

DÉBAT

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

Marten Zwanenburg, Michael Bothe et
Marco Sassòli*

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

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

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

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

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

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

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

: : : : : :



Contre la théorie de Pictet

Marten Zwanenburg*

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

: : : : : :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 5 TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, affaire N° IT-98-34-T, Chambre de première instance, jugement, 31 mars 2003, para. 219 à 221.
- 6 Si le critère n'était pas accepté, les personnes se trouvant dans des territoires envahis mais non encore occupés ne bénéficieraient que des mesures de protection limitées figurant dans les titres I et II de la CG IV.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

Michael Bothe

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

: : : : :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

12 *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

Marco Sassòli

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

: : : : : :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

L'exercice du pouvoir sur une personne est suffisant

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

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

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

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

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

Une interprétation souple des obligations des Puissances occupantes

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

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

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

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

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

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

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

30 *Ibid.*, p. 337.

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

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

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

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

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

31 *Ibid.*, p. 67

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

41 *Ibid.*, p. 67.

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

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

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