

# Les obligations relatives aux droits de l'homme dans le cadre de l'occupation militaire

Noam Lubell\*

Noam Lubell est professeur à la faculté de droit de l'Université d'Essex (Royaume-Uni)

## Résumé

*Le présent article examine l'applicabilité du droit international des droits de l'homme dans des situations d'occupation militaire. Partant du postulat qu'il peut y avoir des obligations en matière de droits de l'homme dans de telles circonstances, il analyse leurs modalités précises d'application. L'article passe en revue les critères permettant de déterminer l'applicabilité des droits de l'homme et la relation de ces droits avec la notion d'occupation. Enfin, il indique les obstacles pratiques et juridiques à la mise en œuvre des obligations relatives aux droits de l'homme et plaide pour une démarche contextuelle qui permette de protéger les droits de l'homme tout en admettant les réalités concrètes de l'occupation militaire.*

**Mots-clés :** occupation militaire, obligations relatives aux droits de l'homme, applicabilité, Puissance occupante, contrôle territorial, droits économiques, sociaux et culturels.



Le présent article examine l'applicabilité du droit international relatif aux droits de l'homme dans des situations d'occupation militaire. L'existence, sous une forme ou sous une autre, d'obligations en matière de droits de l'homme en de telles circonstances devrait être désormais bien établie et largement admise. Il reste cependant à analyser de manière plus approfondie les modalités pré-

\* La version originale en anglais de cet article est publiée sous le titre « Human rights obligations in military occupation », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, N° 885, printemps 2012, pp. 317-337.

cises d’application de ces obligations en déterminant leur portée précise et en identifiant les obstacles pratiques et juridiques à leur mise en œuvre. L’article commence par examiner les critères permettant de conclure à l’applicabilité des droits de l’homme ainsi que le lien entre l’autorité établie d’une Puissance occupante et la notion de contrôle du territoire requise pour les obligations découlant des droits de l’homme. Étant donné les obstacles susceptibles d’empêcher la pleine application de l’ensemble de ces droits, une analyse conclut à la nécessité d’envisager les obligations en tenant compte des circonstances. Enfin, la question de la source des obligations – celles de la Puissance occupante ou celles de l’État occupé – est aussi abordée.

## La détermination de l’applicabilité

Avant d’examiner le fond des obligations en matière de droits de l’homme, il faut d’abord établir si cette branche du droit international s’applique bien aux situations d’occupation. Deux objections ont été formulées à son applicabilité : premièrement, le droit international des droits de l’homme ne s’appliquerait pas aux actes extraterritoriaux (en l’occurrence, dans un territoire occupé) ; deuxièmement, l’ensemble des obligations relatives aux droits de l’homme seraient supplantées par le droit international humanitaire (DIH)<sup>1</sup>. Ces deux objections ont été déjà amplement traitées dans des publications spécialisées et nous ne les mentionnons ici que pour mémoire<sup>2</sup>. La deuxième se réfute assez facilement. Certes, le DIH ne s’applique qu’en situation de conflit armé, mais le droit international des droits de l’homme n’est pas son pendant symétrique, qui ne s’appliquerait qu’en temps de paix. Il s’applique en effet en permanence, en

1 Voir, par exemple, les questions et discussions dans G.I.A.D. Draper, «The relationship between the human rights regime and the law of armed conflicts», dans *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 1, 1971, p. 191 ; Keith Suter, « An Inquiry into the Meaning of the Phrase ‘Human Rights in Armed Conflicts’ », dans *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, Vol. 15, 1976, p. 393 ; Michael J. Dennis, « ICJ Advisory Opinion on Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation », dans *American Journal of International Law*, Vol. 99, N° 1, 2005, p. 119.

2 Ces questions ont été examinées à de nombreuses reprises, y compris dans les sources suivantes : Louise Doswald-Beck et Sylvain Vité, « Le droit international humanitaire et le droit des droits de l’homme », dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 800, mars-avril 1993, pp. 99-128 ; Raúl Emilio Vinuesa, « Interface, Correspondence and Convergence of Human Rights and International Humanitarian Law », dans *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 1, 1998, p. 69 ; Cordula Droegge, « The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict », dans *Israel Law Review*, Vol. 40, N° 2, 2007, p. 310 ; Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l’homme, *Administration de la justice, état de droit et démocratie : Document de travail sur les relations entre droits de l’homme et droit international humanitaire, présenté par Françoise Hampson et Ibrahim Salama*, doc. Nations Unies E/CN.4/Sub.2/2005/14, 21 juin 2005 ; Noam Lubell, « Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, N° 860, 2005, p. 737 ; Nancie Prud’homme, « Lex Specialis : Oversimplifying a More Complex and Multifaceted Relationship? », dans *Israel Law Review*, Vol. 40, N° 2, 2007, p. 356 ; Orna Ben-Naftali et Yuval Shany, « Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories », dans *Israel Law Review*, Vol. 37, N° 1, 2003-2004, p. 17.

temps de paix comme en temps de guerre, comme le démontrent de nombreux arguments, mais aussi la pratique des États et la jurisprudence de la Cour internationale de justice (CIJ), ainsi que celle des organes institués par les traités des droits de l'homme, sur le plan régional et au sein des Nations Unies<sup>3</sup>. Par conséquent, dans une situation où le DIH s'applique – et l'occupation militaire relève bien de cette catégorie – les deux branches de droit sont applicables simultanément. Il en découle d'autres questions touchant l'applicabilité simultanée, dont il s'agit de savoir si elle modifie le fond des obligations dans l'une ou l'autre de ces deux branches du droit ; nous y reviendrons plus loin<sup>4</sup>.

On pourrait d'emblée soulever la question de savoir si bon nombre, voire la majorité, des obligations relatives aux droits de l'homme qui seront déclarées applicables et viables n'existent pas en réalité déjà dans les règles de DIH, comme l'interdiction de causer préjudice aux personnes civiles et les règles relatives au traitement des détenus. La réponse est simple : les obligations relatives aux droits de l'homme n'ont pas toutes leur pendant en DIH<sup>5</sup>. Qui plus est, l'applicabilité des droits de l'homme apporte des éléments supplémentaires que le DIH ne prévoit pas, notamment la possibilité de former un recours devant les mécanismes internationaux de droits de l'homme contre une décision rendue.

L'autre objection relative à l'applicabilité du droit international des droits de l'homme repose sur le fait que la Puissance occupante n'agit pas sur son propre territoire souverain. La question qui se pose est donc de savoir si les obligations relatives aux droits de l'homme s'étendent aux actes extraterritoriaux. Bien qu'il y ait des arguments solides en faveur de la notion d'obligations extraterritoriales en matière de droits de l'homme dans une large palette de situations<sup>6</sup>, il faut reconnaître qu'il existe certaines circonstances dans lesquelles l'applicabilité extraterritoriale ne va pas de soi et suscite des débats<sup>7</sup>. Ceci dit, l'occupation militaire est sans doute l'une des situations les moins controversées et l'affirmation selon laquelle la Puissance occupante doit respecter le droit international des droits de l'homme est solidement fondée. Ce fait a été confirmé par de

3 Cour internationale de justice (CIJ), *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, CIJ Recueil 1996, para. 25 ; CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, CIJ Recueil 2004, p. 136, para. 106 (ci-après « affaire du Mur ») ; CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, 19 décembre 2005, CIJ Recueil 2005, p. 168, para. 216 ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Juan Carlos Abella c. Argentina*, affaire 11.137, OEA/Ser.L/V/II.98 doc. 6 rev., 13 avril 1998 ; Comité des droits de l'homme, 'Observation générale N° 29 : États d'urgence (art. 4)', doc. Nations Unies CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, para. 3 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 'Observations finales : Israël', doc. Nations Unies E/C.12/1/Add. 69, 31 août 2001 ; voir aussi les arguments à ce sujet dans les articles cités dans la note 2 ci-dessus.

4 Voir plus bas le chapitre consacré au contenu des obligations et des restrictions légales imposées par le DIH.

5 Voir plus bas la section consacrée aux droits économiques, sociaux et culturels.

6 Voir l'analyse contenue dans Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2010, ch. 8.

7 *Ibid.* Voir aussi une analyse plus approfondie de cette question dans Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

nombreuses instances internationales, y compris la CIJ<sup>8</sup>. On peut considérer qu’il est fondé sur le principe que la Puissance occupante agit en qualité d’administrateur du territoire et que, à ce titre, elle doit respecter les obligations relatives aux droits de l’homme dans ses rapports avec les personnes se trouvant sur le territoire placé sous son autorité. À la lumière de ce qui précède, nous partons du principe, dans le présent article, que le droit international des droits de l’homme est potentiellement applicable dans les situations d’occupation militaire, et l’accent sera placé non pas sur la question de savoir s’il peut s’appliquer, mais plutôt sur les critères qui sous-tendent cette détermination, sur les modalités de l’applicabilité et sur la portée des obligations créées.

Comme nous le verrons, le raisonnement spécifique qui amène à conclure à l’applicabilité dans un cas d’espèce peut influencer sur l’évaluation de la teneur des obligations. La jurisprudence européenne, en particulier, recourt à plusieurs raisonnements pour conclure à l’applicabilité extraterritoriale, comme en témoignent les divers critères utilisés, dont on trouve la formulation la plus explicite dans l’arrêt concernant l’affaire *Al-Skeini c. Royaume-Uni*<sup>9</sup>. Le premier critère a été défini comme celui de l’« autorité de l’agent de l’État » et la Cour européenne des droits de l’homme le résume de la manière suivante, en utilisant l’expression « autorité et contrôle de l’agent de l’État »<sup>10</sup> :

Il est clair que dès l’instant où l’État, par le biais de ses agents, exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction, il pèse sur lui en vertu de l’article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas<sup>11</sup>.

L’autre critère est celui du « contrôle effectif sur une zone », par référence à des situations où, « par suite d’une action militaire – légale ou non – l’État [contractant] exerce un contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire »<sup>12</sup>.

8 CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.*, note 3, para. 107-112; CIJ, *République démocratique du Congo c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 216-220; Comité des droits de l’homme, *Observations finales: Israël*, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.93, 18 août 1998; Comité des droits économiques sociaux et culturels, ‘Observations finales: Israël’, *op. cit.*, note 3; Commission des droits de l’homme, *Rapport sur la situation des droits de l’homme dans le Koweït sous occupation iraquienne*, établi par M. Walter Kälin, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l’homme, conformément à la résolution 1991/67 de la Commission, doc. Nations Unies E.CN.4/1992/26, 16 janvier 1992, para. 55-59; Cour européenne des droits de l’homme (CEDH), affaire *Loizidou c. Turquie (Exceptions préliminaires)*, requête N° 15318/89, Grande Chambre, arrêt du 23 mars 1995, série A N° 310, para. 62-64; CEDH, affaire *Chypre c. Turquie*, requête N° 25781/94, Grande Chambre, arrêt du 10 mai 2001, para. 77.

9 *The Queen ex parte Al-Skeini and Others v. Secretary of State for Defence*, England and Wales Court of Appeal [2005] EWCA Civ 1609, 21 décembre 2005; Opinions des Juges d’Appel pour le Jugement dans l’Affaire *Al-Skeini and others (Respondents) v. Secretary of State for Defence (Appellant) Al-Skeini and others (Appellants) v. Secretary of State for Defence (Respondent) (Consolidated Appeals)*, 13 juin 2007, [2007] UKHL 26; CEDH, affaire *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, requête N° 55721/07, Grande Chambre, arrêt du 7 juillet 2001.

10 CEDH, affaire *Al-Skeini*, *op. cit.*, note 9, para. 133-137.

11 *Ibid.*, para. 137.

12 *Ibid.*, para. 138.

La Cour a établi une différence importante entre les deux critères, dans la mesure où celui de « l'autorité de l'agent de l'État » crée des obligations touchant les seuls droits « qui concernent [le] cas » de l'individu<sup>13</sup>, tandis qu'en vertu du critère du « contrôle effectif sur une zone »,

L'article 1 ... fait obligation [à l'État qui exerce le contrôle] de reconnaître sur le territoire en question la totalité des droits matériels énoncés dans la Convention et dans les Protocoles additionnels qu'il a ratifiés, et les violations de ces droits lui sont imputables<sup>14</sup>.

À première vue, les situations d'occupation militaire semblent constituer un exemple patent de situation dans laquelle le critère du « contrôle effectif sur une zone » est satisfait. De fait, c'est bien un cas antérieur d'occupation qui avait servi, au moins en partie, de fondement pour le raisonnement dans le cas cité ci-dessus<sup>15</sup>. En définitive, l'essence de la notion d'occupation tourne autour de l'autorité exercée sur le territoire par la Puissance occupante, comme il ressort clairement de l'article 42 du Règlement de La Haye : « Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer. » On pourrait donc supposer, semble-t-il, qu'une occupation militaire pourrait automatiquement être considérée comme une situation dans laquelle les obligations relatives aux droits de l'homme sont applicables, en raison de l'autorité effective exercée sur le territoire. Or, ce point ne fait pas l'unanimité. Ainsi, dans l'affaire *Al-Skeini*, l'argumentation avancée par le Royaume-Uni établissait une différence entre le fait d'être une Puissance occupante et le fait d'exercer le contrôle requis pour déclencher les obligations relatives aux droits de l'homme. Selon le juge Brooke, de la Cour d'appel du Royaume-Uni :

il est tout à fait impossible d'affirmer que le Royaume-Uni, même s'il était une Puissance occupante au regard du Règlement de La Haye et de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, exerçait un contrôle effectif sur la ville de Basrah aux fins de la jurisprudence de la CEDH à l'époque des faits<sup>16</sup>.

La Cour européenne a choisi une autre voie, sans toutefois trancher le débat sur le critère du « contrôle effectif sur un territoire ». D'une part, la Cour a rejeté les arguments présentés par le Royaume-Uni et jugé que les circonstances de l'affaire entraînaient bien un lien juridictionnel créant des obligations en matière de droits de l'homme. D'autre part, même s'il s'agissait d'une situation d'occupa-

13 *Ibid.*, para. 137.

14 *Ibid.*, para. 138. CEDH, affaire Chypre c. Turquie, *op. cit.*, note 8, para. 77.

15 *Ibid.* Pour une discussion plus approfondie de la notion de contrôle, voir M. Milanovic, *op. cit.*, note 7, pp. 135-151.

16 Affaire *Al-Skeini*, England and Wales Court of Appeal, *op. cit.*, note 9, juge Brooke, para. 124 [traduction CICR]. Voir aussi para. 127.

tion – liée, par définition, au contrôle exercé sur un territoire – la Cour ne s’est pas entièrement appuyée sur le critère du « contrôle effectif sur un territoire » et semble avoir inclus des éléments du critère de « l’autorité de l’agent de l’État » :

On peut donc voir qu’après le renversement du régime baasiste et jusqu’à l’instauration du gouvernement intérimaire, le Royaume-Uni a assumé en Irak (conjointement avec les États-Unis) certaines des prérogatives de puissance publique qui sont normalement celles d’un État souverain, *en particulier le pouvoir et la responsabilité du maintien de la sécurité dans le sud-est du pays*. Dans ces circonstances exceptionnelles, la Cour considère que le Royaume-Uni, *par le biais de ses soldats affectés à des opérations de sécurité à Bassorah lors de cette période, exerçait sur les personnes tuées lors de ces opérations une autorité et un contrôle propres à établir, aux fins de l’article 1 de la Convention, un lien juridictionnel entre lui et ces personnes*<sup>17</sup>.

Cette conclusion donne l’impression d’un cocktail mal mélangé qui tenterait, sans succès, de fusionner les notions de contrôle exercé sur un territoire et d’autorité d’un agent de l’État. Tout en prenant acte du contrôle exercé par le Royaume-Uni sur le territoire, la Cour se prononce ensuite en se fondant sur l’autorité des agents de l’État sur les personnes. La Cour ayant d’abord donné l’impression de reconnaître la validité des deux critères, il eût été préférable qu’elle applique l’un ou l’autre de ces critères du début à la fin. La première possibilité eût été de rejeter la position du Royaume-Uni et de conclure que l’autorité et le contrôle déjà reconnus afin d’établir l’existence d’une occupation militaire constituaient en eux-mêmes une preuve de l’existence du contrôle requis sur la zone, nécessaire afin d’établir l’applicabilité des droits de l’homme. La seconde possibilité eût été d’examiner chacun des cas individuels afin d’établir s’ils remplissaient le critère de « l’autorité de l’agent de l’État ». À nos yeux, ce critère dépasse les strictes limites de la détention officielle et peut inclure de nombreuses situations telles que celles qui se sont produites dans cette affaire<sup>18</sup>.

L’argument selon lequel on ne saurait assimiler l’occupation militaire au critère des droits de l’homme du « contrôle effectif sur une zone » est fondé sur l’objection suivante : l’État exerçant son contrôle sur un territoire serait tenu d’exercer toute la gamme de ses obligations relatives aux droits de l’homme, une proposition qui serait « parfaitement irréaliste »<sup>19</sup>. Cette conception du « tout ou rien » est utilisée pour mettre en doute l’équivalence entre occupation militaire, d’une part, et contrôle effectif sur un territoire (aux fins des droits de l’homme), d’autre part. Ainsi, selon les tenants de cette position, même dans une situation qui serait reconnue comme une occupation, la Puissance occupante pour-

17 CEDH, affaire *Al-Skeini*, *op. cit.*, note 9, para. 149 (souligné par nous).

18 N. Lubell, *op. cit.*, note 6, ch. 8.

19 Affaire *Al-Skeini*, England and Wales Court of Appeal, *op. cit.*, note 9, juge Brooke, para. 124 [traduction CICR].

rait ne pas disposer des forces nécessaires sur le terrain pour exercer le contrôle requis pour établir l'applicabilité des droits de l'homme<sup>20</sup>. Qui plus est, toujours selon ce raisonnement, du point de vue juridique, la capacité de la Puissance occupante de respecter ses obligations en matière de droits de l'homme serait restreinte par les limites que le droit de l'occupation impose à son autorité<sup>21</sup>. Certes, les deux arguments ne sont pas sans fondement. Prétendre que la pleine applicabilité des droits de l'homme, au regard du critère du « contrôle effectif sur une zone », reviendrait à affirmer l'équivalence du territoire occupé avec le territoire propre de l'État reviendrait à ne tenir aucun compte des réalités de l'occupation. La capacité de la Puissance occupante de mettre en œuvre les obligations de la même manière que sur son propre territoire peut être limitée tant par les impossibilités pratiques de la vie sur le terrain que par des obstacles juridiques. Cependant, l'existence d'obstacles indéniables ne contrebalance nullement le fait que, par définition, la Puissance occupante a le contrôle et la responsabilité sur le territoire et, avec elles, les obligations relatives aux droits de l'homme qui y sont associées. Le point de vue « tout ou rien » ne peut finalement conduire qu'à un « tout » irréaliste ou à un « rien » vide ne contenant pas la moindre obligation. Aucune de ces deux options n'est entièrement satisfaisante, et, comme l'a relevé le juge Sedley dans la Cour d'appel du Royaume-Uni :

Dire que le Royaume-Uni, parce qu'il n'est pas en mesure de tout garantir, peut ne rien garantir du tout, n'est pas une réponse acceptable. La question est de savoir si l'efficacité de nos forces armées dans les rues en 2003-2004 était à tel point limitée que, malgré l'autorité qu'elles exerçaient en tant que force occupante, elles n'avaient aucune maîtrise réelle de ce qui se passait, heure après heure, dans la région de Basrah. Ma propre réponse serait que, s'il est une chose que maîtrisaient les troupes britanniques, même dans la situation fragile décrite dans le dossier, c'est leur propre recours à la force létale. L'enquête que sollicitent les appelants aurait précisément pour objet d'établir si les troupes britanniques étaient fondées à utiliser cette force létale dans les situations dans lesquelles elles se sont trouvées, dont au moins quatre des cas dont nous sommes saisis constituent des exemples. C'est justement une telle enquête qui devrait évaluer le faible nombre de soldats par rapport à la population civile, la grande quantité d'armes disponibles et la présence importante d'insurgés<sup>22</sup>.

La solution consiste sans doute à considérer que, si l'hypothèse de départ présuppose vraisemblablement la gamme complète des obligations, il convient d'examiner chaque cas dans son contexte précis. Quant au critère de l'« autorité exercée par l'agent de l'État », il est évident que l'analyse du contexte est non seulement possible, mais surtout souhaitable. Selon la Cour européenne, le critère recon-

20 Affaire *Al-Skeini*, England and Wales Court of Appeal, *op. cit.*, note 9, par. 119-124, 194.

21 CEDH, affaire *Al-Skeini*, *op. cit.*, note 9, para. 114.

22 Affaire *Al-Skeini*, England and Wales Court of Appeal, *op. cit.*, note 9, juge Sedley, para. 197 [traduction CICR].



naît en lui-même la nécessité de tenir compte des circonstances lorsqu’il s’agit de déterminer l’étendue des obligations de l’État<sup>23</sup>. Ces obligations n’existent qu’eu égard aux droits sur lesquels les agents de l’État peuvent exercer leur contrôle dans les circonstances de l’espèce. La logique qui sous-tend ce raisonnement repose sur le fait que, sans maîtrise plus vaste des circonstances et sans la capacité nécessaire pour accomplir certains actes, on ne peut attendre de l’État qu’il défende chacun des droits de chaque personne. Cependant, si certains des droits de ces personnes sont *de facto* sous le contrôle direct des agents de l’État – que ce soit légalement ou illégalement – alors l’État a l’obligation de protéger ces droits. Le droit de ne pas être arbitrairement détenu, par exemple, serait applicable en cas de détention d’une personne, et le droit à la vie serait applicable en cas de recours à la force contre une personne<sup>24</sup>.

Ainsi, lorsque le critère de l’autorité de l’agent de l’État est appliqué, le contexte peut avoir une influence sur l’*applicabilité* concrète des obligations. Toutefois, nous nous intéressons ici non pas tant au pouvoir exercé sur des personnes se trouvant sur un territoire échappant au contrôle, mais bien au cas des personnes séjournant sur le territoire occupé où, par définition, la Puissance occupante détient un élément d’autorité et de contrôle sur le territoire. Pour revenir donc au critère du « contrôle effectif sur une zone », si l’on présume en ce cas une applicabilité étendue des obligations relatives aux droits de l’homme, nous suggérons que le contexte peut néanmoins avoir une incidence sur le *contenu matériel* des obligations. Ainsi, dans son avis consultatif rendu dans l’affaire du Mur, la CIJ déclare que :

[L]es territoires occupés par Israël sont soumis depuis plus de trente-sept ans à la juridiction territoriale d’Israël en tant que puissance occupante. Dans l’exercice des compétences dont il dispose à ce titre, Israël est tenu par les dispositions du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. En outre, il est tenu de ne pas faire obstacle à l’exercice de tels droits dans les domaines où compétence a été transférée à des autorités palestiniennes<sup>25</sup>.

La CIJ reconnaît ainsi que, bien que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) s’applique intégralement en raison du fait qu’Israël est une Puissance occupante, les obligations matérielles doivent être déterminées en fonction du contexte, compte tenu de l’existence de l’Autorité

23 « ... qui concernent son cas », dans CEDH, affaire *Al-Skeini*, *op. cit.*, note 9, para. 137.

24 N. Lubell, *op. cit.*, note 6, ch. 8 ; O. Ben-Naftali et Y. Shany, *op. cit.*, note 2, p. 64. Dans des situations de conflit armé se pose aussi, naturellement, la question de la manière dont l’applicabilité simultanée du droit international des droits de l’homme et du droit international humanitaire pourrait modifier la nature des obligations. C’est une question distincte, qui a souvent été examinée, et à laquelle il n’existe pas de réponse définitive ou agréée/consensuelle. Le présent article ne traite pas de la manière de gérer l’applicabilité simultanée, mais plutôt du stade antérieur, qui consiste à déterminer la portée des obligations applicables en matière de droits de l’homme.

25 CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.*, note 3, para. 112.



palestinienne et du rôle qu'elle joue sur le territoire. Si le contexte peut modifier le contenu de l'obligation, il ne la supprime pas entièrement; Israël est tenu de ne pas faire activement obstacle à l'exercice des droits pour lesquels l'Autorité palestinienne est compétente. La nécessité de tenir compte du contexte en relation avec le contrôle exercé sur un territoire a aussi été reconnue dans d'autres affaires<sup>26</sup>.

Selon cette conception, le contrôle territorial – y inclus l'occupation – déclenche bel et bien l'applicabilité de la gamme entière des obligations relatives aux droits de l'homme que l'État a la mission de défendre. Toutefois, les éléments matériels des obligations ainsi que l'existence d'une violation doivent être déterminés à la lumière du contexte, en tenant compte à la fois de la situation sur le terrain et des limitations juridiques. Ces considérations pourraient inclure la capacité logistique d'agir de telle ou telle manière ou, par exemple, le fait que les obligations pourraient être influencées par les restrictions législatives que le droit de l'occupation fait peser sur la Puissance occupante<sup>27</sup>. Cependant, aucune de ces considérations ne fournit une justification toute faite pour rejeter les obligations en bloc. Si certains de leurs aspects pourraient être modifiés à la lumière du contexte, l'applicabilité générale du droit international des droits de l'homme est établie et un élément d'obligation subsiste dans tous les cas.

## Le contenu des obligations relatives aux droits de l'homme

Sur base de ce qui précède, les obligations découlant du droit international des droits de l'homme sont applicables aux situations d'occupation militaire, mais le comportement précis considéré comme suffisant pour respecter ces obligations doit être déterminé à la lumière du contexte juridique et matériel dans lequel opère la Puissance occupante. Le contexte peut être difficile à prévoir, mais il est impossible de concevoir des lois précises s'appliquant à chaque scénario éventuel sans permettre finalement aux Puissances occupantes d'esquiver leurs responsabilités ou, à l'inverse, sans définir des obligations irréalistes qui n'auraient aucune chance d'être respectées au vu des circonstances. La méthode la plus sûre pour garantir la protection des droits de l'homme dans toute la mesure possible consiste à poser le principe général de l'applicabilité du droit international des droits de l'homme, tout en laissant la place à une démarche au cas par cas qui tienne compte des circonstances pour déterminer le contenu précis de l'obligation. Dans ce chapitre, nous allons examiner quelques exemples dans des domaines clés afin de démontrer comment une démarche de ce type peut fonctionner en pratique. Elle se fonde sur l'idée que, si les obligations en matière de droits de l'homme demeurent applicables en tout temps, leurs *modalités d'application* – par opposition à leur *applicabilité* – peuvent varier en fonction des circonstances. Cette idée n'est ni nouvelle, ni limitée aux situations d'occupation militaire; les mesures précises qu'un État prend par

26 CEDH, affaire *Ilașcu et autres c. Moldova et Russie*, requête N° 48787/99, Grande Chambre, arrêt du 8 juillet 2004.

27 La question de savoir si tel est le cas ou non sera abordée plus loin.

rapport à tel ou tel droit peuvent être influencées par diverses circonstances. Ainsi, le droit à la vie privée interdirait à un État de lire et censurer en permanence la correspondance privée de toute la population, mais ce droit pourrait être mis en œuvre différemment dans le contexte du courrier acheminé aux détenus dans un établissement pénitentiaire de haute sécurité<sup>28</sup>.

Dans bien des cas, le libellé des traités relatifs aux droits de l’homme autorise explicitement certaines restrictions en fonction des circonstances; on trouve ainsi, associées à la formulation de tel ou tel droit, des déclarations prévoyant les « restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l’ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d’autrui »<sup>29</sup>. Les dérogations sont aussi un moyen d’introduire d’éventuelles restrictions<sup>30</sup>, comme dans le cas d’un État frappé par une grave catastrophe naturelle, qui serait en droit de restreindre les déplacements sur la voie publique afin de permettre le fonctionnement efficace des services d’urgence. Les circonstances financières peuvent aussi être prises en considération dans certains cas, comme le montre l’expression du PIDESC qui précise que les États parties s’engagent à agir « au maximum de [leurs] ressources disponibles ». Dans certains cas, il y a même lieu de tenir compte de circonstances très différentes de celles qui avaient été envisagées au départ, par exemple dans le cas d’une personne détenue en haute mer, à 5’500 kilomètres du territoire de l’État: l’obligation de la traduire « aussitôt » devant un juge peut en pareil cas entraîner un délai de 16 jours, bien supérieur à ce qui est autorisé en temps normal<sup>31</sup>. Ces exemples démontrent que les circonstances peuvent et doivent effectivement être prises en considération pour déterminer le contenu des obligations relatives aux droits de l’homme dans un contexte donné.

La notion d’obligations positives et négatives est un autre instrument utile pour déterminer les éléments matériels d’une obligation relative aux droits

28 « [L]e Comité admet qu’il est normal que les autorités d’une prison exercent des mesures de contrôle et de censure sur la correspondance des prisonniers. Néanmoins, l’article 17 du Pacte stipule que « nul ne sera l’objet d’immixtions arbitraires ou illégales dans ... sa correspondance ». De ce fait, les mesures de contrôle ou de censure doivent donc être soumises à des garanties juridiques satisfaisantes pour éviter toute application arbitraire (voir para. 21 des constatations du Comité, en date du 29 octobre 1981, concernant la communication N° 63/1979). En outre, la restriction doit être appliquée d’une façon qui respecte les normes de traitement humain des détenus, ainsi que le stipule l’article 10(1) du Pacte. En particulier, les prisonniers devraient être autorisés à communiquer régulièrement avec des membres de leur famille ou des amis honorablement connus, par correspondance et en recevant des visites, sous la supervision voulue ». Comité des droits de l’homme, *Miguel Angel Estrella c. Uruguay*, Communication N° 74/1980, para. 9.2, doc. Nations Unies CCPR/C/OP/2, 1991, p. 103.

29 Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), adopté par l’Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, art. 18(3) (concernant la liberté de manifester sa religion).

30 PIDCP, art. 4; Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, 213 UNTS 222, telle qu’amendée par les protocoles N° 11 et 14, complétée par le protocole additionnel et les protocoles N° 4, 6, 7, 12 et 13, art. 15; Convention américaine relative aux droits de l’homme, OAS Treaty Series N° 36, 1144 UNTS 123, entrée en vigueur le 18 juillet 1978, art. 27.

31 CEDH, affaire *Rigopoulos c. Espagne*, requête N° 37388/97, décision finale sur la recevabilité du 12 janvier 1999; voir aussi CEDH, affaire *Medvedyev et autres c. France*, requête N° 3394/03, Grande Chambre, arrêt du 29 mars 2010, para. 127-134.

de l'homme. Ce n'est pas un moyen de distinguer des catégories de droits différentes, mais plutôt de distinguer entre des éléments positifs et négatifs que l'on peut identifier dans la plupart des droits. Ces distinctions peuvent être comprises en faisant appel à la démarche à trois niveaux: «respecter, protéger et mettre en œuvre». Cette structuration des droits a attiré beaucoup d'attention dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels, mais elle est aussi pertinente en matière de droits civils et politiques<sup>32</sup>. L'élément négatif d'un droit (le respect du droit) oblige l'État à s'abstenir de toute action qui enfreindrait directement ce droit. Dans la plupart des cas, cela revient essentiellement à exiger de l'État qu'il s'abstienne de certains actes, afin de ne pas priver des personnes de ce à quoi elles ont droit, ce qui ne crée pas, en principe, un fardeau significatif<sup>33</sup>. Il convient toutefois de noter que l'approche contextuelle, pour laquelle nous plaignons dans le présent article, n'est pas fondée sur une différenciation entre obligations négatives et positives en tant que telles. Cette distinction n'est en réalité pertinente que dans la mesure où, dans la plupart des situations, les obligations négatives ne risquent guère de poser de problèmes pour être mises en œuvre. En dernière analyse, le critère clé pour tous les types d'obligation est leur évaluation à la lumière des circonstances, plutôt que de catégoriser une obligation comme négative ou positive.

Malgré l'observation ci-dessus, les devoirs positifs, qui consistent à protéger et à mettre en œuvre un droit, risquent cependant de susciter d'autres préoccupations qu'il convient d'examiner, en particulier dans des situations telles que l'occupation militaire. En ce qui concerne les droits civils et politiques, l'obligation positive de protéger peut être mise en œuvre de diverses manières, par exemple en garantissant la protection de la vie dans certaines circonstances sous forme d'une « obligation positive [des autorités] de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui »<sup>34</sup>. Il faut pour cela qu'existe un système de maintien de l'ordre capable de protéger les droits de la manière requise. Peut-on

32 « Tout comme les droits civils et politiques, les droits économiques, sociaux et culturels imposent aux États trois types différents d'obligations: les obligations de respecter les droits, de les protéger et de leur donner effet. Manquer à l'une ou l'autre de ces trois obligations constitue une violation de ces droits ». Theo van Boven, Cees Flinterman et Ingrid Westendorp (réd.), *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, SIM, Utrecht, 1996, para. 6 [traduction CICR]; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 'Observation générale 12 (vingtième session, 1999): Le droit à une nourriture suffisante (art. 11)', doc. Nations Unies E/C.12/1999/5, 12 mai 1999, para. 15; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 'Observation générale N° 13 (vingt et unième session, 1999): Le droit à l'éducation (art. 13 du Pacte)', doc. Nations Unies E/C.12/1999/10, 8 décembre 1999, para. 46-47.

33 « Les devoirs négatifs – les devoirs de ne pas priver des personnes de ce à quoi elles ont droit – sont, comme il se doit, universels. Un droit ne saurait être garanti si les devoirs négatifs correspondants n'étaient pas universels, puisque toute personne qui n'aurait pas même le devoir négatif de ne pas priver autrui de ce à quoi il a droit serait alors libre de priver de ses droits le titulaire supposé. Les devoirs négatifs universels, cependant, ne posent aucun problème (si l'on laisse de côté les 'coûts d'opportunité'). Je n'ai aucun mal à laisser tranquilles au moins cinq milliards de personnes, et même bien plus si on me le demande ». Henry Shue, « Mediating Duties », dans *Ethics*, Vol. 98, N° 4, 1988, p. 690 [traduction CICR].

34 CEDH, affaire *Osman c. Royaume-Uni*, requête N° 23452/94, 87/1997/871/1083, Grande Chambre, arrêt du 28 octobre 1998, para. 115.

exiger d’une Puissance occupante une pareille protection ? L’affaire *Al-Skeini* illustre bien cette problématique : le gouvernement britannique a affirmé qu’il n’était pas en mesure de maintenir l’ordre dans le sud-est de l’Irak en raison, d’une part, d’un manque d’effectifs et, d’autre part, de l’effondrement du système local de maintien de l’ordre, ce qui avait entraîné une forte augmentation de la criminalité<sup>35</sup>. L’argumentation du Royaume-Uni a été avancée pour nier l’applicabilité de la Convention européenne des droits de l’homme, puisque la situation ainsi décrite était, selon le Royaume-Uni, en contradiction avec la notion de « contrôle effectif du territoire ». Sur la base de l’analyse présentée plus haut, on peut considérer que la position britannique pose le problème à l’envers : il faut en effet commencer par convenir que le Royaume-Uni est bien une Puissance occupante ; dès lors, le contrôle requis pour déclencher l’applicabilité des obligations relatives aux droits de l’homme est acquis par définition. Arguer que l’incapacité d’une Puissance occupante de maintenir l’ordre prouve l’inapplicabilité des obligations relatives aux droits de l’homme contredit non seulement la conception appropriée de l’applicabilité des droits de l’homme, mais aussi les obligations découlant du droit de l’occupation. L’article 43 du Règlement de La Haye dispose que :

L’autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l’occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d’assurer, autant qu’il est possible, l’ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays<sup>36</sup>.

Les devoirs d’une Puissance occupante en application de cette disposition, ainsi que les conséquences qui en découlent en matière de droits de l’homme, ont été examinés par la CIJ lorsqu’elle s’est penchée sur les actes de l’Ouganda :

La Cour conclut ainsi que l’Ouganda était une puissance occupante dans le district de l’Ituri à l’époque pertinente. En tant que tel, il se trouvait dans l’obligation, énoncée à l’article 43 du règlement de La Haye de 1907, de prendre toutes les mesures qui dépendaient de lui en vue de rétablir et d’assurer, autant qu’il était possible, l’ordre public et la sécurité dans le territoire occupé en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur en RDC. Cette obligation comprend le devoir de veiller au respect des règles applicables du droit international relatif aux droits de l’homme et du droit international humanitaire, de protéger les habitants du territoire occupé contre les actes de violence et de ne pas tolérer de tels actes de la part d’une quelconque tierce partie.

La Cour ayant conclu que l’Ouganda était une puissance occupante en Ituri à l’époque pertinente, la responsabilité de celui-ci est donc engagée

35 CEDH, affaire *Al-Skeini*, *op. cit.*, note 9, para. 112.

36 Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la Convention (IV) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, 1907 (ci-après « Règlement de La Haye »), art. 43.

à raison à la fois de tout acte de ses forces armées contraire à ses obligations internationales et du défaut de la vigilance requise pour prévenir les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire par d'autres acteurs présents sur le territoire occupé, en ce compris les groupes rebelles agissant pour leur propre compte<sup>37</sup>.

Ainsi, dès l'instant où un État devient une Puissance occupante, on peut attendre de lui qu'il s'efforce de maintenir l'ordre public dans le territoire occupé<sup>38</sup>; s'il a déjà l'obligation de le faire en vertu du droit de l'occupation, il ne saurait invoquer son incapacité de respecter son obligation au regard du DIH comme prétexte pour nier l'applicabilité des obligations en matière de droits de l'homme. Le DIH exige de la Puissance occupante des actions positives. En ce qui concerne le contenu des obligations relatives aux droits de l'homme, il est de toute évidence légitime d'exiger le volet négatif de simple respect des droits; quant aux éléments positifs, ils seront, au strict minimum, les mêmes que ceux qui sont requis par les obligations préexistantes au regard du DIH. L'incapacité de mettre en œuvre des devoirs positifs dans des situations particulières ne réfute pas l'applicabilité des obligations relatives aux droits de l'homme; elle peut, cependant, mener à la conclusion que, étant donné les circonstances, l'État a fait tout ce qui était en son pouvoir afin de respecter ses obligations. Dans de telles situations, même si l'applicabilité des obligations relatives aux droits de l'homme peut être affirmée, il reste à établir si la capacité de remplir les obligations est limitée par les circonstances<sup>39</sup>.

On pourrait donc affirmer que le niveau négatif des obligations relatives aux droits de l'homme doit être observé et que, par conséquent, l'État n'a pas le droit d'agir d'une manière qui ne respecte pas les droits de la population. En revanche, les éléments positifs (protéger et mettre les droits en œuvre) dépendraient des circonstances. Par exemple, bien que l'armée ne soit peut-être pas en mesure d'assurer une protection policière totale contre les activités criminelles sur l'entièreté du territoire, les soldats ne doivent pas eux-mêmes se rendre coupables d'actes arbitraires de meurtre ou de détention. Qui plus est, les forces armées doivent aussi être responsables des éléments positifs dans les situations où elles en ont la capacité: elles ne peuvent, par exemple, pas demeurer passives devant un crime violent dont elles sont témoin si elles ont la capacité d'intervenir et de l'empêcher. La question de savoir jusqu'où, au-delà de ce seuil, elles devraient aller peut dépendre de facteurs tels qu'un degré de capacité suffisant par rapport au niveau de violence

37 CJI, *République démocratique du Congo c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 178-179.

38 En ce qui concerne l'obligation découlant de l'art. 43 de rétablir et d'assurer l'ordre et la vie publics, voir Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 91-94.

39 Voir la section précédente de cet article en ce qui concerne l'applicabilité. «Face à une omission partielle ou totale, la Cour a pour tâche de déterminer dans quelle mesure un effort minimal était quand même possible et s'il devait être entrepris». CEDH, affaire *Ilașcu et autres c. Moldova et Russie*, *op. cit.*, note 26, para. 334. Voir aussi la référence à la «diligence requise» dans M. Milanovic, *op. cit.*, note 7, p. 141.

sur la voie publique. De la même manière, dans un établissement de détention, on attendra des forces d’occupation non seulement qu’elles s’abstiennent de causer directement des préjudices aux détenus, mais aussi qu’elles respectent l’ensemble des devoirs positifs liés aux droits des détenus (leur fournir de la nourriture ou les protéger contre d’autres prisonniers). Toute évaluation doit donc tenir compte des circonstances de l’espèce. L’examen de l’affaire *Al-Skeini* par la Cour européenne des droits de l’homme fournit un exemple de la nécessité de se fonder sur une vision réaliste de la situation :

La Cour prendra comme point de départ les problèmes pratiques auxquels les autorités d’enquête se trouvaient confrontées du fait que le Royaume-Uni était une puissance occupante dans une région étrangère et hostile, au lendemain immédiat d’une invasion et d’une guerre. Au nombre de ces problèmes figuraient l’effondrement de l’infrastructure civile – avec notamment pour conséquence un manque de pathologistes locaux et de ressources pour les autopsies –, les graves malentendus culturels et linguistiques entre les occupants et la population locale ainsi que le danger inhérent à la conduite de toute activité en Irak à l’époque. Ainsi qu’il a été indiqué ci-dessus, la Cour considère que, dans des circonstances de ce type, l’obligation procédurale découlant de l’article 2 doit être appliquée de manière réaliste, pour tenir compte des problèmes particuliers auxquels les enquêteurs avaient à faire face<sup>40</sup>.

Le déni des obligations relatives aux droits de l’homme dans des situations d’occupation, en raison de facteurs perçus comme des obstacles juridiques, est une autre question. Le droit de l’occupation impose à la Puissance occupante certaines restrictions, qui ont parfois été invoquées comme des obstacles au respect des obligations relatives aux droits de l’homme<sup>41</sup>. L’article 43 du Règlement de La Haye semble poser problème à cet égard, puisqu’il exige de la Puissance occupante qu’elle respecte, « sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays ». De la même manière, l’article 64 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève dispose que :

La législation pénale du territoire occupé demeurera en vigueur, sauf dans la mesure où elle pourra être abrogée ou suspendue par la Puissance occupante si cette législation constitue une menace pour la sécurité de cette Puissance ou un obstacle à l’application de la présente Convention<sup>42</sup>.

Comme l’occupation est censée être temporaire et comme la souveraineté – contrairement à l’autorité – n’est pas transférée à la Puissance occupante, les règles doivent être conçues de manière à réduire au minimum le risque que l’occupant introduise des changements qui compromettraient ces postulats.

40 CEDH, affaire *Al-Skeini*, *op. cit.*, note 9, para. 168.

41 *Ibid.*, para. 114.

42 Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Genève,

Les limitations ne sont cependant pas absolues et certains changements pourraient être non seulement autorisés, mais impératifs s'ils sont nécessaires afin de respecter l'obligation de préserver ou de rétablir la vie publique. L'article 43 ne saurait devenir « un outil fort pratique » permettant à la Puissance occupante d'intervenir quand cela lui convient et de se dissimuler derrière de prétendues limitations si cela ne lui convient pas<sup>43</sup>. Les interprétations combinées des dispositions ci-dessus peuvent autoriser à introduire des changements qui sont conformes aux objectifs du droit de l'occupation. Ces objectifs comprennent la responsabilité du maintien de l'ordre, qui doit être entendu au sens du texte français original du Règlement de La Haye, comme « vie publique », plutôt que de se limiter à l'ordre public *stricto sensu*<sup>44</sup>. Certes, le risque de changements motivés par des intérêts égoïstes, donnant lieu à des abus<sup>45</sup>, existe, mais il y a de bonnes raisons de préférer les arguments autorisant – voire exigeant – les changements fondés sur le respect du droit international des droits de l'homme et conçus pour servir les droits des habitants du territoire occupé<sup>46</sup>. Une occupation prolongée peut, en particulier, exiger une intervention active dans de nombreux domaines, ne serait-ce que pour prévenir la stagnation économique, sociale et juridique. La durée de l'occupation forme donc aussi partie du contexte dans lequel doivent être évaluées les obligations relatives aux droits de l'homme<sup>47</sup>.

## Les droits économiques, sociaux et culturels

L'applicabilité et le niveau des obligations en matière de droits de l'homme est également un enjeu important en ce qui concerne les droits économiques, sociaux et culturels. Il n'existe aucune raison valable de négliger cet ensemble de droits dans des situations d'occupation. L'ensemble des arguments évoqués à l'appui de l'applicabilité des droits civils et politiques sont non moins pertinents dans ce domaine. De fait, les organes des droits de l'homme des Nations Unies, ainsi que la CIJ, ont confirmé que le PIDESC s'applique aux actes d'une Puissance occupante<sup>48</sup>.

43 Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2004, p. 11.

44 *Ibid.*, pp. 9-11; Y. Dinstein, *op. cit.*, note 38, p. 89.

45 Voir sur ce point Y. Dinstein, *op. cit.*, note 38, pp. 120-123.

46 Voir *ibid.*, pp. 46, 112-123; voir E. Benvenisti, *op. cit.*, note 43, pp. xi-xiv au sujet de l'évolution des interprétations à cet égard; voir aussi l'analyse de la législation par les puissances occupantes dans Marco Sassòli, « Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers », dans *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 4, 2005, p. 661. Si des changements sont possibles sur la base des obligations relatives aux droits de l'homme, Sassòli relève que l'interprétation et la mise en œuvre doivent essayer de respecter la société et les mœurs locales. *Ibid.*, pp. 676-677.

47 Pour une discussion des difficultés particulières qui se posent dans des cas d'occupation prolongée, voir Adam Roberts, « Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories 1967-1988 », dans *American Journal of International Law*, Vol. 84, N° 1, 1990, p. 44.

48 CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.*, note 3, para. 107-112; Comité des droits de l'homme, *Observations finales du Comité des droits de l'homme: Israël*, *op. cit.*, note 8; voir aussi Sylvain Vité, « L'articulation du droit de l'occupation et des droits économiques, sociaux et culturels: les exemples de l'alimentation, de la santé et de la propriété », dans *Revue internationale de la Croix-Rouge, Sélection française* 2008, Vol. 90, pp. 325-348.



Qui plus est, la population d’un territoire occupé est souvent préoccupée avant tout par ces droits. On ne saurait s’attendre à ce qu’une occupation militaire garantisse les mêmes libertés civiles et politiques qu’un régime démocratique choisi par la population, mais les habitants d’un territoire occupé doivent bénéficier de services aussi ininterrompus que possible en matière de santé, d’éducation et d’emploi. De fait, une partie importante des activités menées sur le terrain dans des situations d’occupation tourne autour de ces questions<sup>49</sup>. Ici aussi, cependant, il convient de tenir compte des circonstances pour déterminer le niveau des obligations et les devoirs précis de la Puissance occupante. La notion d’obligation dans ce domaine peut soulever des objections, puisque les droits économiques, sociaux et culturels sont parfois considérés comme exigeant un engagement financier et logistique important, que l’on ne saurait attendre d’une Puissance occupante temporaire. Ce type d’argument est souvent au cœur des débats de portée plus générale sur les différences entre droits civils et politiques, et droits économiques, sociaux et culturels. Or, cette affirmation n’est pas tout à fait exacte, que ce soit dans le contexte de l’occupation ou en dehors de celui-ci. La plupart des droits peuvent, en définitive, exiger des engagements financiers, et les droits civils et politiques peuvent eux aussi entraîner des coûts importants. Prenons, à titre d’exemple, l’ensemble des droits liés à la détention et aux procédures judiciaires. Une force de police efficace, un système judiciaire, des magistrats et des avocats dûment formés, des tribunaux et des prisons : tout cela est loin d’être gratuit. Il est sans doute plus utile de revenir à l’approche à trois niveaux évoquée plus haut (respecter, protéger et mettre en œuvre) et de noter que tous les droits entraînent certaines obligations qui n’entraînent pas ou peu de dépenses (comme l’obligation de s’abstenir de tout acte de torture à l’encontre d’un détenu, ou de ne pas empêcher une personne d’avoir accès à un hôpital), et d’autres obligations qui exigent des investissements (par exemple un système judiciaire capable de rendre la justice ou un système de santé fournissant des soins de santé de base). Toutefois, même si tous les droits impliquent les trois niveaux d’obligation, le point de vue selon lequel les revendications individuelles liées aux droits civils et politiques tendent à être axées sur les obligations négatives relatives au respect (comme le souhait des individus de ne pas subir d’intrusion arbitraire), tandis que les droits économiques, sociaux et culturels sont davantage liés aux éléments positifs nécessaires pour mettre en œuvre les droits (par exemple exiger des soins de santé), n’est pas sans fondement. La possibilité que le contexte de l’occupation militaire exige une différenciation entre les divers éléments des obligations acquiert de ce fait une pertinence accrue en matière de droits économiques, sociaux et culturels. Peut-on donc attendre de la Puissance occupante qu’elle mette pleinement en œuvre cette catégorie de droits ?

Il est important de relever en premier lieu que, comme nous l’avons vu s’agissant de l’ordre public, le DIH impose, ici aussi, certaines obligations à la

49 Voir, par exemple, les activités de Physicians for Human Rights – Israel, disponible sur : <http://www.phr.org.il/default.asp?PageID=21> (dernière consultation le 24 avril 2012).

Puissance occupante dans des domaines tels que l'alimentation<sup>50</sup>, la santé<sup>51</sup> et l'éducation<sup>52</sup>. La question qui se pose à nous est de savoir si l'applicabilité des obligations en matière de droits de l'homme ajoute des devoirs substantiels à ceux qui découlent du droit de l'occupation<sup>53</sup>. Bien que la IV<sup>e</sup> Convention de Genève impose certaines obligations – comme la fourniture d'une assistance médicale –, tel n'est pas le cas de tous les droits économiques, sociaux et culturels. Ainsi, s'agissant des questions touchant le travail et l'emploi, la Convention aborde surtout les questions de travail forcé, de réquisition de services et plus généralement la question des personnes protégées travaillant sur ordre de la Puissance occupante<sup>54</sup>. Le droit de l'occupation fournit donc peu de protection en ce qui concerne le droit de travailler en dehors de ces situations. Si l'on considère, à titre d'exemple, le conflit israélo-palestinien, il apparaît clairement que les préoccupations touchant le travail peuvent représenter un problème considérable pour la population d'un territoire occupé, et que les mesures prises par la Puissance occupante peuvent avoir de graves conséquences sur elle dans ce domaine. L'avis consultatif rendu par la CIJ dans l'affaire du *Mur* a mis en lumière certains de ces problèmes, et plusieurs études ont établi, preuves à l'appui, que les obstacles matériels dus à cette construction, ainsi que les nombreuses autres restrictions aux déplacements, ont eu des effets négatifs sur la capacité de la population palestinienne d'assurer sa subsistance<sup>55</sup>. Dans son avis consultatif, la CIJ, après avoir noté l'applicabilité du PIDESC, cite la violation du droit au travail au nombre des infractions au droit international<sup>56</sup>. Le droit international des droits de l'homme peut donc ajouter une protection concernant certains droits qui pourraient ne pas être parfaitement protégés par le droit de l'occupation. Dans l'exemple que nous venons de citer, il s'agit non pas tant de devoirs positifs liés à ce droit (comme des programmes de formation professionnelle pour améliorer les possibilités d'emploi)<sup>57</sup>, mais bien de devoirs négatifs (ou de respect des droits)

50 CG IV, art. 55.

51 *Ibid.*, art. 55-56.

52 *Ibid.*, art. 50.

53 Comme nous l'avons relevé plus haut, même en ce qui concerne les obligations existantes en DIH, le fait qu'elles fassent aussi partie des droits de l'homme peut créer la possibilité d'un suivi par les organes conventionnels relatifs aux droits de l'homme.

54 CG IV, art. 51-52.

55 CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.*, note 3, para. 133-134. Voir aussi la description faite par B'Tselem, une organisation non gouvernementale : « En Cisjordanie, les restrictions font qu'il est très difficile aux Palestiniens de se rendre au travail et de transporter des biens d'une zone à l'autre. Ceci a entraîné une augmentation des coûts de transport, et de ce fait à une baisse des bénéfices. Les échanges entre les zones de la Cisjordanie sont devenus coûteux, peu sûrs et inefficaces. L'économie de la Cisjordanie a été fragmentée en marchés locaux de taille plus réduite. Les restrictions à l'accès des agriculteurs à leurs terres situées dans la 'zone fermée' ('seam zone') et dans la vallée du Jourdain ont gravement entravé le secteur agricole dans ces zones ». B'Tselem, « Effect of restrictions on the economy », 1<sup>er</sup> janvier 2011, disponible sur : [http://www.btselem.org/freedom\\_of\\_movement/economy](http://www.btselem.org/freedom_of_movement/economy) (dernière consultation le 24 avril 2012) [traduction CICR].

56 CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.*, note 3, para. 130, 133 et 134.

57 Comme l'exige le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976, art. 6(2).

consistant à ne rien faire qui porte atteinte à l’emploi ou à la capacité de travailler des personnes vivant dans les territoires occupés. Les Puissances occupantes sont tenues de respecter les obligations de ce type relevant des droits de l’homme.

Les choses sont plus délicates en ce qui concerne l’aspect positif consistant à mettre en œuvre les droits, y compris ceux qui sont mentionnés dans le droit de l’occupation. Pour prendre l’exemple du droit à la santé, il ressort clairement de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève que la Puissance occupante a le devoir d’assurer la fourniture de l’assistance médicale, ainsi que la maintenance des hôpitaux et de certains services de santé publique<sup>58</sup>. Qui plus est, si l’on trouve mention de la coopération avec les autorités locales dans la Convention, la responsabilité « [d’adopter et d’appliquer] les mesures prophylactiques et préventives nécessaires pour combattre la propagation des maladies contagieuses et des épidémies »<sup>59</sup> incombe, en dernier ressort, à la Puissance occupante. On voit bien, par conséquent, que dans le domaine des droits économiques et sociaux aussi, les devoirs de la Puissance occupante vont au-delà de la non-ingérence et des obligations négatives de respecter les droits, et comprennent des obligations positives. Jusqu’où s’étendent ces dernières ? Celles qui peuvent être déduites de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève ne sont pas nombreuses ; si l’on excepte l’exemple ci-dessus, la Convention ne définit pas précisément ce qu’il faut entendre par assurer le bon fonctionnement des services médicaux. C’est ici que les droits de l’homme peuvent se révéler utiles, car ils contiennent des indications plus précises sur les droits économiques, sociaux et culturels et sur les obligations qui en découlent. Le PIDESC lui-même décrit jusqu’à un certain point les obligations spécifiques, mais on trouve surtout des explications nombreuses et détaillées des devoirs correspondants dans les Observations générales formulées par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, par exemple dans l’Observation générale sur le droit à la santé<sup>60</sup>. Un grand nombre des obligations fondamentales identifiées par le Comité ne s’écarterent pas beaucoup des exigences de services de santé de base et d’assistance médicale inscrites dans le droit de l’occupation.

58 CG IV, art. 55 et 56.

59 *Ibid.*, art. 56. Voir aussi Jean S. Pictet (sous la direction de), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949: Commentaire, Volume IV, La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, CICR, Genève, 1956, p. 337: « Il est possible que, dans certains cas, les autorités nationales soient parfaitement en mesure de veiller à la santé de la population ; la Puissance occupante n’aura pas alors à intervenir ; elle se bornera à ne pas entraver l’activité des organismes chargés de cette tâche. Mais, le plus souvent, l’envahisseur occupe un pays atteint profondément par la guerre ; les établissements et les services médicaux et hospitaliers sont désorganisés, démunis du matériel nécessaire, dans l’impossibilité de faire face aux besoins de la population. C’est alors que l’occupant doit assurer et maintenir avec le concours des autorités, et dans toute la mesure de ses moyens, le bon fonctionnement des établissements et services médicaux et hospitaliers. L’article se réfère notamment aux mesures prophylactiques et préventives nécessaires pour combattre la propagation des maladies contagieuses et les épidémies. On peut citer, parmi ces mesures, le contrôle de l’hygiène, l’éducation du public, la distribution de médicaments, l’organisation du dépistage et de la désinfection, la constitution de stocks de matériel sanitaire, l’envoi de missions médicales dans les régions où règnent des épidémies, l’isolement et l’hospitalisation des personnes atteintes de maladies transmissibles, la création de nouveaux hôpitaux et de centres médicaux. »

60 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, ‘Observation générale N° 14: le droit au meilleur état de santé susceptible d’être atteint (art. 12), doc. Nations Unies E/C.12/2000/4, 11 août 2000.

S'y ajoutent cependant des exigences faites à l'État d'investir dans des stratégies à long terme destinées à améliorer les soins de santé dans le pays<sup>61</sup>.

Le PIDESC lui-même prévoit la possibilité que les États ne soient pas en mesure de s'acquitter immédiatement de tous leurs devoirs et il comprend la notion de réalisation progressive des droits, compte tenu du « maximum [des] ressources disponibles »<sup>62</sup> de l'État. Si l'on ajoute à cela le fait que les devoirs en matière de soins de santé énoncés dans la IV<sup>e</sup> Convention de Genève sont précédés du membre de phrase « Dans toute la mesure de ses moyens »<sup>63</sup>, on pourrait en conclure que les obligations doivent être définies en fonction des ressources disponibles, la Puissance occupante devant agir dans la mesure de ses ressources. À première vue, cela pourrait être une solution pour des situations d'occupation dans lesquelles il pourrait être peu réaliste d'attendre de la Puissance occupante qu'elles s'acquittent de tous les devoirs positifs et à long terme requis pour mettre les droits en œuvre. Cependant, en ce qui concerne les droits de l'homme, il ne s'agit pas simplement de capacités budgétaires. Même sans ressources importantes, la réalisation progressive ne lève pas l'obligation d'agir. Tout en admettant qu'un changement immédiat pourrait ne pas être possible, elle exige néanmoins que des mesures soient prises pour faire évoluer la situation<sup>64</sup>. Inversement, cela signifierait-il qu'une Puissance occupante relativement riche, qui pourrait difficilement invoquer un manque de ressources, devrait soudain consacrer des sommes énormes à la création de nouveaux systèmes nationaux de santé dans le territoire occupé ? Il est nécessaire, à ce stade, de revenir à ce que nous disions plus haut concernant le contexte.

Le théâtre d'opérations que constitue un territoire occupé est fort éloigné, à bien des égards, du cadre national dans lequel opère un État. Avant toute chose, une occupation militaire a vocation à être temporaire et la Puissance occupante n'est pas censée envisager d'administrer l'État à long terme. On pourrait donc en conclure que les obligations de la Puissance occupante en matière de droits de l'homme – en plus des devoirs négatifs de respect des droits – se limitent aux mesures positives nécessaires pour respecter les obligations fondamentales, comme garantir un assainissement minimal, l'approvisionnement en eau potable et en médicaments essentiels<sup>65</sup>, mais sans inclure des engagements

61 *Ibid.*, para. 36.

62 PIDESC, art. 2.

63 CG IV, art. 55 et 56.

64 « [L]e fait que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels prévoit une démarche qui s'inscrit dans le temps, autrement dit progressive, ne saurait être interprété d'une manière qui priverait l'obligation en question de tout contenu effectif. D'une part, cette clause permet de sauvegarder la souplesse nécessaire, compte tenu des réalités du monde et des difficultés que rencontre tout pays qui s'efforce d'assurer le plein exercice des droits économiques, sociaux et culturels; d'autre part, elle doit être interprétée à la lumière de l'objectif global, et à vrai dire de la raison d'être du Pacte, qui est de fixer aux États parties des obligations claires en ce qui concerne le plein exercice des droits en question. Ainsi, cette clause impose l'obligation d'œuvrer aussi rapidement et aussi efficacement que possible pour atteindre cet objectif. » Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 'Observation générale N° 3: la nature des obligations des États parties, art. 2, para. 1 du Pacte, doc. Nations Unies HRI/GEN/1/Rev.7, para. 9, p. 18.

65 CG IV, art. 56; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 'Observation générale N° 14, *op. cit.*, note 60.

à long terme comme des investissements dans la création de nouvelles écoles médicales. Cependant, il faut tenir compte des circonstances à tous les égards. Si le contexte peut limiter les obligations positives d’une Puissance occupante du fait de la nature de l’occupation militaire, il peut aussi exiger une démarche de plus large portée s’agissant des devoirs positifs dans le cas où l’occupation ne correspond plus au critère de brièveté, comme pour Israël qui demeure une Puissance occupante depuis plus de quarante ans. Bien qu’il y ait des limites, la Puissance occupante est autorisée à mener certaines activités qui modifient le *statu quo* au bénéfice de la population locale<sup>66</sup>. Dans une occupation prolongée, la Puissance occupante peut être tenue non seulement de respecter le noyau minimal d’obligations, mais encore de répondre à des besoins stratégiques à long terme pour mettre en œuvre les droits de la population.

Il convient aussi d’accorder toute l’attention voulue au principe de non-discrimination, principe fondamental qui concerne tous les droits de l’homme. Pour reprendre l’exemple du droit à la santé, la question de la discrimination soulève, dans le contexte de l’occupation militaire, un problème intéressant. Les États sont tenus de mettre en œuvre le droit à la santé de manière non discriminatoire<sup>67</sup>; comment faut-il comprendre cette obligation dans un contexte d’occupation ? Il peut y avoir un écart considérable entre les services de santé qu’un État fournit sur son propre territoire et ceux du territoire occupé, et il n’est probablement guère réaliste de s’attendre à ce que la situation sanitaire puisse être identique. De toute évidence, le Royaume-Uni n’allait pas étendre la couverture de son fameux Service National de Santé (National Health Service) à la partie méridionale de l’Irak. De fait, si la IV<sup>e</sup> Convention de Genève exige que les étrangers sur le territoire d’une partie au conflit reçoivent un traitement médical et des soins dans la même mesure que les ressortissants de la Puissance occupante<sup>68</sup>, elle ne formule pas la même exigence pour les personnes protégées sur un territoire occupé, et l’on ne saurait attendre une égalité parfaite entre les résidents de la Puissance occupante sur son propre territoire et la population du territoire occupé. Le principe de non-discrimination, qui relève des droits de l’homme, demeure toutefois pertinent dans la manière dont les services de santé sont fournis à l’intérieur du territoire occupé. Le principe peut donc être pertinent dans des situations telles que celles où une population civile de la Puissance

66 Voir plus haut; relevons cependant que l’on considère normalement que, par «population locale», il faut entendre les personnes protégées et les habitants originels du territoire occupé. Si la notion est élargie pour englober d’autres personnes, comme les ressortissants de la Puissance occupante (par exemple les colons israéliens), il en découle des difficultés considérables et un risque de fausser l’équilibre crucial entre les besoins de l’occupant et ceux des personnes protégées. On trouvera une discussion de questions connexes dans Aeyal M. Gross, «Human proportions: are human rights the emperor’s new clothes of the international law of occupation?», dans *European Journal of international Law*, Vol. 18, N° 1, 2007, pp. 1-35.

67 PIDESC, art. 2, para. 2; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, ‘Observation générale N° 20: la non-discrimination dans l’exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, para. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)’, doc. Nations Unies E/C.12/GC/20, 2 juillet 2009; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, ‘Observation générale N° 14’, *op. cit.*, note 60, para. 12(b), 18 et 19.

68 CG IV, art. 38.

occupante vit dans le territoire occupé (comme les colons israéliens) et a accès à un niveau de soins de santé plus élevé que leurs voisins immédiats<sup>69</sup>.

## La source des obligations relatives aux droits de l'homme

Si le devoir des Puissances occupantes de respecter le droit international des droits de l'homme est largement admis, on peut néanmoins se poser la question de la source des obligations spécifiques. En d'autres termes, de quelles obligations relatives aux droits de l'homme s'agit-il : de celles que l'occupant doit respecter sur la base des traités qu'il a lui-même ratifiés ou de celles de l'État dont il occupe le territoire ? Appliquer les seules obligations acceptées par l'occupant pourrait être perçu comme une imposition d'un ensemble de principes internationaux à la population d'un État qui ne les a pas acceptés. À l'inverse, fonder les obligations de l'occupant sur celles de l'État occupé pourrait placer l'occupant dans une situation où il serait tenu de respecter des obligations qu'il n'aurait pas lui-même acceptées. Plusieurs arguments suggèrent que la meilleure solution consiste à ne pas choisir l'une ou l'autre de ces deux options, mais plutôt une combinaison des deux.

Il faut cependant noter en premier lieu que, s'il y a lieu de préciser la source des obligations découlant des traités, cet obstacle n'existe pas pour le droit international coutumier. Les droits fondamentaux tels que le droit à la vie, le droit de ne pas être soumis à la détention arbitraire et l'interdiction de la torture lient tous les États en vertu de la coutume internationale<sup>70</sup>. Par conséquent, quels que soient les traités auxquels sont parties la puissance occupante et l'État occupé, l'occupant sera lié, en matière de droits de l'homme, par toutes les obligations qui font partie du droit international coutumier.

Quant aux obligations découlant des traités, la difficulté est moindre lorsque l'occupant et l'occupé sont parties aux mêmes traités. Lorsque la CIJ a examiné les allégations de violations des droits de l'homme commises par l'Ouganda en République démocratique du Congo (RDC), elle a statué sur

69 Voir Haute Cour de justice d'Israël, 168/91 *Marcus v. The Minister of Defense*, et l'exigence de non-discrimination dans la distribution de masques à gaz, aux colons comme à la population palestinienne.

70 Bertrand Ramcharan, « The Concepts and Dimensions of the Right to Life », dans Bertrand Ramcharan (éd.), *The Right to Life in International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1985, pp. 1-32; W. Paul Gormley, « The Right to Life and the Rule of Non-Derogability: Peremptory Norms of Jus Cogens », *ibid.*, pp. 120-159; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), *Le Procureur c/ Anto Furundžija*, Affaire N° IT-95-17/1-T, Chambre de première instance, jugement du 10 décembre 1998, para. 153-157; CEDH, affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête N° 35763/97, Grande Chambre, arrêt du 21 novembre 2001, para. 60-61; Richard B. Lillich, « The Growing Importance of Customary International Human Rights Law », dans *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 25, N° 1, pp. 5-6; Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, section 702, 1987 (faisant référence à la « détention arbitraire prolongée »; Comité des droits de l'homme, 'Observation générale N° 24 (52): observation générale sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte', doc. Nations Unies CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 11 novembre 1994, para. 8.



l’applicabilité d’un certain nombre de traités, dont le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), et elle a relevé que les deux États y étaient parties<sup>71</sup>. Cependant, les cas d’occupation ne concernent pas toujours deux États liés par les mêmes traités de droits de l’homme. Dans une telle situation, plusieurs exemples plaident pour le principe selon lequel l’occupant devrait respecter les normes des traités auxquels il est lui-même partie. L’affaire *Al-Skeini* concerne les obligations du Royaume-Uni au regard de la Convention européenne des droits de l’homme à laquelle, de toute évidence, l’Irak n’était pas partie. La Cour a considéré que le Royaume-Uni, reconnu comme occupant de parties du territoire irakien, était tenu d’appliquer les normes des traités des droits de l’homme auxquels il était lui-même partie<sup>72</sup>. Il en a été de même pour Israël dans de nombreuses affaires examinées par des organismes internationaux concernant l’occupation de territoires palestiniens. La CIJ a conclu que les obligations incombant à Israël au regard du PIDCP, du PIDESC et de la Convention relative aux droits de l’enfant étaient toutes applicables à ses actes en tant que Puissance occupante en Cisjordanie<sup>73</sup>. Les organes créés en vertu des traités des droits de l’homme des Nations Unies – tels que le Comité des droits de l’homme et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels – ont, de la même manière, estimé que les obligations s’imposant à Israël en vertu des traités étaient applicables dans les territoires palestiniens occupés<sup>74</sup>. Cette conception démontre la notion qui sous-tend l’applicabilité extra-territoriale : le principe fondamental des droits de l’homme – préserver la dignité humaine et protéger toutes les personnes contre les abus de pouvoir – demeure applicable aux actions d’un État, qu’il agisse sur son propre territoire ou ailleurs.

Cependant, les obligations de l’État occupé en matière de droits de l’homme demeurent pertinentes dans des situations d’occupation. Le droit de l’occupation peut en fait nécessiter le respect par la Puissance occupante de certaines obligations découlant de traités des droits de l’homme auxquels est partie l’État occupé. La première raison à cela découle de l’exigence de respecter le droit national : si le droit interne de l’État occupé incorpore des normes de droit international des droits de l’homme auxquelles cet État a souscrit, la Puissance occupante ne doit pas les enfreindre<sup>75</sup>. Ceci dit, comme nous l’avons vu plus haut, il peut y avoir des raisons de distinguer entre, d’une part, le fait de ne pas accomplir directement des actes qui enfreignent des droits et, d’autre part, l’obligation de mettre activement en œuvre certains droits. Les principes de la continuité des obligations et de la non-régressivité pourraient fournir un argument supplémentaire pour sauvegarder les droits garantis à la population par les obligations préexistantes de l’État occupé. Le Comité des Nations Unies pour les droits de l’homme a expliqué, dans son Observation générale N° 26 :

71 CIJ, affaire *République démocratique du Congo c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 217 et 219.

72 CEDH, affaire *Al-Skeini*, *op. cit.*, note 9.

73 CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.*, note 3, para. 102-113.

74 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, ‘Observations finales : Israël’, *op. cit.*, note 3 ; *Comité des droits de l’homme, Observations finales : Israël*, doc. Nations Unies CCPR/C/ISR/CO/3, 3 septembre 2010.

75 Règlement de La Haye, art. 43.



Les droits consacrés dans le Pacte appartiennent aux individus qui vivent sur le territoire de l'État partie. Le Comité des droits de l'homme a constamment été d'avis, comme le montre de longue date sa pratique, que dès lors que des individus se voient accorder la protection des droits qu'ils tiennent du Pacte, cette protection échoit au territoire et continue de leur être due, quelque modification qu'ait pu subir le gouvernement de l'État partie, y compris du fait d'un démembrement en plusieurs États ou d'une succession d'États et en dépit de toute mesure que pourrait avoir prise ultérieurement l'État partie en vue de les dépouiller des droits garantis par le Pacte<sup>76</sup>.

On peut se poser la question de savoir si une Puissance occupante constitue une exception à cette notion, puisqu'elle représente une autorité temporaire plutôt qu'un changement de gouvernement. Cependant, aussi longtemps qu'elle constitue le gouvernement *de facto* du territoire, l'idée que les droits appartiennent à la population du territoire peut placer l'obligation de protéger ces droits sur les épaules de la Puissance occupante. On peut trouver un argument supplémentaire à l'appui de cette notion – dans le contexte cette fois des droits économiques, sociaux et culturels – dans la présomption contre les mesures délibérément régressives<sup>77</sup>.

Cette notion peut, à l'évidence, donner lieu à controverse, puisqu'elle semble imposer des obligations internationales à une partie tierce sans son consentement<sup>78</sup>. Il ne s'agit toutefois pas d'affirmer que la Puissance occupante devient directement liée par les traités internationaux ratifiés par l'État dont elle occupe le territoire. La question est plutôt de savoir si ces obligations s'imposent par osmose, à travers la législation nationale en vigueur sur le territoire occupé, et par l'intermédiaire des obligations de DIH relatives à cette législation nationale. En outre, comme nous l'avons noté plus haut, si cela peut exiger de la Puissance occupante qu'elle s'abstienne d'agir à l'encontre de la législation nationale et des éléments de droit international des droits de l'homme qu'elle contient, cela n'entraînerait pas nécessairement une obligation de prendre des mesures de grande ampleur pour mettre activement en œuvre ces lois.

En dernière analyse, la question de la source conventionnelle des obligations en matière de droits de l'homme demeurera dans bien des cas, pour toute une série de raisons, une question théorique dont l'impact pratique sera relativement limité : un grand nombre des droits fondamentaux s'appliquera à travers le droit international coutumier, tandis que la ratification répandue des traités fera probablement que la Puissance occupante et l'État occupé seront parties aux mêmes instruments. Dans le cas contraire, les instances internationales saisies

76 Comité des droits de l'homme, 'Observation générale N° 26 (61), Observation générale sur les questions touchant la continuité des obligations souscrites en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques', doc. Nations Unies CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1, 8 décembre 1997, para. 4.

77 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 'Observation générale N° 3', *op. cit.*, note 64, para. 9.

78 Convention de Vienne sur le droit des traités, 1155 UNTS 331, 8 ILM 679, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, art. 34.

de certaines affaires récentes ont estimé que les obligations découlant de traités auxquels la Puissance occupante était partie s’appliquaient dans des situations où l’État ou le territoire occupé n’y était pas partie<sup>79</sup>. En d’autres termes, déterminer la source de l’obligation ne constituerait pas un obstacle important si la source la moins controversée d’obligations conventionnelles amenait un degré manifestement supérieur de protection des droits de l’homme. Enfin, il y a lieu de rappeler ici ce que nous avons dit plus haut au sujet des circonstances. Qu’il s’agisse d’appliquer les obligations relatives aux droits de l’homme de la Puissance occupante elle-même ou celles qui étaient en place dans l’État occupé, le contexte juridique et pratique de l’occupation peut avoir un effet sur le contenu matériel de ces droits et sur leur mise en œuvre.

## Conclusion

Nous ne surprendrons personne, à ce stade, en concluant que le droit international des droits de l’homme peut être applicable durant une occupation militaire. Bien que des divergences puissent subsister quant à la gamme complète des situations dans lesquelles les obligations relatives aux droits de l’homme s’appliquent de manière extraterritoriale, et même si les modalités de l’applicabilité parallèle du DIH et des droits de l’homme font encore l’objet de discussions, un nombre important d’avis et d’arrêts plaident maintenant en faveur de l’applicabilité des droits de l’homme dans les situations d’occupation militaire. Qui plus est, selon l’opinion majoritaire, lorsqu’un État exerce son autorité sur un territoire (ce qui représente, selon nous, un élément constitutif de la notion même d’occupation), c’est toute la gamme des obligations relatives aux droits de l’homme qui est applicable. Cette conclusion risque toutefois de faire peser sur la Puissance occupante des exigences difficilement réalisables, voire irréalistes, dans la mesure où, dans une situation d’occupation, elle pourrait se trouver dans des circonstances insupportables fort éloignées de la tranquillité qui peut régner sur son propre territoire. Si la Puissance occupante est tenue, dans tous les cas, d’agir au mieux de ses capacités, les circonstances, tant juridiques que matérielles, de chaque cas d’espèce entraînent des conséquences sur ses capacités de s’acquitter de ses devoirs. Nous avons tenté de démontrer dans le présent article que, si l’on peut présumer que le droit international des droits de l’homme s’applique pleinement aux situations d’occupation militaire, les critères précis nécessaires pour mettre en œuvre les obligations, ainsi que toute évaluation du degré de respect de ces obligations, doivent être fondés sur une analyse du contexte.

79 Voir plus haut les commentaires de la CEDH concernant le Royaume-Uni en Irak, ainsi que les affaires relatives à l’occupation des territoires palestiniens par Israël.