* l'obligation de respecter et de protéger les blessés et les malades, ainsi que les personnels de santé, les structures médicales et les véhicules sanitaires, et de prendre toutes les mesures raisonnables pour assurer aux blessés et aux malades un accès sûr et rapide aux soins de santé dans les situations de conflit armé ou d'autres situations d'urgence, conformément au cadre juridique applicable;
2. *demande instamment* à tous les États qui ne l'ont pas encore fait d'intensifier leurs efforts pour adopter les mesures de mise en œuvre nationale nécessaires, conformément aux obligations juridiques internationales pertinentes en matière de protection des blessés, des malades et des services de soins de santé, notamment des mesures législatives, réglementaires ou pratiques;
3. *demande* aux États de pleinement respecter et mettre en œuvre les obligations qui leur incombent en vertu des dispositions pertinentes du droit international humanitaire relatives à la protection et à l'usage des emblèmes distinctifs, et *demande en outre* aux États d'adopter, s'il y a lieu, des mesures juridiques, notamment des mesures d'application, concernant l'usage et la protection des emblèmes distinctifs reconnus par les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels;
4. *appelle* les États à faire en sorte que, quand les circonstances l'exigent, les structures médicales et les véhicules sanitaires soient signalés comme il se doit par les emblèmes et les signes distinctifs, ainsi que par des signaux distinctifs, à des fins d'identification et de protection;
5. *appelle* les États à faire en sorte que leurs forces armées et leurs forces de sécurité mettent en œuvre, dans les situations de conflit armé, y compris les situations d'occupation, toutes les obligations juridiques internationales applicables en matière de protection des blessés, des malades et des services de soins de santé, notamment à travers l'élaboration et l'adoption de doctrines, de procédures, de lignes directrices et de programmes de formation appropriés;
6. *appelle* les États à faire en sorte que des enquêtes efficaces soient menées et des poursuites engagées en cas de crimes, et en particulier d'attaques, contre les personnels de santé – notamment contre le personnel du Mouvement, les structures médicales et les moyens de transport sanitaires, et à cette fin à coopérer entre eux, conformément à leurs obligations internationales, et avec les cours et tribunaux pénaux internationaux, et prie en outre les États de prévenir les actes délibérés et arbitraires entravant la fourniture des soins de santé;
7. *demande* au CICR, aux Sociétés nationales et à la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Fédération internationale) de susciter une prise de conscience accrue, aux niveaux national et international, du problème humanitaire majeur que constitue la violence contre les patients, les personnels de santé et les structures médicales, et de travailler avec les États et autres acteurs à trouver et à promouvoir des solutions possibles;
8. *appelle* les Sociétés nationales, le CICR et la Fédération internationale à continuer de soutenir les structures et les personnels de santé locaux dans le monde

- entier, de renforcer leurs capacités et de mener des programmes de formation et d'instruction à l'intention des collaborateurs et des volontaires chargés de fournir des soins, en élaborant des outils appropriés sur les droits et les obligations de ces personnels, et sur la protection et la fourniture en toute sécurité des soins de santé ;
9. *demande* aux Sociétés nationales, avec le soutien du CICR et de la Fédération internationale, de former leurs collaborateurs et leurs volontaires à la fourniture d'une assistance médicale efficace et aux questions touchant à leur propre sécurité ;
 10. *demande* au CICR, aux Sociétés nationales et, le cas échéant, à la Fédération internationale de se coordonner et de coopérer avec d'autres acteurs humanitaires pour faire en sorte que les blessés et les malades reçoivent les soins appropriés ;
 11. *demande* aux Sociétés nationales de collaborer, conformément à leurs statuts et à leur rôle d'auxiliaires des pouvoirs publics dans le domaine humanitaire, avec leurs États respectifs pour étudier les moyens de faire face, dans leur pays, aux actes ou menaces de violence contre les personnels de santé et les structures médicales ainsi que les bénéficiaires ;
 12. *invite* les Sociétés nationales à intensifier leurs efforts pour faire connaître les obligations du droit international humanitaire et des droits de l'homme en matière de protection et de respect des soins de santé, et pour promouvoir et soutenir la mise en œuvre de ces obligations au niveau national ;
 13. *encourage* les Sociétés nationales à renforcer leur engagement et leurs efforts pour adopter des mesures concrètes, notamment pour que leurs services et personnels de santé aient accès, dans de meilleures conditions de sécurité, aux personnes touchées par les situations couvertes par la présente résolution ;
 14. *demande* au CICR d'entreprendre des consultations associant des experts des États, de la Fédération internationale, des Sociétés nationales et d'autres acteurs spécialisés dans le domaine des soins de santé, en vue de formuler des recommandations pratiques visant à rendre plus sûre la fourniture des soins de santé dans les situations couvertes par la présente résolution, et de rendre compte des progrès accomplis à la XXXII^e Conférence internationale en 2015.

Résolution 6 de la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

INÉGALITÉS EN MATIÈRE DE SANTÉ, EN PARTICULIER EN CE QUI CONCERNE LES FEMMES ET LES ENFANTS

La XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Conférence internationale),

convenant avec l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) que « [l]a possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain », et *notant* que, selon l'OMS, « [l]es différences systématiques d'état de santé qui pourraient être évitées par des mesures judicieuses sont tout bonnement injustes. C'est ce que nous entendons par inégalités en santé. Comblers ces inégalités – les énormes différences sanitaires que l'on peut niveler entre pays et dans les pays – est une question de justice sociale. Pour la Commission des Déterminants sociaux de la Santé (ci-après dénommée la Commission), réduire les inégalités en santé est un impératif éthique. L'injustice sociale tue à grande échelle »,

reconnaissant que pour atteindre les objectifs du Millénaire pour le développement 3, 4 et 5, il faut s'attaquer aux inégalités sociales et aux inégalités entre les sexes,

pleinement consciente du fait que les inégalités en matière de santé ne se limitent pas aux femmes et aux enfants,

notant que, aux fins de la présente résolution, chaque fois qu'il est fait mention des enfants, des adolescents et des jeunes adultes, il faut comprendre que les actions proposées devraient être réalisées en tenant dûment compte de l'âge et de la maturité,

préoccupée par le fait que les inégalités en matière de santé peuvent, dans bien des situations, être le résultat de violations des droits de l'homme et de facteurs économiques et sociaux,

reconnaissant qu'aucun acteur ne peut s'attaquer seul aux inégalités en matière de santé,

reconnaissant en outre que s'attaquer aux inégalités en matière de santé implique d'agir sur les déterminants sociaux de la santé,

sachant que la réduction des inégalités en matière de santé exige un leadership fort, une volonté politique et des engagements financiers de la part des gouvernements, ainsi qu'une solide coopération internationale,

reconnaissant que lever les obstacles à l'égalité en matière de santé peut renforcer la résilience des communautés,

rappelant le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Convention relative aux droits de l'enfant et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, qui constituent un cadre juridique important pour le renforcement de la protection contre les inégalités en matière de santé dont sont victimes les femmes et les enfants,

rappelant en outre la résolution 2 de la XXX^e Conférence internationale, qui reconnaît la relation de partenariat spécifique entre les pouvoirs publics et les Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Sociétés nationales) en leur qualité d'auxiliaires dans le domaine humanitaire, un partenariat qui entraîne des responsabilités et avantages réciproques. En accord avec les pouvoirs publics, les Sociétés nationales assurent des services humanitaires, dont beaucoup contribuent à lever les obstacles à l'accès aux soins et à rendre plus équitable la fourniture de services de prévention, de traitement, de soins et de soutien,

1. *appelle* les États et les Sociétés nationales, conformément au statut spécial d'auxiliaires des pouvoirs publics dont elles jouissent dans le domaine humanitaire, à collaborer pour s'employer à réduire les inégalités en matière de santé, ce qui implique, en premier lieu, de lever les obstacles à l'accès aux services de santé reproductive, maternelle, néonatale et infantile par le biais d'une approche axée sur les besoins qui repose sur les droits de l'homme, l'accent étant mis particulièrement sur les droits de l'enfant;
2. *encourage* des organisations internationales telles que les Nations Unies, l'Organisation mondiale de la Santé et la Banque mondiale, ainsi que les organisations régionales concernées, à intensifier leurs efforts pour réduire les inégalités en matière de santé, notamment en mettant en œuvre la Déclaration politique de Rio sur les déterminants sociaux de la santé, adoptée en 2011 ;
3. *invite* à établir, aux niveaux communautaire, national, régional et mondial, des partenariats avec les États, la société civile, les donateurs et le secteur privé en vue de réduire les inégalités en matière de santé le plus rapidement et le plus efficacement possible ;
4. *encourage vivement* les États et appelle les Sociétés nationales à travailler de concert et à mener une action résolue dans les trois domaines clés suivants, définis de façon à orienter une approche stratégique fondée sur les besoins pour lutter contre les inégalités en matière de santé : 1) fourniture de services de soins de santé, 2) promotion des connaissances, et 3) engagement en faveur de l'égalité entre les sexes et de la non-discrimination.

I. Fourniture de services de soins de santé : assurer aux femmes et aux enfants des services de prévention, de traitement, de soins et de soutien, au moment et à l'endroit où ils sont nécessaires

Les Sociétés nationales sont appelées à :

- 1) redoubler d'efforts pour combler le fossé entre les communautés et les structures de santé, et entre les soins avant la grossesse et les soins à l'enfant, et pour accroître l'accès aux services de prévention, de traitement, de soins et de soutien pour les femmes et les enfants ainsi que les adolescents et les jeunes adultes qui, sinon, ne pourraient pas en bénéficier ou n'y auraient qu'un accès limité;

- 2) établir des liens avec les États et les organisations de la société civile pour étudier, évaluer et mesurer, au moyen des cadres et outils existants, les inégalités en matière de santé et les effets des politiques et des programmes visant à les réduire;
- 3) utiliser leur statut d'auxiliaires des pouvoirs publics à tous les niveaux pour établir un dialogue, examiner les plans de santé existants et, le cas échéant, plaider pour l'égalité;
- 4) assurer le suivi et l'évaluation des progrès accomplis sur la voie de l'égalité en matière de santé, notamment en ce qui concerne l'accès aux services de santé reproductive, maternelle, néonatale et infantile, ainsi qu'aux services de santé destinés aux adolescents et aux jeunes adultes, et la qualité de ces services;

Les États sont vivement encouragés à :

- 5) lever les obstacles juridiques et réglementaires dans le secteur structuré de la santé et dans les autres services publics où ils existent;
- 6) allouer les ressources disponibles du secteur de la santé en fonction des besoins;
- 7) veiller à ce que des soins de santé de qualité soient disponibles et sûrs, accessibles et abordables, et adaptés au contexte local, pour toutes les femmes et tous les enfants;
- 8) s'employer à améliorer les services de prévention, de traitement, de soins et de soutien pour les femmes et les enfants qui ont le moins accès aux soins de santé, sans porter atteinte à la qualité de ces services pour les autres secteurs de la société;
- 9) encourager le secteur structuré de la santé à adopter des pratiques non discriminatoires et à améliorer la qualité et la nature des rapports entre patient et soignant, en renforçant les pratiques éthiques et les normes professionnelles en matière de soins de santé. Plusieurs mesures sont possibles, par exemple afficher les droits des patients dans les centres de santé, adopter des chartes de déontologie, constituer des commissions d'éthique indépendantes et former les personnels de santé aux pratiques éthiques et soucieuses de l'égalité des sexes;
- 10) s'attaquer à la pénurie critique de ressources humaines dans le domaine de la santé et soutenir les stratégies nationales de fidélisation, de formation et de déploiement de ces ressources;
- 11) mener des recherches plus approfondies sur les inégalités en matière de santé dans les pays où, en plus du fardeau de la procréation, les femmes portent une part disproportionnée des maladies chroniques.

II. Promotion des connaissances : fournir aux femmes et aux enfants, ainsi qu'aux adolescents et aux jeunes adultes, des informations exactes et fiables sur la santé et encourager les comportements sains

Les Sociétés nationales sont appelées à :

- 1) intensifier et évaluer les efforts déployés pour fournir des informations exactes et fiables sur la santé reproductive, maternelle, néonatale et infantile;

- 2) intensifier et évaluer les efforts déployés pour encourager les comportements sains et appropriés et éliminer les obstacles locaux à une maternité sans risque et à une enfance saine ;
- 3) mener des activités de sensibilisation aux comportements sains et renforcer les partenariats avec les États et les organisations de la société civile pour en élargir la portée ;

Les États sont vivement encouragés à :

- 4) reconnaître qu'une éducation de qualité, solide et à jour en matière de santé est essentielle pour réduire les inégalités dans ce domaine et permettre aux femmes et, le cas échéant, aux enfants, aux adolescents et aux jeunes adultes de prendre de façon autonome des décisions éclairées concernant la santé ;
- 5) prendre en main la fourniture d'une éducation sur les comportements et les pratiques favorables à la santé qui tiennent compte du contexte local ;
- 6) veiller à ce que les campagnes d'éducation ciblent les besoins en information de la population dans son ensemble et s'intéressent tout particulièrement aux besoins des personnes en situation de vulnérabilité ;
- 7) stimuler une action multisectorielle visant à encourager des choix sains ;
- 8) élaborer des politiques qui encouragent les comportements sains et soient propices aux stratégies de promotion de la santé ;
- 9) faire appel aux organisations de la société civile pour mettre en œuvre des campagnes d'information sur la santé.

III. Engagement en faveur de l'égalité entre les sexes et de la non-discrimination : promouvoir l'égalité entre les sexes et la non-discrimination et mettre fin à la violence à l'égard des femmes et des enfants

Les Sociétés nationales sont appelées à :

- 1) intensifier les efforts déployés pour favoriser l'intégration sociale par le biais de programmes axés sur la non-discrimination et par l'élimination de la violence à l'égard des femmes et des enfants ;
- 2) montrer la voie à suivre en matière d'égalité entre les sexes dans leurs propres politiques et programmes et servir de modèle aux pouvoirs publics, aux organisations de la société civile et au secteur privé ;
- 3) encourager, en tant qu'auxiliaires des pouvoirs publics, les États à adopter le principe d'égalité dans les législations et les politiques publiques, et donner l'exemple en ce qui concerne le respect des droits de l'enfant en prenant en compte les besoins et les droits de l'enfant dans l'élaboration des programmes et des politiques et en servant de modèle aux États, aux organisations de la société civile et au secteur privé ;

- 4) encourager les femmes à participer davantage à la prise de décisions et à s'appropriier ces décisions, et donner aux hommes les moyens d'assumer leurs responsabilités en matière d'activité sexuelle et de paternité;

Les États sont vivement encouragés à :

- 5) prendre un engagement ferme en ce qui concerne l'égalité entre les sexes, la non-discrimination et l'élimination de la violence à l'égard des femmes et des enfants, dans les constitutions, les législations et les politiques nationales, notamment les politiques relatives à la santé, et en assurer le respect par le biais de mécanismes appropriés;
- 6) intégrer une démarche soucieuse de l'égalité entre les sexes dans les programmes et les politiques;
- 7) donner aux femmes et aux filles des moyens d'agir, et associer les hommes et les garçons à cette démarche dans la planification et la mise en place d'actions de proximité pour l'égalité entre les sexes, la non-discrimination et l'élimination de la violence à l'égard des femmes et des enfants, et engager les hommes et les garçons à remettre en question les préjugés sexistes néfastes;
- 8) accorder une attention spéciale au développement du jeune enfant dans toutes les politiques et tous les services sociaux et de santé publics.

Résolution 7 de la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

RENFORCER LES CADRES NORMATIFS ET LEVER LES BARRIÈRES RÉGLEMENTAIRES À L'ATTÉNUATION DES CATASTROPHES, À L'INTERVENTION ET AU RELÈVEMENT

La XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Conférence internationale),

préoccupée par l'impact toujours plus prononcé des catastrophes naturelles sur la vie, les moyens de subsistance et le bien-être des populations partout dans le monde, en particulier des communautés les plus pauvres et les plus vulnérables,

rappelant la résolution 4 de la XXX^e Conférence internationale, en 2007, portant adoption des Lignes directrices relatives à la facilitation et à la réglementation nationales des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe (appelées aussi « Lignes directrices IDRL ») et encourageant les États à les utiliser,

rappelant les résolutions 65/264 et 65/133 de 2010, 64/251 et 64/76 de 2009, et 63/141, 63/139 et 63/137 de 2008 de l'Assemblée générale des Nations Unies, ainsi que les résolutions 2010/1 de 2010, 2009/3 de 2009, et 2008/36 de 2008 du Conseil économique et social des Nations Unies, qui encouragent aussi les États à renforcer la réglementation de l'aide internationale en cas de catastrophe, notamment en tenant compte des Lignes directrices IDRL,

rappelant l'objectif final 3.1 de l'Agenda pour l'action humanitaire adopté en 2003 par la XXVIII^e Conférence internationale, qui appelait les États à « examiner leurs lois et leurs politiques en vigueur pour intégrer pleinement les stratégies de réduction des risques liés aux catastrophes dans tous les instruments juridiques, politiques et de planification pertinents afin de prendre en compte les facteurs sociaux, économiques, politiques et environnementaux qui influencent la vulnérabilité aux catastrophes »,

rappelant le Cadre d'action de Hyogo de 2005, qui appelait les États, notamment, à veiller à ce que la réduction des risques de catastrophe soit une priorité nationale et locale et à ce qu'il existe, pour mener à bien les activités correspondantes, un cadre institutionnel solide, notamment en se dotant de cadres législatifs, institutionnels et de politique générale, en allouant les ressources nécessaires et en encourageant la participation des collectivités,

notant qu'à la 15^e session de l'Assemblée générale de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Fédération internationale), en 2005, les Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Sociétés nationales) ont décidé de renforcer la capacité de la Fédération internationale et de ses membres de fournir des abris d'urgence pour répondre aux besoins humanitaires que créent les catastrophes naturelles et ont soutenu la proposition faite par la Fédération internationale au Coordonnateur des secours d'urgence de jouer à cet égard un rôle directeur dans le système mondial des « groupes sectoriels »,

saluant les documents de référence de la Fédération internationale sur les progrès accomplis dans la mise en œuvre des Lignes directrices IDRL, sur la législation et la réduction des risques de catastrophe au niveau local, et sur le démantèlement des obstacles réglementaires à la fourniture rapide et équitable d'abris d'urgence et de logements de transition après une catastrophe,

saluant les progrès importants accomplis à ce jour en ce qui concerne la mise en œuvre des Lignes directrices IDRL au niveau national dans certains États et l'intégration de leur utilisation aux échelons régional et mondial,

prenant note avec préoccupation du constat de la Fédération internationale selon lequel les cadres juridiques et institutionnels de nombreux États restent insuffisants pour gérer les problèmes réglementaires courants dans les opérations internationales d'urgence,

prenant note avec préoccupation des constats communs de la Fédération internationale, de l'Examen à mi-parcours du Cadre d'action de Hyogo réalisé par la Stratégie internationale des Nations Unies de prévention des catastrophes (SIPC), et des enquêtes 2009 et 2011 du Réseau mondial des organisations de la société civile pour la réduction des catastrophes, selon lesquels les progrès dans la mise en œuvre d'une action efficace en matière de réduction des risques sont souvent chancelants au niveau local et de nombreuses communautés estiment ne pas être suffisamment impliquées et soutenues,

prenant note avec préoccupation du constat de la Fédération internationale selon lequel les obstacles réglementaires sont parmi les plus grandes difficultés que doivent surmonter la Croix-Rouge et le Croissant-Rouge et leurs partenaires humanitaires pour fournir des abris d'urgence et des logements de transition de façon rapide et équitable après une catastrophe et peuvent être une cause importante des souffrances prolongées des personnes touchées,

réaffirmant qu'il incombe au premier chef aux États de prendre des mesures effectives pour protéger leurs citoyens des effets des catastrophes naturelles, d'apporter l'assistance humanitaire nécessaire au lendemain d'une catastrophe et de promouvoir le relèvement, et que les Sociétés nationales, en tant qu'auxiliaires des pouvoirs publics dans le domaine humanitaire, sont déterminées à les y aider,

réaffirmant le droit souverain des États touchés de rechercher, d'accepter, de coordonner, de réglementer et de suivre les secours d'urgence et l'assistance au relèvement fournis par les acteurs prêtant assistance sur leur territoire,

Renforcer la préparation juridique aux opérations internationales d'urgence

1. *réitère* qu'il est urgent que les États soient prêts à faciliter et à réglementer toute assistance internationale d'urgence dont ils pourraient avoir besoin, pour faire en sorte que les personnes touchées reçoivent des secours appropriés en temps opportun ;
2. *appelle* les États qui n'ont pas encore utilisé les Lignes directrices IDRL à envisager de le faire ainsi qu'à examiner et, le cas échéant, à renforcer leurs cadres

- juridiques, institutionnels et/ou de politique générale nationaux avec le soutien de leur Société nationale, de la Fédération internationale, des Nations Unies et d'autres partenaires concernés;
3. *encourage* les États et les Sociétés nationales à continuer de promouvoir les Lignes directrices IDRL auprès des pouvoirs publics compétents à tous les niveaux;
 4. *invite* les organisations régionales et internationales à continuer d'utiliser les Lignes directrices IDRL dans l'élaboration et le renforcement des normes et des mécanismes de coopération en cas de catastrophe et d'assistance au relèvement initial;
 5. *salue* les efforts de la Fédération internationale, du Bureau de la coordination des affaires humanitaires des Nations Unies (OCHA) et de l'Union interparlementaire visant à élaborer une «loi-type relative à la facilitation et à la réglementation des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe» pour aider les États intéressés à incorporer les recommandations des Lignes directrices IDRL dans leurs cadres juridiques;
 6. *invite* à la poursuite des consultations avec les États et d'autres parties prenantes sur l'utilisation de la loi-type en tant qu'outil de référence;

Renforcer la réduction des risques de catastrophe à l'échelon local par le biais de la législation

7. *réaffirme* que la législation est l'un des outils essentiels dont disposent les États pour garantir qu'il est effectivement tenu compte des risques de catastrophe;
8. *affirme* que la législation nationale est l'un des instruments qui peuvent promouvoir les activités de réduction des risques à l'échelon local ainsi que l'autonomisation des communautés dans ce domaine;
9. *encourage* les États à examiner, avec le soutien de leurs Sociétés nationales respectives, de la Fédération internationale et d'autres partenaires concernés, comme le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), leurs cadres législatifs à tous les niveaux pour déterminer s'ils:
 - a. font de la réduction des risques de catastrophe une priorité de l'action à l'échelon local;
 - b. encouragent la cartographie des risques de catastrophe à l'échelon local;
 - c. encouragent l'accès des communautés à l'information sur la réduction des risques de catastrophe;
 - d. encouragent la participation des représentants des communautés, des Sociétés nationales, d'autres acteurs de la société civile et du secteur privé aux activités de réduction des risques de catastrophe au niveau local;
 - e. allouent un financement adéquat aux activités de réduction des risques de catastrophe au niveau local;
 - f. veillent à ce que la planification du développement prenne dûment en compte la diversité locale des profils de risque, de l'exposition et la vulnérabilité aux risques et des analyses coûts-avantages;

- g. garantissent la pleine application des codes de construction, des réglementations relatives à l'utilisation des sols et d'autres incitations juridiques, en tenant compte des domaines de compétences des divers échelons de gouvernement dans les pays, pour réduire les risques de catastrophe au niveau local, sans empiéter inutilement sur les moyens d'existence ou les droits; et
 - h. encouragent une redevabilité rigoureuse concernant les résultats des activités de réduction des risques au niveau local;
10. *invite* les Sociétés nationales et les États à coopérer en diffusant largement des informations sur la législation existante en matière de réduction des risques de catastrophe au niveau local;

Surmonter les obstacles réglementaires à la fourniture rapide et équitable d'abris d'urgence et de logements de transition après une catastrophe

11. *affirme* qu'il est important de trouver des solutions pratiques (formelles et informelles) pour surmonter rapidement les obstacles réglementaires à la fourniture d'abris d'urgence et de logements de transition après une catastrophe;
12. *appelle* les États, les composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et les organisations humanitaires compétentes à faire tous les efforts pour assurer une assistance équitable en matière d'hébergement à toutes les personnes dans le besoin, y compris celles qui possèdent des titres officiels de propriété foncière ou immobilière, celles qui n'en possèdent pas, ainsi que les femmes et les hommes;
13. *encourage* les États à examiner, avec le soutien de leurs Sociétés nationales respectives, de la Fédération internationale et d'autres partenaires concernés, comme les Nations Unies et la Banque mondiale, leurs cadres et procédures réglementaires existants en matière d'hébergement après une catastrophe, pour déterminer s'ils:
- a. contiennent des dispositions permettant de rapidement assigner et/ou provisoirement réquisitionner des terres pour établir des abris d'urgence et des logements de transition, au besoin;
 - b. définissent comment apporter une assistance en matière d'hébergement aux personnes qui n'ont pas le titre de propriété de leur habitation endommagée ou détruite;
 - c. réduisent la possibilité que des ambiguïtés ou des différends relatifs à la propriété foncière ou immobilière retardent ou entravent la fourniture d'abris d'urgence et de logements de transition;
 - d. autorisent des normes de construction adaptées au contexte de l'hébergement d'urgence et/ou de transition; et
 - e. comprennent des mesures visant à atténuer le risque accru de corruption associé à la fourniture d'une assistance au lendemain d'une catastrophe naturelle;

Renforcer le soutien et les partenariats

14. *encourage* les Sociétés nationales, en tant qu'auxiliaires des pouvoirs publics de leur pays dans le domaine humanitaire, à continuer de fournir des conseils et un soutien au gouvernement de leur pays dans l'élaboration de cadres juridiques et de politique générale efficaces en matière de gestion des catastrophes à tous les niveaux, en particulier concernant les domaines d'intérêt mentionnés dans la présente résolution ;
15. *demande* à la Fédération internationale de continuer à apporter un soutien aux Sociétés nationales et aux États dans le domaine de la législation relative aux catastrophes, en particulier concernant les domaines d'intérêt mentionnés dans la présente résolution, par le biais d'une assistance technique, du renforcement des capacités, de la mise au point d'outils, de modèles et de lignes directrices, ainsi que d'activités de sensibilisation et de recherche continues ;
16. *invite* la Fédération internationale et les Sociétés nationales à continuer de renforcer leurs partenariats avec les parties prenantes concernées dans le domaine de la législation relative aux catastrophes, notamment l'OCHA, la SIPC, le PNUD et la Banque mondiale, ainsi que d'autres organisations internationales, régionales et non gouvernementales et des experts universitaires ;

Assurer la diffusion et l'examen

17. *invite* les États, la Fédération internationale et les Sociétés nationales à diffuser la présente résolution auprès des parties prenantes concernées, notamment en la portant à l'attention des organisations internationales et régionales concernées ;
18. *affirme* le rôle de la Conférence internationale en tant qu'enceinte internationale essentielle de dialogue sur le renforcement de la législation relative aux catastrophes et sur les activités de relèvement, en synergie avec les actions menées par les États et les organisations internationales ;
19. *demande* à la Fédération internationale, en consultation avec les Sociétés nationales, de soumettre un rapport de situation sur la mise en œuvre de la présente résolution à la XXXII^e Conférence internationale.

**Résolution 8 de la XXXI^e Conférence internationale
de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge**

**MISE EN ŒUVRE DU PROTOCOLE D'ACCORD ET DE L'ACCORD
SUR DES ARRANGEMENTS OPÉRATIONNELS DATÉS
DU 28 NOVEMBRE 2005
ENTRE LE CROISSANT-ROUGE PALESTINIEN
ET LE MAGEN DAVID ADOM D'ISRAËL**

La XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge,

1. *prend note* de l'adoption, le 26 novembre 2011, de la résolution 5 du Conseil des Délégués sur la mise en œuvre du Protocole d'accord et de l'Accord sur des arrangements opérationnels datés du 28 novembre 2005 entre le Croissant-Rouge palestinien et le Magen David Adom d'Israël (voir texte de la résolution en annexe);
2. *approuve* ladite résolution.

Annexe – Résolution 5

RÉSOLUTION ADOPTÉE

**MISE EN ŒUVRE DU PROTOCOLE D'ACCORD ET DE L'ACCORD
SUR DES ARRANGEMENTS OPÉRATIONNELS DATÉS
DU 28 NOVEMBRE 2005
ENTRE LE CROISSANT-ROUGE PALESTINIEN ET
LE MAGEN DAVID ADOM D'ISRAËL**

Le Conseil des Délégués,

rappelant le Protocole d'accord signé le 28 novembre 2005 par le Croissant-Rouge palestinien et le Magen David Adom d'Israël, en particulier les dispositions suivantes :

1. *Le Magen David Adom d'Israël et le Croissant-Rouge palestinien agiront en conformité avec le cadre juridique applicable au territoire palestinien occupé par Israël en 1967, notamment la IV^e Convention de Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.*
2. *Le Magen David Adom d'Israël et le Croissant-Rouge palestinien reconnaissent que le Croissant-Rouge palestinien est la Société nationale autorisée sur le territoire palestinien, et que ce territoire est situé dans la zone géographique des activités opérationnelles et des compétences du Croissant-Rouge palestinien. Le Magen David Adom d'Israël et le Croissant-Rouge palestinien respecteront chacun la juridiction de l'autre et agiront conformément aux Statuts et au Règlement du Mouvement [international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Mouvement)].*

3. *Après que le Protocole additionnel III aura été adopté et lorsque le Magen David Adom d'Israël aura été admis par l'Assemblée générale de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge [(Fédération internationale)] :*
- a. *Le Magen David Adom d'Israël fera en sorte de ne pas avoir de section en dehors des frontières de l'État d'Israël reconnues sur le plan international,*
 - b. *Les activités opérationnelles d'une Société qui se déroulent dans la juridiction de l'autre Société seront menées conformément à la disposition relative au consentement contenue dans la résolution 11 de la Conférence internationale de 1921,*

prenant note du rapport qui lui a été présenté par M. Pär Stenbäck, le moniteur indépendant nommé par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et la Fédération internationale, avec l'accord du Magen David Adom d'Israël et du Croissant-Rouge palestinien et à la demande de la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Conférence internationale), pour suivre les progrès réalisés dans la mise en œuvre du Protocole d'accord et de l'Accord sur des arrangements opérationnels conclus le 28 novembre 2005 entre le Croissant-Rouge palestinien et le Magen David Adom d'Israël, et *remerciant* le moniteur pour son travail,

rappelant la résolution 5 adoptée par le Conseil des Délégués le 25 novembre 2009 concernant la mise en œuvre du Protocole d'accord et de l'Accord sur des arrangements opérationnels conclus entre le Croissant-Rouge palestinien et le Magen David Adom d'Israël,

rappelant la résolution 5 adoptée par la XXX^e Conférence internationale concernant la mise en œuvre du Protocole d'accord et de l'Accord sur des arrangements opérationnels conclus entre le Croissant-Rouge palestinien et le Magen David Adom d'Israël,

réaffirmant l'importance d'agir conformément au droit international humanitaire ainsi qu'aux Statuts, au Règlement et aux Principes fondamentaux du Mouvement,

notant que les Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Sociétés nationales) ont l'obligation de mener leurs activités conformément aux Statuts de la Fédération internationale et à la politique existante « relative à la protection de l'intégrité des Sociétés nationales et des organes de la Fédération internationale » adoptée en novembre 2009,

réaffirmant qu'une coordination efficace et positive entre toutes les composantes du Mouvement est nécessaire à la mise en œuvre pleine et entière du Protocole d'accord conclu entre le Croissant-Rouge palestinien et le Magen David Adom d'Israël,

1. *prend note* des progrès qui ont été enregistrés dans la mise en œuvre et se félicite des efforts des deux Sociétés nationales ;
2. *note avec regret* que la mise en œuvre pleine et entière du Protocole d'accord n'a pas encore été réalisée, comme le moniteur l'a observé ;

3. *demande avec insistance* au Magen David Adom d'Israël de s'acquitter sans plus tarder de ses obligations et de mener à terme les efforts en cours pour mettre ses activités en conformité avec les dispositions du Protocole d'accord relatives au champ d'action géographique ;
4. *prie* le CICR et la Fédération internationale de réaffirmer le mandat relatif au processus de suivi de la mise en œuvre du Protocole d'accord et de continuer à soutenir et renforcer ledit processus ;
5. *décide* que le processus de suivi se poursuivra jusqu'à ce que le Protocole d'accord soit pleinement mis en œuvre, et *demande* que des rapports sur le mécanisme de suivi soient présentés régulièrement, en tant que de besoin ;
6. *prie* les Sociétés nationales de répondre favorablement à toute demande d'aide et de soutien dans le cadre du processus de suivi ;
7. *prie* le CICR et la Fédération internationale de faire en sorte qu'un rapport sur la mise en œuvre du Protocole d'accord soit présenté à la prochaine session du Conseil des Délégués et, par son intermédiaire, à la Conférence internationale.

Résolution 9 de la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

NOTRE MONDE. À VOUS D'AGIR – POUR L'HUMANITÉ

La XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Conférence internationale),

prenant en considération les vues exprimées durant la Conférence internationale sur ses quatre objectifs principaux, à savoir renforcer le droit international humanitaire, renforcer la législation relative aux catastrophes, renforcer l'action humanitaire au niveau local et lever les obstacles aux soins de santé,

se félicitant des nombreux engagements pris par les membres et les observateurs de la Conférence internationale pour parvenir à ces quatre objectifs principaux,

prenant note avec satisfaction des mesures adoptées par les États et par les composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Mouvement) pour mettre en œuvre les résolutions et la Déclaration « Ensemble pour l'humanité », ainsi que les engagements connexes, comme le demande la résolution 1 de la XXX^e Conférence internationale, et *accueillant favorablement* le rapport de suivi préparé par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Fédération internationale) sur les progrès accomplis,

1. *exhorte* tous les membres de la Conférence internationale à inclure les résolutions adoptées et leurs engagements pris lors de la Conférence dans leurs efforts visant à optimiser l'interaction et les partenariats entre eux ;
2. *invite* tous les membres de la Conférence internationale à faire le point, en 2013, sur les progrès accomplis dans la mise en œuvre des résolutions de la Conférence, ainsi que de leurs engagements, et à faire rapport à la Conférence internationale en 2015 ;
3. *demande* au CICR et à la Fédération internationale de faire rapport à la XXXII^e Conférence internationale sur le suivi, par les membres de la Conférence, des résolutions et des engagements de la présente Conférence ;
4. *décide* d'organiser en 2015 une Conférence internationale, dont le lieu et la date seront fixés par la Commission permanente de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

REVUE INTERNATIONALE de la Croix-Rouge

La version originale de la *Revue internationale de la Croix-Rouge* est publiée en anglais quatre fois par an, au printemps, en été, en automne et en hiver.

Une sélection annuelle d'articles est publiée au niveau régional en arabe, chinois, espagnol, français et russe.

Les articles publiés dans la *Revue* sont accessibles gratuitement en ligne sur le site: www.icrc.org/fre/resources/international-review

Présentation des manuscrits

La *Revue internationale de la Croix-Rouge* sollicite des articles sur des sujets touchant à la politique, à l'action et au droit international humanitaires. La plupart des numéros sont consacrés à des thèmes particuliers, choisis par le Comité de rédaction, qui peuvent être consultés sur le site web de la *Revue* dans la rubrique «Futurs thèmes de la *Revue internationale de la Croix-Rouge*». Les contributions portant sur ces sujets sont particulièrement appréciées.

Les articles peuvent être rédigés en anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe. Les articles choisis sont traduits en anglais, si nécessaire.

Les articles ne doivent pas avoir été publiés, présentés ou acceptés ailleurs. Ils font l'objet d'un examen collégial; la décision finale de les publier est prise par le rédacteur en chef. La *Revue* se réserve le droit d'en réviser le texte. La décision d'accepter, de refuser ou de réviser un article est communiquée à l'auteur dans les quatre semaines suivant la réception du manuscrit. Les manuscrits ne sont pas rendus aux auteurs.

Les manuscrits peuvent être envoyés par courriel à: review@icrc.org

Règles de rédaction

L'article doit compter entre 5000 et 10 000 mots. Les textes plus courts peuvent être publiés dans la section «Commentaires et opinions».

Pour de plus amples informations, veuillez consulter les Informations à l'intention des auteurs et les Règles de rédaction, notes de bas de page, citations et questions de typographie sur le site web de la *Revue*:

www.icrc.org/fre/resources/international-review

Sélection française

Dès 2011, la *Revue internationale de la Croix-Rouge* publiera deux à quatre sélections françaises thématiques par année. Leurs contenus rassembleront une sélection d'articles parmi ceux figurant dans les quatre numéros annuels de la version anglaise de la *Revue internationale de la Croix-Rouge* (*International Review of the Red Cross*).

Les commandes de Sélection française doivent être faites via le eShop du CICR, à l'adresse suivante:

<https://shop.icrc.org/publications/international-humanitarian-law.html>

©cicr

L'autorisation de réimprimer ou de republier un texte paru dans la sélection française doit être obtenue auprès du rédacteur en chef. Les demandes sont à adresser à l'équipe éditoriale.

Photo de couverture: Afghanistan.

© CICR/VOETEN, Teun Anthony

Éditorial

Vincent Bernard, Rédacteur en chef

Interview de Raja Shehadeh

Juriste et écrivain palestinien, Ramallah

Débat « Le droit de l'occupation est-il applicable à la phase d'invasion ? »

Marten Zwanenburg, Michael Bothe et Marco Sassòli

Les dilemmes de la protection des civils des territoires occupés : l'exemple précurseur de la Première Guerre mondiale

Annette Becker

Comment déterminer le début et la fin d'une occupation au sens du droit international humanitaire

Tristan Ferraro

Le droit de l'occupation belligérante devant la Cour suprême israélienne

David Kretzmer

Occupation transformative et impulsion unilatéraliste

Gregory H. Fox

L'emploi de la force en période d'occupation : maintien de l'ordre public et conduite des hostilités

Kenneth Watkin

Les obligations relatives aux droits de l'homme dans le cadre de l'occupation militaire

Noam Lubell

Résolutions du Conseil des Délégués de 2011 et de la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

Genève, 26 novembre – 1er décembre 2011



CICR

ISSN 1560-7755
4179/001

[www.icrc.org/fre/resources/
international-review](http://www.icrc.org/fre/resources/international-review)