

# MYTHES ET RÉALITÉS DE L'APPLICATION DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE AUX OCCUPATIONS DITES «TRANSFORMATIVES»(\*)

PAR

**Vaios KOUTROULIS**

DOCTORANT EN DROIT, CHERCHEUR AU CENTRE DE DROIT INTERNATIONAL  
DE L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES, BOURSIER DE L'ULB

## RÉSUMÉ

L'occupation de l'Irak par les forces armées de la coalition dirigée par les Etats-Unis et le Royaume-Uni en 2003 a donné lieu à un débat juridique intense sur la pertinence du droit international humanitaire applicable aux situations d'occupation militaire et, plus particulièrement, sur le droit de la puissance occupante d'introduire des changements institutionnels et législatifs dans le territoire occupé. Il s'agit de la thèse selon laquelle le droit de l'occupation étant inadapté à régir les occupations à des fins de transformation (occupations dites «transformatives»), ces dernières seraient soumises à des règles différentes que celles applicables aux situations «classiques» d'occupation. Cette thèse, qui forme l'objet de la présente étude, revient à invoquer l'objectif de l'occupation comme élément conditionnant l'application du droit de l'occupation. Après une présentation de l'argumentation militant en faveur de l'introduction des dérogations au droit de l'occupation pour les situations d'occupation «transformatives», il est démontré que l'objectif de l'occupation ne constitue pas une base juridique valable pour l'introduction de telles dérogations. D'une part, les instruments pertinents du DIH n'accordent à l'objectif de l'occupation aucun rôle dans l'application du droit de l'occupation et les preuves pour une évolution coutumière allant dans ce sens font défaut. D'autre part, il n'existe pas de règles externes au DIH qui imposeraient l'objectif de l'occupation en tant que condition de l'application des règles du droit de l'occupation. Ceci ne signifie pas pour autant que le DIH est aussi rigide et inadapté qu'on ne le laisse entendre. Au contraire, la présente étude suggère des mécanismes qui permettent au droit de l'occupation de tenir compte de spécificités de certaines occupations, illustrant ainsi l'adaptabilité de ce droit.

Il n'y a pas de guerre sans victimes. L'intervention des forces armées de la coalition dirigée par les Etats-Unis et le Royaume-Uni en Irak en mars 2003 et l'occupation qui l'a suivie n'en constituent pas une exception. Ce

(\*) Le présent article fait partie d'une étude plus générale sur les règles régissant le début et la fin de l'application du droit de l'occupation, qui est en voie de publication par les éditions A. Pedone.

conflit armé n'a pas uniquement connu des attaques militaires. Il a aussi été à l'origine d'attaques «juridiques» de forte intensité contre les règles du droit international humanitaire (ci-après : DIH ou *jus in bello*) et, plus particulièrement, contre celles applicables en matière d'occupation militaire.

Une illustration en est donnée par le conseiller juridique au Département d'Etat des Etats-Unis, John B. Bellinger III, qui, dans son discours du 9 septembre 2005 à l'Institut international du droit humanitaire de San Remo, a déclaré que :

«much of the conventional law of war — including the 1907 Hague Regulations and the 1949 Geneva Conventions — are based on concepts of conflict from the last century that do not necessarily address political and economic realities of the 21st century» (1).

En réalité, l'offensive majeure est menée par la doctrine :

«occupation law is unsuitable for nation-building (...); an inherently unsuitable body of international law that ostensibly places undue restrictions on the occupiers» (2);

«[t]he era of UN-mandated military interventions and deployments after World War II (...) renders a full application of occupation law inappropriate and even undesirable in many situations. (...) Occupation law was not designed to transform society» (3);

«the international law of occupation is meant to govern an outdated model of occupation. Humanitarian and regime change interventions have birthed a new model of occupation for which nation-building is the overriding policy goal. However, nation-building is antithetical to the traditional law of occupation. (...) The international law of occupation has been largely replaced by an evolving «de facto modern law of occupation» in which multilateralism serves as an alternative source of legitimacy and guidance. (...) The dated assumptions and policy goals of the international law of occupation render it unable to govern or confer legitimacy on this new model of occupation» (4).

Face à ces attaques, le Comité international de la Croix-Rouge (ci-après : C.I.C.R.), œuvrant pour la protection des victimes dans le cadre d'un conflit armé et selon le mandat que lui ont confié les Etats parties aux Conventions de Genève et à leurs Protocoles additionnels, ne pouvait rester passif. Dans un rapport préparé pour la XXX<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (26-30 novembre 2007), le Comité fait état de la situation :

«[L]e droit de l'occupation a (...) été remis en cause au motif qu'il n'est pas adapté aux caractéristiques complexes des situations d'occupation plus récentes. Les réticences de certains États à accepter l'applicabilité du droit de l'occupa-

(1) J.B. BELLINGER III, *Legal Adviser address to International Institute of Humanitarian Law in San Remo*, 9 septembre 2005, disponible sur : <http://www.state.gov/s/l/2005/87240.htm> (consulté le 14/04/2008).

(2) M. PATTERSON, «Who's Got the Title? or, The Remnants of Debellatio in Post-Invasion Iraq», *H.I.L.J.*, vol. 47, 2006, pp. 469, 473.

(3) D.J. SCHEFFER, «Beyond Occupation Law», *A.J.I.L.*, vol. 97, 2003, pp. 848, 851.

(4) G.T. HARRIS, «The Era of Multilateral Occupation», *Berkeley J. Int'l. L.*, vol. 24, 2006, pp. 2-3.

tion à des situations dans lesquelles ils sont impliqués ont été justifiées au motif que ces situations diffèrent considérablement de l'occupation classique par une force belligérante et qu'elles devraient être régies par un ensemble de règles plus spécifiques que le droit de l'occupation ne le permet actuellement» (5).

Le droit international humanitaire applicable aux occupations militaires semble dès lors être remis en question. L'occupation de l'Irak ayant donné lieu aux prises de position susmentionnées, serait-il justifié d'inclure le droit de l'occupation parmi les victimes de cette occupation ?

Le contexte général de l'occupation de l'Irak n'a pas vraiment besoin de présentation; on se limitera donc ici à un rappel des faits principaux : le 19 mars 2003 (20 mars en Irak), une coalition menée par les Etats-Unis et le Royaume-Uni a lancé l'opération militaire appelée «Iraqi freedom» contre l'Irak (6); le 9 avril, Bagdad tombait sous le contrôle de la coalition (7); le 15 avril le président Bush déclarait que «the regime of Saddam Hussein is no more (...) [c]entralized power of the dictator has ended (...)» (8), et le lendemain il affirmait que «the Iraqi people are now free (...) organized military resistance is virtually ended; the major cities of Iraq have been liberated» (9). Le 1<sup>er</sup> mai, le président américain annonçait expressément la fin des opérations militaires actives (10). Dans une lettre du 8 mai 2003, les Etats membres de la coalition communiquaient au Président du Conseil de sécurité des Nations Unies leur intention d'administrer l'Irak à titre temporaire, agissant par l'intermédiaire de l'Autorité provisoire de la coalition (11).

(5) C.I.C.R., *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Document préparé par le C.I.C.R. pour la XXX<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Doc. 30IC/07/8.4, Genève, octobre 2007, p. 33, disponible sur : [http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/30-international-conference-working-documents-121007/\\$File/30IC\\_8-4\\_IHLchallenges\\_Report&Annexes\\_FRA\\_FINAL.pdf](http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/30-international-conference-working-documents-121007/$File/30IC_8-4_IHLchallenges_Report&Annexes_FRA_FINAL.pdf) (consulté le 14/12/2007).

(6) G.W. BUSH, *President Bush Addresses the Nation*, Office of the Press Secretary, 19 mars 2003, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/03/20030319-17.html> (consulté le 12/12/2007). Voir aussi «Middle East — Arab World, Iraq, US-led invasion», *Keesing's Record of World Events*, vol. 49, 2003, pp. 45313 et suiv.

(7) D.H. RUMSFELD, *Department of Defence News Briefing — Secretary Rumsfeld and Gen. Myers*, 9 avril 2003, Procès verbal du discours, Ministère de la Défense des Etats-Unis, Office du Ministre de la Défense adjoint (Affaires publiques), disponible sur : <http://www.defenselink.mil/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2339> (consulté le 12/12/2007); «Middle East — Arab World, Iraq, Fall of Saddam», *Keesing's Record of World Events*, vol. 49, 2003, p. 45371.

(8) G.W. BUSH, *President's Remarks on Iraq from the Rose Garden*, Office of the Press Secretary, 15 avril 2003, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/04/20030415-10.html> (consulté le 12/12/2007).

(9) G.W. BUSH, *President Bush Outlines Progress in Operation Iraqi Freedom*, Office of the Press Secretary, 16 avril 2003, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/04/20030416-9.html> (consulté le 12/12/2007).

(10) G.W. BUSH, *President Bush Announces Major Combat Operations in Iraq Have Ended*, Office of the Press Secretary, 1 mai 2003, disponible sur : <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/05/20030501-15.html> (consulté le 12/12/2007).

(11) Doc. NU S/2003/538, *Lettre datée du 8 mai 2003, adressée au Président du Conseil de sécurité par les Représentants permanents des Etats-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord auprès de l'Organisation des Nations Unies*, 8 mai 2003, p. 1, <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/353/20/pdf/N0335320.pdf?OpenElement> (visité le 12/12/2007).

Sur la base du Chapitre VII, le Conseil de sécurité a adopté, le 22 mai 2003, la résolution 1483 entérinant l'administration du territoire iraquien par l'Autorité, qualifiant les États-Unis et le Royaume-Uni de «puissances occupantes» et définissant les objectifs de la reconstruction de l'infrastructure du pays (12). La résolution 1483 (2003) touche directement aux règles «de substance» du droit de l'occupation et est perçue par certains États et par une partie de la doctrine comme modifiant leur contenu et leur portée (13). Dans le droit fil des accusations relatives au caractère inadapté du droit de l'occupation, cette résolution a été saluée comme une «mise à jour» de ce droit, une adaptation — bien nécessaire — des règles régissant l'occupation belligérante aux réalités nouvelles (14).

De manière générale, l'occupation de l'Irak a constitué la toile de fond d'un débat relatif aux pouvoirs de la puissance occupante d'introduire des changements institutionnels et législatifs dans le territoire occupé. Cela a donné lieu à une doctrine qui semble plaider en faveur de l'existence d'une catégorie juridique particulière d'occupation, potentiellement soumise à un

(12) S/Rés. 1483 (2003), adoptée le 22 mai 2003, <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/368/54/PDF/N0336854.pdf?OpenElement> (consulté le 14/12/2007).

(13) La déclaration du représentant français suite à l'adoption de la résolution 1483 est indicative :

«La résolution que nous venons d'adopter reconnaît aux puissances occupantes des compétences étendues dans le cadre du droit international humanitaire»;

S/PV. 4761, 22 mai 2003, p. 4, <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/PRO/N03/367/59/PDF/N0336759.pdf?OpenElement> (consulté le 20/12/2007). Le Secrétaire d'État britannique chargé des Affaires extérieures et du Commonwealth a invoqué la résolution 1483 pour défendre la légalité de l'ordonnance 39 et de la politique économique poursuivie par l'Autorité en Irak :

«The Government are therefore satisfied that Security Council Resolution 1483 provides a sound legal basis for the policy goals of the CPA Foreign Investment Order»;

House of Commons Hansard Debates, 20 novembre 2003, column 1304W, [http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200203/cmhansrd/vo031120/text/31120w37.htm#31120w37.html\\_spnew8](http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200203/cmhansrd/vo031120/text/31120w37.htm#31120w37.html_spnew8) (visité le 20/12/2007). Parmi la doctrine, voir à titre indicatif D. J. SCHEFFER, *op. cit.*, *supra*, note 3, pp. 844-847; M. ZWANENBURG, «Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the law of occupation», *R.I.C.R.*, vol. 86, 2004, pp. 757-759 et 765-767; R. WOLFRUM, «Iraq — From Belligerent Occupation to Iraqi Exercise of Sovereignty: Foreign Power versus International Community Interference», *Max Planck U.N.Y.B.*, vol. 9, 2005, pp. 16-17; K. H. KAIKOBAD, «Problems of Belligerent Occupation: the Scope of Powers Exercised by the Coalition Provisional Authority in Iraq, April/May 2003 — June 2004», *I.C.L.Q.*, vol. 54, 2005, p. 264. Selon M. HMOUD, les négociations de la résolution 1483 (2003) démontrent que les États Unis et le Royaume Uni ont exigé un cadre normatif plus souple que celui du Règlement de La Haye et de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, M. HMOUD, «The Use of Force against Iraq: Occupation and Security Council Resolution 1483», *C.I.L.J.*, vol. 37, 2003-2004, pp. 448-449.

Voir *contra* McCarthy, qui soutient qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments pour démontrer que la résolution 1483 visait à introduire de modifications ou des exceptions au droit de l'occupation, C. MCCARTHY, «The Paradox of the International Law of Military Occupation: Sovereignty and the Reformation of Iraq», *J.C.S.L.*, vol. 10, 2005, pp. 66-70; S. SILINGARDI, «Occupazione bellica e obblighi delle potenze occupanti nel campo economico», *Riv. dir. int.*, vol. LXXXIX, 2006, p. 1026; G.H. FOX, «The Occupation of Iraq», *G. J. Int'l. L.*, vol. 36, 2005, pp. 254-262.

On ne tranchera pas la question de savoir si la résolution 1483 introduit effectivement des dérogations au droit de l'occupation. Aux fins de notre analyse, il suffit que cet argument ait été évoqué et que la résolution ait été interprétée comme introduisant de telles dérogations.

(14) É. BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford/Princeton, Princeton University Press, 2004, préface, pp. x-xi.

autre régime des règles que celui du droit de l'occupation. Il s'agit de l'occupation «à des fins de transformation» ou, comme il en sera fait référence dans le cadre du présent article, l'occupation «transformative».

Comme le C.I.C.R. l'admet dans son rapport précité, certains prétendent que, lorsqu'une occupation a comme objectif «la transformation d'un système oppressif» ou encore «la reconstruction d'une société qui s'effondre», les dispositions du DIH qui interdisent la modification de l'ordre législatif et institutionnel du territoire occupé peuvent être mises à l'écart (15). Une telle thèse fait dépendre le droit applicable dans une situation d'occupation de l'objectif de celle-ci. L'objectif de l'occupation revendique dès lors une place parmi les conditions de l'application du droit de l'occupation. C'est la validité de cette thèse qui fera l'objet de la présente étude.

Les règles du droit international humanitaire qui régissent les situations d'occupation belligérante forment la grille de notre analyse. Il s'agit notamment des dispositions relatives à l'occupation contenues dans le Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la IV<sup>e</sup> Convention de La Haye de 1907 (ci-après : Règlement de La Haye) (16) et la Convention (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, adoptée le 12 août 1949 (ci-après : IV<sup>e</sup> Convention de Genève) (17). On s'y référera comme «droit de l'occupation». On l'aura compris, seule l'occupation militaire, ou occupation belligérante, entre dans l'objet de cette étude. Par occupation militaire, il est entendu toute situation d'occupation qui répond à la définition de l'occupation contenue dans les instruments du DIH, à savoir la définition de l'article 42 du Règlement de La Haye (18) et l'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève (19).

Avant de se lancer dans l'analyse de la thèse relative à l'occupation «transformative», trois remarques préliminaires s'imposent.

Dans un premier temps, il importe de préciser que cette étude fera abstraction de l'influence de la résolution 1483 sur l'application du droit de l'occupation. Cette résolution constitue un précédent éloquent de l'influence que la volonté du Conseil de sécurité exprimée dans une résolution à portée obligatoire peut exercer sur le droit de l'occupation. Cependant, l'étude

(15) C.I.C.R., *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Doc. 30IC/07/8.4, *op. cit.*, *supra*, note 5, pp. 2, 33-34.

(16) 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, publié dans *Deuxième Conférence internationale de la paix, La Haye 15 juin — 18 octobre 1907, Actes et documents*, tome I, Ministère des Affaires étrangères, La Haye, Imprimerie nationale, 1907, pp. 636 et suiv. (section III).

(17) Convention (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, adoptée le 12 août 1949, *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, tome I, Berne, Département politique fédéral, pp. 299 et suiv. (titre III, sections I et III).

(18) Règlement de La Haye, *op. cit.*, *supra*, note 16, p. 636. Pour le texte de l'article voir *infra*, note 46.

(19) IV<sup>e</sup> Convention de Genève, *op. cit.*, *supra*, note 17, p. 294. Pour le texte de l'article voir *infra*, note 46.

étant axée sur l'objectif de l'occupation en tant que source des dérogations au droit de l'occupation, on ne se penchera pas sur la question de savoir si le Conseil de sécurité peut valablement modifier la portée des règles du droit de l'occupation (20). On ne s'attardera pas non plus sur la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes à travers les mesures prises par une puissance occupante. Cette question, relevant de la problématique plus générale de l'interaction entre le droit de l'occupation et le droit à l'autodétermination, mérite une analyse particulière qui ne sera pas entreprise dans le cadre limité de cet article (21).

Dans un deuxième temps, il convient de relever que les principales règles visées sont celles limitant l'introduction des changements au système institutionnel, politique et juridique du territoire occupé (notamment les articles 43 du Règlement de La Haye et 47 et 64 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève (22)). Une partie de la doctrine favorable à la transformation du système institutionnel ou de l'ordre juridique de l'État occupé par la puissance occupante soutient qu'une telle transformation fait partie des pouvoirs accordés à l'occupant par les dispositions précitées du droit de l'occupation (23). Ainsi, l'objectif transformatif d'une occupation se voit incorporé dans la portée des dispositions en question par l'intermédiaire d'une interprétation large de celles-ci. Cette doctrine est différente de celle qui nous occupera ici, dans la mesure où elle ne plaide pas pour la mise à l'écart des règles du droit de l'occupation en vertu de l'objectif poursuivi par la puissance occupante. Au contraire, son argumentation est fondée sur l'analyse de la portée des dispositions permettant certaines modifications législatives ou institutionnelles. La présente étude n'explorera pas la portée des articles précités. Elle ne se penchera dès lors pas sur la question de

(20) Voir les références citées *supra*, note 13 et R. KOLB, «L'occupation en Irak depuis 2003 et les pouvoirs du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies», *R.I.C.R.*, vol. 90, 2008, pp. 29-50. Voir aussi les chapitres pertinents de notre étude précitée sur le début et la fin de l'application du droit de l'occupation.

(21) Sur cette interaction voir Y. JUNG, «In Pursuit of Reconstructing Iraq: Does Self-Determination Matter?», *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, vol. 33, 2004-2005, pp. 391-410; J. CARDONA LLORENS, «Le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et l'occupation étrangère», dans *Mélanges offerts à Jean Salmon — Droit du pouvoir, pouvoir du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 855-873; I. SCOBIE, «An Intimate Disengagement: Israel's withdrawal from Gaza, the Law of Occupation and of Self-Determination», *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 11, 2007, pp. 3-31, ainsi que le chapitre pertinent de notre étude précitée.

(22) Pour le texte des articles voir *infra*, notes 36 et 37 et le texte y relatif.

(23) Y. DINSTEIN, *Legislation Under Article 43 of the Hague Regulations: Belligerent Occupation and peacebuilding*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research (H.P.C.R.), Harvard University, Occasional Paper Series, Fall 2004, pp. 10-11, <http://www.hpcr.org/pdfs/OccasionalPaper1.pdf> (consulté le 11/12/2007). J.C. Yoo, «Iraqi Reconstruction and the Law of Occupation», *U. C. Davis J. Int'l L. & Pol'y*, vol. 11, 2004-2005, pp. 15-22; l'auteur, ancien employé au Département de l'État américain au moment de l'intervention en Irak, plaide en faveur du droit des États-Unis de reconstruire profondément l'Irak, droit qui repose principalement sur une interprétation très (voire trop) extensive des articles 43 du Règlement de La Haye et 64 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève. Voir aussi la position plus nuancée de C. MCCARTHY, *op. cit.*, *supra*, note 13, pp. 59-66.

savoir si les transformations institutionnelles et les modifications législatives introduites par l'occupant sont permises par ces articles. L'analyse qui suit porte uniquement sur la thèse relative à l'occupation dite «transformative» qui invoque l'objectif de l'occupation comme source juridique *directe* de l'introduction de dérogations aux règles du droit de l'occupation.

Enfin, comme il sera aisé de le constater dans l'analyse exposée ci-après, l'argumentation relative à l'occupation «transformative» n'est pas très élaborée quant à l'étendue des dérogations qu'elle vise à imposer au droit de l'occupation «classique». Il semble que toute éventualité est laissée ouverte : exclure l'application de certaines dispositions dès le début de l'occupation tout autant que limiter le champ d'application de certaines autres dans des phases ultérieures de l'occupation. Il convient également de mettre en garde contre le caractère ambigu de l'argumentation en faveur de l'occupation «transformative» : le discours poursuivant un but légitimateur des interventions institutionnelles des puissances occupantes, les arguments avancés oscillent entre la *lex ferenda* et la *lex lata*. Les considérations relevant de la première échappent à l'analyse juridique entreprise dans cette étude.

Ces précisions opérées, on procèdera à l'évaluation de la conformité de la thèse de l'occupation «transformative» aux règles du droit de l'occupation. Dans un premier temps, la thèse en question sera présentée et les raisons avancées pour justifier l'application d'un droit spécifique à cette forme d'occupation seront décrites (I). Dans un second temps, seront identifiées et examinées les bases juridiques sur lesquelles cette thèse repose afin de déterminer si elles peuvent être retenues comme sources valables de dérogations au droit de l'occupation (II).

#### I. — L'OCCUPATION DITE «TRANSFORMATIVE» : UNE NOUVELLE CATÉGORIE D'OCCUPATION ?

L'occupation dite «transformative» ou «de transition» est une forme d'occupation prétendument distincte et exceptionnelle. Cette appellation ne figure dans aucun instrument conventionnel du DIH. L'expression «occupation transformative» a été utilisée par la doctrine pour décrire des formes d'occupation dont la caractéristique essentielle est de réorganiser le système administratif du territoire occupé, dans des proportions telles que cette réorganisation s'apparente à un changement de régime (24). Le professeur A. Roberts en donne la définition suivante :

(24) Voir N. BHUTA, «The Antinomies of Transformative Occupation», *E.J.I.L.*, vol. 16, 2005, pp. 733-739; E. BENVENISTI, *op. cit.*, *supra*, note 14, pp. x-xi; D.P. GOODMAN, «The need for Fundamental Change in the Law of Belligerent Occupation», *Stan. L. Rev.*, vol. 37, 1984-1985,

«[occupation] whose stated purpose (whether or not actually achieved) is to change states that have failed, or have been under tyrannical rule» (25);

et précise ensuite que :

«[u]nderlying all consideration of transformative occupation is the fact that it is not a temporary wartime occupation, liable to be ended by the fortunes of war or a peace agreement. Rather, it typically arises *after* a war — whether civil or international — and/or after a foreign military intervention; and it is likely to end in a different way, as stable government emerges in the territory itself. In such circumstances, the *jus in bello* is unlikely to be a perfect fit» (26).

Une remarque préliminaire s'impose afin de clarifier la notion d'occupation «transformative». Qu'une telle occupation advienne *après une période de guerre* («after a war»), comme le précise Roberts, pose des problèmes par rapport au régime juridique auquel elle serait soumise. Si l'on se réfère à une occupation qui a lieu après la fin d'un conflit armé — donc en dehors d'un conflit armé — celle-ci n'est pas une occupation belligérante. Ainsi, elle n'est pas régie par les règles du *jus in bello* relatives à l'occupation et sort du cadre de notre analyse (27). Cependant, étant donné que Roberts examine la notion précisément du point de vue de l'application des règles du *jus in bello* et utilise comme précédent principal celui de l'occupation belligérante de l'Irak, il faut lire «*after a war*» comme signifiant «après la fin des hostilités actives» (28).

Le passage suivant du manuel des forces armées du Royaume-Uni est intéressant pour la question qui nous occupe :

«in cases where troops are sent in to a collapsed state to restore law and order, it may not always be possible to conclude a civil affairs agreement with the authorities of the country concerned in advance so that there will be de facto military rule by the liberating power. The rules of international law applied to occupied territory should, so far as possible, be applied by analogy until an agreement is concluded» (29).

Le manuel plaide pour une application par analogie du droit de l'occupation au lieu d'une application directe en se fondant, semble-t-il, sur le caractère défaillant de l'État sur le territoire duquel les troupes seront déployées ainsi que sur l'objectif de la présence de ces troupes, à savoir «to restore law

pp. 1591-1596; K. HOMI KAIKOBAD, *op. cit.*, *supra*, note 13, pp. 260-261; M. OTTOLENGHI, «The Stars and Stripes in Al-Fardos Square : the Implications for the International Law of Belligerent Occupation», *Fordham L. Rev.*, vol. 72, 2003-2004, pp. 2200-2218.

(25) A. ROBERTS, «Transformative Military Occupation : Applying the Laws of War and Human Rights», *A.J.I.L.*, vol. 100, 2006, p. 580 (ci-après : «Transformative Occupation...»).

(26) *Ibid.*, p. 619 (souligné par l'auteur).

(27) Voir *supra*, introduction, notes 18-19 et le texte y relatif.

(28) A. ROBERTS, «Transformative Occupation...», *op. cit.*, *supra*, note 25, pp. 582 et suiv. et 608 et suiv.

(29) UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 275, para. 11.1.2 (références omises).



and order». Ainsi, même si en l'occurrence son analyse se réfère plutôt à l'administration d'un territoire par les Nations Unies ou par une autre organisation internationale (30), les arguments avancés contiennent des éléments qui peuvent se rattacher à la théorie de l'occupation «transformative».

Les précédents qui ont inspiré la proclamation par la doctrine de cette nouvelle forme d'occupation ne sont pas nombreux. Les occupations de l'Allemagne et du Japon, à l'issue de la deuxième guerre mondiale, sont mentionnées comme les deux premiers cas d'occupation «transformative» (31). À part ces deux cas «précurseurs», il n'existe en réalité qu'un seul autre précédent, celui sur lequel la théorie de l'occupation «transformative» est calquée : c'est l'occupation de l'Irak à la suite de l'intervention américano-britannique en 2003 (32).

Afin d'appréhender les conséquences que l'objectif «transformatif» d'une occupation est censé avoir sur l'applicabilité du DIH, il est utile de reproduire *in extenso* l'argumentation du professeur David Scheffer :

«a society in political, judicial, and economic collapse or a society that has overthrown a repressive leader and seeks radical transformation requires far more latitude for transformational development than would be anticipated under these documents [*i.e.* la IV<sup>e</sup> Convention de Genève et le Règlement de La Haye]. The society may require revolutionary changes in its economy (including a leap into robust capitalism), rigorous implementation of international human rights standards, a new constitution and judiciary, and a new political structure (most likely consistent with principles of democracy) never contemplated by occupation law. (...) The occupation clauses of the Fourth Geneva Convention are far more relevant to a belligerent occupation than to an occupation designed to liberate a society from its repressive governance

(30) *Ibid.* Le passage qui précède celui cité dans le texte se lit comme suit :

«Nor does this chapter [*i.e.* relatif à l'occupation militaire] apply to cases of international administration of territory, for example by the United Nations or other international organizations, which will usually be governed by a complex of legal instruments establishing and regulating such administrations».

Les cas de la Somalie et du Timor oriental sont cités à titre d'exemple (*ibid.*, note 6).

(31) La *Court of Criminal Appeal* établie dans la zone allemande sous le contrôle britannique a invoqué l'objectif de l'occupation de l'Allemagne par les Alliés en lien avec la non application du Règlement de La Haye à cette situation :

«it must not be assumed that we regard the Hague Regulations as having any general application to the present occupation of Germany. The Military Government of Germany is unprecedented in its nature and has ideological and preventive objects which, although they may never previously have been the objects of any occupier of the territory of a defeated power, are in full accord with the principles underlying international relations».

*Grahame v. The Director of Prosecutions*, British Zone of Control, Control Commission, 26 juillet 1947, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, vol. 14, 1947, p. 233.

(32) N. BHUTA, *op. cit.*, *supra*, note 24, pp. 734-735. Roberts, même s'il se réfère à plusieurs occupations «designed to affect the political order in the territory concerned», n'examine en détail que les trois précédents de l'Allemagne, du Japon et de l'Irak, A. ROBERTS, «Transformative Occupation...», *op. cit.*, *supra*, note 25, pp. 601 et suiv.

and transform it as a nation guided by international norms and the self-determination of its liberated populace» (33).

Et l'auteur de conclure que :

«the presumption that the entire body of occupation law best protects the civilian population, because that is what it was originally designed to accomplish, probably would not hold up under the circumstances of a liberation sanctioned by the UN Security Council and the subsequent challenge of transforming a society deeply scarred by the repressive government that ruled prior to the military intervention that ended it. Occupation law was not designed to transform society. (...) liberating armies that operate with international authority, advance democracy, and save civilian populations from atrocities should be regulated by a modern occupation regime that can be created under the UN Charter» (34).

Les articles qui semblent être principalement visés par la doctrine de l'occupation «transformative» sont ceux qui limitent la possibilité pour la puissance occupante d'introduire les modifications institutionnelles considérées comme nécessaires (35). Il s'agit notamment de l'article 43 du Règlement de La Haye et 64 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève. Le premier stipule 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 pays» (36).

L'article 64 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève prévoit 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 Convention. Sous réserve de cette dernière considération et de la nécessité d'assurer l'administration effective de la justice, les tribunaux du territoire occupé continueront à fonctionner pour toutes les infractions prévues par cette législation.

La Puissance occupante pourra toutefois soumettre la population du territoire occupé à des dispositions qui sont indispensables pour lui permettre de remplir ses obligations découlant de la présente Convention, et d'assurer

(33) D.J. SCHEFFER, *op. cit.*, *supra*, note 3, p. 849. Scheffer nuance quelque peu son propos en concédant que le droit de l'occupation sera applicable même à un occupant «bénévole»; il insiste pourtant sur le fait que des interprétations «qualifiées» (*qualified interpretations*) seront peut-être nécessaires.

(34) *Ibid.*, p. 851. Voir aussi B. S. BROWN, «Intervention, Self-Determination, Democracy and the Residual Responsibilities of the Occupying Powers in Iraq», *U. C. Davis J. Int'l. L. & Pol'y*, vol. 11, 2004-2005, pp. 41-45, qui considère que la promotion de la démocratie et de l'état de droit remettent en question la règle de l'article 43 du Règlement de La Haye (notamment p. 43).

(35) C.I.C.R., *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, *op. cit.*, *supra*, note 5, pp. 33-34 :

«on peut dire qu'il y a eu une divergence croissante entre le droit de l'occupation, qui exige que les lois et les institutions en place soient respectées, et la nécessité subjective de changer fondamentalement une société sous occupation dans certaines circonstances».

(36) Règlement de La Haye, *op. cit.*, *supra*, note 16, p. 636.

l'administration régulière du territoire ainsi que 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» (37).

Il existe également des positions plus nuancées qui concèdent que le droit de l'occupation reste, en principe, applicable aux occupations «transformatives». Les défenseurs de cette approche font appel au Conseil de sécurité afin que les dérogations «transformatives» au droit de l'occupation puissent se prévaloir de la valeur juridique (et de la légitimité) d'une résolution (38). Un accent particulier est mis ici sur l'applicabilité des droits de l'homme aux situations d'occupation. Steven Ratner plaide pour une limitation de l'applicabilité du DIH aux seules situations d'hostilités actives (de résistance de la part de la population) et suggère que, pour le reste, les situations d'occupation doivent être régies par les droits de l'homme «to the maximum extent feasible» (39).

Ces différentes positions doctrinales sont illustratives de l'idée sur laquelle repose l'argumentation relative à l'occupation «transformative» : le droit de l'occupation est inadapté aux nouvelles réalités des occupations contemporaines. Selon cette théorie, le Règlement de La Haye et la IV<sup>e</sup> Convention de Genève reflètent une vision de l'occupation figée aux modèles en cours au 19<sup>e</sup> siècle (40), lorsque l'occupation était uniquement une technique de combat, par essence temporaire et lorsque l'occupant ne s'intéressait ni à la protection de la population civile, ni à l'administration du territoire. Cette théorie intègre également l'idée que l'évolution de la communauté internationale et du droit international a affecté les caractéristiques décrites ci-avant. Les intérêts étatiques ne priment plus sur les intérêts des individus. Le droit international confère des droits aux personnes et aux peuples. Les individus peuvent revendiquer ces droits même contre leur propre gouvernement. Ainsi, les occupations contemporaines peuvent valablement avoir pour objectif de changer un régime qui viole systématiquement le droit international et les occupants contemporains peuvent valablement modifier de fond en

(37) IV<sup>e</sup> Convention de Genève, *op. cit., supra*, note 17, p. 306. L'article 47 de la IV<sup>e</sup> Convention est aussi pertinent (p. 303) :

«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».

(38) S.R. RATNER, «Foreign Occupation and International Territorial Administration : The Challenges of Convergence», *E.J.I.L.*, vol. 16, 2005, p. 710; A. ROBERTS, «Transformative Occupation...», *op. cit., supra*, note 25, p. 622.

(39) S.R. RATNER, *op. cit., supra*, note 38, p. 709; A. ROBERTS, «Transformative Occupation...», *op. cit., supra*, note 25, pp. 589 et suiv.

(40) J.B. BELLINGER III, *op. cit., supra*, note 1; M. OTTOLENGHI, *op. cit., supra*, note 24, p. 2203.

comble le mode d'administration d'un territoire afin de le conformer au droit international (41). Aussi, le droit de l'occupation ne peut ignorer ces évolutions et doit-il changer. Pour reprendre les termes de Benvenisti, qui développe l'argument avec éloquence :

«International law has evolved significantly since the time these two instruments [*i.e.* le Règlement de La Haye et la IV<sup>e</sup> Convention de Genève] were drafted. The fundamental concepts of human rights and self-determination of peoples (...) have not been duly reflected in the constituting documents of the law of occupation. (...) The law of occupation had to adapt itself to offer responses to enormous challenges such as the effort at transforming a previous dictatorship into a complex constitutional democracy, the rebuilding of its economy, and the management of its natural resources (...); the Security Council (...) had to adapt a law that initially reflected the premise that kings were the sovereigns (...) to a new philosophy — the philosophy of international *humanitarian* law — which posited that peoples were the true sovereigns and that human rights had to be respected. These fundamental changes in international law required the law of occupation to revise its approach toward the consequences of the downfall of the domestic regime and take into due account the relevancy of human rights law» (42).

Ainsi qu'il ressort des prises de position citées ci-dessus, il convient de distinguer une occupation belligérante d'une «occupation designed to liberate a society from its repressive governance and transform it» (43). La deuxième catégorie d'occupation ne serait pas soumise aux mêmes règles du droit de l'occupation que la première. La théorie de l'occupation «transformative» revient dès lors à considérer que l'objectif de l'occupation peut avoir une influence directe sur l'application du droit de l'occupation. Ebrahim Afsah analyse cette influence avec perspicacité. En commentant sur un discours de G.W. Bush dans lequel le président américain se réfère à l'importance de répandre la liberté en tant qu'outil contre le terrorisme (44), Afsah explique :

(41) Particulièrement illustrative à cet égard est la «définition» de la puissance occupante donnée par Dr. K.R. HOLMES, Secrétaire d'Etat adjoint des Etats-Unis :

«This resolution recognizes the authority of the coalition forces in Iraq under the obligations and rights of the Fourth Geneva Convention, and also the Hague regulations, as an occupying power. That's a term that is used in the Geneva Conventions. And that means that the (...) coalition provisional authority (...) will be taking the lead during this interim period, not only in reconstructing and rebuilding Iraq in the near-term, in terms of getting humanitarian aid and relief delivered, but also in helping the Iraqi people and facilitating the Iraqi people and reconstructing a process by which they can choose their own future government», Conférence de presse, *Understanding United Nations Resolution 1483*, Washington, 23 mai 2003, disponible sur : <http://fpc.state.gov/fpc/20930.htm> (consulté le 20/12/2007).

(42) E. BENVENISTI, *op. cit.*, *supra*, note 14, pp. x-xi (souligné par l'auteur).

(43) Aux termes de D.J. SCHEFFER, *supra*, note 33 et le texte y relatif; A. ROBERTS, «Transformative Occupation...», *op. cit.*, *supra*, note 25 et le texte y relatif.

(44) E. AFSAH, «Limits and Limitations of Power: The Continued Relevance of Occupation Law», *German Law Journal*, vol. 7, 2006, p. 587. Les propos commentés sont les suivants :

«we'll wage a comprehensive strategy to defend our country, and we will use every asset at our disposal. And one of the most powerful assets we have is freedom. Free nations do not breed resentment. Free nations do not export terror. Free nations become allies in the war against terror. By spreading freedom, we help [to] keep the peace».

«(...) motivations matter. Those of the «other» matter because such states «breed resentment and export terror,» but «our» motivations matter, too, because they serve to «spread freedom and keep the peace» and are thus by definition benevolent and benign. *With regard to the law of occupation, this differentiation is taken up and the restrictions placed upon the occupant are rejected because they fail to take into account the benevolent intentions of the Coalition.* The restrictive nature of the rules of belligerent occupation were designed to prevent the exploitation of a given territory and its inhabitants by a hostile occupant, they are inapplicable in a situation where the external power is in effect the agent of the liberation of the population. (...) While thus technically a belligerent occupant, it is claimed that its benign motivations make it effectively a trustee exercising operational control on behalf of that population, if not the international community» (45).

Le motif de l'occupation se voit dès lors érigé en une des conditions d'application des règles de l'occupation. On ne peut manquer de rappeler ici la remarque faite dans l'introduction de cet article concernant le caractère ambigu de la thèse relative à l'occupation «transformative». Les arguments avancés par la doctrine en faveur de l'occupation «transformative», eu égard à la pénurie de pratique internationale en la matière, semblent s'inscrire davantage dans le domaine de la *lex ferenda* que dans celui de la *lex lata*. Cela étant, il sied de confronter cette argumentation au droit de l'occupation. L'occupation dite «transformative» constituerait-elle une catégorie spécifique d'occupation à laquelle les règles du droit de l'occupation (en tout ou en partie) ne s'appliquent pas ?

## II. — LE REJET DE L'OBJECTIF DE L'OCCUPATION COMME ÉLÉMENT INFLUENÇANT DIRECTEMENT L'APPLICATION DU DROIT DE L'OCCUPATION

Pour que les règles applicables à une occupation soient susceptibles de varier en fonction de son objectif, de deux choses l'une : ou bien l'objectif d'une occupation est prévu par les instruments de DIH comme condition influençant l'application du droit de l'occupation ; ou bien une telle influence tire sa force obligatoire d'une autre règle juridique externe au DIH et supérieure à celui-ci. Comme on le verra par la suite, d'une part, le DIH ne prévoit pas l'objectif d'une occupation comme élément conditionnant l'application du droit de l'occupation (A) et, d'autre part, d'autres règles juridiques ne peuvent pas être invoquées comme fondement des dérogations au droit de l'occupation (B).

(45) *Ibid.* (nous soulignons).

A. — *L'objectif n'est pas prévu par les règles du DIH  
comme condition de l'application du droit de l'occupation*

Il sera démontré ici que le DIH n'envisage aucune différence dans l'application du droit de l'occupation en fonction de l'objectif d'une occupation. A cette fin, il sera établi, d'une part, que les instruments conventionnels ne subordonnent pas le déclenchement de l'application de tout ou partie du droit de l'occupation à l'objectif assigné à l'occupation (1) et, d'autre part, qu'une évolution coutumière éventuelle qui attribuerait à l'objectif «transformatif» d'une occupation le pouvoir de modifier l'application du DIH n'est pas intervenue (2).

1. *Le Règlement de La Haye et la IV<sup>e</sup> Convention de Genève ne prévoient pas l'objectif de l'occupation en tant que condition de l'application du droit de l'occupation*

La simple lecture des articles régissant le début de l'application du droit de l'occupation, à savoir l'article 42 du Règlement de La Haye et l'article 2 commun des Conventions de Genève (46) permet de saisir que l'objectif ne fait aucunement partie des conditions du déclenchement de l'application de ce droit. En effet, ni les différentes définitions de l'occupation défendues pendant les conférences de Bruxelles et de La Haye (47), ni les définitions proposées par la doctrine de l'époque (48) n'incluaient l'objectif de l'occu-

(46) L'article 42 du Règlement de La Haye (*op. cit.*, *supra*, note 16, p. 636) se lit 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».

Les paragraphes pertinents de l'article 2 commun (IV<sup>e</sup> Convention de Genève, *op. cit.*, *supra*, note 17, p. 294) stipulent que :

«(...) la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties Contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles.

La Convention s'appliquera également dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie Contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire».

(47) Deuxième commission, deuxième sous-commission, sixième séance, 6 juin 1899, *Conférence internationale de la Paix, La Haye, 18 mai - 29 juillet 1899*, Ministère des Affaires étrangères, nouvelle édition, La Haye, Martinus Nijhoff, 1907, pp. 93, 94; *Actes de la Conférence de Bruxelles (1874) pour régler par une entente internationale les lois de la guerre*, Bruxelles, Société belge de librairie, 1899, pp. 10, 354, 356. Pour un aperçu des travaux préparatoires de la définition de l'occupation, voir V. KOUTROULIS, «L'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)* : une lecture restrictive du droit de l'occupation?», *R.B.D.I.*, vol. XXXIX, 2006/2, pp. 713-714.

(48) A. ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, tome I, Bruxelles, A. Dewit, 1920, pp. 430-435, voir notamment la liste des définitions doctrinales citées aux pp. 430-431; E. COLBY, «Occupation under the Laws of War», *Colum. L. Rev.*, vol. 25, 1925, p. 908; R. ROBIN, *Des occupations militaires en dehors des Occupations de Guerre*, Paris, Recueil Sirey, 1913, pp. 3-7; T.A. WALKER, *The Science of International Law*, London, C.J. Clay and Sons, Cambridge University Press Warehouse, 1893, p. 347; C. BERNIER, *De l'occupation militaire en temps de guerre — Règles de conduite d'une armée sur le territoire ennemi*, Paris, L. Larose et Forcel, 1884, pp. 19-20. Voir aussi la défi-

pation parmi les conditions retenues pour la définir. Une seule position mérite qu'on s'y attarde davantage. Le professeur P. Fauchille, dans son *Traité de droit international public*, repère une thèse formulée avant la première guerre mondiale dont le défenseur comme le contenu sont d'un intérêt particulier :

«un juriconsulte italien, M. Anzilotti, estime qu'il faut distinguer deux sortes d'occupation de guerre : celle qui porte sur un territoire que l'occupant, dans la guerre qu'il fait à l'ennemi, a pour but immédiat et précis d'acquérir et celle qui a pour but un territoire sur lequel il n'a pas de semblables visées; dans le dernier cas, l'occupation ne constitue qu'un pur fait, un simple moyen d'hostilité; mais au contraire, dans le premier, elle entraîne changement de souveraineté, fait acquérir à l'occupant la souveraineté du territoire occupé» (49).

Ainsi, déjà quelques années après la Conférence de La Haye de 1907, il existait des tentatives de faire dépendre le droit applicable à une occupation de son objectif. Si l'élément central de la thèse d'Anzilotti ne portait pas *stricto sensu* sur l'application du droit de l'occupation mais sur la possibilité d'acquisition du territoire occupé par l'Etat occupant (50), le rejet de cette thèse et l'argument invoqué pour fonder un tel rejet ne sont pas dépourvus de pertinence. Fauchille affirme :

«Cette théorie a été vivement critiquée et on a présenté contre elle diverses objections. Elle conduit d'abord, a-t-on dit, à l'arbitraire et à la suppression de la notion d'occupation. Tout Etat ne pourra-t-il pas, à son gré, donner à son occupation un but de conquête, et comment saura-t-on si ce but est réel? Le caractère d'une occupation peut-il varier, suivant la volonté de l'occupant, avec les zones de territoire sur lesquelles elle porte?» (51).

On conviendra que les réserves exprimées par Fauchille sont parfaitement transposables à l'égard de la théorie de l'occupation «transformative».

Pour revenir à l'argumentation des défenseurs de l'occupation «transformative», il est peut-être exact que, à l'époque de la Conférence de Bruxelles de 1874, l'occupation était principalement conçue comme une technique de guerre, qui consistait à

«priver l'ennemi de la possession temporaire d'une partie plus ou moins grande de son territoire, afin de l'empêcher d'en tirer parti pour la continuation des hostilités, et de hâter ainsi la conclusion d'une juste paix (...) une espèce de mainmise, ou de séquestre forcé, où l'armée occupante jouerait le

dition adoptée par l'Institut de droit international dans son *Manuel des lois de la guerre sur terre* («Manuel d'Oxford»), I.D.I., Session d'Oxford, *Annuaire I.D.I.*, éd. nouvelle abrégée, 1928, pp. 707-727 (art. 41).

(49) P. FAUCHILLE, *Traité du droit international public*, partie III, tome II, Paris, Rousseau et Cie, 1921, p. 219.

(50) Même si le changement de souveraineté d'un territoire occupé signifie *ipso facto* que ce territoire sera exclu du champ d'application de l'article 42 du Règlement de La Haye (le territoire n'étant plus un territoire de «l'Etat ennemi» comme le requiert l'intitulé de la section III du Règlement, *op. cit.*, *supra*, note 16, p. 636) et, par conséquent, soustrait de l'application des règles du DIH de l'occupation.

(51) P. FAUCHILLE, *Traité du droit international public*, *op. cit.*, *supra*, note 49, p. 219.

rôle de gardienne, et où il s'agirait moins de posséder soi-même que d'empêcher la possession par autrui» (52).

Cependant, il ne saurait être prétendu que cette conception unidimensionnelle de l'occupation soit restée figée au fil des ans. Lors des négociations des Conventions de Genève, l'Allemagne et le Japon étaient sous le contrôle des Alliés, qui déclaraient avoir pour les deux pays occupés des objectifs transformatifs. Ainsi, les règles de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève relatives à l'occupation se sont négociées sous l'ombre des deux occupations qui étaient en cours et qui se distinguaient nettement des occupations conçues uniquement comme «technique de guerre». Il est dès lors difficile de soutenir qu'en 1949 les Etats n'étaient pas conscients que toutes les occupations militaires ne poursuivent pas les mêmes objectifs. Bien au contraire, les Puissances occupantes en Allemagne et au Japon, dont la position officielle était la non application du Règlement de La Haye dans les occupations en question (53), ont même utilisé l'objectif transformatif de leurs occupations pour influencer le contenu des dispositions de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève. On retiendra deux exemples : celui de l'introduction, à l'article 6 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, de la règle selon laquelle la Convention n'est pas applicable dans son entièreté en territoire occupé jusqu'à la fin de l'occupation (article 6 paragraphe 3), ainsi que celui de l'introduction, à l'article 64, de la possibilité pour la puissance occupante d'abroger ou suspendre la législation pénale du territoire occupé.

Le paragraphe 3 de l'article 6 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève stipule que la Convention reste applicable aux territoires occupés après la fin générale des opérations militaires :

«En territoire occupé, l'application de la présente Convention cessera un an après la fin générale des opérations militaires; néanmoins, la Puissance occupante sera liée pour la durée de l'occupation — pour autant que cette Puissance exerce les fonctions de gouvernement dans le territoire en question — par les dispositions des articles suivants de la présente Convention : 1 à 12, 27, 29 à 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 à 77 et 143» (54).

La règle de l'article 6 paragraphe 3 établit une application «échelonnée» du droit de l'occupation de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève. Elle semble dès lors pouvoir être invoquée en faveur d'un régime différent applicable aux occupations «transformatives» (55). La règle énoncée au premier alinéa du

(52) G. ROLIN-JAEQUEMYS, «Chronique du droit international, 1871-1874», *R.D.I.L.C.*, vol. VII, 1875, p. 99. Colby fait également état de cette conception, E. COLBY, *op. cit., supra*, note 48, pp. 915-916.

(53) A. ROBERTS, «What is a Military Occupation?», *B.Y.I.L.*, vol. LV, 1984, pp. 268-270 et les références citées.

(54) IV<sup>e</sup> Convention de Genève, *op. cit., supra*, note 17, p. 295.

(55) A. ROBERTS, «Transformative Occupation...», *op. cit., supra*, note 25, p. 589, tout en admettant que la règle de l'article 6 para. 3 «might at first sight seem relevant to transformative occupations but actually illustrates failure to come to grips with them», conclut néanmoins son analyse de l'article 6 avec l'affirmation que «Article 6 is a reminder of the old and important fact that not all occupations can be subject to exactly the same rules».



paragraphe 3 de l'article 6, à savoir la fin de l'application du droit de l'occupation un an après la fin générale des hostilités («règle d'un an»), a été introduite au futur article 6 suite à un amendement proposé par les Etats-Unis (56). Le deuxième alinéa, à savoir la liste des articles qui restent applicables jusqu'à la fin de l'occupation n'était bien évidemment pas prévu dans l'amendement (57). Le représentant du Royaume-Uni s'est exprimé en faveur de l'amendement américain en ces termes :

«l'article 43 [du Règlement de La Haye] dispose que la Puissance occupante prendra toutes mesures utiles pour le maintien de l'ordre public en respectant, autant que possible, les lois en vigueur dans le pays. Ces principes sont généralement acceptés. Les obligations de la Puissance occupante ne sauraient en excéder les limites. Prolonger ces obligations jusqu'à la conclusion d'un traité de paix serait aller beaucoup trop loin. Il suffit, pour s'en rendre compte, de penser aux difficultés évidentes que rencontrerait actuellement l'application de la Convention en Allemagne et au Japon en l'absence d'un traité de paix» (58).

L'obligation dont il est question dans l'extrait cité est bien l'obligation de respecter les lois en vigueur dans le pays occupé. C'est l'application de cette obligation jusqu'à la conclusion d'un traité de paix (*i.e.* la fin de l'occupation) que le Royaume-Uni cherchait à exclure. La référence aux occupations de l'Allemagne et du Japon indique que l'idée sous-tendant l'argumentation du représentant britannique était la nécessité d'introduire des modifications en Allemagne et au Japon en esquivant les contraintes de l'article 43 du Règlement de La Haye. Cette idée ne fut guère admise : d'une part, l'invocation subtile de l'objectif de l'occupation à travers la référence aux occupations de l'Allemagne et du Japon n'a pas trouvé de relais pendant les discussions sur l'article — même les Etats-Unis, dans l'intervention justifiant leur proposition d'amendement, ont évité de raisonner en termes

(56) Le projet de Stockholm — *i.e.* le texte approuvé par la XXVII<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge (1948) qui a servi de base aux négociations de la Conférence diplomatique de 1949 — prévoyait que l'application du droit de l'occupation cesserait avec la fin de l'occupation; voir «Projet de Convention pour la protection des personnes civiles en temps de guerre», *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, tome I, *op. cit.*, *supra*, note 17, p. 112. L'article équivalent à l'article 6 fut l'article 4 :

«Article 4 — La présente Convention s'appliquera dès le début de tout conflit visé à l'article 2. Son application cessera à la fin des hostilités ou de l'occupation, sauf en ce qui concerne les personnes protégées dont la libération, le rapatriement ou l'établissement auront lieu ultérieurement et qui, jusqu'à l'achèvement de ces opérations, resteront au bénéfice de la présente Convention».

Pour la proposition d'amendement, introduite par le délégué des Etats-Unis, M. Clattenburg, voir *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Sténographies de la Commission III (civils), tome I, C.I.C.R., pp. 3-4.

(57) Cet alinéa fut introduit suite à une proposition de la Norvège, voir Commission III, Civils, 3<sup>e</sup> séance, 27 avril 1949, *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, tome II-A, *op. cit.*, *supra*, note 17, pp. 608-609.

(58) *Ibid.*, p. 608.

d'objectif (59); d'autre part, l'obligation que le Royaume-Uni voulait éluder figure finalement dans l'article 6 §3 parmi celles applicables jusqu'à la fin de l'occupation. Il s'agit de l'article 64 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, qui s'inscrit dans le prolongement de l'article 43 du Règlement de La Haye (60).

A cet égard, le rejet d'un deuxième amendement est également significatif. Cette fois-ci c'était l'Union soviétique qui proposa de supprimer entièrement le troisième paragraphe du futur article 6, soit toute application de la Convention aux territoires occupés après la fin générale des opérations militaires (61). L'amendement visait ainsi à instaurer la fin générale des opérations militaires comme point marquant la fin de l'application de toute règle relative à l'occupation, la seule exception étant celle relative aux personnes internées. La proposition soviétique fut rejetée. Le rapporteur justifie ce rejet en se référant précisément à la nécessité d'appliquer l'article 64 jusqu'à la fin de l'occupation :

« (...) si on supprimait cet alinéa il arriverait, par exemple, que, un an après la fin des hostilités les articles 55 et suivants [futurs articles 64 et suivants] qui limitent les droits de la puissance occupante quant à la législation pénale ne seraient plus applicables. Ainsi la puissance occupante aurait les mains absolument libres pour substituer sa propre législation à celle du pays occupé (...) ni le deuxième ni le quatrième alinéa ne sauraient combler cette lacune. Il est nécessaire de maintenir une règle spéciale pour les territoires occupés » (62).

Ainsi, l'inclusion de l'article 64 parmi les dispositions applicables jusqu'à la fin de l'occupation reflète précisément la volonté de ne pas permettre à la Puissance occupante de substituer sa propre législation à celle du pays

(59) La justification de l'amendement par le délégué des Etats-Unis mérite d'être reproduite *in extenso* :

« the obligations imposed by the Convention upon the occupying power are appropriate for the period of hostilities and for the following period of serious disruption. During those periods, experience has shown, an occupying power will in fact be exercising many of the functions of Government in the occupied territory. However, *military occupation is also characterized by a progressive return of governmental responsibility to local authorities*. Indeed, the final stages of a military occupation may consist only of the presence of troops of the occupying power in connection with such entirely political matters as disarmament.

We believe that *the occupying power should be subject to the obligations of the Convention only during such time as the institutions of the occupied territory are presumably helpless to provide for the inhabitants of such territory*. The damage and disruption of a major war creates serious problems of nutrition and sanitation. The ultimate solution of such problems is not the responsibility of the occupying power.

The Allied occupation of Germany and Japan are a case in point. In both of those countries, there has been an extensive return of authority over economic matters to local officials. We think it is clear that the present responsibility of the occupying powers for the welfare of the local population of those countries is far less than during the period immediately following hostilities »; *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Sténographies de la Commission III (civils), tome I, *op. cit.*, *supra*, note 56, pp. 3-4.

(60) Pour le texte des articles 43 du Règlement de La Haye et 64 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, voir *supra*, notes 36 et 37 et le texte y relatif.

(61) M. Pachkov (URSS), *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Sténographies de la Commission III (civils), tome IV, *op. cit.*, *supra*, note 56, séance du 8 juillet 1949, pp. 24-25.

(62) Colonel Du Pasquier (Suisse), *ibid.*, pp. 25-25bis. L'amendement fut rejeté par 16 voix contre 8.

occupé, et cela indépendamment de l'objectif poursuivi par l'occupation. Dans ce sens, il doit être noté qu'aucun Etat partie à la IV<sup>e</sup> Convention n'a formulé de réserve par rapport à l'article 6 (63).

La deuxième illustration de l'utilisation des occupations de l'Allemagne et du Japon afin d'influencer le contenu des dispositions de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève a trait à l'article 64 de cette dernière. La première version de l'article 64 (alors article 55) ne donnait à la puissance occupante que la possibilité d'introduire des dispositions pénales « destinées à assurer » la sécurité des membres et des biens des forces d'occupation ou de l'administration d'occupation ainsi que des installations utilisées par lesdites forces (64). Le délégué des Etats-Unis a invoqué la nécessité de modifier le système administratif d'un pays occupé en plaidant en faveur de l'introduction dans l'article 55 (futur article 64) de la possibilité pour la puissance occupante d'abroger certaines lois discriminatoires ou racistes et c'est sans surprise qu'on retrouve l'occupation de l'Allemagne comme le précédent invoqué à l'appui d'une telle modification (65). Le représentant de Monaco, professeur Paul de Geouffre de La Pradelle, avait alors mis en garde contre les abus éventuels d'une telle dérogation et le représentant du Mexique suggérait de limiter la capacité de légiférer de la puissance occupante uniquement aux cas où la législation locale violerait les droits de l'homme (66). La thèse américano-britannique a finalement été retenue et l'article 64 dans sa version finale consacre le droit de la puissance occupante d'abroger ou suspendre notamment les lois pénales du territoire occupé qui constituent une menace pour la sécurité des forces occupantes ou un obstacle à l'application de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève. Le rapporteur de la Commission explique l'introduction de ce droit en utilisant des termes particulièrement intéressants :

(63) Pour les réserves aux Conventions de Genève voir la liste disponible sur le site du C.I.C.R., <http://www.icrc.org>.

(64) Projet de Convention pour la protection des personnes civiles en temps de guerre (Projet de Stockholm), *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, tome I, *op. cit.*, *supra*, note 17, p. 120 :

« Article 55

La législation pénale de la Puissance occupée demeurera en vigueur et ses tribunaux continueront à fonctionner pour toutes les infractions prévues par cette législation.

La Puissance occupante pourra toutefois soumettre la population du territoire occupé à des dispositions pénales destinées à assurer la sécurité des membres et des biens des forces ou de l'administration d'occupation ainsi que des installations utilisées par elles ».

(65) Commission III, Civils, 18<sup>e</sup> séance, 18 mai 1949, *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, tome II-A, *op. cit.*, *supra*, note 17, p. 654 :

« En pénétrant en territoire allemand, les troupes des Etats-Unis ont trouvé tout un réseau de dispositions pénales et judiciaires fondé sur l'idéologie nationale-socialiste et comportant notamment la discrimination raciale. Le gouvernement des Etats-Unis a estimé opportun d'abroger ces lois, incompatibles avec un système juridique digne de ce nom, et de supprimer également les tribunaux qui avaient été institués en Allemagne pour appliquer ces lois inhumaines ».

(66) *Ibid.*, p. 655.

«le Comité de Rédaction a jugé utile d'introduire, dans cet article, des dispositions destinées (...) à éviter deux cas qui se sont présentés lors de la deuxième guerre mondiale. La Puissance occupante avait d'une part trouvé dans un territoire occupé une législation contraire aux principes humanitaires généralement appliqués; d'autre part, il n'y avait plus, dans certains territoires, de tribunaux, ce qui a obligé la Puissance occupante à pourvoir elle-même à la justice normale» (67).

Le parallèle entre ce dernier extrait et les deux justifications données par la théorie de l'occupation «transformative», à savoir l'existence d'un régime totalitaire ou d'un Etat défaillant, ne saurait être méconnu.

Les prises de positions précitées ne démontrent rien de réellement étonnant : elles confirment que, dans une période où les dernières expériences relatives à l'occupation étaient les deux occupations particulièrement interventionnistes de l'Allemagne et du Japon par les Alliés, il était impossible que la conception de l'occupation soit restée figée à celle qui prévalait il y a 50 ans. Ainsi, la thèse soutenant que les occupations à caractère transformatif étaient ignorées en 1949 est démentie par les travaux préparatoires des Conventions de Genève. Les remarques formulées au cours de la conférence de 1949, montrent que les délégués ne considéraient plus l'occupation comme une simple technique de guerre; ils étaient au contraire conscients de la diversité des objectifs potentiellement poursuivis par chaque occupation (68).

Le commentaire de l'article 47 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève (69) confirme de manière on ne peut plus explicite ce constat :

«L'ingérence de la Puissance occupante dans les institutions et le Gouvernement d'un pays occupé a pour effet de transformer plus ou moins profondément la structure et l'organisation de ce pays. [L'article 47] *n'interdit pas expressément à la Puissance occupante de modifier les institutions ou le Gouvernement du territoire occupé. On peut, en effet, concevoir que certains changements soient nécessaires et même heureux*; au surplus, le texte dont il s'agit est de caractère essentiellement humanitaire: il vise à sauvegarder la personne

(67) Commission III, Civils, 43<sup>e</sup> séance, 8 juillet 1949, *ibid.*, p. 755. Voir aussi Commission III, Rapport de la Commission III à l'Assemblée plénière, *ibid.*, p. 816; Commission III, Texte élaboré par la Commission III et la Commission Mixte et révisé par la Commission de Rédaction après examen des recommandations de la Commission de Coordination, *ibid.*, p. 842.

(68) Voir également l'intervention des Etats-Unis lors des discussions sur l'article 4 (futur article 6) de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève. Pour rappel, en plaidant pour l'introduction d'une limite temporelle à l'application du droit de l'occupation d'un an après la fin générale des opérations militaires, les Etats-Unis citèrent :

«the obligations of the occupying power to the inhabitants of the occupied territory will vary with the *nature* and duration of the occupation», M. CLATTENBURG, *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Sténographies de la Commission III (civils), tome I, *op. cit.*, *supra*, note 56, p. 4 (nous soulignons). La référence à la nature de l'occupation laisse entendre que l'objectif pourrait aussi être pris en compte.

(69) Pour le texte de l'article 47 voir *supra*, note 37.

humaine et non à protéger l'Etat comme tel dans ses institutions politiques et son Gouvernement» (70).

Il découle de ce développement que le silence de la Convention sur l'objectif de l'occupation n'est pas sans signification. Les nécessités de transformation du système local sont déjà prises en considération dans la formulation de certaines des dispositions de la Convention. Or, nonobstant l'existence des précédents de l'Allemagne et du Japon, les Etats n'ont cherché ni à conditionner l'application du DIH par des considérations relatives à l'objectif de l'occupation ni à soustraire les occupations «transformatives» du champ d'application des Conventions de Genève. L'objectif de l'occupation est, très significativement, exclu des critères de l'applicabilité du droit de l'occupation (71). Si ce paramètre n'a donc jamais été introduit dans la définition conventionnelle de l'occupation, ce n'est pas par omission ou faute de l'avoir envisagé, mais parce que l'objectif de l'occupation n'était pas admis comme condition de l'existence d'une occupation ni comme condition de l'application du droit de l'occupation.

## *2. L'absence de règle coutumière introduisant l'objectif de l'occupation parmi les conditions de l'application du droit de l'occupation*

Pour ce qui est de l'émergence d'une règle coutumière introduisant une dérogation à l'application du DIH en faveur de l'occupation «transformatrice», il sera démontré que la pratique internationale requise fait largement défaut.

Comme il vient d'être exposé, les cas de l'occupation de l'Allemagne et du Japon ont été pris en considération dans l'élaboration des dispositions de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève. On ne saurait dès lors fonder des exceptions à l'application de ces dispositions sur ces précédents.

Il importe d'écartier également les précédents du Kosovo et du Timor oriental, invoqués par une partie de la doctrine comme formes d'administration de territoire dont le caractère «reconstructeur» se trouve en relation

(70) Commentaire article 47, J. S. PICTET (s.l.d.), *Commentaire — La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, C.I.C.R., 1956, (ci-après : *Commentaire IV<sup>e</sup> CG*), pp. 294-295 (nous soulignons). Les paragraphes cités se trouvent sous la section intitulé : «Changements dans les institutions ou le Gouvernement du territoire occupé». Roberts se réfère aussi au commentaire de l'article 47 mais se limite à reproduire les paragraphes initiaux de la section, dans lesquels Pictet interprète l'article 43 du Règlement de La Haye. Il retient comme «Pictet's underlying idea» le fait que «the occupying power normally has the rôle de de facto administrator» et critique «his condemnation of political interventions by occupying powers». A. ROBERTS, «Transformative Occupation...», *op. cit., supra*, note 25, p. 586. La lecture de toute la section, comme le démontre le passage cité dans le texte, prouve qu'en réalité Pictet s'avère plus flexible et «progressiste» face aux interventions politiques de la Puissance occupante que le professeur Roberts ne le laisse entendre.

(71) Dans le même sens, H.-P. GASSER, «Protection of the civilian population», dans D. FLECK (s.l.d.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 243-244, para. 527. Pour une position plus nuancée voir R. ROBIN, *op. cit., supra*, note 48, pp. 10-11, 573 et suiv.

directe avec l'occupation «transformative» (72). La question de l'applicabilité du droit de l'occupation aux administrations civiles provisoires mises en place par les Nations Unies sort du cadre de la présente analyse. Cependant, on doit s'y attarder brièvement dans la mesure où une partie de la doctrine invoque — parmi d'autres arguments — le caractère transformatif de ces administrations pour plaider contre l'applicabilité du droit de l'occupation à ces situations factuelles (73). Or, même dans le cas de telles administrations, l'objectif poursuivi ne semble pas constituer l'argument décisif pour écarter l'application du droit de l'occupation. Les Nations Unies, quand elles participent aux hostilités, sont des sujets du droit international humanitaire et peuvent dès lors, si la situation factuelle le justifie, voir le droit de l'occupation s'appliquer également à leur égard (74). La raison pour laquelle les règles du droit de l'occupation n'ont pas été appliquées *de jure* dans les précédents connus des administrations internationales transitoires peut être considérée comme résidant notamment dans le consentement donné par l'Etat sur le territoire duquel la force administrante s'est développée (75). Le

(72) S.R. RATNER, *op. cit.*, *supra*, note 38, pp. 695-719.

(73) UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, *supra*, note 29, p. 275, para. 11.1.2. Voir aussi R. KOLB — G. PORRETTO — S. VITÉ, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales, Forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 222-225; les auteurs qualifient le régime des administrations civiles transitoires de *sui generis* (p. 225) et argumentent ainsi :

«(...) le Conseil de sécurité, en prévoyant la mise en place d'institutions destinées à modifier le droit et les institutions de ces deux régions [*i.e.* du Timor oriental et du Kosovo] a voulu créer des situations qui devaient s'écarter du champ d'application matérielle du droit international de l'occupation et qui appelaient, par conséquent, l'identification d'un régime juridique particulier. Pareille transformation tient à la nature particulière des ACIT [administrations civiles internationales transitoires]. (...) le déploiement des présences internationales dans ce contexte sert un intérêt général, celui de la communauté internationale (...) Inversement, l'occupation répond à un intérêt particulier, celui de l'Etat occupant (...)» (p. 223).

Voir aussi S. VITÉ, «L'applicabilité du droit international de l'occupation militaire aux activités des organisations internationales», *R.I.C.R.*, vol. 86, n° 853, 2004, pp. 25-26; D. SHRAGA, «Military Occupation and UN Transitional Administrations — The Analogy and its Limitations», dans M.G. KOHEN (s.l.d.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber Amicorum Lucius Caflish*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 495-496.

(74) Voir à titre purement indicatif, E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 234-237; C. GREENWOOD, «International Humanitarian Law and United Nations Military Operations», *Y.I.H.L.*, vol. 1, 1998, p. 28; A. RYNKER, «Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies», *R.I.C.R.*, vol. 81, 1999, pp. 795-805; M. ZWANENBURG, «Pieces of the Puzzle : Peace Operations, Occupation and the Use of Force», *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, vol. 45, 2006, pp. 240-243.

(75) S/Rés. 1244 (1999), para. 5, adoptée le 10 juin 1999 (Kosovo); S/Rés. 1264 (1999), considérant 10 du préambule, adoptée le 15 septembre 1999 et S/Rés. 1272 (1999), adoptée le 25 octobre 1999 (Timor oriental), disponibles sur : <http://www.un.org> (visité le 23/12/2007). Voir aussi M. SASSOLI, «Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers», *E.J.I.L.*, vol. 16, 2005, pp. 689-690; M.J. KELLY — T.L.H. McCORMACK — P. MUGGLETON — B.M. OSWALD, «Legal aspects of Australia's involvement in the International Force for East Timor», *R.I.C.R.*, vol. 83, n° 841, 2001, pp. 101-139.

La position présentée ne constitue pas, bien évidemment, la seule appréciation juridique possible des faits en cause. Pour des avis en faveur de l'application du droit de l'occupation, voir J. CERONE, «Minding the Gap : Outlining KFOR Accountability in Post-Conflict Kosovo»,

cas des administrations transitoires ne peut donc pas cautionner l'argument selon lequel l'objectif transformatif de l'administration d'un territoire aurait une influence quelconque sur le régime des règles applicables.

En revanche, le précédent de l'Irak est d'un intérêt particulier dans la recherche d'une pratique faisant preuve d'une évolution coutumière qui ferait de l'objectif de l'occupation une condition de l'application du droit de l'occupation. L'objectif transformatif de l'intervention et de l'occupation de l'Irak a été largement utilisé par les Etats de la coalition. En effet, leur présence militaire en Irak et l'exercice de l'administration dans ce pays ont été justifiés par la nécessité de s'assurer que «one brutal dictator is not replaced by another» (76) et de reconstruire radicalement le pays en le dotant d'institutions démocratiques et d'un système social libéral (77). Néanmoins, le discours des Etats de la coalition, loin d'être un discours juridique, relève plutôt de la politique ou de la morale : l'objectif de l'occupation est plutôt invoqué comme justification des actes de la coalition, comme élément de légitimation de la présence étrangère en Irak et de l'occupation (78), que comme base juridique expresse de la légalité des transformations entreprises en Irak. Il n'est dès lors pas aisé d'y discerner des prises de position juridiques, liant directement le changement de régime à la nécessité de déroger au droit de l'occupation.

On pourrait entrevoir des reflets de la thèse examinée dans la lettre du 8 mai 2003 envoyée par les Etats-Unis et le Royaume-Uni au Président du

*E.J.I.L.*, vol. 12, 2001, pp. 483-485; T.H. IRMSCHER, «The Legal Framework for the Activities of the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo : The Charter, Human Rights, and the Law of Occupation», *G.Y.I.L.*, vol. 44, 2002, pp. 374-387.

(76) But annoncé déjà le 26 février 2003, avant même le début des hostilités, G.W. BUSH, *President Discusses the Future of Iraq*, discours devant le American Enterprise Institute, Washington, 26 février 2003, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/02/20030226-11.html> (visité le 19/12/2007); voir aussi G.W. BUSH, *President Bush Announces Major Combat Operations in Iraq Have Ended*, *op. cit.*, *supra*, note 10 :

«The transition from dictatorship to democracy will take time, but it is worth every effort. Our coalition will stay until our work is done. Then we will leave, and we will leave behind a free Iraq».

(77) Le discours initial de la coalition était que ses forces armées ne se trouvaient pas en Irak en tant qu'occupants mais comme libérateurs, voir M. GROSSMAN, Under Secretary of State for Political Affairs, *Assisting Iraqis with Their Future — Planning for Democracy*, Conférence de presse, Washington, 19 mars 2003, <http://fpc.state.gov/fpc/18836.htm> (visité le 19/12/2007); M. GROSSMAN, Under Secretary of State for Political Affairs, *Interview by Lebanese Broadcasting Corporation/Al-Hayat*, Washington, 2 avril 2003, <http://www.state.gov/p/us/rm/19430.htm> (visité le 19/12/2007).

(78) Voir à titre indicatif les propos de T. Blair :

«(...) the goals that we are fighting for are just goals (...) this is a regime that has brutalized its people for well over two decades (...) I have no doubt at all that the vast majority of ordinary Iraqi people are desperate for a better and different future, for Iraq to be free, for its government to be representative of its people, for the human rights of the people to be cared for. (...) The justice of our cause lies in the liberation of the Iraqi people».

T. BLAIR — G.W. BUSH, *President Bush, Prime Minister Blair Hold Press Availability*, Camp David, 27 mars 2003, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/03/20030327-3.html> (visité le 19/12/2007).

Conseil de sécurité. Les deux Etats de la Coalition, après avoir affirmé qu'ils «respecteront scrupuleusement les obligations qui sont les leurs en vertu du droit international» (donc également les obligations découlant du droit de l'occupation) poursuivent en assurant qu'ils

«seront chargés d'administrer ce pays à titre temporaire, notamment par les moyens suivants (...) en prenant immédiatement le contrôle des institutions irakiennes responsables des questions militaires et de sécurité et en agissant, le cas échéant, pour démilitariser, démobiliser, contrôler, diriger, réformer, dissoudre ou réorganiser ces institutions de façon qu'elles ne constituent plus une menace pour le peuple irakien ou la paix et la sécurité internationales mais soient capables de défendre la souveraineté et l'intégrité territoriale de l'Irak» (79).

Il semble, en effet, peu probable que les Etats-Unis et le Royaume-Uni interprètent le droit de l'occupation «classique» comme permettant à toute puissance occupante de «démobiliser, contrôler, diriger, réformer, dissoudre ou réorganiser» les institutions du pays occupé. Il est dès lors possible de voir dans l'extrait cité une expression des arguments basés sur l'objectif «transformatif» de l'occupation.

Cependant, la position juridique de la coalition est moins tranchée qu'il n'y paraît. Le Ministère des Affaires étrangères du Royaume-Uni a hésité à se baser sur le caractère transformatif de l'occupation pour déroger au droit de l'occupation. Son analyse juridique des pouvoirs de la coalition — puissance occupante — en Irak est révélatrice :

«(...) the introduction of democratic changes in government can not be imposed by the Occupying Powers (...). During the period prior to the passage of Resolution 1483 the CPA did not seek to impose such changes in government on Iraq. (...) It was evident (...) that further authority in the form of a Security Council resolution would be required to enable the Occupying Powers to go beyond their normal scope of authority under the law of occupation» (80).

L'affirmation selon laquelle l'Autorité provisoire de la coalition n'a pas procédé à des changements institutionnels avant l'adoption de la résolution

(79) Doc. NU S/2003/538, *Lettre datée du 8 mai 2003, adressée au Président du Conseil de sécurité par les Représentants permanents des États-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord auprès de l'Organisation des Nations Unies*, op. cit., supra, note 11, pp. 1-2.

(80) Foreign and Commonwealth Office, *Memorandum from the Foreign and Commonwealth Office, Response to Questions from the Committee*, réponse aux questions posées par le Comité des Affaires étrangères du Parlement (*House of Commons*), 13 and 22 may 2003, para. 27, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200203/cmselect/cmcaff/405/405we04.htm> (consulté le 13/12/2007). Voir aussi le «research paper» du House of Commons britannique qui est très explicite :

«Laws aimed at traditional belligerent occupiers may not always sit comfortably with the current rhetoric of 'liberation' (...). (...) [T]he main purpose of obtaining a mandate in the form of a Security Council resolution was to evade legal difficulties if the occupying powers sought to move beyond the limited rights conferred by the Hague Regulations and Geneva Convention IV to vary existing arrangements».

P. BOWERS, International Affairs and Defence Section, *Iraq: law of occupation*, Research paper 03/51, 2 juin 2003, House of Commons Library, p. 25, <http://www.parliament.uk/commons/lib/research/rp2003/rp03-051.pdf> (consulté le 12/12/2007).



1483 (2003) révèle que c'est cette résolution qui a été considérée comme la seule source capable de doter d'une base juridique valable les transformations effectuées en Irak. Ainsi, la lettre du 8 mai 2003 doit être interprétée à cette lumière, comme anticipant la résolution 1483, qui était en cours de négociation (81).

Les Etats qui ont exprimé des doutes quant aux modifications institutionnelles introduites en Irak par les puissances occupantes ne se sont pas focalisés sur la mise à l'écart ou la violation du droit de l'occupation. Le fil conducteur des Etats qui se sont exprimés dans ce sens consiste dans le rejet d'une reconstruction unilatérale de l'Irak (82). La France et la Fédération de la Russie ont été plus explicites et ont invoqué le droit international pour fonder un tel rejet (83). En considérant les Nations Unies comme la seule voie acceptée par le droit international pour une reconstruction de l'Irak, ces Etats semblent nier implicitement une évolution du DIH qui permettrait à la puissance occupante de procéder seule à la reconstruction du pays occupé (84).

Dans le même sens, le Chef de la division juridique du C.I.C.R. a été on ne peut plus clair quant au rejet de l'influence de l'objectif sur l'application

(81) Un projet de la résolution 1483 a vu le jour le 9 mai 2003, voir A. ROBERTS, « Transformative Occupation... », *op. cit., supra*, note 25, p. 612, note 133.

(82) LIGUE DES ETATS ARABES, S/PV.4726, 26 mars 2003, p. 10, disponible sur : <http://daccess-dds.un.org/doc/UNDOC/PRO/N03/295/21/PDF/N0329521.pdf?OpenElement> (consulté le 20/03/2008).

(83) Pour la France la reconstruction échappe à la responsabilité des puissances occupantes : « C'est, dans cette phase actuelle et avant la phase de reconstruction, la responsabilité des puissances occupantes. (...) Il y a la phase actuelle, elle relève de la responsabilité des troupes anglaises et américaines. Et puis, il y a la reconstruction (...) politique, économique, administrative, sociale, de l'Iraq et donc la création d'une autorité de nature gouvernementale iraquienne. Cette autorité sera confrontée naturellement à un problème de légitimité et seules les Nations Unies, aujourd'hui, sont source de légitimité. C'est la loi internationale. Seules, elles ont l'autorité morale et l'expérience nécessaire pour donner une crédibilité à un processus de création ou de recréation d'un Etat » (nous soulignons).

J. CHIRAC, *Extrait de la Conférence de presse du Président de la République*, Saint-Petersbourg, 11 avril 2003, disponible sur : [http://www.elysee.fr/elysee/elysee/fr/francais\\_archives/les\\_dossiers/iraq/de\\_mars\\_a\\_aout\\_2003/11-04-2003\\_extraits\\_de\\_la\\_conference\\_de\\_presse.21447.html](http://www.elysee.fr/elysee/elysee/fr/francais_archives/les_dossiers/iraq/de_mars_a_aout_2003/11-04-2003_extraits_de_la_conference_de_presse.21447.html) (consulté le 20/12/2007).

La Russie, plaidant en faveur de la reconnaissance d'un rôle central aux Nations Unies, note que :

« the situation (...) in Iraq must be resolved as soon as possible in accordance with the UN Charter (...) the sooner we take the road proposed by international law, the better »,

V. POUTINE, *Statement and Answers to Media Questions at the Joint Press Conference Following Tripartite Talks with FRG Federal Chancellor G. Schroeder and French President J. Chirac*, 11 avril 2003, [http://www.kremlin.ru/eng/speeches/2003/04/11/0000\\_type82914type82915\\_44237.shtml](http://www.kremlin.ru/eng/speeches/2003/04/11/0000_type82914type82915_44237.shtml) (consulté le 20/12/2007).

(84) J. CHIRAC, *Extrait du point de presse conjoint du Président de la République et de M. Ruud Lubbers, Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés*, Palais d'Elysée, 8 avril 2003, disponible sur : [http://www.elysee.fr/elysee/elysee/fr/francais\\_archives/les\\_dossiers/iraq/de\\_mars\\_a\\_aout\\_2003/de\\_mars\\_a\\_aout\\_2003.21439.html](http://www.elysee.fr/elysee/elysee/fr/francais_archives/les_dossiers/iraq/de_mars_a_aout_2003/de_mars_a_aout_2003.21439.html) (consulté le 20/12/2007) :

« nous ne sommes plus à une époque où un ou deux pays pouvaient assumer le sort d'un autre pays et que, par conséquent, il appartenait à l'Organisation des Nations Unies d'assumer, et elle seule, la reconstruction politique, économique, humanitaire, administrative de l'Iraq ».

du droit de l'occupation. Dans son intervention devant la Société américaine de droit international, il s'est exprimé ainsi :

«Once a situation exists that factually amounts to an occupation, the law of occupation applies. In this respect it makes no difference whether an occupation has received Security Council approval, *what its aim is*, or whether it is labelled an 'invasion', 'liberation', 'administration', or 'occupation'» (85).

L'évaluation de la pratique internationale indique donc, d'une part, que les Etats de la coalition eux-mêmes n'ont pas articulé une argumentation juridique structurée autour de l'idée de l'occupation «transformative» et, d'autre part, que certains Etats ont formulé des objections à l'idée d'une dérogation éventuelle aux règles existantes du droit international. On ne peut dès lors que conclure qu'il n'y a pas eu d'évolution coutumière qui reconnaîtrait la validité des politiques transformatives imposées par la puissance occupante (86).

Confrontés à l'invocation de l'objectif comme condition de l'application du droit de l'occupation, nous avons démontré que les textes du DIH ne différencient pas l'applicabilité des règles de ce droit en fonction de l'objectif de l'occupation. De la même manière, il a été établi qu'aucune évolution coutumière ne peut être invoquée, puisque la pratique internationale nécessaire pour le fondement d'une telle exception fait défaut. En définitive, l'on peut affirmer que l'objectif poursuivi par les Puissances occupantes ne peut pas être considéré comme faisant partie des éléments qui conditionnent l'application du droit de l'occupation.

B. — *L'objectif de l'occupation n'est pas imposé  
comme source des dérogations au droit de l'occupation  
par d'autres règles de droit international*

Ayant établi que l'objectif poursuivi n'est pas prévu par les règles du DIH comme condition d'application du droit de l'occupation, nous nous pencherons maintenant sur la deuxième hypothèse envisageable pour que cet objectif puisse constituer la base juridique de dérogations au droit de l'occupation : l'existence d'une règle externe au DIH qui imposerait l'objectif de l'occupation comme une telle base de dérogation.

Les résolutions du Conseil de sécurité peuvent constituer une première source de cette règle externe. On a déjà mentionné que certains Etats ainsi qu'une partie de la doctrine envisagent l'introduction des dérogations «transformatives» par l'intermédiaire d'une résolution du Conseil de sécu-

(85) J.-P. LAVOYER, «*Jus in bello*: Occupation Law and the War in Iraq — Remarks», *A.S.I.L. Proc.*, vol. 98, 2004, p. 121 (nous soulignons); dans le même sens K. DÖRMANN — L. COLASSIS, «International Humanitarian Law in the Iraq Conflict», *G.Y.I.L.*, vol. 47, 2004, pp. 301-302.

(86) Conclusion à laquelle souscrit d'ailleurs Roberts, A. ROBERTS, «Transformative Occupation...», *op. cit.*, *supra*, note 25, p. 622.

rité (87). La référence à « a modern occupation regime that can be created under the UN Charter » illustre cet argument (88). En effet, la thèse en question invoque d'autres règles du droit international — à savoir des obligations établies en vertu des résolutions du Conseil de sécurité — pour justifier l'imposition de dérogations à l'application du droit de l'occupation. Cette position a cependant trait aux pouvoirs du Conseil de sécurité, qui, comme il a déjà été relevé, sortent du cadre de la présente étude.

Hormis les résolutions du Conseil de sécurité, c'est à l'aide de la définition de la notion d'occupation « transformative » reprise auparavant (89) qu'on identifiera les sources éventuelles de la règle externe qui mettrait à l'écart certaines des dispositions du DIH. Cette définition doctrinale envisage deux cas majeurs : les Etats appelés « défaillants » et les Etats gouvernés par des régimes totalitaires. Il est évident que, dans ces deux cas, l'invocation de l'objectif de l'occupation comme source des dérogations aux dispositions du DIH se traduit par l'invocation d'autres règles juridiques, « incorporées » ou en quelque sorte « inhérentes » à cet objectif. Les règles en question sont celles portant, d'une part, sur le droit à la démocratie (pour ce qui est du changement de régime totalitaire) (90) et, d'autre part, sur le droit de réaction contre les Etats « défaillants » ou « voyous » (91).

(87) Voir la position exprimé par le Royaume-Uni, *supra*, note 80 et le texte y relatif. Pour les positions doctrinales, voir R. WOLFRUM, *op. cit.*, *supra*, note 13, pp. 16-20; B.S. BROWN, *op. cit.*, *supra*, note 34, pp. 60-62; T.D. GRANT, « Iraq : How to reconcile conflicting obligations of occupation and reform », *A.S.I.L. Insights*, June 2003, <http://www.asil.org/insights/insigh107a1.htm> (consulté le 20/12/2007).

(88) D.J. SCHEFFER, *supra*, note 3, p. 851.

(89) Voir *supra*, note 25 et le texte y relatif.

(90) Sur le droit à la démocratie, voir à titre indicatif T. M. FRANCK, « The Emerging Right to Democratic Governance », *A.J.I.L.*, vol. 86, 1992, pp. 46-91; J. C. PIERCE, « The Haitian Crisis and the Future of Collective Enforcement of Democratic Governance », *Law & Pol'y Int'l Bus.*, vol. 27, 1995-1996, pp. 477-512; A.U. BALI, « Justice Under Occupation : Rule of Law and the Ethics of Nation-Building in Iraq », *Yale J. Int'l. L.*, vol. 30, 2005, pp. 431-472. R. Ben Achour affirme, avec des nuances, l'émergence du droit à la démocratie en droit international, R. BEN ACHOUR, « Le droit international de la démocratie », *Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. IV, 2000, pp. 333-359; J. D'ASPREMONT, « La création internationale d'Etats démocratiques », *R.G.D.I.P.*, vol. 109, 2005, pp. 889-907. *Cfr.* J. CRAWFORD, « Democracy in International Law », *B.Y.I.L.*, vol. LXIV, 1993, pp. 113-133; O. CORTEN, « La résolution 940 du Conseil de sécurité autorisant une intervention militaire en Haïti : L'émergence d'un principe de légitimité démocratique en droit international? », *E.J.I.L.*, vol. 6, 1995, pp. 116-133.

(91) En anglais « rogue states » ou « failed states ». Voir à titre indicatif J. PEDIGO, « Rogue States, Weapons of Mass Destruction, and Terrorism : Was Security Council Approval Necessary for the Invasion of Iraq? », *Ga. J. Int'l. & Comp. L.*, vol. 32, 2004, pp. 219-229; A. CLARK AREND, « International Law and Rogue States : The Failure of the Charter Framework », *New Eng. L. Rev.*, vol. 36, 2002, pp. 735-753; R. GEISS, « Failed States — Legal Aspects and Security Implications », *G.Y.I.L.*, vol. 47, 2005, pp. 457-501; L. CONDORELLI, « Vers une reconnaissance d'un droit d'ingérence à l'encontre des « Etats voyous »? », dans K. BANNELIER — T. CHRISTAKIS — O. CORTEN — P. KLEIN (s.l.d.), *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, pp. 47-57; G. CAHIN, « L'Etat défaillant en droit international : quel régime pour quelle notion? », dans *Mélanges offerts à Jean Salmon — Droit du pouvoir, pouvoir du droit*, *op. cit.*, *supra*, note 21, pp. 177-209.

L'évaluation de cette argumentation passe par l'examen de la consécration, en droit international, d'un droit à un gouvernement démocratique ou encore d'un droit de réaction contre les Etats «défaillants».

La remarque de Christopher Greenwood en 1992 peut être utilisée comme point de départ :

«it must be recognised that there are serious problems inherent in any attempt to create a democratic structure in occupied territory. If no democratic structure existed in the territory prior to occupation (...) an occupant which created a new structure of elected bodies with real powers would be altering the existing form of government in the territory in a way which it might be impossible to undo after the occupation ends. The creation of a democratically governed unit in the occupied territory smacks of a permanent change which the occupant has no authority to make. It must also be remembered that occupying powers wishing to establish satellite States have often cloaked their occupation administrations with a fig-leaf of democratic pretence» (92).

C'est à ceux qui invoquent une évolution du droit international vers une consécration des droits cités ci-dessus qu'incombe la charge de prouver que ces droits font désormais partie des règles positives du droit international. En tout état de cause, le cas de l'Irak — le précédent par excellence de l'occupation «transformative» — permet d'émettre des doutes quant à l'acceptation des droits précités par l'ensemble des Etats. En effet, bon nombre d'Etats ont exprimé leur objection au changement du régime iraquien par la force (93). En plus, un nombre considérable d'Etats rejette, en général, «toute tentative de changement de régime» (94). Ainsi, et faute de preuves fournies par les défenseurs de l'occupation «transformative» allant dans le sens inverse, on peut con-

(92) C. GREENWOOD, «The Administration of Occupied Territory in International Law», dans E. PLAYFAIR (s.l.d.), *International Law and the Administration of Occupied Territories*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 264.

(93) ALLEMAGNE (cité par V. POUTINE) : «the change of the regime in a particular country must be dictated by impulses of political life of that state itself», *Statement and Answers to Media Questions at the Joint Press Conference Following Tripartite Talks with FRG Federal Chancellor G. Schroeder and French President J. Chirac*, op. cit., supra, note 83; RUSSIE, *ibid.*; LIGUE DES ETATS ARABES, S/PV.4726, op. cit., supra, note 82, p. 10 :

«nous réaffirmons encore une fois encore que le modèle des régimes politiques des peuples arabes doit être décidé par les peuples de la région sans ingérence étrangère»; YÉMEN, *ibid.*, p. 15; LIBYE, *ibid.*, p. 18; IRAN, *ibid.*, p. 37; LIBAN, *ibid.*, pp. 38-39; MAROC, *ibid.*, p. 48.

Voir aussi S. WHEATLEY, «The Security Council, Democratic Legitimacy and Regime Change in Iraq», *E.J.I.L.*, vol. 17, 2006, pp. 540-541 qui affirme que l'imposition d'un régime (même démocratique) sans le consentement de la population du territoire concerné n'est pas en conformité avec le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

(94) Mouvement des pays non-alignés, «Déclaration relative aux buts et principes du Mouvement des pays non alignés et à son rôle dans la conjoncture actuelle», 14<sup>e</sup> Conférence des chefs d'Etat ou de gouvernement du Mouvement des pays non alignés, La Havane, 11-16 septembre 2006, principe (j), Doc. NU A/61/472 — S/2006/780, *Lettre datée du 19 septembre 2006, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de Cuba auprès de l'ONU*, 29 septembre 2006, Annexe II, p. 107, disponible sur : <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/546/02/pdf/N0654602.pdf?OpenElement> (consulté le 20/12/2007) (pour une liste des 118 pays membres au Mouvement voir p. 102 du document).

elure que l'évolution du droit international préconisée par ces défenseurs n'est pas (en tout cas pas encore) intervenue. Les règles en question ne peuvent dès lors pas être appelées à servir de base juridique aux prétentions dérogatoires qui accompagnent la doctrine de l'occupation « transformative ».

Qui plus est, accepter que la qualification d'une occupation comme « transformative » permet de déroger à certaines dispositions du droit de l'occupation, signifierait accepter que les règles juridiques qui sous-tendent cet objectif occupent dans la hiérarchie des règles internationales une place au moins équivalente à celle des règles du DIH. En effet, cette thèse implique que l'on considère que la règle juridique qui sous-tend l'objectif transformatif fonctionne comme une sorte de *lex specialis* du droit de l'occupation, puisqu'elle lui impose des dérogations. Il convient donc de démontrer, non seulement l'existence de la règle invoquée en droit international, mais également son appartenance aux « principes intransgressibles » du droit international, voire au *jus cogens* (95). Dans pareille hypothèse, sauf stipulation contraire par la

(95) La C.I.J. s'est montrée réticente à reconnaître le caractère impératif des normes du DIH : elle s'est contentée de les qualifier de « principes intransgressibles » ; C.I.J., *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil*, 1996, p. 257, para. 79 ; C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, *C.I.J. Recueil*, 2004, p. 199, para. 157. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (T.P.I.Y.) a été moins hésitant :

« (...) la plupart des normes du droit international humanitaire, notamment celles qui prohibent les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide, sont des normes impératives du droit international ou *jus cogens* (...) » ;

T.P.I.Y., *Le Procureur c. Zoran Kupreskic et al.*, Chambre de première instance, jugement, 14 janvier 2000, IT-95-16-T, p. 212, para. 520, <http://www.un.org/icty/kupreskic/trial2/jugement/kup-tj000114f.pdf> (consulté le 18/12/2007).

La qualification des principales normes du DIH de *jus cogens* est néanmoins acceptée par bon nombre d'Etats, dans leurs prises de position notamment au sein des organes de l'ONU. Voir PEROU, Doc. NU A/HCR/S-3/SR.2, 3 janvier 2007, Conseil des droits de l'homme, 3<sup>e</sup> session extraordinaire, Compte rendu analytique de la 2<sup>e</sup> séance, p. 12, para. 48 ; BELGIQUE, Doc. NU A/C.6/61/SR.14, 14 février 2007, Sixième Commission de l'Assemblée générale, Compte rendu analytique de la 14<sup>e</sup> séance, p. 9, para. 44 ; HONGRIE, Doc. NU A/C.6/56/SR.15, 6 novembre 2001, Sixième commission de l'Assemblée générale, Compte rendu analytique de la 15<sup>e</sup> séance, p. 4, para. 15 ; INDE, Doc. NU A/C.6/56/SR.14, 1 novembre 2001, Sixième commission de l'Assemblée générale, Compte rendu analytique de la 14<sup>e</sup> séance, p. 7, para. 36 ; ALLEMAGNE, Doc. NU A/C.6/56/SR.12, 9 novembre 2001, Sixième commission de l'Assemblée générale, Compte rendu analytique de la 12<sup>e</sup> séance, p. 12, para. 60 et Doc. NU A/C.6/55/SR.14, 10 novembre 2000, Sixième Commission de l'Assemblée générale, Compte rendu analytique de la 14<sup>e</sup> séance, p. 11, para. 56 ; MAROC, Doc. NU A/C.6/56/SR.11, 9 novembre 2001, Sixième commission de l'Assemblée générale, Compte rendu analytique de la 11<sup>e</sup> séance, p. 7, para. 38 ; COSTA RICA, Doc. NU A/C.6/55/SR.17, 14 novembre 2000, Sixième commission de l'Assemblée générale, Compte rendu analytique de la 17<sup>e</sup> séance, p. 11, para. 62 ; COLOMBIE, PCNICC/1999/WGEC/DP.44, 14 décembre 1999, Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, Groupe de travail sur les éléments constitutifs des crimes, *Proposition de la Colombie relative à la « structure » des crimes de guerre dans le cadre de conflits armés non internationaux*, p. 1, [les documents cités ci-avant sont disponibles sur : <http://documents-dds-ny.un.org> (consultés le 18/12/2007)] ; ITALIE, Ministero degli Affari Esteri, La Política Estera — Grandi Temi — Diritti Umani, Diritto internazionale humanitario, [http://www.esteri.it/ita/4\\_28\\_59\\_57.asp](http://www.esteri.it/ita/4_28_59_57.asp) (consulté le 18/12/2007) ; EGYPTTE, Observations écrites du gouvernement de l'Égypte, p. 19, para. 44, C.I.J., *Licéité de la menace ou de l'emploi*

règle elle-même, l'argument de l'objectif transformatif de l'occupation pourrait normalement être invoqué, même unilatéralement, par les Etats, afin de justifier la non-application des règles du droit d'occupation.

Une telle démonstration n'est pas évidente. En effet, la pratique se révèle insuffisante pour que l'existence de nouvelles règles de droit international — et de règles d'une telle envergure — puisse être entérinée. A défaut de preuves démontrant l'existence de telles règles, la règle de base n'est pas modifiée. Le déclenchement de l'application du droit de l'occupation n'est pas affecté par l'objectif de l'occupation.

Cette conclusion est d'ailleurs confirmée par la Cour internationale de justice, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*. En examinant la question de l'occupation militaire ougandaise sur le territoire du Congo, la Cour a été confrontée à l'argument qu'un des éléments démontrant l'existence d'une telle occupation, à savoir la nomination par l'Ouganda d'un gouverneur dans le district congolais de l'Ituri, était motivé «par la volonté de restaurer l'ordre dans la région de l'Ituri dans l'intérêt de la population» (96). En réponse à cette argument, la Cour a affirmé que :

«La Cour doit en l'espèce s'assurer 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 congolais. Si tel était le cas, *peu importerait la justification donnée par l'Ouganda de son occupation (...)*» (97).

*des armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, exposés écrits; MEXICO, Note verbale en date du 19 juin 1995 de l'ambassade du Mexique, accompagnée de l'exposé écrit du Gouvernement du Mexique, C.I.J., avis consultatif des *armes nucléaires*, *ibid.*, p. 16, para. 78; LIGUE DES ETATS ARABES, Exposé écrit de la Ligue des Etats arabes, p. 66, para. 11.9, C.I.J., avis consultatif sur le *Mur*, exposés écrits, disponibles sur : <http://www.icj-cij.org> (consultés le 27/12/2007).

Il n'est pas certain que le concept de «principes intransgressibles», utilisé par la C.I.J. pour qualifier les règles de DIH, soit tellement différent du *jus cogens*. Les deux notions sont considérées comme synonymes par la C.D.I., Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite, C.D.I., *Rapport de la Commission du droit international*, Cinquante-troisième session, Assemblée générale, Documents officiels, Cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), Nations Unies, New York, 2001, p. 305, commentaire art. 40, para. 5. Voir aussi E. DAVID, *op. cit.*, *supra*, note 74, pp. 106-114.

(96) C.I.J., affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt, 19 décembre 2005, *C.I.J. Recueil 2005*, p. 229, para. 171 (ci-après : arrêt *Congo c. Ouganda*). Voir aussi la duplique de l'Ouganda, *Duplique de l'Ouganda*, vol. 1, 6 décembre 2002, C.I.J., arrêt *Congo c. Ouganda* : «It is true that UPDF [les forces armées ougandaises] General James Kazini played a significant role in the appointment of Adele Lotsove Mugisa as Governor of Ituri Province. Uganda acknowledges this incident, but denies that it is typical. (...) General Kazini intervened in an emergency situation, where inter-ethnic violence was growing out of control, in order to ease the humanitarian crisis (...)». Dans le même sens, voir la plaidoirie orale du professeur Ian Brownlie, conseiller juridique de l'Ouganda, CR 2005/10, 20 avril 2005, p. 12, para. 48 : «Pour la communauté internationale, la présence de soldats ougandais dans cette partie du Congo, qu'elle constitue ou non une occupation, n'était pas contraire aux intérêts de la région»; disponibles sur : <http://www.icj-cij.org> (consultés le : 20/05/2008).

(97) C.I.J., arrêt *Congo c. Ouganda*, *op. cit.*, *supra*, note 96, p. 230, para. 173.

Le propos précité du Chef de la division juridique du C.I.C.R. affirmant que l'objectif n'affecte en rien l'application du droit de l'occupation, conserve évidemment ici toute sa pertinence (98).

CONSIDÉRATIONS FINALES :  
DE LA PRETENDUE INADAPTABILITÉ DU DROIT DE L'OCCUPATION

Si l'on suit la thèse de l'occupation «transformative», des faits identiques seront régis ou non par le droit de l'occupation (en totalité ou en partie) en fonction de l'objectif de l'occupation. L'analyse qui précède a montré que le droit de l'occupation, qu'il soit conventionnel ou coutumier, ne prévoit pas une telle exception. En outre, aucune règle de droit international qui impose l'objectif de l'occupation comme condition de l'application du DIH n'a pu être identifiée. On ne peut donc qu'en conclure que l'objectif de l'occupation ne peut pas être retenu comme condition de l'application du droit de l'occupation.

Avant de conclure cette analyse de la doctrine de l'occupation «transformative», un bref commentaire s'impose. La thèse selon laquelle les règles de l'occupation seraient dépassées, voire obsolètes, n'est pas nouvelle (99). Le cas de l'occupation «transformative» représente toutefois plus qu'une nouvelle expression de cette thèse : il marque une évolution du caractère de l'argumentation, à savoir le passage de l'évocation d'éléments factuels à l'évocation d'éléments juridiques. Prétendre que le droit de l'occupation n'est plus adapté aux conflits contemporains, parce que les faits sur le terrain sont distincts des faits visés par les instruments conventionnels ou parce que les moyens de guerre ont évolué (100), est une chose ; prétendre que le droit de l'occupation n'est pas applicable en tout ou partie en raison de l'application d'une autre règle juridique en est une autre. Tout en poursuivant le même but, à savoir celui de déroger à l'applicabilité du droit de l'occupation, il existe une différence qualitative entre les deux thèses. Dans le premier cas, ce sont les faits sur le terrain qui sont invoqués pour dénoncer le caractère inadapté des dispositions du droit de l'occupation aux faits et pour plaider en faveur de leur changement ou de leur inapplicabilité. Dans le deuxième cas, c'est une règle juridique qui est avancée comme fondement à la dérogation. C'est bien là toute l'évolution — et le problème — de l'argumentation examinée : la tentative d'introduire des éléments juridiques dans l'applicabilité *ratione materiae* du droit de l'occupa-

(98) *Op. cit.*, *supra*, note 85 et le texte y relatif.

(99) R.Y. JENNINGS, «Government in Commission», *B.Y.I.L.*, vol. XXIII, 1946, p. 136; D.P. GOODMAN, *op. cit.*, *supra*, note 24, pp. 1591-1596.

(100) D.P. GOODMAN, *op. cit.*, *supra*, note 24, pp. 1591-1596.

tion, applicabilité qui, selon les instruments internationaux du DIH, dépend principalement des éléments factuels (101).

En outre, comme on l'a signalé, l'argumentation relative à l'occupation «transformative» oscille entre la légalité, la légitimité et la morale. Il a, à juste titre, été affirmé, à propos du précédent de l'occupation de l'Irak, que :

«the Coalition has (...) claimed the *legitimacy deriving from international law* without accepting the limitations this normative commitment would entail» (102).

La rhétorique relative à la démocratie et aux Etats défailants renforce l'argumentation relative à l'objectif de l'occupation, à son tour utilisée pour faire valoir l'inadaptation du droit de l'occupation. Or, la conséquence la plus importante de cette argumentation réside dans le fait qu'elle entretient, à notre sens, une confusion entre le *jus contra bellum* et le *jus in bello*. La thèse se résume ainsi : la coalition est intervenue militairement en l'Irak en vue (entre autres) de libérer le peuple iraquien de l'ancien régime totalitaire ; la libération du pays et la restauration de la démocratie nécessitant que l'occupant prenne des mesures transformatrices plus étendues que celles normalement autorisées par le droit de l'occupation, ces mesures trouvent leur justification dans le but du rétablissement de la démocratie. Cette thèse repose sur deux axes : (a) le droit à la démocratie justifie juridiquement l'intervention (103) et (b) le droit à la démocratie justifie la mise à l'écart ou les violations du droit de l'occupation (104). Ainsi, la règle juridique invoquée pour justifier une violation du *jus in bello* est la même que celle invoquée dans le cadre du *jus contra bellum*. C'est cette double utilisation du droit à la démocratie qui pose un problème du point de vue de la distinction entre DIH et *jus contra bellum* (105). L'extrait suivant illustre

(101) Ce sont les articles déclenchant l'application du droit de l'occupation (article 42 du Règlement de La Haye et article 2 commun aux Conventions de Genève, reproduits *supra*, note 46) qui imposent un lien étroit entre la réalité factuelle sur le terrain et le droit applicable. Ainsi, il est affirmé que : «L'occupation est une question de fait», T.P.I.Y., *Le procureur c. Mladen Naletilic et Vinko Martinovic*, Chambre de première instance, jugement, 31 mars 2003, IT-98-34-T, pp. 86-87, para. 212, disponible sur : <http://www.un.org/icty/naletilic/triale/jugement/tj030331f.pdf> (consulté le 14/12/2007). Il convient cependant de nuancer quelque peu le caractère absolu de cette déclaration. En effet, comme nous avons cherché de démontrer dans notre étude en voie de publication sur le début et la fin de l'application du droit de l'occupation, l'interaction entre les éléments factuels et non factuels dans l'application du droit de l'occupation est plus complexe et multiforme qu'il n'y paraît à première vue.

(102) E. AFSAH, *op. cit.*, *supra*, note 44, p. 580 (souligné dans l'original).

(103) J.C. Yoo, «Force Rules : UN Reform and Intervention», *Chi. J. Int'l. L.*, vol. 6, 2005-2006, pp. 654 et suiv. Condorelli examine une série de documents officiels de la Maison Blanche indiquant qu'«une légitimité des mesures unilatérales coercitives contre les Etats voyous (...) semble implicitement revendiquée *in abstracto* et en perspective par les Etats-Unis», L. CONDORELLI, *op. cit.*, *supra*, note 91, p. 49.

(104) G.T. HARRIS, *op. cit.*, *supra*, note 4, pp. 18-19.

(105) L'indépendance entre le *jus ad* ou *contra bellum* et le *jus in bello* est explicitement consacrée aux considérants 4 et 5 du préambule du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève, voir Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), adopté le 8 juin 1977, *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international*



parfaitement à quel point la doctrine de l'occupation «transformative» fait fi de cette distinction :

«There is good reason to retain occupation law in order to discipline aggressor armies and hold them accountable for their actions on foreign territory. But liberating armies that operate with international authority, advance democracy, and save civilian populations from atrocities should be regulated by a modern occupation regime» (106).

Ceci étant dit, le rejet de l'objectif en tant qu'élément conditionnant l'application du droit de l'occupation signifie-t-il que ce droit est rigide et incapable de prendre en compte les spécificités des situations d'occupation différentes ?

Nous ne le pensons pas. En réalité, il est envisageable d'introduire dans le droit de l'occupation certaines des modifications que les défenseurs de l'occupation «transformative» veulent introduire, selon deux modalités différentes. La première réside dans l'utilisation des accords spéciaux, prévus par l'article 7 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève (107). Dans son deuxième alinéa, l'article 7 prévoit deux limites distinctes : l'interdiction, à caractère général, de porter préjudice à la situation des personnes protégées (critère du «préjudice») et l'interdiction de restreindre les droits accordés par les Conventions de Genève (critère de la «non restriction des droits accordés»). Aux dires du T.P.I.Y., l'article «interdit formellement tout accord visant à limiter l'application des Conventions de Genève dans le cas de conflits armés internationaux» (108). Ainsi, tout accord spécial entre la puissance

*humanitaire dans les conflits armés*, Genève 1974-1977, p. 125. Voir aussi B. ZIMMERMANN, «Préambule», dans Y. SANDOZ — C. ZWINARSKI — B. ZIMMERMANN (s.l.d.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, C.I.C.R./Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 28, para. 30. Comme l'affirme le C.I.C.R. «le *ius in bello* doit rester indépendant du *ius ad bellum* ou *ius contra bellum* (droit de faire la guerre ou droit de prévention de la guerre)», C.I.C.R., *Ius ad bellum, ius in bello : quid?*, Extrait de la publication C.I.C.R., *Droit international humanitaire : réponses à vos questions*, <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/5qkjuq?opendocument> (consulté le 30/12/2007).

(106) D.J. SCHEFFER, *op. cit.*, *supra*, note 3, p. 851. *Cfr.* l'extrait reproduit ci-avant de la lettre adressée au Président du Conseil de sécurité par les États-Unis et le Royaume-Uni le 8 mai 2003, *supra*, note 79 et le texte y relatif : les puissances occupantes mentionnent qu'elles assumeront les pouvoirs étendus référés dans la lettre et réorganiseront les institutions iraqiennes de façon que ces dernières «ne constituent plus une menace pour le peuple iraquien ou la paix et la sécurité internationales». Voir aussi H. ZAHAWI, «Redefining the Laws of Occupation in the Wake of Operation Iraqi «Freedom»», *Cal. L. Rev.*, vol. 95, 2007, pp. 2334-2338 et E. AFSAH, *op. cit.*, *supra*, note 44, pp. 587-588.

(107) IV<sup>e</sup> Convention de Genève, *op. cit.*, *supra*, note 17, p. 295.

«En dehors des accords expressément prévus [par les articles respectifs des Conventions de Genève] les Hautes Parties contractantes pourront conclure d'autres accords spéciaux sur toute question qu'il leur paraîtrait opportun de régler particulièrement. Aucun accord spécial ne pourra porter préjudice à la situation des personnes protégées, telle qu'elle est réglée par la présente Convention, ni restreindre les droits que celle-ci leur accorde».

(108) T.P.I.Y., *Le Procureur c. Dusko Tadic*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Chambre d'appel, 2 octobre 1995, IT-94-I-T, para. 73, disponible sur : <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-f/51002JN3.htm> (visité le 16/12/2007).

occupante et les autorités de l'Etat occupé doit rester dans les limites imposées par l'article 7 (109). A cet égard, il convient de se tourner vers le Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, qui développe une réflexion qui mérite d'être citée *in extenso* :

«Si l'application d'une disposition conventionnelle entraînait, par suite d'un changement profond dans les circonstances, de graves inconvénients pour les personnes protégées, la 'clause de sauvegarde' interdirait-elle aux Puissances intéressées d'essayer d'y remédier par un accord dérogeant à cette disposition? Une telle question ne peut pas être résolue par les seuls Etats intéressés. Si une telle situation se présentait vraiment, ce serait aux organismes neutres chargés de veiller aux intérêts des personnes protégées qu'il appartiendrait de se prononcer; ils pourraient dans cette circonstance, en s'appuyant sur la règle de la non aggravation du sort des personnes protégées, contenue dans la 'clause de sauvegarde', tolérer certaines mesures dérogatoires que les Etats intéressés prendraient, séparément ou après entente, en vue de remédier à la situation» (110).

Il ressort clairement de cet extrait que, dans des circonstances où continuer à appliquer une disposition de la Convention aurait des conséquences nuisibles pour les personnes protégées, il serait envisageable de ne pas insister sur la stricte application de la disposition en question, lorsqu'il s'agit de mesures et de transformations introduites en faveur de la population. Ainsi, sous réserve des conditions et des limites posées par le DIH, il est possible d'introduire dans le droit de l'occupation de nouveaux éléments reflétant l'évolution du droit international. Il est à noter que, selon Pictet, il appartiendrait à un organisme «neutre, chargée de veiller aux intérêts des personnes protégées» (lire : le C.I.C.R.) de se prononcer sur les mesures à prendre.

La deuxième modalité consiste à interpréter le droit de l'occupation conformément aux règles nouvellement établies à la suite des évolutions du droit international (111). Si l'article 43 du règlement de La Haye oblige l'occupant à respecter, sauf empêchement absolu, la législation du pays occupé, il énonce aussi l'obligation de l'occupant d'assurer l'ordre et la vie publics (112). Comme l'a reconnu, en 1947, un tribunal militaire à caractère pénal établi dans la zone allemande sous contrôle britannique, la vie publique se réfère «to the whole social, commercial and economic life of the community» (113). Ainsi, la lettre même de l'article 43 du Règlement de La Haye est suffisamment large pour permettre à l'occupant de prendre en

(109) L'article 47 est également pertinent à cet égard puisqu'il stipule que les personnes protégées ne sauraient «en aucun cas ni d'aucune manière» être privées du bénéfice de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, voir IV<sup>e</sup> Convention de Genève, *op. cit.*, *supra*, note 17, p. 303.

(110) J.S. PICTET (s.l.d.), *Commentaire IV<sup>e</sup> CG*, *op. cit.*, *supra*, note 70, p. 79.

(111) A condition évidemment que la consécration en droit international des règles qui serviront de fondement de cette interprétation puisse être établie.

(112) Pour le texte de l'article voir *supra*, note 36 et le texte y relatif.

(113) Court of Criminal Appeal, *Grahame v. The Director of Prosecutions*, *op. cit.*, *supra*, note 31, p. 232.

compte les nécessités de la population et les particularités de l'occupation (114). Le droit de l'occupation ne s'applique pas isolément du reste du droit international. La doctrine a plaidé, de manière convaincante, que le caractère contraire au droit international des lois locales constitue pour la Puissance occupante un «empêchement absolu» (115). Ainsi, la modification de ces lois et leur remplacement par des mesures législatives, en conformité avec le droit international, ne semblent pas constituer une violation de l'article 43 du Règlement de La Haye. Il ne s'agit en réalité de rien d'autre que d'une «adaptation interprétative» du droit de l'occupation aux évolutions du droit international (116).

L'adaptation du droit de l'occupation aux nouvelles réalités par le biais de l'interprétation est loin d'être un procédé novateur. Un exemple de cette adaptation nous est fourni par la Cour de Nancy et remonte en 1926. La Cour invoquait les développements modernes des méthodes de guerre pour interpréter extensivement l'article 55 du Règlement de La Haye :

«The conception both of requisitions and of the rights of the occupant must, in accordance with the modern developments of warfare, be interpreted extensively. Article 55 of the Regulations annexed to Hague Convention IV, which enjoins upon the occupant the duty to use and administer the resources of occupied territory in accordance with the rules of usufruct, originated in a conception of tactical warfare characterised by rapid movements of troops. The notion of usufruct as applied to the occupant should be interpreted in a broad manner in modern warfare which produces immense immobilised armies on an unprecedented scale and with a huge variety of wants in the matter of food and war material. In such circumstances the rights of mere usufruct are no longer sufficient and must give place to rights of disposition and appropriation» (117).

On peut être d'accord avec une telle interprétation ou la critiquer comme étant trop large. Mais, en tout état de cause, à l'inverse des théories récentes d'inadaptation du droit de l'occupation (comme celle relative à l'occupation «transformative»), le raisonnement suivi par la Cour de Nancy, en admettant l'application du droit de l'occupation, se place à l'intérieur du régime juridique du droit de l'occupation. Ainsi, il fournit les outils juridi-

(114) M. SASSOLI, *Article 43 of the Hague Regulations and Peace Operations in the Twenty-first Century*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University (H.P.C.R.), Background Paper for Informal High-Level Expert Meeting on Current Challenges to International Humanitarian Law, Cambridge, June 25-27, 2004, p. 15, disponible sur : <http://www.ihlresearch.org/ihl/pdfs/sassoli.pdf> (consulté le 23/12/2007); Y. DINSTEIN, *Legislation Under Article 43 of the Hague Regulations : Belligerent Occupation and peacebuilding*, *op. cit.*, *supra*, note 23, p. 8.

(115) M. SASSOLI, «Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers», *op. cit.*, *supra*, note 75, pp. 676-678; R. Y. JENNINGS, «Government in Commission», *op. cit.*, *supra*, note 99, p. 132, note 1.

(116) Pour un autre exemple d'une telle adaptation de la portée des règles du droit de l'occupation, voir C.I.J., arrêt *Congo c. Ouganda*, *op. cit.*, *supra*, note 96, pp. 252, 253, paras. 245, 250, et V. KOUTROULIS, *op. cit.*, *supra*, note 47, pp. 737-739.

(117) Cour de Nancy, 4<sup>e</sup> chambre, *In re Falck*, 3 mars 1926, *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 3, 1925-1926, p. 481.

ques nécessaires pour vérifier sa conformité avec ce régime juridique et l'accepter ou le critiquer.

La présente étude a démontré que le droit de l'occupation existant ne prévoit pas une exception pour les occupations «transformatives». Les considérations de *lege ferenda* sortant du champ de notre étude (118), les éventuels arguments contre l'utilité et l'opportunité de faire évoluer le droit de l'occupation vers la direction prônée par la doctrine de l'occupation «transformative» ne seront pas invoqués. On ne résistera pourtant pas à la tentation de reprendre les remarques de E. Afsah quant à la pertinence continue des limites imposées par le droit de l'occupation :

«a successful socio-political transformation rests on the acceptance by the target population of its means and direction. The status quo limitations imposed by the law of occupation should thus not be interpreted as safeguarding anachronistic institutions but as protecting the right of the population to determine its own socio-political structure. The failure of the US-led political process also hints at the inherent limits of effecting such far-reaching transformative processes by occupational fiat. These inherent limits are mirrored in the limitations imposed by humanitarian law, pointing to a certain humility about the possibilities of military power. It is this respect that we argue that despite its evident shortcomings international humanitarian law might actually be far more pertinent than the repeated calls for its development suggest» (119).

Ces propos doivent être couplés par l'intervention du professeur de La Pradelle, représentant de Monaco aux négociations des Conventions de Genève, pendant la discussion sur l'amendement des Etats-Unis prévoyant la possibilité d'abroger certaines lois de l'Etat occupé. Ayant en vue l'argumentation américaine qui invoquait le précédent de l'occupation de l'Allemagne et la nécessité d'abroger des lois du régime national-socialiste allemand, de La Pradelle, exprimant ses réticences quant à l'opportunité d'intervenir dans la législation du territoire occupé, rétorque :

«La raison de cette disposition [*i.e.* l'amendement à l'article 64 de la IV<sup>e</sup> CG proposé par les Etats-Unis] a été donnée; elle est satisfaisante dans le cas particulier, mais elle n'emporte pas la conviction d'une manière générale. Il faut penser à la situation inverse et au droit qu'aurait un envahisseur ne présentant pas les garanties d'une puissance démocratique. En vertu de l'amendement des Etats-Unis, cet envahisseur aurait la possibilité de modifier la législation pénale du territoire occupé. Il convient donc que la Commission réfléchisse mûrement avant d'amender ainsi le texte de la Convention» (120).

La même incitation à la prudence vaut selon nous tout autant pour les tentatives d'introduire des exceptions à l'application du droit de l'occupation.

(118) Voir *supra* dans les propos introductifs.

(119) E. AFSAH, *op. cit.*, *supra*, note 44, p. 568.

(120) *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, tome II-A, *op. cit.*, *supra*, note 17, p. 655.