



BANQUE DES MÉMOIRES

**Master de Droits de l'Homme et Justice Internationale,
parcours Droit Humanitaire
Dirigé par Monsieur le Professeur Sébastien Touzé
2024**

***Interactions entre la conduite des
hostilités et le droit de l'occupation***

Arthur VITTEAUX-FAVREAU

Sous la direction de Madame la Professeure Julia Grignon

Remerciements

Je tiens à exprimer ma profonde gratitude à la professeure Julia Grignon, directrice de ce mémoire pour ses précieux conseils et orientations arrivées à point nommé lors d'un moment de perdition.

-

Je remercie également Emmanuèle pour le temps voué à la relecture de ce mémoire, sacrifiant une belle et ensoleillée journée d'août.

-

Enfin, un mot pour Dvořák, dont la musique vibrante communique la hâte d'un nouveau monde, transportant vers un horizon où l'espoir renaît.

Sommaire

Bibliographie	V
Tableau des abréviations	XXI
Introduction	1
Partie 1 Conduite des hostilités et droit de l’occupation : fractures et conciliation des paradigmes	11
Titre 1 Confrontation de la conduite des hostilités et du droit de l’occupation : un besoin de clarification des rapports entre paradigmes conciliables.....	13
Chapitre 1 Interactions entre conduite des hostilités et établissement de l’occupation : entre prévalence et compatibilité.....	15
Section 1 Théorie des vases communicants : la “either / or approach”.....	15
Section 2 Compatibilité d’une approche plus inclusive.....	18
Chapitre 2 Interactions entre conduite des hostilités et maintien de l’ordre : nécessité d’une précision des règles de permutation.....	23
Section 1 Méthode de l’échelle mobile d’appréciation.....	24
Section 2 Une vision cloisonnée des différents modèles : théorie du saut et montage artificiel.....	32
Titre 2 Réglementation du recours à la force armée et confrontation des règles d’interprétation : vers une restriction du champ du DIH ?.....	35
Chapitre 1 Influences du contexte d’occupation belligérante sur les règles applicables aux différents paradigmes : vers un ‘pont’ entre la conduite des hostilités et le maintien de l’ordre ?.....	38
Section 1 Maintien de l’ordre en territoire occupé : pratique à tendance subversive et ambiguïté entre modèles.....	38
Section 2 Recours à la force armée en territoire occupé : refus d’un ajustement des règles de la conduite des hostilités.....	43
Chapitre 2 Extension du champ du DIDH : renforcement de la protection accordée par le DIH.....	48
Section 1 Théorie traditionnelle et surpasement progressif : confrontation du développement doctrinal avec la règle de la lex specialis.....	50
Section 2 Kretzmer et l’affaire des Assassinats ciblés : manifestations d’une transplantation normative.....	56
Partie 2 Conduite des hostilités en territoire occupé : détermination du droit applicable à la conduite des hostilités à la lumière du contexte d’occupation	64
Titre 1 Caractérisation de l’affiliation au sens de l’article 4A CG III : lorsque le droit international peine à saisir la réalité.....	65
Chapitre 1 Appréciation du statut de combattant : confrontation de l’appartenance à différents degrés de contrôle.....	68
Section 1 Caractérisation de l’appartenance à l’aune des règles de classification de conflit : la jurisprudence Tadić et le contrôle global.....	68
Section 2 Inconsistance des règles de responsabilité internationale : faiblesse du contrôle effectif.....	71
Chapitre 2 Accord de facto et remaniement du seuil déterminant l’appartenance : la voie de l’allégeance.....	75
Titre 2 Implications du droit de l’occupation sur la détermination des règles applicables au conflit opposant la puissance occupante à des groupes armés organisés non affiliés à la puissance occupée.....	79

Chapitre 1 Thèse traditionnelle en faveur des règles applicables au conflit armé non international : l'article 3 commun aux Conventions de Genève, sujet à interprétation.....	81
Section 1 Applicabilité des règles relatives au conflit armé non international : interprétation extensive de l'article 3 commun.....	82
Section 2 Multiplication des seuils et interprétations divergentes.....	88
Chapitre 2 Thèse en faveur des règles applicables au conflit armé international : entre souhaitabilité et réalisme.....	93
Section 1 Applicabilité des règles relatives au conflit armé international : fragilité d'une interprétation souhaitable au raisonnement imparfait.....	93
Section 2 Applicabilité des règles relatives au conflit armé international résultant du contexte d'occupation.....	98
Conclusion.....	104
Déclaration Finale.....	XXIV

Bibliographie

Ouvrages individuels

- ANNONI, Alessandra, *L'occupazione 'ostile' nel diritto internazionale contemporaneo*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2012, 356 pages.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, *The law of Occupation : Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Humanitarian Rights Law*, Leiden, Nijhoff Publishers, 2009, 758 pages.
- BAYLEY, David H. & PERITO, Robert M., *The police in War : Fighting Insurgency, Terrorism, and Violent Crime*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, 2010, 170 pages
- BENVENISTI, Eyal, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, 1ère édition, vol.87 n°4, 1993, 241 pages.
- BOOTHBY, William H., *The Law of Targeting*, Oxford University Press, 2012, 652 pages
- CASSESSE, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2nd édition, 2005, 558 pages.
- CUYKENS, Anne, *Revisiting the Law of Occupation*, Série Nova et Vetera Iuris Gentium, Vol.30, Brill | Nijhoff, 2018, 298 pages.
- DAVID, Eric, *Principes de droit des conflits armés*, 3ème édition, Bruylant, 2002, 994 pages
- DINSTEIN, Yoram :
 - *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, 2009, 287 pages.
 - *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge University Press, 2nd édition, 2021, 376 pages.
- FRAENKEL, Ernst, *Military Occupation and the Rule of Law : Occupational Government in the Rhineland 1918-1923*, Oxford University Press, 1944, 267 pages.
- GOLDSTEIN, Joshua S, *Winning the War on War: The Decline of Armed Conflict Worldwide*, Dutton, New York, 2011, 400 pages.
- GHERARI, Habib, *Le conflit Israélo-Palestinien : que dit le droit ?* L'Harmattan, Collection : Comprendre le Moyen-Orient, 2024, 270 pages.
- GREEN, Leslie C., *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Melland Schill Studies in international law, Manchester University Press, 2nd édition, 2000, 393 pages.
- GROTIUS, Hugo, *De jure belli ac pacis, libri tres*, Vol.2, 1625, Francis W. Kelsey (trad.), Clarendon Press, Oxford, 1925, 946 pages.
- HAGGENMACHER, Peter, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, 1983, The Graduate Institute, Genève, 708 pages.
- KALANDARISHVILI-MUELLER, Natia, *Occupation and Control in International Humanitarian Law*, Routledge Research in the Law of Armed Conflict, Routledge, 2021, 236 pages.
- KOHEN, Marcelo G., *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Graduate Institute Publications, 1997, 521 pages.
- KOLB, Robert, *Ius in bello : le droit international des conflits armés : précis*, Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2003, 299 pages.
- LOENING, Edgar, *Die Verwaltung des General-Gouvernements im Elsass : ein Beitrag zur Geschichte des Völkerrechts*, De Gruyter, 1874, 276 pages.

- LONGOBARDO, Marco, *The Use of Armed Force in Occupied Territory*, Cambridge University Press, 2018, 320 pages.
- MELZER, Nils :
 - *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Comité International de la Croix-Rouge, 2010, 88 pages.
 - *Targeted Killings in International Law*, 1ère édition, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, 2008, 528 pages.
- MERON, Theodor, *Human Rights in Internal Strife : Their International Protection*, Cambridge University Press, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures Vol.5, 1987, 172 pages.
- MOIR, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002, 328 pages.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, *De l'esprit des lois*, Barrillot et fils, 1748, 724 pages.
- OTTO, Roland, *Targeted Killings and International Law with Special Regard to Human Rights and International Humanitarian Law*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Vol.230, Springer, 2012, 682 pages.
- PELEG, Ilan, *Human Rights in the West Bank and Gaza*, Syracuse Studies on Peace and Conflict Resolution, Syracuse University Press, 1995, 212 pages.
- RONZITTI, Natalino, *Le guerre di liberazione nazionale e il Diritto internazionale*, Pacini Editore, Pise 1974, 214 pages.
- SIVAKUMARAN, Sandesh, *The law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2014, 696 pages.
- TALMOR, Ronny, *The Use of Firearms by the Security Forces in the Occupied Territories*, rapport B'Tselem, 1990, 86 pages.
- WHEATON, Henry, *Elements of International Law*, 3ème édition, Lea & Blanchard, 1946, 655 pages.

Ouvrages collectifs sous direction

- *100 Years of Peace Through Law: Past and Future* / éd Andreas VON ARNAULD, Nele MATZ-LÜCK et Kerstin ODENDAHL, Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, Duncker & Humboldt, Band 191, 2015, 275 pages.
- *Armed Conflict and International Law : in Search of the Human Face, Liber Amicorum in Memory of Avril McDonald* / éd Mariëlle MATTHEE, Brigit TOEBES, Marcel BRUS, Asser Press - Springer, The Hague, 2013, 378 pages.
- *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* / éd. Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, 1647 pages.
- *Commentaire de la Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* / éd. Lindsay CAMERON et a., CICR, 2016, version disponible en marge de la Convention en ligne.
- *Commentaire de la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre* / éd. Marco SASSOLI, Kenneth WATKIN, Knut DÖRMANN et a., CICR, 2020, version disponible en marge de la Convention en ligne.
- *Commentaire de la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre* / éd. Jean PICTET, CICR, 1958, version disponible en marge de la Convention en ligne

- *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre : commentaire* / éd. J. De Preux, Vol.III, CICR, 764 pages.
- *Frieden in Freiheit* / éd. Andreas FISCHER-LESCANO, Hans-Peter GASSER, Thilo MARAUHN et Natalino RONZITTI, Nomos, 2008, 1286 pages.
- *Human Rights and Humanitarian Law : The Quest for Universality* / éd. Daniel WARNER, Brill | Nijhoff Publishers, Nijhoff Law Special Vol.29, 1997, 145 pages.
- *International Humanitarian Law and International Human Rights Law* / éd. Orna BEN-NAFTALI, Oxford University Press, 2011, 424 pages.
- *International Law and the Classification of Conflicts* / éd. Elizabeth WILMSHURST, Oxford University Press, 2012, 568 pages.
- *International Law Studies* / éd. Kenneth WATKIN, Andrew NORRIS, Vol.88, Naval War College, 2012, 488 pages.
- *International Peacekeeping : The Yearbook of International Peace Operations* / éd. Harvey LANGHOLTZ, Boris KONDOCH et Alan WELLS, Martinus Nijhoff Publishers, Vol.9, 2004, 659 pages.
- *L'Afrique des grands lacs : annuaire 2002-2003* / éd. Stefaan MARYSSE et Filip REYNTJENS, L'Harmattan, 2003, 358 pages.
- *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo* / éd. Pietro GARGIULO et Maria C. VITUCCI, Naples, Editoriale Scientifica, 2009, 456 pages.
- *Mélanges offerts à Charles Rousseau* / éd. La Communauté Internationale, Pedone, Paris, 1974, 346 pages.
- *New Rules for Victims of Armed Conflicts* / éd. Michael BOTHE, Karl Josef PARTSCH et Waldemar SOLF, Martinus Nijhoff, 1982, 876 pages.
- *Oxford Dictionary of English* / éd. Catherine SOANES et Angus STEVENSON, 2nd édition, Oxford University Press, 2005, 2088 pages.
- *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law* / éd. Elizabeth WILMSHURST et Susan BREAU, British Institute of International and Comparative Law, 2007, 466 pages.
- *Prolonged Occupation and International Law : Israel and Palestine* / éd. Nada KISWANSON et Susan POWER, International Humanitarian Law Series, Vol.66, Brill | Nijhoff, 2023, 408 pages.
- *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* / éd. Otto TRIFFTERER, Kai AMBOS, 3ème édition, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2016, 2352 pages.
- *Rules and Institutions of International Humanitarian Law Put to the Test of Recent Armed Conflicts* / Michael J. MATHESON & Djamchid MOMTAZ (éd.), 2010, 1032 pages..
- *Tallinn Manual* / éd. Michael N. SCHMITT, 2017, 638 pages.
- *The 1949 Geneva Conventions : A Commentary* / éd. Andrew CLAPHAM, Paola GAETA, Marco SASSÒLI, Oxford Commentaries on International Law, 2015, 1760 pages
- *The Arab-Israeli Accords : Legal Perspective* / éd. Eugene COTRAN et Chibli MALLAT,, Kluwer Law International, 1st edition, 1996, 304 pages.
- *The Centennial of the First International Peace Conference* / éd Frits KALSHOVEN, Leiden, Netherlands, Brill | Nijhoff Publishers, 2000 532 pages.
- *The Handbook of International Humanitarian Law* / éd. Dieter FLECK, 1ère édition, Oxford, Oxford University Press, 2008, 770 pages ; 3ème édition, Oxford, Oxford University Press, 2013, 768 pages.
- *The Handbook of the International Law of Military Operations* / éd Terry D. GILL et Dieter FLECK, 2nd édition, Oxford, Oxford University Press, 2015, 790 pages.

- *The Legitimate Use of Military Force : The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict* / éd. Howard M. HENSEL, Ashgate Publishing, 1ère édition, 2008, 308 pages
- *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary* / éd. Michael N. SCHMITT, Yoram DINSTEIN, Charles GARRAWAY, International Institute of Humanitarian Law, 2006, 66 pages.
- *The Progression of International Law : Four Decades of the Israel Yearbook on Human Rights - an Anniversary Volume* / éd. Yoram DINSTEIN et Fania DOMB, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, 645 pages.
- *The Vietnam War and International Law* / éd. Richard A. FALK, Vol.2, 1969, 1280 pages.
- *Un droit dans la guerre* / éd. SASSÒLI Marco, BOUVIER Antoine et QUINTIN Anne, Vol.1 2nd édition, 2013, 3030 pages.
- *War Crimes and the Conduct of Hostilities : Challenges to Adjudication and Investigation* / éd. Fausto POCAR, Marco PEDRAZZI et Micaela FRULLI, Edward Elgar Publishing, 2013, 416 pages.

Articles de revues scientifiques

- AKEHURST, Michael, The Hierarchy of the Sources of International Law, dans *The British Yearbook of International Law*, Vol.47 n°1, 1975, pp.273-285.
- BARTELS Rogier, When Do Terrorist Organisations Qualify as "Parties to an Armed Conflict" Under International Humanitarian Law ? dans *The Military Law and Law of War Review*, 56(2), 2018, pp.451-488.
- BEN-NAFTALI Orna, MICHAELI Keren, Public Committee Against Torture in Israel v. Government of Israel, Case No. HCK 769/02, dans *The American Journal of International Law*, Vol.101 n°2, 2007, pp.459-465.
- BENVENISTI, Eyal :
 - The Origins of the Concept of Belligerent Occupation, dans *Law and History Review*, Vol. 26, No. 3, Law, War, and History, 2008, pp. 621-648.
 - Responsibility for the Protection of Human Rights under the Interim Israeli-Palestinian Agreements, dans *Israel Law Review*, 28.2-3, 1994, pp.297-317.
 - Human Dignity in Combat : The Duty to Spare Enemy Civilians, dans *Israel Law Review*, Vol.39 n°2, 2006, pp.81-109.
- BENVENUTI, Paolo, Movimenti insurrezionali e Protocolli aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra del 1949, dans *Rivista di Diritto Internazionale*, LXIV, 1981, pp.513-558.
- BRADLEY Martha Magdalena, Expanding the Borders of Common Article 3 in Non-International Armed Conflicts : Amending its Geographical Application Through Subsequent Practice ? dans *Netherlands International Law Review*, Vol.64 n°2, 2017, pp.375-406.
- CAMPANELLI Danio, Le droit de l'occupation militaire à l'épreuve des droits de l'homme, dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 90, Sélection française, 2008, pp. 307-323.
- CONDORELLI Luigi, The Imputability to States of Actes of International Terrorism, dans *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol.19, 1989, pp.233-246.
- CORN Geoffery S., TALBOT JENSEN Eric, Transnational Armed Conflict: A "Principled" Approach to the Regulation of Counter-Terror Combat Operations Regulation of Counter-Terror Combat Operations, dans *Israel Law Review*, vol.42 N°1, 2009, pp.46-79.

- COX Robert W., Social Forces, States and World Orders : Beyond International Relations Theory, dans *Millenium : Journal of International Studies*, Vol.10 N°2, 1981, pp.126-155.
- CUMIN David, Qui est combattant ? dans *Inflexions*, 2007/1 n°5, pp.151-165.
- DALE Richard, The Armed Forces as an Instrument of South African Policy in Namibia, dans *The Journal of Modern African Studies*, Vol.18 N°1, 1980, pp.57-71.
- DE DURAND Étienne, Des Balkans à l’Afghanistan : les opérations de stabilisation complexes, dans *Politique Étrangère*, N°2, 2005, pp.327-342.
- DEL MAR, Katherine, The Requirement of ‘Belonging’ under International Humanitarian Law, dans *The European Journal of International Law*, Vol. 21 no. 1, 2010, pp.105-124
- DE VILLAINÉ Renaud, L’attribution à un Etat des actes d’une entité non-étatique agissant sur son territoire : le cas des Imbonerakure au Burundi’, dans *Droits fondamentaux : Revue électronique du CRDH*, N°19, 2021, pp.1-19.
- DE VILLERS Gauthier, La guerre dans les évolutions du Congo-Kinshasa, dans *Afrique Contemporaine*, Vol.3 N°215, 2005, pp.47-70.
- DINSTEIN Yoram :
 - The International Law of Inter-State Wars and Human Rights, dans *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol.7, 1977, pp.139-153.
 - The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights, dans *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol.8, 1978, pp.104-143.
- DOSWALD-BECK Louise :
 - Developments in Customary International Humanitarian Law, dans *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, n°3, Zürich, 2005, pp.471-498.
 - International Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, in *International Review of the Red Cross*, Vol.37 n°316, 1997, pp.35-55.
 - The right to life in armed conflict : does international humanitarian law provide all the answers ? dans *International Review of the Red Cross*, Vol.88 n°864, 2006, pp.881-904.
- FORTIN Katharine, Complementarity between the ICRC and the United Nations and International Humanitarian Law and International Human Rights Law, 1948-1968, dans *International Review of the Red Cross*, Vol.94 N°888, 2012, pp.1433-1454.
- FULCHIRON Huges, Interactions entre Systèmes ou ensembles normatifs : l’hypothèse de la dynamique de normes, dans *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 16 bis, 2022, pp.242-259.
- GAGGIOLI Gloria, KOLB Robert, A Right to Life in Armed Conflicts ? The Contribution of the European Court of Human Rights, in *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol.37, 2007, pp.115-163.
- GASSER Hans-Peter, International Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflict : Joint Venture of Mutual Exclusion, in *German Yearbook of International Law*, Vol.45, 2002, pp.149-165.
- GERVASONI Luca, A Contextual-functional approach to investigations into right to life violations in armed conflict, in *Questions of International Law*, Vol.36, 2017, pp.5-26.
- GOODMAN Ryan, The Power to Kill or Capture Enemy Combatants, in *European Journal of International Law*, Vol.24, 2013, pp.819-853.
- GRIGNON Julia, Guerre contre le terrorisme et droit international, dans *Annuaire français de relations internationales*, 2021, pp.101-114.

- GROSS Aeyal M., Human Proportions : Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation ? in *European Journal of International Law*, Vol.18 n°1, 2007, pp.1-35.
- HAGGENMACHER Peter, Mutations du concept de guerre juste de Grotius à Kant, dans *Cahiers de philosophie politique et juridique : la Guerre*, N°10, 1986, pp.107-125.
- HAMPSON Françoise J. :
 - The relationship between international humanitarian law and human rights law from the perspective of a human rights treaty body, in *International Review of the Red Cross*, Vol.90 n°871, 2008, pp.549-572.
 - Using International Human Rights Machinery to Enforce the International Law of Armed Conflicts, in *The Military Law and the Law of War Review*, Vol.31, 1992, pp.117-127.
- HAUSMANINGER Herbert, Bellum iustum und iusta causa belli im älteren römischen Recht, dans *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1961, vol. 11, pp.335-345.
- HELMERSEN Sondre Torp, The classification of groups belonging to a party to an international armed conflict, dans *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol.6 N°1, version rééditée en ligne, pp.1-13.
- HENRY Sabrina, La notion de fonction de combat continue dans les conflits armés : est-il temps d'étendre son application ? dans *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Sélection française Vol.100 N°1/2/3, 2018, pp.199-218
- IMSEIS Ardi, Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion, dans *American Journal of International Law*, 99.1, 2005, pp.102–118
- JINKS Derek, 11 September and the Laws of War, in *The Yale Journal of International Law*, Vol.8 n°1, 2003, pp.1-49.
- KELLER Helen, FOROWICZ Magdalena, A Tightrope Walk between Legality and Legitimacy : An Analysis of the Israeli Supreme Court's Judgment on Targeted Killing, in *Leiden Journal of International Law*, Vol.21 n°1, 2008, pp.185-221.
- KRESS Claus, War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice, in *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol.30, 2000, pp.103-177.
- KRETZMER David :
 - Le droit de l'occupation belligérante devant la Cour suprême israélienne, in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol.94 sélection française 2012/1, 2012, pp.107-140.
 - Targeted Killing of Suspected Terrorists : Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence? in *The European Journal of International Law*, Vol.16 n°2, 2005, pp.171-212.
 - The Advisory Opinion : The Light Treatment of International Humanitarian Law, dans *American Journal of International Law*, Vol.99 n°1, 2005, pp.88-102.
- KRETZMER David, BEN-YEHUDA Aviad, MEIRAV Furth, Thou Shall Not Kill : The Use of Lethal Force in Non-International Armed Conflicts, dans *Israel Law Review*, Vol.47 n°2, pp.191-224.
- LAUTERPACHT Hersch, The Problem of the Revision of the Law of War, in *British Year Book of International Law*, Vol.29, 1952, pp.360-382.
- LINDROOS Anja, Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System : The Doctrine of Lex Specialis, in *Nordic Journal of International Law*, 2005, Vol.74 n°1, pp.27-66.
- LUBELL Noam, The ICJ Advisory Opinion and the Separation Barrier : A Troublesome Route, in *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol.35, 2005, pp.283-313.

- LUTTWAL Edward N., THOMAS Richard, Les impasses de la contre-insurrection, dans *Politique Étrangère*, Vol.4, 2006, pp.849-861.
- MASTORODIMOS Konstantinos, The Character of the Conflict in Gaza : Another Argument Towards abolishing the Distinction between International and Non-International Armed Conflicts, in *International Community Law Review*, Vol.12 n°4, 2010, pp.437-469.
- MERON Theodor :
 - Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia : Nicaragua's Fallout, dans *The American Journal of International Law*, Vol.92 n°2, 1998, pp.236-242.
 - On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument, dans *The American Journal of International Law*, Vol.77 n°3, 1983 pp.598-606.
- MILANOVIĆ Marko :
 - Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror: comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings case, in *International Review of the Red Cross*, vol.89 n°866, 2007, pp.373-393.
 - A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law, dans *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 14, N° 3, 2009, pp. 459-483.
- MONGA NGONGA Alphonse Maindo, La République de l'Ituri en République démocratique du Congo : un Far West ougandais, dans *Politique africaine*, Vol.1 N°89, 2001, pp.181-192.
- ORAKHELASHVILI Alexander, The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence ? in *The European Journal of International Law*, Vol. 19 no. 1, 2008, pp.162-182.
- PAULUS Andreas, VASHAKMADZE Mindia, Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization, in *International Review of the Red Cross*, vol. 91 n° 873, mars 2009, pp.95-125.
- PEJIC Jelena :
 - Procedural Principles and Safeguards for Internment / Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence, in *International Review of the Red Cross*, Vol.87, n°858, 2005, pp.375-391.
 - The protective scope of Common article 3 : more than meets the eye, in *International Review of the Red Cross*, Vol.93 N°881, 2011, pp.189-225.
- PRUNIER Gérard, L'Ouganda et les guerres congolaises, dans *Politique Africaine*, Vol.3 N°75, éditions Karthala, 1999, pp.43-59.
- QUÉGUINER Jean-François, Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire, in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 85 n°850, 2003, pp.271-311.
- ROBERTS Adam, Prolonged Military Occupation : The Israeli-Occupied Territories Since 1967, dans *The American Journal of International Law*, Vol.84 n°1, 1990, pp.44-103.
- SASSÒLI Marco :
 - Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law, in *Harvard University Occasional Paper Series*, N°6, 2006, pp.1-43.
 - Legislation and maintenance of public order and civil life by Occupying Powers, dans *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 4, 2005, pp.661-694.
- SCHMITT Michael N., Investing Violations of International Law in Armed Conflict, in *Harvard National Security Journal*, Vol.2, 2011, pp.31-84.
- SCHONDORF Roy S., The Targeted Killings Judgment : A Preliminary Assessment, dans *Journal of International Criminal Justice*, Vol.5, N°2, 2007, pp.301-309.

- SHANY Yuval, Faraway, so Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol.8, 2006, pp.369-383, Cambridge University Press (version rééditée en ligne), Research Paper n°12-06, pp.1-20.
- SIRI Aurélien, Des adages *lex posterior derogat priori* & *specialia generalibus derogant* : contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français, dans *Revue de la Recherche Juridique : Droit prospectif*, 2009-4, pp. 1781-1837.
- SPINEDI Marina, On the Non-Attribution of the Bosnian Serbs' Conduct to Serbia, in *Journal of International Criminal Justice*, Vol.5 n°4, 2007, pp.829-838.
- TOUWENDÉ Roland Ouédraogo, La distinction entre la participation directe aux hostilités par les civils et la légitime défense des civils, in *Revue Québécoise de droit international*, vol.29-2, 2016, pp.191-223.
- VAN ACKER Franck, VLASSENROOT Koen, Les maï-maï et les fonctions de la violence milicienne dans l'Est du Congo, dans *Politique africaine*, Vol.4 N°84, 2001, pp.103-116.
- VAN STEENBERGH Raphaël, The impacts of human rights law on the regulation of armed conflict : a coherency-based approach to dealing with both the 'interpretation' and 'application' processes, dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 104 N°919, 2022, pp.1345-1396.
- VAST Cécile, Sur l'expérience de la Résistance : cadre d'étude, outils et méthodes, dans *Guerres mondiales et conflits contemporains*, Vol.2 N°242, éditions PUF, 2011, pp.73-99.
- VITÉ Sylvian, Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités, dans *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Vol.91 N°873, version électronique rééditée, 2009, pp.1-21.
- WATKIN Kenneth :
 - Use of force during occupation: law enforcement and conduct of hostilities, dans *International Review of the Red Cross*, vol.94 n° 885, 2012, pp.267-315.
 - Maintaining Law and Order during Occupation : Breaking the Normative Chains', dans *Israel Law Review*, Vol.41 N°1-2, 2008, pp.175-200.
- WEINER Justus R., Hard Facts Meet Soft Law - The Israel-PLO Declaration of Principles and the Prospects for Peace: A Response to Katherine W. Meighan, in *Virginia Journal of International Law*, Vol.35 n°4, 1995, pp.931-970.
- WHIPPMAN David, Redefining Combatants : Comment on Richard Arneson's Just Warfare Theory and Noncombatant Immunity, in *Cornell International Law Journal*, Vol.39 n°2, 2006, pp.699-703.
- ZIMMERMANN Andreas J., Abiding by and Enforcing International Humanitarian Law in Asymmetric Warfare : The Case of 'Operation Cast Lead', in *Polish Yearbook of International Law*, Vol.31, 2011, pp.47-78.

Travaux universitaires

- SIEGRIST, Michael, *The Functional Beginning of Belligerent Occupation*, Master Thesis (Dir. M Sassoli), Académie de droit international humanitaire et de droits humains de Genève, 2010, 81 pages.
- CHALLINE, Paul, *Le droit international public dans la jurisprudence française de 1789 à 1848*, Thèse, Université de Paris, 1934, 279 pages.

Réunions d'experts / colloques / conférences

- INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND OTHER LEGAL REGIMES : INTERPLAY IN SITUATIONS OF VIOLENCE, XXVIIth Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law, International Institute of Humanitarian Law, San Remo, ICRC Report, Septembre 2003.
- INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND THE CHALLENGES OF CONTEMPORARY ARMED CONFLICTS, 31st Conference of the Red Cross and the Red Crescent, Geneva, 28th November - 1st December 2011.
- OCCUPATION AND OTHER FORMS OF ADMINISTRATION OF FOREIGN TERRITORY / Expert meeting, éd Tristan FERRARO, ICRC Report, 2012, 147 pages.
- THE USE OF FORCE IN OCCUPIED TERRITORY : INTERPLAY BETWEEN THE CONDUCT OF HOSTILITIES AND LAW ENFORCEMENT PARADIGMS / Expert meeting, éd. Gloria GAGGIOLI, ICRC Report, 2013, 92 pages.
- Meeting on the RIGHTS TO LIFE IN ARMED CONFLICTS AND SITUATIONS OF OCCUPATION / Expert meeting, Université de Genève, 2005.

Articles de blogs scientifiques

- DE SENA, Pasquale, “Ancora a Proposito di Gaza”, SIDIBlog, 2014
- KAMBALE Pascal, “Aux racines de la violence en Ituri et dans le Grand-Nord du Nord-Kivu”, Ebuteli Blog, 16 octobre 2023”, accessible en ligne à l’adresse suivante : <https://www.ebuteli.org/publications/blogs/aux-racines-de-la-violence-en-ituri-et-dans-le-grand-nord-du-nord-kivu>
- VIRET, Emmanuel, “Interahamwe : violence de masse et résistance”, SciencesPo, 8 mars 2010
- ANDERSON, Kenneth, “Is the Israel–Hezbollah conflict an international armed conflict?”, Kenneth Anderson Blog, 14 juillet 2006, disponible en ligne à l’adresse suivante : <http://kennethandersonlawofwar.blogspot.com/2006/07/is-israel-hezbollah-conflict.html>
- TOURNEPICHE Anne-Marie, GRIGNON Julia et a., “Le droit applicable aux affrontements en cours en Ukraine”, ‘#5 Osons le DIH’, Quid Justitiae, accessible en ligne à l’adresse suivante : https://www.quidjustitiae.ca/fr/blogue/Conflit_Ukraine_V

Sites

- Courrier International, “Gaza : Enjeux et risques de l’opération israélienne Pluie d’Eté”, 7 juillet 2006, disponible en ligne à l’adresse suivante : <https://www.courrierinternational.com/article/2006/07/06/enjeux-et-risques-de-l-operation-israelienne-pluie-d-ete>
- Comité International de la Croix-Rouge, “Qu’est-ce que le droit international humanitaire”, 5 juillet 2022, accessible en ligne à l’adresse suivante : <https://www.icrc.org/fr/document/quest-ce-que-le-droit-international-humanitaire>
- Croix-Rouge Française, “5 principes fondamentaux du DIH”, consulté le 02 août 2024, accessible en ligne à l’adresse suivante : <https://www.croix-rouge.fr/droit-international-humanitaire>

- ONU Info, “Gaza : motifs raisonnables de croire qu’Israël a commis des actes de génocide, selon une experte de l’ONU”, allocution lors de la 55ème session du Conseil des droits de l’Homme des Nations-Unies à Genève de la rapporteure spéciale sur la situation des droits de l’Homme dans les territoires palestiniens Francesca Albanese, 26 mars 2024, accessible en ligne à l’adresse suivante : <https://news.un.org/fr/story/2024/03/1144356>
- ICRC Casebook, ‘How does Law Protect in War ?’, “A to Z” Glossary : Saboteur, disponible en ligne à l’adresse suivante : https://casebook.icrc.org/a_to_z/glossary/saboteur
- Pierre-Louis CARON et Pauline PAILLASSA, ‘Guerre à Gaza : visualisez où en est le conflit dans l’enclave palestinienne’, France Info Cartes, 11 mai 2024, accessible en ligne à l’adresse suivante : https://www.francetvinfo.fr/monde/proche-orient/israel-palestine/cartes-guerre-a-gaza-visualisez-ou-en-est-le-conflit-dans-l-enclave-palestinienne_6534440.html
- Lexique de droit international humanitaire, “Nécessité militaire”, accessible en ligne à l’adresse suivante : <https://lexdih.wordpress.com/n/necessite-militaire/>
- B’Tselem, “Judge Advocate General to B’Tselem: 0.22-caliber bullets are not crowd-control measures”, 9 juillet 2009, accessible en ligne à l’adresse suivante : https://www.btselem.org/press_releases/20090709
- Institut français des relations internationales, “Gaza : sous le feu des attaques préventives”, Cultures Monde - France Culture, Amélie Ferey, 31 Août 2022, accessible en ligne à l’adresse suivante : <https://www.ifri.org/fr/espace-media/lifri-medias/gaza-feu-attaques-preventives>
- AL Monitor, “US sanctions Palestinian Lion’s Den armed group in West Bank”, 6 juin 2024, accessible en ligne à l’URL suivant : <https://www.al-monitor.com/originals/2024/06/us-sanctions-palestinian-lions-den-armed-group-west-bank>
- Feras KILANI, “Combien y a-t-il de groupes armés à Gaza et qui sont-ils ?”, BBC News Afrique, 12 décembre 2023, disponible à l’adresse suivante : <https://www.bbc.com/afrique/articles/c99ezy1r55lo>
- Armel MARIN, “Francs-tireurs et partisans”, Universalis, consulté le 2 août 2024, accessible en ligne à l’adresse suivante : <https://www.universalis.fr/encyclopedie/ftp-francs-tireurs-et-partisans/>
- Lumni Enseignement, “La guérilla urbaine des FTP sous l’Occupation”, Chroniques du temps de l’ombre 1940-1944, consulté le 2 août 2024, accessible en ligne à l’adresse suivante : <https://enseignants.lumni.fr/fiche-media/00000005875/la-guerilla-urbaine-des-ftp-sous-l-occupation.html>
- Human Rights Watch, “Q and A on hostilities between Israel and Hezbollah”, 1 août 2006, disponible à l’adresse suivante : <http://www.hrw.org/en/news/2006/08/01/questions-andanswers-hostilities-between-israel-and-hezbollah>
- Romain GEOFFROY, “Combien de pays reconnaissent désormais l’existence d’un Etat palestinien ?”, Le Monde, 22 mai 2024, accessible en ligne à l’adresse suivante : https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2024/05/22/quels-pays-reconnaissent-un-etat-palestinien_6234866_4355770.html
- UN Press, “L’Assemblée générale vote à une écrasante majorité pour l’admission de l’Etat de Palestine à l’ONU et rehausse son statut d’Observateur permanent”, AG/12599, 10 mai 2024, accessible en ligne à l’adresse suivante : https://press.un.org/fr/2024/ag12599_doc.htm
- CICR, “Que dit le DIH au sujet du terrorisme ?”, rubrique ‘Droit international humanitaire : réponses à vos questions’, 22 janvier 2015, accessible en ligne à l’adresse suivante : <https://www.icrc.org/fr/document/que-dit-le-dih-au-sujet-du-terrorisme>

Podcast

- Aurélie DAHER, “Intifadas, l’heure de la révolte”, (podcast), dans ‘Israël-Palestine, les mots de la guerre’, France Culture, accessible en ligne à l’adresse suivante : <https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/france-culture-va-plus-loin-l-invite-e-des-matins/intifadas-l-heure-de-la-revolte-9047926>
- Gaspard WALLUT, “1987, la première intifada ou la guerre des pierres” (podcast), dans ‘Affaires sensibles’, France Inter, 30 novembre 2023, accessible en ligne à l’adresse suivante : <https://www.radiofrance.fr/franceinter/podcasts/affaires-sensibles/affaires-sensibles-du-jeudi-30-novembre-2023-5547894>

Manuels militaires

- Office of General Counsel Department of Defense, *US Law of War manual*, 2015 (mis à jour en 2023), Washington, 1207 pages.
- Ministère des armées, *Manuel de droit des opérations militaires*, Direction des affaires juridiques - Etat Major des armées, éd. Camille FAURE et Rudolph STAMMINGER, 2022, 376 pages.
- Department of the Army, Field Manual 27-10 : The Law of Land Warfare, États-Unis d’Amérique, 18 Juillet 1956 (révisé le 15 Juillet 1976), 248 pages.
- Ministère de la défense du Royaume-Uni, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Royaume-Uni, 2004, 550 pages.
- Bureau du juge-avocat général, *Joint Doctrine Manual : Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level*, Canada, 2001, 246 pages.
- Manuel de campagne de l’armée américaine No. 3-24, Marine Corps Warfighting Publication No. 3-33.5, 2006, 277 pages.

Jurisprudences

- **Cour européenne des droits de l’Homme / Commission européenne des droits de l’Homme**
 - Cour EDH (grande chambre), 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, arrêt, Requête N° 29750/09.
 - Cour EDH, 7 juillet 2011, *Affaire Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, Arrêt, Requête n°55721/07.
 - Cour EDH (grande chambre), 12 décembre 2001, *Banković et a. c. Belgique et a.*, Requête N°52207/99
 - Commission EDH, Rapport de la Commission dans l’affaire *Chypre c. Turquie* du 10 juillet 1976.
- **Cour interaméricaine des droits de l’Homme**
 - CIADH, *Zambrano Vélez et al. c. Ecuador*, Mérites, réparations et coûts, séries C N°166., 4 juillet 2007.

- **Cour internationale de justice**

- CIJ, avis consultatif, *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, avis consultatif, 19 juillet 2024, CIJ Recueil 2024.
- CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans la bande de Gaza* (Afrique du Sud c. Israël), Ordonnance, 26 janvier 2024, CIJ Recueil 2024.
- CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République Démocratique du Congo c. Ouganda), jugement, 19 décembre 2005, CIJ Recueil 2005.
- CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, CIJ Recueil 2004.
- CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, CIJ Recueil 1996.
- CIJ, *Activités Militaires et Paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. Etats-Unis, arrêt, 27 juin 1986, CIJ Recueil 1986.
- CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, Arrêt, 26 mai 1980, CIJ Recueil 1980.
- CIJ, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, 21 juin 1971, CIJ Recueil 1971.
- CIJ, *Affaires du Sud-Ouest africain (Libéria c. Afrique du Sud)*, Arrêt - Exceptions préliminaires, 21 déc. 1962, CIJ Recueil 1962.

- **Cour militaire israélienne**

- Cour militaire d'appel, *Sergent Elor Azaria c. Procureur militaire*, 7 juillet 2017.
- Cour militaire du district central d'Israël, *Procureur militaire c. Sergent Elor Azaria*, 4 janvier 2017 .
- Cour militaire israélienne, *Military Prosecutor v. Abu-Kabar et al.*, jugement, Sh/330/68 2 S.J.M.C. 45, 1972.
- Cour militaire israélienne siégeant à Ramallah, *Military Prosecutor v. Omar Mahmud Kassem and Others*, 13 avril 1969, 1970.

- **Cour pénale internationale**

- CPI, Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, affaire N°ICC-01/12-01/18461, Rectificatif à la décision sur la confirmation des charges, 13 novembre 2019.
- CPI, Chambre de première instance III, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Jugement en application de l'article 74 du Statut, affaire ICC-01/05-01/08, 21 mars 2016.
- CPI, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Germain Katanga*, jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 20 mars 2014.
- CPI, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 18 mars 2012.
- CPI, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision prise en application de l'article 61(7)(a) et (b) du Statut sur les charges retenues, affaire ICC-01/05-01/08, 15 juin 2009.

- CPI, Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07-717, 03 octobre 2008.
- CPI, Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/06-803, 03 février 2007.

- **Cour suprême américaine**
 - Cour suprême américaine, *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et a.*, N° 05.184, 29 juin 2006.

- **Cour suprême israélienne**
 - Cour suprême israélienne, *The Public Committee against Torture in Israel and al. v. The Government of Israel and al.*, jugement, HCJ 769/02 11 décembre 2006.
 - Cour Suprême israélienne, *Mara'abe c. Le Premier ministre d'Israël*, HCJ 7957/04, 15 septembre 2005.
 - Cour suprême israélienne, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04, 29 février 2004.
 - Cour suprême Israélienne. *Tsemel v. Minister of Defence*, 102/82, 37(3) P.D., 1983.

- **Tribunal militaire américain de Nuremberg**
 - Tribunal militaire américain, *Trial of Wilhelm List and Others*, N°47, Nuremberg, 8 Juillet 1947 - 19 Février 1948.

- **Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie**
 - TPIY, *Le Procureur c. Prlić et a.*, jugement, Affaire No. IT-04-74-A, 29 novembre 2017.
 - TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Dragomir Milošević*, arrêt, affaire IT-98-29/1-A, 12 novembre 2009.
 - TPIY, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Rasmus Haradinaj*, jugement, 3 avril 2008.
 - TPIY, Chambre de première instance I *Le Procureur c. Naletilić & Martinović*, jugement, Affaire No. IT-98-34-T, 2003.
 - TPIY, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, affaire N° IT-97-25-T, jugement, 15 mars 2002.
 - TPIY, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et a.*, affaires N° IT-96-23-T, IT-96-23/1-T, jugement, 22 février 2001.
 - TPIY, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et a.*, affaire N° IT-95-16-T, jugement, 14 janvier 2000, §529.
 - TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Duško Tadić*, arrêt relatif à l'appel de la défense, IT-94-1-A 15 juillet 1999.
 - TPIY, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire N° IT-95-17-1-T, jugement, 10 décembre 1998.
 - TPIY, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Zejnil Delalić et a.*, affaire N° IT-96-21-T, jugement, 16 novembre 1998.

- TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Duško Tadić*, arrêt relatif à l'appel de la défense, IT-94-1, 2 octobre 1995.
- **Tribunal pénal international pour le Rwanda**
 - TPIR, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Alfred Musema*, jugement et sentence, affaire ICTR-96-13-A, 27 janvier 2000.

Documentation

- **Documentation de l'OTAN**
 - OTAN, Glossary of Terms and Definitions, AAP-06, édition 2013.
- **Documentation de l'Union Européenne**
 - Code européen d'éthique de la police, Annexe à la Recommandation (2001) 10, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 19 septembre 2001.
- **Documentation onusienne**
 - Assemblée générale des Nations-Unies
 - Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions, annexe à la résolution ECOSOC 1989/65 du 24 mai 1989, approuvée par la résolution 44/162 de l'AGNU, 15 décembre 1989.
 - Code de conduite des Nations unies pour les responsables de l'application des lois, adopté par le 7ème Congrès des Nations-Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, A/Conf.121/12, 1985.
 - Code de conduite des Nations unies pour les responsables de l'application des lois, adopté par l'Assemblée générale des Nations-Unies, Résolution 34/169, 17 décembre 1979.
 - AGNU, Déclaration sur la protection des femmes et des enfants en cas d'urgence et de conflit armé, résolution 3318 (XXIX), 14 décembre 1974.
 - AGNU, Principes de base pour la protection des populations civiles en période de conflit armé, résolution 2675 (XXV), 9 décembre 1970.
 - Bureau de la coordination des affaires humanitaires
 - OCHA, Bulletin humanitaire - Rapport mensuel, juin-août 2014
 - Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes
 - CEDEF, Recommandation générale N°19, XIème session, 1992, UN Doc. A/47/38.
 - Commission de droit international

- Commission du droit international, 'Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international' (rapport du groupe d'étude de la Commission de droit international', 58ème session, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006
 - CDI, Commentaire sur l'article 55, Commentaires sur le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Documents officiels de l'Assemblée générale, Doc. UNA/56/10, Supplément 10, 2001.
- Commissions d'enquête / missions internationales d'établissement des faits
 - NU, « rapport de la Commission internationale indépendante chargée d'enquêter dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et en Israël », 14 septembre 2022, doc. A/77/328
 - Rapport de la mission internationale d'établissement des faits chargée d'enquêter sur les violations du droit international, y compris le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme, résultant des attaques israéliennes contre la flottille de navires transportant de l'aide humanitaire, UN Doc. A/HRC/15/21, 27 septembre 2010
 - Commission Turkel, rapport de la Commission publique d'examen de l'incident maritime du 31 mai 2010.
 - Commission d'enquête sur le Liban, Rapport en application de la résolution du CDHNU S-2/1, A/HRC/3/2, 23 novembre 2006
- Commission des droits de l'Homme des Nations-Unies
 - Commission des droits de l'homme des Nations unies, Question de la violation des droits de l'homme dans les territoires arabes occupés, y compris la Palestine : Rapport de la Commission d'enquête sur les droits de l'homme, UNDOC E/CN.4/ 2001/121, 2001.
 - Commission des droits de l'homme des Nations unies, *Camargo et Suarez de Guerrero c. Colombie*, Communication N°. 45/1979, UN Doc. CCPR/C/15/D/45/1979, 31 mars 1982.
 - Commission des droits de l'Homme des Nations-Unies, *Sergio Euben Lopez Burgos v Uruguay*, Communication No. R.12/52, UN Doc. Supp. No. 40, A/36/40, 29 juillet 1981.
- Conférences internationales des Nations-Unies
 - Principes de base des Nations unies sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois, adoptés par le 8ème Congrès des Nations unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, 1990
 - Droits de l'homme dans les conflits armés, Résolution XXIII adoptée par la Conférence internationale sur les droits de l'homme, Téhéran, 12 mai 1968.
- Conseil des droits de l'Homme des Nations-Unies
 - CDHNU, Situation des droits de l'homme au Yémen, y compris les violations et les abus depuis septembre 2014, conclusions détaillées du Groupe d'éminents experts internationaux et régionaux sur le Yémen, A/HRC/45/CRP.7, 29 septembre 2020

- CDHNU, Rapport sur les conclusions détaillées de la commission d'enquête indépendante établie conformément à la résolution S-21/1 du Conseil des droits de l'homme, 29ème session, A/HRC/29/CRP.4, 25 juin 2015.
 - CDHNU, Rapport de Martin Scheinin, Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, A/HRC/6/17/Add.3, 22 novembre 2007.
 - Conseil de sécurité des Nations-Unies
 - CSNU, résolution 1377, 4413 ème séance, 12 novembre 2001
 - Cour internationale de justice
 - Discours du juge Gilbert Guillaume, président de la Cour internationale de justice, à la sixième commission de l'AGNU, 27 octobre 2000.
 - Secrétariat général des Nations-Unies
 - SGNU, Pratiques israéliennes affectant les droits de l'homme du peuple palestinien dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, 14 septembre 2012.
- **Instruments conventionnels et déclarations**
 - Statut de Rome, 17 juillet 1998
 - Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, Ottawa, 18 septembre 1997.
 - Protocole II à la Convention sur les armes classiques tel que modifié en 1996.
 - Accord intérimaire israélo-palestinien sur la Cisjordanie et la bande de Gaza (« Oslo II »), 28 septembre 1995
 - Commission d'arbitrage pour la paix en ex-Yougoslavie, 1er avis du 29 novembre 1991, Conférence pour la paix en Yougoslavie
 - Protocole III à la Convention sur les armes classiques, 1980.
 - Traité de paix entre l'État d'Israël et le Royaume hachémite de Jordanie, 26 octobre 1994, 2042 UNTS 351, entrée en vigueur le 10 novembre 1994.
 - Déclaration de principes sur les arrangements intérimaires d'autonomie (Israël / OLP), 13 septembre 1993.
 - Traité de paix entre la République arabe d'Égypte et le gouvernement de l'État d'Israël, 26 mars 1979, entrée en vigueur le 25 avril 1979.
 - Protocoles additionnels aux Conventions de Genève, 1977.
 - Conventions de Genève (I-IV), 1949.
 - Projets de Conventions révisées et nouvelles présentés à la XVIIème Conférence internationale de la Croix-Rouge, Stockholm, 1948
 - Convention concernant les droits et devoirs des États, adoptée par le septième Conférence internationale américaine (Conférence de Montevideo), 26 décembre 1933.
 - Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 18 octobre 1907

Tableau des abréviations

Abréviation	Signification
AFRI	Annuaire français de relations internationales
AGNU	Assemblée Générale des Nations-Unies
AJI	Actualidad Jurídica Iberoamericana
AJIL	American Journal of International Law
BYIL	British Yearbook of International Law
CAI	Conflit armé international
CANI	Conflit armé non international
CDDH	Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés
CDHNU	Conseil des droits de l'Homme des Nations-Unies
CEDH	Cour Européenne des droits de l'Homme
CG (I, II, III, IV)	Convention(s) de Genève (I, II, III, IV)
CICR / ICRC	Comité International de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de Justice
ConvEDH	Convention Européenne des droits de l'Homme
CPI	Cour Pénale Internationale
CPJI	Cour Permanente de Justice Internationale
CSNU	Conseil de Sécurité des Nations Unies
DIDH	Droit international des droits de l'Homme
DIH	Droit international humanitaire
EDIHC	Etude du droit international humanitaire coutumier (réalisée par le CICR)
EJIL	European Journal of International Law

FTPF	Francs-tireurs et partisans français
GAO	Groupes armés organisés
GYIL	German Yearbook of International Law
HUOPS	Harvard University Occasional Paper Series
ICLR	International Community Law Review
ILR	Israel Law Review
IYHR	Israel Yearbook of Human Rights
JCSL	Journal of Conflict and Security Law
JIHL	Journal of International Humanitarian Legal Studies
JMAS (Dale)	The Journal of Modern African Studies
JMCJ	Journal of International Criminal Justice
LRTWC	Law Reports of Trials War Criminals
NILR	Netherlands International Law Review
NJIL	Nordic Journal of International Law
OCHA	Office for the Coordination of the Humanitarian Affairs (Bureau pour la coordination des affaires humanitaires)
ÖZÖR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
PA (I, II)	Protocole additionnel aux Conventions de Genève (I, II)
PDH	Participation directe aux hostilités
PYIL	Polish Yearbook of International Law
RDI	Rivista di Diritto Internazionale
RICR / IRRC	Revue Internationale de la Croix Rouge / International Review of the Red Cross
SGNU	Secrétaire Général des Nations-Unies

TPIR	Tribunal Pénal International pour le Rwanda
VJIL	Virginia Journal of International Law
YIHL	Yearbook of International Humanitarian Law
YJIL	Yale Journal of International Law

Introduction

« *Le droit des gens est naturellement fondé sur ce principe que les diverses nations doivent se faire dans la paix le plus de bien, et dans la guerre le moins de mal qu'il est possible, sans nuire à leurs véritables intérêts* »¹.

Dans un avis consultatif aussi fort que limpide rendu le 19 juillet 2024², la Cour Internationale de Justice a relevé l'illégalité de la politique de colonisation israélienne sur les territoires palestiniens occupés. Particulièrement attendue dans le contexte de la réplique meurtrière israélienne aux attaques brutales du 7 octobre 2023 perpétrées par le Hamas, cette décision s'inscrit dans l'historique plus global de l'occupation des territoires palestiniens depuis 1967 et offre indéniablement pléthores de perspectives sur le recours à la force au sens de la Charte des Nations-Unies, sur le concept de souveraineté en droit international public ainsi que sur le droit de l'occupation en tant que tel, notamment eu égard à l'analyse du contrôle effectif du territoire auquel elle se prête. Si la portée temporelle des questions posées devant la Cour n'inclut pas les politiques et pratiques d'Israël depuis les attaques du 7 octobre³, il est indéniable qu'elles interviennent - du moins en partie - dans le contexte de houle politique, juridique, sociale, médiatique et parfois idéologique à laquelle se heurte la communauté internationale depuis lors. D'un regard encore plus global et rétrospectif, les multiples débats s'en étant suivis ont permis de mettre en exergue certaines confusions et interrogations parfois légitimes quant aux contours du droit de l'occupation et de la permissivité du recours à la force en territoire occupé sous l'angle de la conduite des hostilités. À cet égard, l'avis de la Cour permettra de guider la réflexion de la présente étude en offrant un regard actualisé sur certaines questions dont s'est saisie la doctrine dans une littérature aussi foisonnante que divisée.

Envisagé comme proposant la définition traditionnelle de l'occupation, l'article 42 du règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de la Haye de 1907⁴ (ci-après abrégé "Règlement de la Haye") dispose qu'un territoire est considéré comme occupé dès lors qu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie, et dans la mesure où cette

¹ C.L. de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Barrillot et fils, livre 1, 1749, chapitre 3

² CIJ, *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, Avis consultatif, Rôle général n°186, 2024

³ *Ibid.* §81.

⁴ Annexe de la Convention (IV) de la Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre du 18 octobre 1907

occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer. L'une des premières difficultés émergeant à la lecture de cet article réside dans le double critère qu'il propose : l'effectivité du contrôle de la puissance occupante sur le territoire occupé d'une part, et la potentialité de l'exercice de son autorité d'une autre⁵, déductible des termes "*en mesure de s'exercer*". Plus qu'un double critère, il est ici question d'un double standard dont se sont saisies diverses juridictions nationales comme internationales à des fins d'interprétation. Dans son affaire des *Otages*⁶, le tribunal militaire américain de Nuremberg a précisé l'étendue de l'exercice de l'autorité gouvernementale sur les territoires occupés en se fondant sur la distinction entre la phase d'invasion et la phase d'occupation. Là où l'invasion implique une opération militaire, l'occupation suppose l'exercice d'une autorité gouvernementale telle qu'excluant celle du gouvernement établi, supposant ainsi l'anéantissement de la résistance organisée ainsi que l'établissement d'une administration afin de garantir et appliquer le droit et l'ordre et permettant une présence effective sur le territoire. En ce sens, les territoires seront considérés comme occupés aussi longtemps que la puissance occupante maintiendra son contrôle sur le territoire et que le gouvernement civil restera éliminé⁷. Précisant les contours de l'exercice par la puissance occupante de son autorité gouvernementale, la formulation du tribunal ne semble pas entièrement correspondre à la réalité, notamment eu égard à la résistance organisée. Supposée anéantie pour que l'exercice de l'autorité gouvernementale soit vérifié, la résistance organisée, en pratique, subsiste, de sorte qu'il faille davantage parler de lutte que d'anéantissement, sans quoi l'occupation des territoires français, norvégiens, suédois ou bien encore grecs par l'Allemagne nazie au cours de la seconde guerre mondiale ne pourrait être regardée comme telle, faute d'exercice d'une autorité gouvernementale supposant l'anéantissement de la résistance organisée.

Le tribunal est néanmoins venu tempérer son analyse en interprétant le contrôle 'potentiel' suggéré par le libellé de l'article 42 du Règlement de la Haye. Soulignant l'importance de la capacité de l'occupant à exercer son autorité sur les territoires qu'il n'administrerait pas activement, le tribunal estime dans cette affaire qu'un contrôle partisan ennemi ponctuel et temporaire n'était pas de nature à remettre en cause pareille autorité, les troupes allemandes

⁵ E. Benvenisti, *The International Law of Occupation*, 1993, pp.4-5 ; Y. Shany, *ibid*, 'Faraway, so close', *op.cit.* pp.8-9

⁶ Tribunal militaire américain, *Trial of Wilhelm List and Others* ('The Hostages Trial'), Affaire N°47, Nuremberg, 8 Juillet 1947 - 19 Février 1948

⁷ Tribunal militaire américain, *US v. List and others*, dans *LRTWC*, Vol. VIII, UN War Crimes Commission, 1949, pp.55-56

pouvant à n'importe quel moment reprendre le contrôle des territoires en question⁸. Reconnaisant dans un même temps la compatibilité de la résistance organisée avec une situation d'occupation, le tribunal donne ici plein effet au contrôle potentiel précité en considérant que la simple faculté - en son sens capacitaire - de reprendre le contrôle d'un territoire tombé sous le contrôle de forces partisans ennemies illustre vraisemblablement l'établissement d'une autorité gouvernementale "en mesure de s'exercer".

Cette lecture des dispositions de l'article 42 du règlement de la Haye reposant sur un contrôle effectif - matérialisé par la présence de troupes sur le territoire ainsi que par l'établissement d'une administration permettant d'appliquer la loi et maintenir l'ordre - et par un contrôle potentiel a par la suite été incorporé dans de nombreux manuels militaires⁹ et repris dans les raisonnements du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ci-après abrégé 'TPIY') dans son affaire *Naletilić*¹⁰ ainsi que de la Cour suprême israélienne, cette dernière ayant porté encore plus loin leur interprétation. Dans son affaire *Tsemel*¹¹, la Cour suprême israélienne a en effet relevé que si la puissance occupante pouvait exercer ses pouvoirs d'administration civile tant par l'intermédiaire de ses délégués directs que par l'intermédiaire de l'ancien gouvernement au travers de pouvoirs délégués, le fait de permettre les activités de ce dernier n'enlève en rien l'existence d'un contrôle militaire effectif sur la région¹². La conjonction des deux standards contenus à l'article 42 du règlement de la Haye, tels qu'interprétés par les juridictions précitées, œuvre ainsi en faveur de ce que l'on pourrait nommer un 'contrôle effectif potentiel', qui permettrait notamment d'éviter que la puissance occupante n'échappe à ses responsabilités au titre du droit de l'occupation via l'établissement d'un gouvernement par procuration et par une présence effective sur chaque portion du territoire¹³. La Cour internationale de justice (ci-après abrégée CIJ) dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* a néanmoins opéré un basculement dans l'interprétation de l'article 42 du règlement de la Haye, prenant le parti d'une lecture plus stricte et d'un regain du contrôle effectif sur le contrôle potentiel. Reconnaisant d'une part le contrôle effectif par

⁸ *Ibid.* p.56

⁹ Department of the Army, Field Manual 27-10 : The Law of Land Warfare, États-Unis d'Amérique, 18 Juillet 1956 (révisé le 15 Juillet 1976), pp.138 et s. ; UK Ministry of Defence, The Manual of the Law of Armed Conflict, Royaume-Uni, 2004, Ch. 11, pp.273 et s. ; Office of Judge Advocate General, Joint Doctrine Manual : Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level, Canada, 2001, §§ 1202-1203 ; voir aussi Y. Shany, 'Faraway, so close : the legal status of Gaza after Israel's disengagement', dans *YIHL*, Vol.8, 2006 p.10.

¹⁰ TPIY (ch.PI), *Le Procureur c. Naletilić & Martinović*, jugement, Affaire No. IT-98-34-T, 2003, §217

¹¹ Cour suprême Israélienne. *Tsemel v. Minister of Defence*, 102/82, 37(3) P.D.

¹² *Ibid.* pp.373-374

¹³ Y. Shany, 'Faraway, so close : the legal status of Gaza after Israel's disengagement', *op.cit.* p.12

l'Ouganda du district Ituri, la Cour a estimé qu'en dépit de la présence de forces ougandaises sur d'autres parties du territoire congolais, aucune preuve n'était rapportée qu'une autorité avait effectivement exercée et / ou substituée à celle de la puissance occupée¹⁴. Si pareille interprétation aurait le mérite de cerner plus aisément quelle situation relève de l'occupation, elle aurait pour effet pernicieux de permettre des situations de vides, ou '*black holes*', laissés en dehors de la responsabilité d'un quelconque gouvernement¹⁵, correspondant à une situation dans laquelle l'autorité souveraine serait écrasée et asservie de telle manière qu'elle ne puisse exercer sa souveraineté sur le territoire, et où la puissance ennemie ne substituerait pas son autorité à celle du souverain légitime de telle sorte que le territoire ne serait pas correctement administré.

Le basculement dans l'interprétation des standards de l'article 42 du règlement de la Haye opéré dans cette affaire a indéniablement contribué à la multiplication de débats doctrinaux, avec au cœur de leurs réflexions l'appréhension des contrôles effectif et potentiel, un autre point essentiel de ces considérations étant l'application de ces contrôles à un cas concret bien connu, celui de la bande de Gaza au lendemain du retrait des troupes israéliennes en 2005. Prenant le parti du contrôle effectif potentiel sur la base de l'affaire des *Otages* et des affaires *Naletilić* et *Tsemel*, il serait permis à partir du scénario décrit de considérer que la conservation par Israël d'un contrôle des frontières, des eaux territoriales et de l'espace aérien sur la bande de Gaza, ainsi que la capacité de procéder à des bombardements et de mener des incursions militaires terrestres à leur bon vouloir - comme l'illustre entre autres l'opération 'Pluie d'été' de juin 2006 ayant ciblé des principales infrastructures civiles en dépit du retrait des troupes israéliennes un an auparavant¹⁶ - constituerait au moins un contrôle potentiel sur le territoire en ce que l'autorité israélienne serait, sur ces derniers, "en mesure de s'exercer"¹⁷. Par ailleurs, l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* pourrait concourir à cet argumentaire en dépit de l'interprétation restrictive qu'elle semble proposer : d'une part, la nécessité de démontrer la substitution de l'autorité des troupes ougandaises à celle du gouvernement congolais outre la preuve d'une présence de troupes étrangères sur le territoire témoigne d'une certaine pondération, la substitution étant plus déterminante que la présence.

¹⁴ CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République Démocratique du Congo c. Ouganda), Jugement, n° 116-20051219, 19 décembre 2005, §177

¹⁵ Y. Shany, 'Faraway, so close', *op.cit.* pp.12-13

¹⁶ Courrier International, "Gaza : Enjeux et risques de l'opération israélienne Pluie d'Eté", 7 juillet 2006

¹⁷ Y. Shany, *ibid.*, 'Faraway, so close', *op.cit.* pp.12-13 ; ce point ayant largement été débattu avant le prononcé de l'avis consultatif de la CIJ de juillet 2024, voir à ce sujet - et de façon non exhaustive - Y. Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 276-279, §§664-670

Il serait donc possible d'imaginer que cette substitution se fasse en dehors du cadre traditionnel d'une présence des troupes sur le territoire. D'autre part, il n'est pas certain que la CIJ aurait jugé de façon similaire dans un autre cas, les troupes ougandaises ayant envahi la République démocratique du Congo étant en réalité peu nombreuses¹⁸. Plus généralement, le contrôle exercé par Israël sur les frontières, espaces aériens et eaux territoriales de la bande de Gaza n'était pas comparable à celui exercé au moment des faits par l'Ouganda¹⁹, de sorte qu'il puisse être possible, bien que léger, d'estimer que la décision de la CIJ était davantage une confrontation de la faiblesse du contrôle exercé par l'Ouganda sur certaines portions du territoire congolais en dehors de celui exercé sur le district Itouri - conduisant pour ces territoires à écarter la qualification d'occupation - qu'une interprétation restreinte de l'article 42 du règlement de la Haye.

Si l'avis de juillet 2024 ne semble pas revenir sur ce dernier argument, étant attaché aux spécificités de l'affaire portée à l'époque devant la CIJ, tel n'est pas le cas du premier eu égard à la présence physique des troupes sur le territoire. Reprenant le raisonnement porté dans *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour réaffirme qu'un État ne peut être considéré comme une puissance occupante que s'il a placé un territoire qui n'est pas le sien sous son contrôle effectif²⁰. Partant, elle estime que la détermination du contrôle effectif n'est pas nécessairement fonction d'une présence militaire physique sur le territoire et, mobilisant l'argumentaire des affaires des *otages* et *Naletilić*, considère que pareil contrôle peut être démontré si un État est en mesure d'imposer son autorité y compris en manifestant sa présence physique dans un délai raisonnable²¹. Il s'agit là d'un regain de ce qui a précédemment été décrit comme un 'contrôle effectif potentiel' sur le contrôle effectif tel qu'envisagé dans *Activités armées au Congo*, procédé par lequel la Cour considère que la bande de Gaza est restée un territoire occupé depuis le retrait des troupes israéliennes en 2005²². Ne s'arrêtant pas sur ce point, elle se plonge dans un examen plus global des manifestations de l'exercice de l'autorité israélienne dans la bande de Gaza dont la faculté d'envoyer des troupes militaires dans un délai raisonnable n'est qu'un aspect. La Cour intègre

¹⁸ Y. Shany, *ibid*, 'Faraway, so close', *op.cit.* p.13.

¹⁹ Sur certaines portions du territoire congolais, le contrôle étant si faible que la CIJ a même considéré l'aéroport Kisangani comme non occupé malgré la reconnaissance par l'Ouganda de son contrôle administratif sur ce dernier ; voir à ce sujet CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République Démocratique du Congo c. Ouganda), n°116-20051219, 19 décembre 2005, §177

²⁰ CIJ, *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, *op.cit.* §90

²¹ *Ibid.* §91

²² *Ibid.*, §93

ainsi dans son analyse les conclusions de la Commission d'enquête internationale indépendante chargée d'enquêter dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est et en Israël, selon lesquelles l'espace aérien, les eaux territoriales ainsi que les postes frontières terrestres, infrastructures civiles et fonctions administratives clés sont restés sous contrôle israélien en dépit du retrait de ses forces²³. En outre, un bref regard à la répartition des compétences des accords d'Oslo de 1993 entre Israël et l'autorité palestinienne ne peut que renforcer cette position²⁴ eu égard à la conservation par Israël de pouvoirs gouvernementaux en termes de sécurité publique sur l'ensemble des territoires occupés²⁵ ainsi que de pouvoirs résiduels²⁶.

Cette brève analyse du contrôle effectif de la puissance occupante sur le territoire occupé à la lumière de la récente décision de la CIJ s'impose comme nécessaire dans le contexte d'une réflexion plus globale sur le droit de l'occupation : en décortiquant les manifestations de l'exercice de l'autorité d'un État étranger sur une partie du territoire qui n'est pas le sien, l'interprétation de l'article 42 du Règlement de la Haye permet de considérer si telle situation relève ou non de l'occupation, et par voie d'extension, de déterminer quelles obligations incombent à cet État au regard du droit de l'occupation. En effet, ce dernier est notamment tenu en vertu de l'article 43 du Règlement de prendre toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer l'ordre et la vie publics en respectant - sauf empêchement absolu - les lois en vigueur dans le pays sur le modèle du maintien de l'ordre prévalant en temps de paix et régi par les standards du droit international des droits de l'Homme, plus stricts que ceux du droit international humanitaire régissant la conduite des hostilités.

Le parallèle effectué avec la situation à Gaza depuis 2005 - et de façon plus marquante depuis le 7 octobre 2023 - permet de mettre en lumière de façon contemporaine une situation troublante de mépris de ces obligations, traduisant une forme de 'régime préférentiel' de la conduite des hostilités qu'il convient brièvement de confronter.

²³ Nations Unies, « rapport de la Commission internationale indépendante chargée d'enquêter dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et en Israël », 14 septembre 2022, doc. A/77/328, §19 ; CIJ, *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, *op.cit.* §§89-90

²⁴ Justus R. Weiner, "Hard Facts Meet Soft Law - The Israel-PLO Declaration of Principles and the Prospects for Peace: A Response to Katherine W. Meighan", 35 Va. J. Int'l L. 931, 941 (1995).

²⁵ Accord intérimaire israélo-palestinien sur la Cisjordanie et la bande de Gaza (« Oslo II »), 28 septembre 1995, art. X(4) : « Israël continue d'assumer la responsabilité de la sécurité extérieure, ainsi que la responsabilité de la sécurité générale des Israéliens afin de préserver leur sécurité intérieure et l'ordre public ». Voir aussi art. XII(1).

²⁶ Accord intérimaire, *ibid.* art. XVII(1)(b) ; voir aussi Y. Shany, *op. cit.* p.15.

La conduite des hostilités - et les hostilités de façon plus générale - ne peuvent être envisagées sans un préalable retour sur le *ius in bello*, régi par le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'Homme et réglementant la conduite des parties à un conflit armé, et sa distinction conceptuelle avec le *ius ad bellum*, régi par les principes du droit international public énoncés dans la Charte des Nations-Unies et qui détermine si un État peut légitimement recourir à la force armée contre un autre État²⁷. Ces termes de *ius in bello* et *ius ad bellum* sont en réalité le fruit d'une construction très récente, en dépit d'une première distinction opérée par Kant qui parlait alors de *Recht zum Krieg* et de *Recht im Kriege* de façon assez moderne. Les premières doctrines de guerre occidentales se sont rapidement axées sur le développement d'une doctrine de la guerre juste²⁸, tentant tant bien que mal de parvenir à rendre la force et le droit compatibles. Mais un tel raisonnement ne rendait pas possible l'aboutissement d'un *ius in bello* en ce que les droits et obligations des parties belligérantes n'étaient pas envisagées comme un corps de règles autonome, mais l'étaient davantage comme fonction exclusive des causes qu'elles entendaient poursuivre ; il s'agit là d'un corps de règles variable et non uniforme, s'adaptant de façon casuistique, en fonction de la « justesse » – pour ainsi dire – de la guerre poursuivie. Dès lors, les restrictions à l'action guerrière, ou *temperamenta belli*, ne trouvaient à s'appliquer qu'aux belligérants faisant la guerre dans la poursuite de justes causes, ou nobles objectifs²⁹.

La perte de terrain de la doctrine de la guerre juste au long du XVIIème et XVIIIème siècle a permis l'émergence progressive d'une nouvelle vision de la guerre, envisagée cette fois davantage comme moyen de haute politique nationale, comme raison d'État³⁰. Dès lors, la guerre fut appréciée comme un simple fait sur le plan des relations internationales, à tel point qu'il ne fut plus nécessaire de faire de distinguer *ius ad bellum* et *ius in bello* ; le point central autour duquel évoluait la doctrine de guerre était alors la réglementation de l'ouverture et des effets de la guerre³¹, soit une réflexion axée sur la régularité formelle de la guerre, traduisant un glissement conceptuel, l'élaboration d'une pensée 'en miroir' par rapport à la doctrine de la guerre juste³². À cet égard, Peter Haggemacher précisait qu'une telle restriction du champ de vision conduisait à se concentrer davantage “sur la conduite même de la guerre : car, sous

²⁷ CICR, Qu'est-ce que le droit international humanitaire, 5 juillet 2022

²⁸ H. Hausmaninger, 'Bellum iustum und iusta causa belli im älteren römischen Recht', dans *ÖZÖR*, 1961, vol. 11, pp. 335 et suiv.

²⁹ P. Haggemacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, 1983, pp. 572-573, 598 et 600-602.

³⁰ P. Haggemacher, 'Mutations du concept de guerre juste de Grotius à Kant', *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 10, 1986, pp. 113-117.

³¹ *Ibid.* pp. 107-108.

³² *Ibid.* pp. 107-108.

*l'effet de cette indifférence – quant aux causes de guerre –, la violence armée est considérée avant tout en tant que procédure et se voit réglementée en elle-même, indépendamment de ses mobiles, motifs et fins*³³. Il aura fallu attendre l'interdiction du recours à la force pour qu'il apparaisse indispensable de séparer les concepts de *ius in bello* et *ius ad bellum*, séparation par la suite réaffirmée dans le préambule du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève applicable aux conflits armés internationaux (ci-après abrégé « PA I »), bien qu'aucune mention directe aux termes *ius in bello* et *ius ad bellum* n'y est faite³⁴.

Une fois la distinction opérée et les enjeux en découlant saisis, il est désormais possible de se focaliser sur le *ius in bello* et la façon dont le droit international humanitaire (ci-après abrégé « DIH ») régleme la conduite des parties à un conflit armé. Dans la poursuite d'une démarche sous-tendue par des idéaux d'humanité, le DIH cherche à limiter des conflits armés et protège ainsi les individus ne participant pas ou plus, directement ou activement aux hostilités, mais cherche également à restreindre les moyens et méthodes de guerre afin de garantir le respect des cinq principes fondamentaux du DIH : le principe d'humanité, soit la conciliation entre nécessités militaires et humaines, le principe de distinction – imposant aux belligérants de distinguer en tout temps population civile et combattants mais aussi biens civils et objectifs militaires³⁵ –, le principe de précaution – imposant que les opérations militaires soient conduites en veillant constamment à épargner la population civile, les personnes civiles et les biens à caractère civil³⁶ –, le principe de proportionnalité – visant à ce que les opérations militaires soient réalisées en veillant à éviter de provoquer des pertes ou dommages civils excessifs eu égard à l'avantage militaire concret et direct attendu³⁷ –, et le principe d'interdiction des maux superflus et des souffrances inutiles – soit l'interdiction de causer des dommages ou souffrances qui n'apparaissent pas nécessaires pour atteindre des buts strictement militaires et l'affaiblissement du camp adverse³⁸.

³³ P. Haggemacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, op.cit. p. 599.

³⁴ M. Sassòli, A. Bouvier, A. Quintin, « Présentation du DIH », dans *Un droit dans la guerre*, vol.1, 2nd édition, p.33

³⁵ Art. 48 PA I ; art. 13 PA II ; règles 1,7 EDIHC ; CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996 §78.

³⁶ PA I, art. 57 ; règle 22 EDIHC ; TPIY, ChA., *Le Procureur c. Duško Tadić*, arrêt relatif à l'appel de la défense, IT-94-1, 2 octobre 1995, § 100-127.

³⁷ Art. 51 §5 b) PA I ; règle 14 EDIHC ; CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, op.cit. 1996, §41.

³⁸ Art. 35 PA I ; Croix-Rouge française, 5 principes fondamentaux du DIH, accessible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.croix-rouge.fr/droit-international-humanitaire>

La conduite des hostilités inclut toutes les opérations offensives et défensives impliquant le recours à la force contre l’adversaire, indistinctement de la légitimité de ces dernières - soit les opérations menées à l’encontre des objectifs militaires légitimes comme contre des personnes ou biens protégés³⁹. Sont pareillement inclus les activités préparatoires aux opérations militaires, le déploiement et le retrait des troupes avant et après les opérations ainsi que certaines activités non armées telles que la transmission d’informations tactiques, de défense, d’intelligence ou bien encore d’interférences avec des moyens de communication d’une partie au combat⁴⁰. Ces activités sont à distinguer de celles ne causant pas directement de mal à l’ennemi et qui ne tombent pas sous le modèle de la conduite des hostilités telles que le financement, le recrutement et l’entraînement, ou bien encore la production d’armes et d’équipements⁴¹.

Le droit de l’occupation étant par essence un “*produit de la guerre*”⁴², les problématiques liées à la survenance ou la résurgence d’hostilités en territoire occupé ne peuvent être mises sous silence. Face au modèle du maintien de l’ordre prévalant en territoire occupé conformément au droit de l’occupation, le modèle de la conduite des hostilités pourrait de prime abord agir en ‘frottement’ à l’image de plaques tectoniques, puisant dans des standards différents et n’étant pas envisagé sous le même paradigme. L’interrogation entourant les relations entre ces deux modèles est d’autant plus renforcée que le droit conventionnel ne clarifie pas les interactions entre d’une part les interventions des forces de police sous l’angle du maintien de l’ordre et d’autre part les opérations militaires sous l’angle de la conduite des hostilités dirigées à l’encontre de participants à un conflit armé survenant en territoire occupé⁴³. En outre, il est indéniable que les débats actuels relatifs à la situation de la bande de Gaza contribuent à jeter un flou sur la question par la confusion des notions qu’elle induit⁴⁴.

³⁹ N. Melzer et G. Gaggioli, ‘Conceptual Distinction and Overlaps between Law Enforcement and the Conduct of Hostilities’, dans T. Gill et D. Fleck, *The Handbook of the International Law of Military Operations*, 2nd édition, 2015, p.13 (version du chapitre disponible en ligne en version pré-imprimée et re-paginée disponible à l’URL https://www.researchgate.net/publication/340982891_Conceptual_Distinction_and_Overlaps_Between_Law_Enforcement_and_the_Conduct_of_Hostilities)

⁴⁰ Selon le commentaire du CICR, « le terme “hostilités” couvre non seulement le moment où le civil fait effectivement usage d’une arme, mais aussi, par exemple, le moment où il la porte, ainsi que les situations dans lesquelles il entreprend des actes hostiles sans utiliser d’arme (Y. Sandoz et a. (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève*, 1986, §1943).

⁴¹ N. Melzer et G. Gaggioli, *op.cit* note 39, p.14.

⁴² Y. Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, *op.cit.* p.1.

⁴³ K. Watkin, ‘Use of force during occupation: law enforcement and conduct of hostilities’, dans *IRRC*, vol.94, 2012, pp.190-191.

⁴⁴ “*Une clarification des interactions entre l’occupation et la conduite des hostilités aurait pu être ajoutée dans cette édition, tant aujourd’hui le débat confond les notions*”, entendu de Marco Sassòli lors du lancement de la

Dans cette perspective, une tentative de clarification invite à s'interroger ***dans quelle mesure le droit de l'occupation, confronté à la survenance d'hostilités en territoire occupé, affecte-t-il l'interprétation des normes régissant la conduite des opérations militaires ?***

La présente étude se propose d'analyser les interactions complexes entre les règles régissant la conduite des hostilités et celles applicables en situation d'occupation autour de deux axes principaux ; en premier lieu, elle suggère ainsi l'exploration des tensions et synergies entre les modèles de maintien de l'ordre inhérents au droit de l'occupation et les exigences spécifiques de la conduite des hostilités. Une attention particulière sera notamment portée à l'examen des interactions entre ces modèles entre compatibilité et prévalence dans le contexte évolutif des menaces pesant sur les territoires occupés, ainsi que les phénomènes d'influence normative entre différents corpus juridiques applicables (I). La seconde partie de cette étude sera consacrée à l'examen de la question de la détermination du droit applicable à la conduite des hostilités en contexte d'occupation belligérante. Les affrontements opposant la puissance occupante à différents types de groupes armés organisés y seront analysés de manière approfondie, soulignant les implications de leur statut juridique sur le régime juridique applicable (II).

seconde édition de son livre *International Humanitarian Law : Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*, avril 2024.

Partie 1 | Conduite des hostilités et droit de l'occupation : fractures et conciliation des paradigmes

L'occupation est une situation remarquablement singulière en ce qu'elle peut être caractérisée comme ayant une nature "à mi-chemin entre la guerre et la paix"⁴⁵, et se heurte comme le décrit le professeur Sassòli à des problèmes relevant davantage des opérations de maintien de la paix que des guerres traditionnelles entre États lorsqu'elle cherche à assurer le maintien de l'ordre⁴⁶. Ne s'arrêtant pas aux cas d'occupation mais incluant également les opérations de paix mandatées par les Nations-Unies conjuguées avec des opérations militaires conduites par des organisations régionales telles que l'Organisation du Traité Atlantique-Nord - à l'image des interventions en Afghanistan, Irak ou bien en Côte d'Ivoire⁴⁷ - , le mélange d'éléments civils, politiques et militaires contre-insurrectionnels contribue à brouiller la frontière entre la conduite des hostilités et les opérations de maintien de l'ordre public⁴⁸, répondant à des paradigmes différents, souvent antagonisés et pourtant essentiellement conciliables.

Loin d'être la réponse 'miracle' à ce problème, le contexte du conflit armé dont résulte l'occupation de même que les motivations sous-jacentes parfois attribuées aux occupations peuvent donner quelques éléments explicatifs - du moins contextuels - sur la complexité des interactions entre le paradigme du maintien de l'ordre supposé par la situation d'occupation et celui de la conduite des hostilités. À ce titre, l'occupation ougandaise de la province Ituri ainsi que l'occupation israélienne des territoires palestiniens constituent des exemples parlants. Plusieurs interprétations ont été proposées à l'appui de la présence de l'Ouganda en territoire congolais ; il a tout d'abord été avancé que l'intervention militaire de Kampala était révélatrice d'un plan visant à établir dans l'Est congolais un véritable empire Hima⁴⁹. Selon d'autres vues, cette occupation ne serait justifiée que par des impératifs de sécurité pour le régime ougandais - ce qui au demeurant reste difficilement convaincant eu égard à la présence de troupes étrangères à Kisangani, située à plus de mille kilomètres de la frontière

⁴⁵ D. Campanelli, 'Le droit de l'occupation militaire à l'épreuve des droits de l'homme', dans *RICR*, Vol. 90, Sélection française 2008, pp. 307-323.

⁴⁶ M. Sassòli, 'Legislation and maintenance of public order and civil life by Occupying Powers', dans *EJIL*, Vol. 16, N° 4, 2005, p.662

⁴⁷ E. de Durand, 'Des Balkans à l'Afghanistan : les opérations de stabilisation complexes', dans *Politique Étrangère*, N°2, 2005, p.335

⁴⁸ J. S. Goldstein, *Winning the War on War: The Decline of Armed Conflict Worldwide*, Dutton, New York, 2011, p. 130 ; K. Watkin, *ibid.* p.190

⁴⁹ G. Prunier, 'L'Ouganda et les guerres congolaises', dans *Politique Africaine*, Vol.3 N°75, 1999, p.43.

ougandaise, et dont l'occupation n'a pas semblé améliorer la situation sécuritaire⁵⁰. Il a enfin été envisagé que l'occupation de la province Ituri par Kampala présageait d'une coalition ougando-rwandaise permettant de prévenir le retour des Interahamwe, milices responsables de la plupart des massacres pendant le génocide rwandais de 1994⁵¹. Le cas palestinien, et plus particulièrement celui de la bande de Gaza, est encore différent. L'ordonnance du 26 janvier 2024 de la CIJ alertant du risque génocidaire pesant sur la population palestinienne dans la bande de Gaza⁵² est venue appuyer certaines vues selon lesquelles le génocide de Gaza serait l'étape "*la plus extrême d'un processus de colonisation de longue date visant à effacer les palestiniens de souche*"⁵³. Confrontant cette interprétation avec l'avis consultatif de juillet 2024 reconnaissant la bande de Gaza comme territoire occupé en dépit du retrait des troupes israéliennes en 2005, il serait dès lors possible de dire, pour reprendre les termes de Campanelli, que l'occupation israélienne de Gaza se trouve plus proche de la guerre que du chemin menant à la paix.

Ces exemples illustrent en réalité de façon marquante certaines interrogations persistantes autour des objectifs stratégiques et politiques de l'État occupant. Difficilement attribuables, ces intentions sous-jacentes peuvent indéniablement influencer la façon dont les frontières entre la conduite des hostilités et le maintien de l'ordre sont perçues et gérées, rendant souvent la distinction entre ces modèles floue et compliquée. Face à ce constat, un retour au droit s'impose afin de clarifier les rapports entre le modèle de la conduite des hostilités et celui du maintien de l'ordre en territoire occupé ainsi que les modalités de leur permutation (A). La confrontation des différents corpus juridiques pertinents avec l'évolution des règles d'interprétation en matière de conflit normatif permettra en outre de rendre compte d'une tendance convergente des standards applicables dans un objectif de protection des droits humains (B).

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ E. Viret, 'Violence de masse et résistance', SciencesPo, 8 mars 2010 ; G. Prunier, *ibid.*, p.44.

⁵² CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans la bande de Gaza* (Afrique du Sud c. Israël), Ordonnance, Affaire N°192-20240126, 26 janvier 2024, §§74,86

⁵³ ONU Info, "Gaza : motifs raisonnables de croire qu'Israël a commis des actes de génocide, selon une experte de l'ONU", allocution lors de la 55ème session du Conseil des droits de l'Homme des Nations-Unies à Genève de la rapporteure spéciale sur la situation des droits de l'Homme dans les territoires palestiniens Francesca Albanese, 26 mars 2024, accessible en ligne à l'adresse suivante : <https://news.un.org/fr/story/2024/03/1144356>

Titre 1 | Confrontation de la conduite des hostilités et du droit de l'occupation : un besoin de clarification des rapports entre paradigmes conciliables

La notion de maintien de l'ordre, ou opérations de maintien de l'ordre, souffre d'une absence de définition en droit international. Le recours à des interprétations fournies par des instruments de *soft law* permettrait, en outre, de combler cette lacune. Le *UN Code of conduct for law enforcement officials*⁵⁴ ainsi que les *UN Basic principles on the use of force and firearms*⁵⁵ appréhendent le maintien de l'ordre comme se référant à l'exercice par des agents de l'État de pouvoirs de police, notamment de pouvoirs d'arrestation et de détention. De son côté, le Code européen d'éthique de la police envisage la notion de façon similaire⁵⁶, précisant toutefois que l'objet principal des pouvoirs de police est d'assurer le maintien de la tranquillité et de l'ordre public, de protéger et respecter les droits fondamentaux des individus, d'identifier et prévenir la commission de crimes ainsi que d'assurer des fonctions d'assistance au public⁵⁷.

Le recours aux précédentes normes de *soft law* permet ainsi de définir le maintien de l'ordre comme l'ensemble des mesures entreprises par des agents étatiques civils et militaires afin d'assurer, restaurer ou imposer la sécurité et l'ordre public et l'application de la loi, et d'exercer son autorité et son pouvoir sur l'ensemble des individus, biens ou territoires⁵⁸. Ici, le fait que ces derniers soient exercés par des militaires - comme cela peut parfois être le cas en période d'occupation - n'est pas de nature à affecter la qualification d'opérations de maintien de l'ordre⁵⁹. En effet, la pratique illustre que les forces militaires sont souvent déployées afin d'assurer le maintien de l'ordre en période d'émeutes. Leur mobilisation intervient en outre dans le contexte d'embargos, de '*checkpoints*' avec un contrôle des

⁵⁴ Code de conduite des Nations unies pour les responsables de l'application des lois, adopté par l'Assemblée générale des Nations-Unies, Résolution 34/169, 17 décembre 1979.

⁵⁵ Principes de base des Nations unies sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois, adoptés par le 8ème Congrès des Nations unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, 1990.

⁵⁶ Code européen d'éthique de la police, Annexe à la Recommandation (2001) 10, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 19 septembre 2001.

⁵⁷ Art. 1 Code européen d'éthique de la police.

⁵⁸ N. Melzer et G. Gaggioli, 'Conceptual Distinction and Overlaps between Law Enforcement and the Conduct of Hostilities', *op.cit.* note 39, p.3

⁵⁹ Voir les Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions, annexe à la résolution ECOSOC 1989/65 du 24 mai 1989, approuvée par la résolution 44/162 de l'AGNU, 15 décembre 1989.

personnes et de biens, et plus généralement dans la garde de personnes privées de liberté, ce qui se vérifie particulièrement en période d'occupation⁶⁰.

Un *distinguo* se doit toutefois d'être effectué entre d'une part le concept du maintien de l'ordre, et d'autre part le modèle, ou paradigme. Tout d'abord, le maintien de l'ordre peut être envisagé comme l'esprit même d'une intervention des forces d'un État dans le cadre de la lutte contre la rébellion et l'insurrection dans une hypothèse classique de conflit armé non international⁶¹ intervenant sur son territoire, de même que dans une hypothèse de lutte contre une résistance armée en territoire occupé⁶². La logique sous-jacente étant dans ces deux cas le maintien de la sécurité, le rétablissement de l'ordre public et l'application de la loi ; si les opérations conduites dans la poursuite de cet objectif peuvent répondre à l'idée du maintien de l'ordre, elles ne seront pas nécessairement regardées comme entreprises sous l'angle du modèle traditionnel du maintien de l'ordre, mais plutôt sous celui de la conduite des hostilités suggérant l'application des règles de droit international humanitaire comme le suggèrent l'article 3 commun aux Conventions de Genève et l'article 1 du deuxième protocole additionnel aux Conventions de Genève (ci-après abrégé 'PA II') - la question du droit applicable à des hostilités surgissant en territoire occupé étant une question plus complexe faisant l'objet d'une étude ultérieure.

Ce *distinguo* entre concept et paradigme est d'autant plus fondamental que certains États pourraient être tentés de faire valoir qu'une opération soit gouvernée par le modèle de l'application des lois et non la conduite des hostilités en ce qu'elle a précisément pour but d'assurer ou restaurer l'ordre public⁶³. N'étant pas exclusifs, ces modèles peuvent être amenés à se juxtaposer (1), rendant nécessaire une clarification des critères permettant de déterminer le point de bascule justifiant l'application des règles relatives à la conduite des hostilités (2).

⁶⁰ N. Melzer et G. Gaggioli, 'Conceptual Distinction and Overlaps between Law Enforcement and the Conduct of Hostilities', *op.cit.* note 39, p.3

⁶¹ Voir par exemple une lecture croisée des articles 2(2) et 1 de la CEDH, faisant référence aux mesures légalement prises pour réprimer une émeute ou une insurrection comme justification du recours par les États à la force meurtrière contre des individus relevant de leur juridiction ; N. Melzer et G. Gaggioli, *ibid.* pp.3, 17.

⁶² Voir l'obligation de la puissance occupante contenue à l'art. 43 Règlement de la Haye.

⁶³ N. Melzer et G. Gaggioli, 'Conceptual Distinction and Overlaps between Law Enforcement and the Conduct of Hostilities', *ibid.* p.4.

Chapitre 1 | Interactions entre conduite des hostilités et établissement de l'occupation :
entre prévalence et compatibilité

L'objectif de rigueur scientifique conduit, comme le souligne à juste titre Robert Cox, les théories de résolution de problèmes à formuler des hypothèses qui - si elles facilitent l'analyse- sont souvent en contradiction avec les observations empiriques⁶⁴. La poursuite de cet objectif invite ainsi l'exploration et la confrontation des différentes approches défendues au sein de la doctrine et, parfois, de la jurisprudence, afin de déterminer la méthode la plus adaptée pour répondre aux attentes de cette étude. En effet, la détermination du modèle applicable à des menaces émergent en territoire occupé a suscité de vifs débats dans la littérature, principalement en raison de la nature spécifique des opérations menées dans un tel contexte, qu'il s'agisse d'activités répressives relevant de l'application de la loi ou d'actions belligérantes constitutives de la conduite des hostilités⁶⁵. À cet égard, une première méthodologie, dite « *either / or approach* » - ici également nommée théorie des vases communicants - défend l'idée qu'un seul modèle juridique devrait s'appliquer de manière exclusive à l'ensemble du territoire occupé, reposant sur l'argument qu'il serait illusoire de vouloir concilier deux régimes juridiques fondamentalement incompatibles (a). Parallèlement, certains auteurs ont avancé une seconde approche, estimant que pareille dichotomie serait artificielle et qu'il serait possible d'envisager une application simultanée - voire combinée - des deux modèles, en fonction des circonstances concrètes de chaque situation. Cette approche plus nuancée permettra sans doute de mieux rendre compte de la complexité des situations rencontrées sur le terrain et d'offrir une réponse juridique plus adaptée (b).

Section 1 | Théorie des vases communicants : la "either / or approach"

Une première approche consisterait à envisager la résurgence d'hostilités comme étant incompatible avec une situation d'occupation telle que décrite par l'article 42 du Règlement de la Haye. Nommée « *either / or approach* » par la majorité de la doctrine anglophone, cette approche alternative ou exclusive repose sur l'idée de la théorie des vases communicants

⁶⁴ Robert W. Cox, « Social Forces, States and World Orders. Beyond International Relations Theory », dans *Millennium*, vol. 10, no 2, 1981, p. 129.

⁶⁵ T. Ferraro, « Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory » (Réunion d'expert), Rapport CICR, p.112.

dérivée de son contexte de mécanique des fluides : l'équilibre de deux contenants se réalise par interpénétration de fluides via une logique de pistons. Au-delà de l'équilibre, chercher à augmenter le niveau d'un contenant se fera nécessairement au détriment de l'autre. Appliquée à un cas d'occupation, cela signifierait que la résurgence d'hostilités en territoire occupé impliquerait nécessairement la fin de l'occupation, de sorte que les deux ne puissent coexister : un territoire serait ainsi soit occupé, soit en proie à un conflit armé⁶⁶. Faisant un rapprochement avec les territoires palestiniens occupés, un auteur a ainsi expliqué que ces derniers ne pouvaient être soumis au droit de la conduite des hostilités s'ils étaient gouvernés par le droit de l'occupation⁶⁷. Cette approche alternative (ou exclusive) se justifie par deux arguments : d'une part, on pourrait voir dans la résurgence d'hostilités en territoire occupé par des insurgés le défaut de contrôle de la puissance occupante sur le territoire en question. Cette idée se rattache de façon assez logique à la lettre de l'article 42 du Règlement de la Haye qui limite l'applicabilité du droit d'occupation à un contrôle *de facto* sur un territoire, où l'autorité de l'armée ennemie est établie et en mesure de s'exercer. D'autre part, on pourrait voir dans la résurgence d'hostilités et le recours aux moyens et méthodes de guerre par la puissance occupante une insuffisance des opérations de maintien de l'ordre mises en oeuvre par cette dernière⁶⁸.

Plus généralement, cette approche vise à exprimer la prévalence du modèle du maintien de l'ordre sur celui de la conduite des hostilités en territoire occupé du fait du contrôle effectif exercé par la puissance occupante sur le territoire. Les défenseurs de cette approche, bien que minoritaires, justifient cette prévalence par une présomption dérivée des règles du droit de l'occupation⁶⁹. Ainsi, les articles 5 et 68 de la quatrième Convention de Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (ci-après abrégée "CG IV") impliqueraient que la puissance occupante ne puisse mener des opérations armées sous l'angle de la conduite des hostilités face à des menaces pour sa sécurité en territoire occupé, et que le modèle du maintien de la force serait à prioriser en raison des injonctions de capture et de jugement de personnes protégées participant directement aux hostilités en commettant des actes de sabotage, d'espionnage ou d'infractions intentionnelles causant la mort d'une ou

⁶⁶ A. Paulus, "UN Missions and the Law of Occupation", dans A. Von Arnault, N. Matz-Lück et K. Odendahl, *100 Years of Peace Through Law : Past and Future*, Duncker & Humboldt, 2015, p.246 ; "Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory" (réunion d'experts), ICRC Report, 2012, p.112.

⁶⁷ A. Orakhelashvili, "The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law : Fragmentation, Conflict, Parallelism of Convergence ?", dans *EJIL*, Vol.19 n°1, 2008, p.164.

⁶⁸ M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, Cambridge University Press, 2018, p.199

⁶⁹ Voir T. Ferraro, "Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory" (Réunion d'experts), *op.cit.* note 65, p.112.

plusieurs personnes. En outre, ce régime préférentiel et exclusif serait également déductible de la distinction par le Règlement de la Haye entre les règles relatives à la conduite des hostilités contenues dans la section II et celles relatives à l'occupation contenues dans la section III, laquelle impliquerait une primauté "exclusive" du modèle de maintien de l'ordre prévu par le droit de l'occupation sur celui de la conduite des hostilités⁷⁰.

Les arguments de cette approche sont notamment ceux ayant permis à certains auteurs de considérer que la bande de Gaza était un territoire non occupé au vu de la récurrence des hostilités⁷¹. Toutefois, ces arguments présentent une certaine inconsistance et semblent en pratique peu convaincants. Tout d'abord, cette approche alternative se fonde sur la capacité de l'adversaire - ici les insurgés - à se battre ; s'ils sont en pratique capables de se battre, alors le contrôle effectif de la puissance occupante ne peut être vérifié. Il s'agit-là d'une approche relativement restrictive du contrôle effectif, qui ne prend pas en compte la réalité de l'occupation, belligérante par nature ; l'histoire des conflits armés démontre en effet que les puissances occupantes sont souvent - si ce n'est systématiquement - confrontées à des actes atteignant le seuil d'hostilités et réalisés par des groupes armés organisés ou par des civils participant directement aux hostilités. "*Loin d'être calmes, certaines situations connaissent un niveau élevé de violence généralisée et prolongée*"⁷² : adopter l'approche alternative reviendrait à exclure l'occupation d'une partie du territoire français par les allemands sous la seconde guerre mondiale du fait d'actes atteignant le seuil d'hostilités. Excluant la qualification de territoires occupés, cette approche aurait pour conséquence d'exonérer la puissance étrangère sur le territoire des obligations qui lui incombent au titre du droit de l'occupation.

Cette approche se fonde en réalité sur un paralogisme en considérant la survenance ou la résurgence d'hostilités comme critère d'appréciation de l'étendue de l'autorité de la puissance occupante sur le territoire occupé. Or, sans aller sur le terrain de la présence physique des troupes étrangères sur le territoire occupé dont il a précédemment été discuté, il semble utile de rappeler que la CIJ dans l'affaire des *Activités armées au Congo* a estimé que l'exclusion du souverain évincé ou de l'autorité en vigueur (notamment le cas de l'Autorité Palestinienne) était le critère non pas accessoire mais principal permettant d'établir l'autorité

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Y. Shany, 'Faraway, so close : the legal status of Gaza after Israel's disengagement', *op.cit.* p.18.

⁷² K. Watkin, 'Use of force during occupation: law enforcement and conduct of hostilities', *op.cit.* p.191.

de la puissance occupante sur le territoire occupé⁷³. S’attachant au critère du contrôle, il serait même possible d’inverser le raisonnement de l’approche alternative, la confrontant dès lors à son inconsistance. Si le recours à la force armée par des insurgés en territoire occupé atteignant le seuil des hostilités signifie une perte du contrôle de la puissance occupante, alors le recours réciproque à la force par cette dernière sur les territoires occupés démontrerait quant à elle sa capacité à exercer son autorité dans un délai raisonnable conformément aux conclusions de la CIJ dans son avis consultatif du 19 juillet 2024, traduisant ainsi un contrôle *de facto* sur le territoire.

Sans pour autant prendre le parti de cette approche, il est évident qu’elle se comprend comme une tentative de rationaliser les rapports entre la conduite des hostilités et une situation d’occupation. Plaçant le contrôle effectif sur le territoire au coeur de son raisonnement, elle ne parvient toutefois pas à concilier l’absence de contrôle supposée de la puissance occupante - du fait de la résurgence d’hostilités en territoire occupé - et son contrôle effectif potentiel, caractérisé par sa capacité à exercer son autorité dans un délai raisonnable par l’envoi de troupes. Il s’agit-là d’une inconsistance rédhibitoire que la CIJ a indirectement souligné dans son avis consultatif du 19 juillet 2024 en remettant au premier plan du raisonnement l’établissement d’une autorité “*en mesure de s’exercer*” ; et ne prenant pas en compte la réalité de l’occupation, il semblerait presque que cette approche confonde les standards permettant de déterminer l’établissement d’une occupation et ceux permettant d’en déterminer la fin⁷⁴. À cet égard, une clarification supplémentaire s’impose lors de la démonstration de la compatibilité de la résurgence d’hostilités en territoire occupé avec la situation d’occupation.

Section 2 | Compatibilité d’une approche plus inclusive

Dans une poursuite de cohérence et face aux faiblesses de la “*either / or approach*” pour appréhender la résurgence d’hostilités en territoire occupé et ses effets sur la situation d’occupation, une approche plus inclusive se doit d’être défendue. Si un défenseur de l’approche exclusive s’était fondé sur les articles 5 et 68 de la CG IV pour illustrer un régime préférentiel du maintien de l’ordre sur la conduite des hostilités et démontrer l’incompatibilité

⁷³ CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo*, op. cit. 2005, §173.

⁷⁴ M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, op.cit. p.203

des deux modèles en pratiques - et plus généralement de la conduite des hostilités vis-à-vis de la situation d'occupation, cette approche n'est pas moins le fruit d'une construction doctrinale : car en analysant certaines dispositions conventionnelles, force est de constater que ces derniers ne sont pas exclusifs⁷⁵. L'article 49 (2) de la CG IV prévoit en effet que la puissance occupante pourra procéder à l'évacuation totale ou partielle d'une région occupée déterminée et procéder à la réinsertion des populations dans leurs foyers une fois les hostilités survenues dans ce secteur ayant pris fin. Le (5) du même article précise que la puissance occupante ne pourra retenir des personnes protégées dans une région occupée particulièrement exposée aux dangers de la guerre, reconnaissant ainsi explicitement la compatibilité de la survenance ou de la résurgence d'hostilités en territoire occupé.

Si ces dispositions renvoient à la réalité des hostilités, elles ne renvoient pas directement à l'implication des forces armées de la puissance occupante en réaction à ces dernières sous l'angle de la conduite des hostilités. D'autres dispositions de la présente convention apportent des précisions à cet égard en indiquant explicitement la conduite d'opérations militaires par la puissance militaire ; tel est le cas de l'article 53 de la CG IV interdisant à la puissance occupante la destruction de biens privés ou publics sauf dans les cas où cette dernière serait rendue absolument nécessaire par les opérations militaires. Par ailleurs, l'article 4A(2) de la troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (ci-après abrégée CG III) prévoit l'octroi du statut de prisonniers de guerre aux membres de milices et autres corps de volontaires appartenant à une partie au conflit en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, y compris si ce dernier est occupé. Étant la compatibilité de la conduite d'hostilités avec une situation d'occupation par la reconnaissance du statut de prisonnier de guerre, l'article 4A(2) de la CG III met indirectement en lumière l'inconsistance de l'approche alternative ; comme le remarque le professeur Marco Sassòli, si la survenance d'hostilités manifestées par des actes de résistance organisée face à la puissance occupante empêchait de qualifier l'occupation, alors les résistants ne se trouveraient paradoxalement jamais dans un territoire occupé⁷⁶.

Cette inconsistance est d'autant plus étonnante qu'elle a déjà fait l'objet d'un examen par diverses juridictions. Statuant sur les occupations allemandes de la Grèce et de la

⁷⁵ T. Ferraro, "Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory" (Réunion d'experts), *op.cit.* note 69, p.112.

⁷⁶ M. Sassòli, "Concept and the Beginning of Occupation", dans A. Clapham, P. Gaeta et M. Sassòli, *The 1949 Geneva Conventions : A Commentary*, 2015, p.1396.

Yougoslavie pendant la seconde guerre mondiale, le tribunal militaire américain de Nuremberg⁷⁷ a relevé que le fait que l'Allemagne rencontre une résistance armée comparable en intensité à celle d'un conflit armé ou d'une campagne militaire n'était pas synonyme de la fin de l'occupation. Reprenant les critères de l'article 42 du Règlement de la Haye, le tribunal a estimé que le contrôle des mouvements résistants sur une partie du territoire résultant de leurs opérations militaires n'était que temporaire, en ce que les forces allemandes pouvaient dans un délai raisonnable assurer un contrôle physique sur n'importe quelle partie du territoire, et qu'il n'était dès lors pas de nature à affecter le statut d'occupant de l'Allemagne.

Ce point de vue s'est notamment vu renforcé par les lignes directrices du TPIY dans son affaire *Naletilić*. Outre les développements sur le contrôle effectif potentiel via la capacité d'envoyer des troupes dans un délai raisonnable pour assurer son autorité, précédemment mobilisés pour appréhender l'absence physique des forces de la puissance occupante sur le territoire, le TPIY est venu conforter la défense d'une approche inclusive en estimant que des résistances locales sporadiques, même celles nuisant particulièrement à la puissance occupante, n'étaient pas de nature à affecter la réalité de l'occupation⁷⁸, en apportant toutefois une subtilité : dans une situation où de nombreux soldats refusaient de déposer leurs armes, le territoire spécifique pouvait ne pas être considéré sous occupation au-delà de tout doute raisonnable aussi longtemps que les hostilités se poursuivent⁷⁹. Deux interprétations peuvent être proposées à l'appui de ce constat. On pourrait d'une part l'entendre comme reconnaissant dans une certaine mesure que la survenance d'hostilités affecterait la qualification d'occupation, mais cela serait non seulement contradictoire vis-à-vis des lignes directrices fournies ainsi que sur ses précédents développements relatifs aux résistances locales sporadiques, même celles nuisant particulièrement à la puissance occupante. D'autre part, il serait possible de considérer que la chambre n'est en l'espèce pas parvenue à démontrer l'existence d'une occupation sur une portion du territoire, et que la considération selon laquelle l'occupation n'est pas reconnue aussi longtemps que les hostilités perdurent ne saurait être regardée comme une 'norme générale', mais plutôt comme une appréciation casuistique. Cette interprétation est notamment déductible de la formulation "*au-delà de tout doute raisonnable*", laquelle correspond au standard de preuve requis en procédure pénale⁸⁰,

⁷⁷ Tribunal militaire américain de Nuremberg, jugement du 19 février 1948, reproduit dans *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, Vol. XI/2, p. 56.

⁷⁸ TPIY, *Le Procureur c. Naletilić & Martinović*, *op. cit.* §217 ; M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* p.201.

⁷⁹ TPIY, *ibid.*, §587

⁸⁰ M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* p.201.

mais est aussi renforcée par le fait que le TPIY a en 2017 réaffirmé que des hostilités pouvaient avoir lieu dans un territoire occupé⁸¹. La Cour pénale internationale (ci-après abrégée ‘CPI’) a par ailleurs emboîté le pas du TPIY en reconnaissant dans ses affaires *Lubanga*⁸² et *Katanga*⁸³ l’occupation ougandaise sur la province Ituri en dépit des hostilités, et semblant davantage s’intéresser à la question de savoir si l’occupation était de nature à changer la classification du conflit armé non international préexistant⁸⁴. Cette position a également été tenue par la Cour suprême israélienne au sujet des hostilités en territoire palestinien occupé, qui a reconnu que ces hostilités se manifestaient par des opérations militaires empruntant les caractéristiques de conflits armés dans un contexte d’occupation belligérante par Israël⁸⁵.

Par ailleurs, l’appui du défenseur de l’approche alternative sur les articles 5 et 68 (2) de la CG IV ne saurait être pleinement convaincant, et ce à deux égards. Tout d’abord, ces dispositions font directement référence à des actes d’espionnage et de sabotage en territoire occupé, qui sont des méthodes de guerre⁸⁶. Le sabotage, par exemple, est en effet défini comme l’action entreprise pour détruire ou endommager du matériel, des ouvrages ou des installations qui, par leur nature ou leur but, ajoutent à l’efficacité des forces armées de l’ennemi⁸⁷. Ensuite, une confusion semble être faite dans cet argumentaire entre d’une part la compatibilité entre la résurgence d’hostilités et la situation d’occupation, et d’autre part la prévalence du modèle du maintien de l’ordre sur celui de la conduite des hostilités. La démonstration de la prévalence du modèle du maintien de l’ordre sur celui de la conduite des hostilités pour régir certaines situations ne serait à elle-seule pas suffisante pour servir l’approche selon laquelle un territoire ne peut être regardé comme occupé si des hostilités y surgissent, et si la puissance occupante décide d’y répondre par la conduite d’opérations militaires. Il s’agit-là de deux questions distinctes, l’une confrontant la qualification d’occupation à une situation de fait - à savoir la survenance d’hostilités - , et l’autre visant à déterminer le modèle et les

⁸¹ TPIY (Ch.A.) *Le Procureur c. Prlić et a.*, jugement, Affaire No. IT-04-74-A, 29 novembre 2017, §319

⁸² CPI (Ch.prél.I), *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/06-803, 29 janvier 2007, §220.

⁸³ CPI (Ch.prél.I), *Le Procureur c. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07-717, 26 septembre 2008, §240.

⁸⁴ M. Longobardo, *ibid.* p.202

⁸⁵ Cour suprême israélienne, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04, 29 février 2004, p.3

⁸⁶ M. Longobardo, *ibid.* p.200 ; Quid Justitiae, “Le droit applicable aux affrontements en cours en Ukraine”, Osons le DIH, #5, 2022, accessible en ligne à l’adresse suivante : https://www.quidjustitiae.ca/fr/blogue/Conflit_Ukraine_V

⁸⁷ ICRC Casebook ‘How does Law Protect in War ?’, “A to Z” Glossary : Saboteur, disponible en ligne à l’adresse suivante : https://casebook.icrc.org/a_to_z/glossary/saboteur

standards applicables à une situation traitée à la fois par les modèles de conduite des hostilités et de maintien de l'ordre. Une certaine prudence doit donc être de mise dans l'analyse de l'approche alternative et dans la défense d'une approche plus inclusive.

En réalité, la position selon laquelle l'occupation et la conduite des hostilités ne sont pas mutuellement exclusives relève d'un choix cohérent : considérer que la survenance d'hostilités met fin à l'occupation impliquerait d'écarter le régime protecteur de l'occupation et les standards plus stricts du recours à la force sous l'angle du modèle du maintien de l'ordre⁸⁸. Cela aurait en effet pour effet de libérer la puissance occupante de ses obligations au titre du droit de l'occupation, plaçant dès lors systématiquement sa répression de la menace générée par les insurgés sous les règles plus permissives de la conduite des hostilités. Ce choix cohérent repose ainsi sur l'idée selon laquelle les standards permettant d'établir l'existence d'une occupation sont plus stricts que ceux permettant d'en déterminer la fin⁸⁹ : partant, l'occupation est présumée établie une fois le contrôle et l'autorité de la puissance occupante sur le territoire démontrés, de sorte que la survenance d'hostilités au stade de l'établissement de l'occupation remette en cause l'existence de cette dernière, le contrôle et l'autorité étant les conditions *sine qua non* pour qualifier l'occupation. Mais une fois l'occupation établie, la simple reprise d'hostilités, du moins sporadiques, ne signifierait pas obligatoirement sa fin. Cela ne signifie pas que la survenance ou la résurgence d'hostilités en territoire occupé ne peut conduire à la fin de l'occupation, ce qui serait par exemple le cas par un regain de contrôle effectif sur le territoire par l'autorité évincée, mais plutôt qu'il n'y a pas de rapport automatique.

Conforme aux interprétations jurisprudentielles précitées, cette position prend en compte davantage en compte la réalité de l'occupation qui démontre souvent une alternance entre périodes 'calmes' et 'troublées'. Illustrée par la métaphore de la porte tournante, cette interprétation permet de comprendre que le contrôle de la puissance occupante sur le territoire peut très bien être acquis le jour, et perdu la nuit ; le territoire sera pour autant considéré comme occupé⁹⁰. Ainsi, plus qu'une solution souhaitable pour l'admission des

⁸⁸ T. Ferraro, "Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory" (Réunion d'experts), *op.cit.* note 65, p.113.

⁸⁹ M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* p.203.

⁹⁰ A. Paulus, 'UN Missions and the Law of Occupation', *op. cit.* note 68 p.247 ; F. Hampson, 'The relationship between international humanitarian law and human rights law from the perspective of a human rights treaty body', dans *IRRC* Vol.90, 2008, pp.549, 554.

règles plus protectrices de l'occupation, cette seconde approche relève d'un choix cohérent et davantage adapté aux réalités de l'occupation.

Chapitre 2 | Interactions entre conduite des hostilités et maintien de l'ordre : nécessité d'une précision des règles de permutation

Lorsqu'un territoire est soumis à une occupation militaire, la puissance occupante se trouve confrontée à une situation juridique complexe, caractérisée par la coexistence de deux régimes juridiques distincts mais complémentaires : le droit de l'occupation, ici analysé sous le prisme du modèle du maintien de l'ordre, et le droit de la conduite des hostilités. Si, en principe, ces deux régimes juridiques sont applicables de manière concomitante, leur articulation pratique soulève de nombreuses questions⁹¹, et l'ambiguïté relative à la frontière entre paradigmes est accentuée par la nature évolutive des conflits armés contemporains, qui se caractérisent souvent par une combinaison d'actions militaires et d'actions de basse intensité.

À cet égard, il apparaît donc crucial d'identifier les critères permettant la distinction entre modèles ainsi que les circonstances dans lesquelles la puissance occupante serait autorisée à recourir à la force armée dans le cadre de la conduite des hostilités. Cette distinction revêt une importance capitale, car elle a des implications directes sur le niveau de protection accordée aux civils et sur les règles applicables à l'emploi des moyens et méthodes de guerre. Seront alors confrontés plusieurs approches casuistiques mettant en exergue la pertinence d'une méthode d'échelle mobile d'appréciation (a) avant d'envisager une vision davantage cloisonnée des différents paradigmes reposant sur la nécessité d'instaurer des critères spécifiques permettant de passer automatiquement d'un modèle à l'autre (b).

⁹¹ D. Fleck, 'Law Enforcement and the Conduct of Hostilities: Two Supplementing or Mutually Excluding Legal Paradigms?' dans Fischer-Lescano et al. (éds.), *Frieden*, p.391; M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, op. cit. pp.229-230 ; C. Garraway, 'Armed Conflict and Law Enforcement: Is There a Legal Divide?' dans M. Matthee, B.Toebes, & M.Brus (éds.), *Armed Conflict and International Law : In Search of the Human Face*, 2013, p.259.

Section I | Méthode de l'échelle mobile d'appréciation

L'absence d'éléments clairement identifiés permettant de passer d'un modèle à un autre face au recours à la force armée en période d'occupation invite dans un premier temps à défendre une méthode casuistique. Le coeur de cette approche est l'intensité de la menace, et repose sur la présomption suivante : des violences armées peu intenses seraient gouvernées par le modèle du maintien de l'ordre, là où des violences armées plus intenses devraient être envisagées sous l'angle de la conduite des hostilités⁹². Cette approche trouve un écho dans la pratique nationale, comme l'illustre le cas de l'occupation de l'Afrique du Sud en Namibie sous mandat d'administration confié par la Société des Nations en 1920⁹³. Là où la résistance armée de l'Organisation du peuple du Sud-Ouest Africain était réprimée par l'Afrique du Sud sous l'angle du maintien de l'ordre via l'intervention de forces de police et le jeu du système pénal, l'intensification des tactiques de guérilla entraînait le recours à des opérations militaires entreprises sous l'angle de la conduite des hostilités⁹⁴. Si l'intensité semble un point de départ convaincant, les facteurs permettant de la déterminer restent à identifier.

Plusieurs sous approches ont été envisagées : une première viserait tout d'abord à proposer une dichotomie entre d'une part les occupations 'calmes' et, d'une autre, celles 'troublées'⁹⁵. Et si cette approche rejoint de façon un peu grossière le critère de l'intensité, il est difficile de voir dans quelle mesure elle pourrait correspondre de façon suffisamment précise à la réalité de l'occupation, en ce que plusieurs menaces d'intensité différente peuvent surgir au sein d'un même territoire, de sorte que la qualification d'occupation 'calme' ou 'troublée' soit rendue laborieuse⁹⁶.

⁹² M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* p.230.

⁹³ M. G. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, p.87.

⁹⁴ R. Dale, 'The Armed Forces as an Instrument of South African Policy in Namibia', dans *JMAS*, Vol.18, 1980, p.67 ; M. Longobardo, *Ibid.*

⁹⁵ Voir T. Ferraro, "Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory" (Réunion d'experts), *op.cit.* note 65, p.87 ; L. Doswald-Beck, 'The right to life in armed conflict : does international humanitarian law provide all the answers ?', dans *IRRC*, Vol.88, N°864, pp.892-894 ; Y. Arai-Takahashi, *The law of Occupation : Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Humanitarian Rights Law*, Nijhoff Publishers, p.311 ; R.Otto, *Targeted Killings and International Law with Special Regard to Human Rights and International Humanitarian Law*, 2012, pp.442-452 ; J. Pejic, 'Conflict Classification and the Law Applicable to Detention and the Use of Force', dans E.Wilmshurst (éd.), *International Law and the Classification of Conflicts*, 2012, p.109 ; K. Watkin, 'Use of force during occupation: law enforcement and conduct of hostilities', *op.cit.* pp.276-283.

⁹⁶ T. Ferraro, "Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory" (Réunion d'experts), *op.cit.* note 65, pp.114-115.

Le cas des territoires palestiniens occupés, en particulier les discussions liées à l'unité du territoire palestinien, illustre fidèlement cette difficulté. L'autorité palestinienne a envisagé, et ce en dépit du fait qu'ils aient été contrôlés avant 1967 par différentes autorités étatiques, que la Cisjordanie et la bande de Gaza étaient un territoire unique⁹⁷ : ce point de vue a notamment été partagé par Israël lors de la conclusion des accords d'Oslo et cristallisé à l'article 4 de la déclaration des principes entre Israël et l'organisation de libération de la Palestine⁹⁸. Il est pourtant difficile d'envisager l'occupation de la bande de Gaza et de la Cisjordanie sous une bannière commune d'occupation calme ou troublée au regard du degré variable de contrôle d'Israël sur ces territoires, de la récurrence des tirs de roquette en provenance de la bande de Gaza et, plus récemment, de l'intense campagne militaire israélienne qui y est en cours.

Certains éléments ont toutefois permis d'avancer l'idée selon laquelle ces territoires devraient être envisagés séparément afin de déterminer le caractère calme ou troublé de l'occupation en vigueur : le contrôle effectif d'Israël sur le centre névralgique de l'autorité palestinienne dans la Cisjordanie tel qu'empêchant cette dernière d'exercer son autorité dans la bande de Gaza d'une part, et la séparation géographique des deux territoires d'une autre⁹⁹. Ces éléments pourraient conduire à considérer la bande de Gaza comme une unité indépendante de l'autorité palestinienne en Cisjordanie ; et pourtant, une analyse séparée de la bande de Gaza et de la Cisjordanie pousserait à la même conclusion selon laquelle plusieurs menaces d'intensité différentes peuvent survenir au sein d'un même territoire. Un bref regard à la cartographie des opérations militaires menées par Israël dans la bande de Gaza du 7 octobre 2023 au 20 mars 2024¹⁰⁰ illustre ce propos ; situé dans la partie Sud à la frontière avec l'Égypte, Rafah et ses alentours n'ont indéniablement pas été ciblés de la même façon que Gaza-Ville, Zeitoun, Jabaliya et Beit Hanoun situés au Nord qui ont fait l'objet d'intenses bombardements. Sans pour autant envisager Rafah et ses alentours comme relevant d'une occupation 'calme', il est permis de considérer que sur cette période, les parties Nord et Sud de la bande de Gaza ne répondaient pas au même degré de menace perçue par Israël. Cet exemple illustre la difficulté d'appréhender de façon globale un territoire occupé sous le label de 'trouble' ou 'calme'. Plus encore, cette catégorisation n'est que descriptive et n'est

⁹⁷ Y. Shany, *ibid*, 'Faraway, so close', *op.cit.* p.15.

⁹⁸ Déclaration de principes sur les arrangements intérimaires d'autonomie (Israël / OLP), 13 sept. 1993.

⁹⁹ Y. Shany, *ibid*, 'Faraway, so close', *op.cit.* pp.15-16.

¹⁰⁰ P.-L. Caron et P. Paillassa, 'Guerre à Gaza : visualisez où en est le conflit dans l'enclave palestinienne', France Info Cartes, 11 mai 2024, accessible en ligne à l'adresse suivante : https://www.francetvinfo.fr/monde/proche-orient/israel-palestine/cartes-guerre-a-gaza-visualisez-ou-en-est-le-conflit-dans-l-enclave-palestinienne_6534440.html

pertinente que si la situation ne change pas au fil de l'occupation ; la survenance en pratique d'hostilités auxquelles n'avait pas encore été confrontée la puissance occupante sur un territoire jusqu'alors considéré comme 'calme'¹⁰¹ jette un doute à ce sujet et impose de tendre vers une approche davantage casuistique.

Un deuxième critère a été proposé et viserait à déterminer un lien, ou 'nexus', avec le conflit armé initial dont découle l'occupation¹⁰². Partant, l'application des règles de la conduite des hostilités serait conditionné à la détermination d'un nexus avec ce qui serait décrit comme 'conflit originel', là où les obligations de la puissance occupante à l'égard des populations et territoires occupés au titre du droit de l'occupation seraient régies par le modèle du maintien de l'ordre¹⁰³. Le défaut de cette approche réside dans la détermination de ce nexus : il a été avancé que les développements de la participation directe aux hostilités permettrait de clarifier l'expression¹⁰⁴, mais l'auteur de cette étude ne trouve pas cet emprunt pleinement convaincant. Non définie par le DIH conventionnel, la participation directe aux hostilités (ci-après abrégée 'PDH') se réfère à l'implication individuelle¹⁰⁵ d'une personne dans un recours collectif par des parties au conflit à des méthodes et moyens de nuire à l'ennemi¹⁰⁶. Dérivée de la formulation "*qui ne participent pas directement aux hostilités*" employée à l'article 3 commun aux Conventions de Genève, la PDH suggère un certain degré d'implication afin de la distinguer des participations indirectes. Les développements supposés éclairer la notion de nexus direct réside dans les éléments constitutifs de la PDH ; afin d'être regardée comme telle, un acte donné doit premièrement être susceptible de nuire aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie à un conflit armé ou être de nature à causer des pertes en vies humaines, blessures et destructions à des personnes ou biens protégés contre les attaques directes, atteignant ainsi un certain seuil de nuisance. Deuxièmement, une relation directe de causalité entre l'acte et les effets susceptibles de résulter dudit acte ou d'une opération coordonnée dont il fait partie intégrante doit être démontrée - soit la causation 'directe'. Et enfin, l'acte donné doit spécifiquement être destiné à causer directement des effets nuisibles atteignant le seuil requis d'hostilités au profit d'une

¹⁰¹ M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, op. cit. p.231.

¹⁰² *Ibid.*, pp.230-231

¹⁰³ M. N. Schmitt, C. Garraway, 'Occupation Policy in Iraq and International Law', dans H. Langholtz, B. Kondoch et A. Wells (éds.), *International Peacekeeping : The Yearbook of International Peace Operations*, 2004, p.27.

¹⁰⁴ M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, op. cit. p.231.

¹⁰⁵ Voir les articles 43(2) PA I ; 45 (1) et (3) PA I ; 51 (3) PA I ; 67 (1)(e) PA I ; 13 (3) PA II.

¹⁰⁶ N. Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, 2010, p.45.

partie au conflit et au détriment d'une autre - soit le lien de belligérance. C'est précisément ce dernier point qui intéresse ici la notion de nexus direct, le problème étant le suivant : de la même façon que de nombreuses activités en période de conflit armé ne sont conçues pour soutenir une partie au conflit au détriment d'une autre,¹⁰⁷ des hostilités surgissant en territoire occupé ne sont pas nécessairement liées au conflit armé initial, de sorte qu'un nexus direct soit difficilement caractérisable.

Tel est précisément le cas dans les conflits en cours en Cisjordanie et dans la bande de Gaza, présentant une singularité supplémentaire tenant au caractère 'anormal' de l'occupation israélienne sur ces territoires¹⁰⁸. Traditionnellement, l'existence d'un conflit armé international est indispensable à l'établissement d'une occupation, en ce qu'il est axiomatique qu'un État ne puisse occuper son propre territoire en tant que partie belligérante¹⁰⁹. Partant, une occupation ne pourrait exister que si le conflit armé international à l'origine de son établissement subsiste¹¹⁰, situation à priori logique à laquelle déroge le cas palestinien. À l'issue de la guerre des 6 jours de 1967 suivant l'occupation égyptienne en vigueur depuis 1949, la Jordanie et l'Égypte ont conclu des traités de paix avec Israël, retirant leurs revendications sur les territoires palestiniens¹¹¹. Dès lors, même les deux *intifadas* survenues en 1987-1991¹¹² et 2000-2005¹¹³ ne peuvent être regardées comme étant directement reliées au conflit armé international initial, ce dernier étant terminé ; le conflit israélo-palestinien met ainsi parfaitement en exergue la survenance d'hostilités prolongées dans un territoire occupé

¹⁰⁷ N. Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, *ibid.* p.63.

¹⁰⁸ M. Milanović, 'Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror: comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings case', dans IRRC, Vol.89 n°866, 2007, p.383.

¹⁰⁹ L. C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd éd., Melland Schill Studies in international law, Manchester University Press, 2000, p.257 ; M. Milanović, *ibid.* p.383.

¹¹⁰ Y. Dinstein, 'The international law of belligerent occupation and human rights', dans *IYHR*, Vol.8, 1978, p.10.

¹¹¹ M. Milanović, 'Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror', *op.cit.* p.383 ; Y. Shany, *ibid.*, 'Faraway, so close', *op.cit.* p.4.

¹¹² Résultant de 20 années d'occupation israélienne, de l'attaque en 1982 du Liban afin d'affaiblir l'Organisation de libération de la Palestine ainsi que de l'augmentation considérable de colons israéliens en territoire palestinien occupé voir G. Wallut, "1987, la première intifada ou la guerre des pierres" (podcast), dans 'Affaires sensibles', France Inter, 30 novembre 2023, accessible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.radiofrance.fr/franceinter/podcasts/affaires-sensibles/affaires-sensibles-du-jeudi-30-novembre-2023-5547894>

¹¹³ Faisant suite à la visite du chef du Likoud Ehoud Barak sur l'Esplanade des mosquées, perçue comme une provocation dans le contexte du retrait israélien du Sud Liban, analysé comme un succès du Hezbollah, et du désaccord de la population israélienne avec les concessions accordées à l'occasion des sommets de Camp David et de Taba de 2001 : voir A. Daher, "Intifadas, l'heure de la révolte", (podcast), dans 'Israël-Palestine, les mots de la guerre', France Culture, accessible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/france-culture-va-plus-loin-l-invite-e-des-matins/intifadas-l-h-eure-de-la-revolte-9047926>

mais dont l'origine est déconnectée du conflit armé international 'originel'. Dans ce contexte, on verrait mal comment appliquer le critère du nexus direct face à des hostilités surgissant dans ces territoires, et une application rigoureuse de la méthode du nexus reviendrait à écarter le modèle de la conduite des hostilités au profit de celui du maintien de l'ordre pour des actes dont la nature rejoindrait celle des hostilités. En outre, retenir la méthode du nexus direct impliquerait que les autorités de la puissance occupante analysent en avance le lien direct potentiel que chaque attaque pourrait entretenir avec le conflit armé initial, ce qui d'une part représenterait en pratique une tâche bien complexe, et qui d'autre part permettrait des dérives d'interprétation afin d'attribuer une attaque au conflit armé originel.

Il faudrait alors redéfinir le conflit auquel doit renvoyer ce nexus pour rendre cette approche plus réaliste et pratique. De façon plus générale, il faudrait davantage voir en ce nexus direct une clé de lecture qu'un critère absolu permettant de déterminer le modèle applicable à des hostilités en territoire occupé.

Les faiblesses des précédentes taxinomies poussent à explorer une troisième approche davantage casuistique, la méthode de la '*sliding scale*', ou 'échelle mobile d'appréciation'. Proposée à l'occasion d'une réunion d'experts organisée par le Comité International pour la Croix-Rouge, cette approche repose sur l'idée d'une transition progressive du modèle du maintien de l'ordre vers celui de la conduite des hostilités et invite à se positionner au moment où la puissance occupante recourt à la force¹¹⁴. L'un des facteurs proposés permettant d'orienter le curseur du modèle applicable est la nature de la menace à l'encontre de la puissance occupante, liée au statut des individus impliqués. Partant, des hostilités émanant de combattants au sens de l'article 4(A) de la CG III, de groupes armés organisés ou d'individus participant directement aux hostilités suggéreraient l'application du modèle de la conduite des hostilités¹¹⁵. Si cette solution est particulièrement pertinente en pratique pour appréhender les hostilités émanant de groupes armés organisés ou de forces affiliées à la puissance occupante, rien n'est moins sûr s'agissant des individus participant directement aux hostilités, la difficulté étant toujours de déterminer à l'avance et pour chaque acte atteignant le seuil

¹¹⁴ T. Ferraro, Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory (rapport), *op. cit.* note 65, p.113.

¹¹⁵ K. Watkin, 'Maintaining Law and Order during Occupation : Breaking the Normative Chains', dans *ILR*, 2008, p.193.

d'hostilités le lien de belligérance au profit d'un groupe armé organisé ou de la puissance occupée¹¹⁶.

D'autres critères additionnels ont ainsi été avancés à l'appui de cette approche tels que l'intensité du contrôle de la puissance occupante ou bien encore la durée de l'occupation. Le premier sous-critère repose sur le raisonnement suivant : plus le contrôle d'une puissance occupante sur un territoire est effectif, plus la détermination du modèle applicable s'orientera vers le maintien de l'ordre. Inversement, un contrôle où le contrôle échappe davantage à la puissance occupante sera soumis à la conduite des hostilités. Cette approche peut s'illustrer au travers du scénario suivant : dormant à son domicile avec sa famille sur une portion de territoire sur lequel la puissance occupante exerce un haut niveau de contrôle, un insurgé membre d'un groupe armé organisé et reconnu comme ayant une fonction de combat continue¹¹⁷ fait l'objet d'un ciblage¹¹⁸. Un contrôle accru de la puissance occupante sur le territoire impliquerait selon cette approche que la capture de l'insurgé sous le modèle du maintien de l'ordre soit envisageable et à privilégier par rapport à une élimination sous le modèle de la conduite des hostilités¹¹⁹. Certains auteurs estiment au contraire que la situation serait régie par l'application de la loi en se basant sur les différences entre conflit armé international et conflit non international¹²⁰ - l'épineuse question de la qualification du conflit faisant par ailleurs l'objet d'une analyse ultérieure approfondie - : en effet, là où l'individu pourrait être tué en conflit armé international du fait de son statut de combattant¹²¹, ces auteurs estiment que la méthode à laquelle recourir ne serait pas semblable en conflit armé

¹¹⁶ M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* p.232.

¹¹⁷ Fruit d'une construction doctrinale, la notion de fonction de combat continue offre dans les contextes de CANI un outil d'analyse spécifique pour déterminer le statut juridique des membres de groupes armés. Contrairement au test de la PDH, basé sur l'acte individuel, ce concept prend en compte l'ensemble des activités exercées par l'individu au sein du groupe. Il permet ainsi de qualifier une personne comme cible légitime, même en l'absence d'une participation active aux hostilités au moment de l'attaque ; voir à ce sujet S. Henry, 'La notion de fonction de combat continue dans les conflits armés : est-il temps d'étendre son application ?' dans *RICR*, Vol.100 Sélection françaises N°1/2/3, 2018, p.203.

¹¹⁸ Il s'agit-là d'un scénario présenté à l'occasion d'une réunion d'experts de 2013 sur la base duquel diverses propositions furent présentées ; voir à ce sujet G. Gaggioli, "The use of force in occupied territory : interplay between the Conduct of hostilities and law enforcement paradigms" (Réunion d'experts), Rapport CICR, 2013, p.22.

¹¹⁹ Cela s'explique par le fait que si le recours à la force létale est en principe prohibé sous le modèle d'application de la loi et ne se justifie qu'en cas d'absolue nécessité, le droit des conflits armés autorise généralement le recours à la force létale contre des cibles militaires ; l'obligation d'employer des moyens moins violents n'y intervient qu'en l'absence d'une nécessité militaire manifeste. Voir à ce sujet N. Melzer et G. Gaggioli, 'Conceptual Distinction and Overlaps between Law Enforcement and the Conduct of Hostilities', *op.cit.* note 39, pp.24-25.

¹²⁰ D. Kretzmer, A. Ben-Yehuda et M. Furth, 'Thou Shall Not Kill : The Use of Lethal Force in Non-International Armed Conflicts', dans *ILR*, 2014, pp.191-224.

¹²¹ Contra : R. Goodman, 'The Power to Kill or Capture Enemy Combatants' dans *EJIL*, 2013, p.819.

non international, les règles permissives relatives à la conduite des hostilités n'étant à leur sens pas claires en vertu de l'article 3 commun, du PA II et du droit international coutumier¹²². Le modèle 'de base' pour pareille situation serait ainsi l'application de la loi sauf dans les cas où l'intensité de la violence armée serait telle qu'il faille privilégier la conduite des hostilités¹²³. Il a corollairement été avancé que dans certains cas spécifiques, le modèle d'application de la loi pourrait être le modèle prioritaire - selon l'idée de la *lex specialis* -, suggérant ainsi de déterminer quel corps de règles dispose de la "plus grande surface de contact commune" avec les faits de la situation donnée¹²⁴. Cette idée pourrait être appuyée par le fait que certains organismes de défense des droits de l'Homme¹²⁵ ont appliqué le modèle de l'application de la loi à des situations de recours à la force contre des cibles légitimes, sans pour autant statuer sur la question des interactions et du chevauchement avec le modèle de la conduite des hostilités, la question restant sur ce point en suspens et non réglée¹²⁶.

Mais ce critère ne prend pas en compte un autre point de vue selon lequel la nécessité d'un contrôle accru sur un territoire donné est révélateur de l'instabilité de ce dernier, davantage en proie à des actes hostiles : inversement, les territoires où la menace est moindre exigeraient moins de contrôle de la part de la puissance occupante¹²⁷. En outre, ce critère d'intensité aurait l'effet pervers de permettre à la puissance occupante de diminuer volontairement son contrôle effectif d'un territoire en tout ou partie afin de pouvoir opérer sous l'angle de la conduite des hostilités et ne semble pas suffisamment intégrer l'aspect 'potentiel' du contrôle effectif, en particulier à la lumière de l'avis consultatif de la CIJ¹²⁸.

Le second sous-critère, relatif à la durée de l'occupation, postule que le modèle de la conduite des hostilités serait progressivement remplacé par celui du maintien de l'ordre au fil du temps. Ce raisonnement est toutefois le fruit d'une conjecture erronée selon laquelle les

¹²² D. Kretzmer, A. Ben-Yehuda, M. Furth, *ibid.* pp.223-224.

¹²³ *Ibid.* p.195.

¹²⁴ G. Gaggioli, "The use of force in occupied territory : interplay between the Conduct of hostilities and law enforcement paradigms" (Réunion d'experts), *op.cit.* note 118, p.20 ; N. Melzer et G. Gaggioli, "Conceptual Distinction and Overlaps between Law Enforcement and the Conduct of Hostilities", *op.cit.* note 39, p.24.

¹²⁵ CDHNU, Camargo and Suarez de Guerrero c. Colombie, Communication N°. 45/1979, UN Doc. CCPR/C/15/D/45/1979, 31 mars 1982, §13.3.

¹²⁶ G. Gaggioli, *ibid.* p.22 : voir aussi la déclaration écrite de Françoise Hampson à l'appendice 3 du rapport.

¹²⁷ Raisonnement notamment partagé dans le US Military Manual, section 11.2.2.1 ; M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* p.233.

¹²⁸ CIJ, *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, 2024, *op.cit.* §§90-93.

hostilités se résorbent avec le temps. Un bref regard à l'occupation israélienne sur les territoires palestiniens met en échec pareille présomption ; les deux *intifadas* de 1989 et 2000, les opérations 'Plomb durci' (2009), 'Bouclier protecteur' (2012) et 'Bordure protectrice', et plus récemment l'invasion à grande échelle de la bande de Gaza démontrent l'incapacité latente des hostilités à se résorber dans le contexte d'une occupation longue de plus de cinquante ans¹²⁹. Si le temps peut dans certains cas influencer la récurrence et l'intensité des hostilités en territoire occupé, cela n'est pas toujours le cas, de sorte que le sous-critère de la durée de l'occupation ne puisse être considéré comme déterminant.

Un dernier sous-critère, relatif à l'emplacement de la cible, postule que l'application du modèle de la conduite des hostilités dépendrait de la question de savoir si l'individu se trouve au sein ou en dehors de la zone de conflit¹³⁰. La difficulté étant que cette approche suppose que le conflit soit existant au moment de l'appréciation ; si les hostilités ressurgissent en territoire occupé, il faudrait alors déterminer ce qui constitue une zone de conflit et ce qui n'en est pas une. Inversement, intégrer le conflit armé originel dans l'analyse produirait un résultat différent, c'est pourquoi le critère géographique, non défini par le DIH conventionnel, a majoritairement été regardé comme non décisif¹³¹.

Si les critères proposés à l'appui de la méthode de l'échelle mobile d'appréciation souffrent de certaines faiblesses, l'approche casuistique n'est en tant que telle pas pour autant à rejeter. Il convient de déterminer quels critères, plus convaincants, permettraient de servir au mieux cette approche tout en prenant en compte les spécificités des hostilités dont il est question.

¹²⁹ T. Ferraro, "Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory" (Réunion d'experts), *op.cit.* note 65, p.114.

¹³⁰ N. Melzer et G. Gaggioli, 'Conceptual Distinction and Overlaps between Law Enforcement and the Conduct of Hostilities', *op.cit.* note 39, p.22 ; G. Gaggioli, "The use of force in occupied territory : interplay between the Conduct of hostilities and law enforcement paradigms" (Réunion d'experts), *op.cit.* note 118, p.17.

¹³¹ N. Melzer, G. Gaggioli, *ibid.* p.23 ; G. Gaggioli, *ibid.* p.22.

Section 2 | Une vision cloisonnée des différents modèles : théorie du saut et montage artificiel

Si la majorité des commentateurs¹³² estiment qu'une approche casuistique est de mise, la question reste de déterminer quels facteurs et spécificités devraient être pris en compte dans la détermination d'une règle de permutation d'un modèle à l'autre. À l'inverse des propositions précédemment analysées, la théorie du saut se fonde davantage sur les caractéristiques des hostilités surgissant en territoire occupé plutôt que sur le contexte de l'occupation et ses spécificités.

Considérant les différences entre les deux modèles trop grandes pour permettre une transition progressive, cette théorie suggère l'application de critères spécifiques permettant de passer automatiquement du maintien de l'ordre à la conduite des hostilités et propose une dichotomie entre deux cas de figure : les violences armées opposant la puissance occupante aux forces de l'autorité évincée ainsi qu'aux groupes armés organisés affiliés remplissant les conditions prévues à l'article 4A(2) de la CG III¹³³ d'une part, et les violences armées opposant la puissance occupante à des groupes armés organisés non affiliés à la puissance occupée ainsi qu'à des civils participant directement aux hostilités¹³⁴. S'agissant du premier cas de figure, la théorie du saut invite à se référer au standard relatif à la qualification des conflits armés internationaux (ci-après abrégés 'CAI') contenu dans l'article 2 commun aux Conventions de Genève. Remarquablement faible, le seuil de détermination d'un conflit armé international permettrait de justifier la permutation du modèle vers la conduite des hostilités pour tout conflit armé opposant la puissance occupante aux forces régulières ou affiliées de la puissance occupée, sans condition d'intensité¹³⁵.

Corollairement, la détermination des critères permettant de passer du modèle du maintien de l'ordre à celui de la conduite des hostilités face à des affrontements armés entre la puissance occupante et des groupes armés organisés non affiliés à la puissance occupée - et / ou des civils participants directement aux hostilités - suggère, dans la logique de la théorie du saut,

¹³² K. Watkin, 'Maintaining Law and Order during Occupation : Breaking the Normative Chains', *op.cit.* note 115, p.192.

¹³³ Les conditions étant les suivantes : a) avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ; b) avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ; c) porter ouvertement les armes ; d) se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre.

¹³⁴ T. Ferraro, "Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory" (Réunion d'experts), *op.cit.* note 65, pp.120-121.

¹³⁵ *Ibid.*, p.121

l'emprunt aux standards de qualification du conflit armé non international (ci-après abrégé 'CANI') établis puis développés par le TPIY.

Conformément à l'article 3 commun aux Conventions de Genève, le tribunal a considéré dans son affaire *Tadić*¹³⁶ qu'un CANI existe pour chaque situation de violence armée prolongée entre des autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes à l'intérieur de l'État dès lors que ces violences atteignent les seuils requis d'intensité, de nature à grande échelle et de durée prolongée¹³⁷. Dans son jugement du 10 juillet 2008 rendu dans le cadre de l'affaire *Boškoski et Tarčulovski*¹³⁸, le TPIY est venu faire une synthèse des raisonnements de ses chambres préliminaires, notamment celles saisies des affaires *Tadić* et *Haradinaj*¹³⁹ et a posé certains critères permettant d'évaluer l'intensité du conflit et *in fine* de distinguer les conflits armés des simples troubles internes. Parmi ces différents éléments figurent les armes distribuées et utilisées, l'usage de la force par les organes de l'État via l'emploi d'armes militaires plus lourdes et sortant du cadre du matériel normalement employé par des forces chargées du maintien de l'ordre, les techniques utilisées, les résultats engendrés par ces techniques, la multiplication des affrontements armés ou bien encore les réactions de la communauté internationale, la durée et l'intensité des différents affrontements, les types d'armes et matériels employés, le nombre et le type de forces engagées dans les combats de même que le nombre de victimes et l'étendue des destructions¹⁴⁰. Le critère de la durée en tant que tel a par ailleurs été abandonné, finalement considéré comme indice de l'intensité du conflit plutôt que comme critère autonome¹⁴¹.

Ainsi, face à des hostilités en territoire occupé atteignant les critères développés par le TPIY pour la qualification d'un CANI, la théorie du saut permettrait - et seulement à partir de ce moment - de passer sous le modèle de la conduite des hostilités. L'idée sous-jacente de cette approche repose sur la substitution *de facto* de l'autorité de la puissance occupante à celle de la puissance occupée¹⁴², et permet d'éviter que la puissance occupante ne recourt au modèle de la conduite des hostilités dans des cas normalement régis par le maintien de l'ordre telles que des émeutes, actes de violence isolés et sporadiques correspondant à des situations et

¹³⁶ TPIY, (ch. app.), *Le Procureur c. Dusko Tadić*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995.

¹³⁷ *Ibid.* §70.

¹³⁸ TPIY (ch. PI II), *Le Procureur c. Ljube Boškoski et Johan Tarčulovski*, jugement, 10 juillet 2008, §§194 et s.

¹³⁹ TPIY (ch. PI), *Le Procureur c. Rasmus Haradinaj*, jugement, 3 avril 2008, §49.

¹⁴⁰ TPIY (ch. PI II), *Boškoski et Tarčulovski*, *ibid.* §§194 et s.

¹⁴¹ TPIY, *Haradinaj*, *ibid.* §49.

¹⁴² M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* p.234.

troubles internes¹⁴³. Particulièrement satisfaisante eu égard à la prise en compte des spécificités des hostilités, cette théorie permet en outre d'éviter que la situation d'occupation n'influence sur la permutation des modèles en créant un nouveau modèle de conduite des hostilités spécifique aux situations d'occupation. Mais le droit de l'occupation ne prévoyant pas en tant que tel de critères permettant de passer d'un modèle à l'autre, cette approche doit davantage regardée comme une "*la meilleure orientation opérationnelle souhaitable*"¹⁴⁴, sans pour autant s'imposer comme solution *de jure*.

La base du raisonnement est bien là, mais ce dernier doit encore être développé. Aussi attractive puisse être la théorie du saut, elle ne parvient pas, telle quelle, à proposer une argumentation juridique. Cet obstacle peut être surpassé en reprenant l'idée de la substitution de l'autorité de la puissance occupante à celle de la puissance occupée. L'article 43 du Règlement de la Haye dispose en effet 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*". Ici, la substitution de l'autorité de la puissance occupante à celle de la puissance occupée implique que la première agisse de la même façon que la seconde ; là où la puissance occupée serait en temps normal empêchée de recourir à la force sous l'angle de la conduite des hostilités, la substitution d'autorité suggère que la puissance occupante soit similairement empêchée - les convergences entre une puissance occupante et un État confronté à un CANI étant en outre relevées par nombre d'auteurs¹⁴⁵. Opposée à l'annexion, l'occupation implique par essence l'instauration d'une période de paix¹⁴⁶, de telle sorte qu'à l'instar de ce qu'aurait fait la puissance occupée avant l'occupation, la puissance occupante privilégie le modèle du maintien de l'ordre à celui de la conduite des hostilités.

Ici réside toute la subtilité du raisonnement qui intègre la réalité de l'occupation sans pour autant rajouter de règles de permutation spécifiques à cette dernière, ce qu'envisageaient les approches précédemment évoquées : appliquer des standards de CANI à des hostilités

¹⁴³ Art. 1(2) APII.

¹⁴⁴ M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *ibid.* p.234.

¹⁴⁵ C. Garraway, 'Occupation Responsibilities and Constraints', dans H. M. Hensel (éd.), *The Legitimate Use of Military Force : The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict*, Ashgate Publishing, 2008, p.277 ; K. Watkin, 'Maintaining Law and Order during Occupation : Breaking the Normative Chains', *op.cit.* note 115, p.186 ; A. Gioia, 'La lotta al terrorismo tra diritto di guerra e diritti dell'uomo', dans P. Gargiulo et M.C. Vitucci (éd.), *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, 2009, pp.171,172, 179.

¹⁴⁶ C. Garraway, *ibid.* p.236.

potentiellement gouvernées par des règles de conflit armé international - l'occupation étant, par nature, le fruit d'un conflit armé international, ce point faisant l'objet d'une analyse ultérieure approfondie. Le paradoxe n'est qu'apparent si l'on considère que la mobilisation des standards de CANI n'intervient qu'au stade de la détermination du modèle applicable (maintien de la paix ou conduite des hostilités), et ne présume en rien de la qualification du conflit et des règles applicables (CAI ou CANI).

Cette approche relève ainsi d'un montage artificiel¹⁴⁷ fondé sur l'interprétation de l'article 43 du Règlement de la Haye, poussant la puissance occupante à se poser la question suivante face aux hostilités surgissant en territoire occupé : *“Dans pareille situation, qu'aurait fait la puissance occupée?”*. Sans porter préjudice aux règles existantes permettant de passer d'un modèle à un autre, cet emprunt aux critères dégagés dans l'affaire *Tadić* et développés dans les jurisprudences ultérieures du TPIY répond à une logique d'administration du territoire occupé et tend vers ce que l'on pourrait prétendre 'esprit du droit de l'occupation', si tant est qu'il corresponde à l'idée que s'en fait l'auteur de cette étude.

Titre 2 | Réglementation du recours à la force armée et confrontation des règles d'interprétation : vers une restriction du champ du DIH ?

La distinction de deux modèles n'a d'intérêt que s'ils prévoient pour une même situation plusieurs méthodes d'appréhension, sous-tendues par différents standards. Ne pouvant comparer que ce qui est comparable, l'intérêt d'une analyse des règles de permutation des modèles de la conduite des hostilités et du maintien de l'ordre en période d'occupation réside dans la variation de la réponse à la menace générée à l'égard de la puissance occupante. L'attention portée à la distinction entre ces deux paradigmes intéresse particulièrement la question du recours à la force létale - que l'on désignera ici comme 'recours à la force' - en raison des différents standards régissant ce dernier. Cinq différences fondamentales requièrent ainsi d'être précisées.

En premier lieu, l'interprétation du principe de nécessité : le modèle de la conduite des hostilités suggère que la nécessité est réputée présumée dès lors que le ciblage d'un objectif

¹⁴⁷ *Ibid.* p.238.

militaire répond aux principes de proportionnalité et de précaution¹⁴⁸. *A contrario*, le modèle du maintien de l'ordre suggère que la nécessité du recours à la force implique que ce dernier ne soit envisagé qu'en dernier ressort, si l'individu représente une menace imminente à la vie, rejoignant en ce sens l'idée d'une nécessité absolue. Il s'agit-là d'une distinction fondamentale, la nécessité militaire reposant sur l'exercice par un belligérant du droit de prendre toutes mesures qui seraient nécessaires pour conduire à bien une opération et qui ne seraient pas interdites par les lois de la guerre¹⁴⁹.

En second lieu, l'interprétation du principe de proportionnalité : sous le modèle de la conduite des hostilités, le principe de proportionnalité implique de prendre en compte les effets incidents causés à des personnes ou biens civils de sorte à ce que ces derniers ne soient pas excessifs au regard de l'avantage militaire concret et direct attendu¹⁵⁰. Sous le modèle du maintien de l'ordre, le principe de proportionnalité implique de prendre en compte pareils effets à l'égard des populations et biens civils mais également vis-à-vis de l'individu faisant l'objet du recours à la force. Il s'agira autrement dit d'évaluer si le traitement en question est proportionné au but recherché, à son importance et à son caractère urgent. De façon générale, le principe de proportionnalité est plus souple s'agissant du modèle de la conduite des hostilités, et permet davantage de maux incidents à l'égard de personnes et biens protégés que le modèle du maintien de l'ordre¹⁵¹ - ce qui est justifié par le fait que la proportionnalité invite, dans le modèle de la conduite des hostilités, à mettre en balance principe d'humanité et nécessité militaire.

Troisièmement, la portée du principe de précaution : sous le modèle de la conduite des hostilités, le principe de précaution invite à constamment veiller à causer le moins de mal aux biens et personnes civiles, alors que sa lecture sous le modèle du maintien de l'ordre invite à constamment veiller à minimiser le recours à la force en tant que tel. Les deux modèles présentent en outre de grandes différences en matière d'investigation et de planification des opérations : dans le modèle du maintien de l'ordre, les forces mobilisées sont principalement entraînées à des techniques et méthodes non létales avec des équipements d'auto-défense non

¹⁴⁸ N. Melzer et G. Gaggioli, 'Conceptual Distinction and Overlaps between Law Enforcement and the Conduct of Hostilities', *op.cit.* note 39, p.18.

¹⁴⁹ Lexique de droit international humanitaire, "Nécessité militaire", accessible en ligne à l'adresse suivante : <https://lexdih.wordpress.com/n/necessite-militaire/>

¹⁵⁰ Art. 51 et 57 PA I, règle 14 EDIHC.

¹⁵¹ N. Melzer et G. Gaggioli, 'Conceptual Distinction and Overlaps between Law Enforcement and the Conduct of Hostilities', *op.cit.* note 39, p.18.

létaux, ce qui n'est pas le cas dans le modèle de la conduite des hostilités. Ce propos reste à nuancer dans un contexte d'occupation, où les forces chargées du maintien de l'ordre peuvent être des troupes armées de la puissance occupante, dont l'entraînement diffère des forces de police traditionnellement investies. Mais aussi, là où chaque recours à la force létale menant à une allégation de violation du droit à la vie du maintien de l'ordre impose une investigation, le second modèle n'en requiert que pour des allégations de crimes de guerre et de graves violations au DIH.

Enfin, les deux modèles se distinguent nettement par les moyens et méthodes du recours à la force qu'ils permettent. De la même manière que le modèle du maintien de l'ordre ne permet pas de recourir à certaines catégories d'armes et méthodes de combat - on verrait difficilement des forces chargées d'assurer le maintien de l'ordre recourir à des FGM-148 Javelin ou à des bombardements aériens à l'encontre de populations civiles sans compromettre le principe de précaution tel qu'envisagé sous ce modèle - , le paradigme de la conduite des hostilités restreint le recours à certains moyens et méthodes employés sous le modèle du maintien de l'ordre tels que les agents anti émeutes¹⁵². La principale différence entre ces méthodes et moyens réside dans la finalité de ces derniers, soit leur correspondance à des moyens et méthodes 'de guerre' : là où les moyens de guerre renvoient de façon assez claire à la réglementation des armes et des systèmes ou plateformes d'armement employés aux fins de l'attaque, les méthodes de guerre renvoient quant à elles à un ensemble de règles plus large, selon la définition retenue¹⁵³. On pourrait ici envisager les méthodes de guerre comme l'ensemble des procédés tactiques et stratégies¹⁵⁴ employées conférant un avantage militaire en vue de dominer ou affaiblir l'adversaire¹⁵⁵.

L'exposé des principales différences des modèles de conduite des hostilités et du maintien de l'ordre à la lumière du recours à la force pousse à s'interroger : si les questionnements liés à la détermination des règles de permutation ont été élucidés, un doute persiste quant à la capacité du contexte de l'occupation à influencer la délimitation des différents modèles (I) et

¹⁵² Interdits par la Convention sur les armes chimiques de 1993 et définis comme "*tout produit chimique susceptible de provoquer rapidement chez l'homme une irritation sensorielle ou des effets physiques invalidants qui disparaissent dans un bref délai après la fin de l'exposition*", tels que le gaz lacrymogène (art. 1(5) et 2(7) de ladite Convention).

¹⁵³ M. Sassòli, A. Bouvier, A. Quintin (éds.), *Un droit dans la guerre, op.cit.* note 34, partie 1 chapitre 9 p.39.

¹⁵⁴ Voir Y. Sandoz et a. (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève*, 1986, art. 35§1, § 1402.

¹⁵⁵ Il est ici fait référence tant à l'emploi de la force qu'aux doctrines d'emploi ; voir à ce sujet Manuel de droit des opérations militaires, direction des affaires juridiques de l'Etat major des armées françaises, 2022, p.165.

à affecter le cloisonnement des standards applicables au recours à la force en territoire occupé (2).

Chapitre 1 | Influences du contexte d'occupation belligérante sur les règles applicables aux différents paradigmes : vers un 'pont' entre la conduite des hostilités et le maintien de l'ordre ?

Le terrain juridique des opérations de maintien de l'ordre en territoire occupé est particulièrement complexe et mouvant. Confrontée à une population défiante et à une diversité de menaces sécuritaires, la puissance occupante est parfois amenée à repousser les frontières entre le droit de l'occupation et celui des conflits armés, les rendant poreuses et mettant en péril l'application des règles pertinentes. L'exploration de ce phénomène pousse l'analyse des interactions entre ces deux régimes juridiques, en mettant en lumière dans quelle mesure le contexte spécifique de l'occupation belligérante influence en pratique la conduite des opérations de maintien de l'ordre (a) et, parallèlement, comment l'existence d'une occupation belligérante affecte les règles de la conduite des hostilités par rapport à des cas plus traditionnels (b).

Section 1 | Maintien de l'ordre en territoire occupé : pratique à tendance subversive et ambiguïté entre modèles

Bien que n'ayant pas directement trait à la conduite des hostilités en territoire occupé, l'analyse de l'influence du contexte d'occupation sur le respect des règles de maintien de l'ordre intéresse toutefois l'objet de cette étude. Pareil examen repose sur l'idée selon laquelle le contexte d'occupation belligérante pousse en pratique les États à conduire des opérations relevant davantage de la conduite des hostilités face à certaines situations insurrectionnelles normalement gouvernées par le modèle du maintien de l'ordre, démontrant une forme de 'brouillage des frontières' entre ces deux paradigmes.

La doctrine traditionnelle de la contre-insurrection, pertinente tant dans le cadre d'une occupation que lors d'un conflit armé non international, met l'accent sur une gouvernance

efficace, accordant un rôle central à la police pour contrer la menace insurrectionnelle¹⁵⁶. Définie par le *US Army, Marine Corps Counterinsurgency Manual* comme une "lutte politico-militaire organisée et prolongée visant à affaiblir le contrôle et la légitimité d'un gouvernement établi, d'une puissance occupante ou d'une autre autorité politique, tout en augmentant le contrôle des insurgés"¹⁵⁷, l'insurrection doit ainsi de façon primaire être traitée sous l'angle du modèle du maintien de l'ordre et conformément aux standards applicables au recours à la force sous ce paradigme. Précisant les contours des conditions du recours à la force sous l'angle du maintien de l'ordre, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a relevé que le recours à la force par les forces de l'ordre doit être planifié, proportionnellement limité par les autorités mais aussi défini par son caractère exceptionnel : "*La force ou les moyens coercitifs ne peuvent être utilisés que lorsque toutes les autres méthodes de contrôle ont été épuisées et ont échoué. Le recours à la force meurtrière et aux armes à feu contre des individus par les forces de l'ordre - qui doit être interdit en règle générale - n'est justifié que dans des cas encore plus extraordinaires*"¹⁵⁸. L'interprétation de la Cour dans cette affaire ne fait pas de différence entre le temps de paix et la période d'occupation ; la puissance occupante substituant son autorité à celle de la puissance occupée, le recours à la force sous le modèle du maintien de l'ordre en territoire occupé répond artificiellement aux mêmes standards gouvernant pareil recours en temps de paix, à savoir le droit national et le droit international des droits de l'Homme (ci-après abrégé 'DIDH')¹⁵⁹, à la différence près que les standards applicables ne seront pas nécessairement les mêmes en fonction de l'autorité mobilisée pour mener les opérations de maintien de l'ordre. Une distinction doit en effet être opérée entre d'une part les opérations de maintien de l'ordre entreprises par les forces de police du territoire occupé, et d'autre part pareille opération entreprise par les forces de la puissance occupante. Si le droit national de l'État occupé sera dans les deux cas semblablement pris en compte sauf "*empêchement absolu*" conformément à l'article 43 du Règlement de la Haye, les normes mobilisées issues du DIDH ne seront pas nécessairement

¹⁵⁶ K. Watkin, 'Use of force during occupation: law enforcement and conduct of hostilities', *op.cit.* p.284.

¹⁵⁷ US Army Field Manual No. 3-24, Marine Corps Warfighting Publication No. 3-33.5, University of Chicago Press, Chicago, 2006, p.2.

¹⁵⁸ CIADH, Zambrano Vélez et al. c. Ecuador (Mérites, réparations et coûts), 4 juillet 2007, séries C N°166, §§83-85.

¹⁵⁹ Le Secrétaire Général des NU a par exemple relevé que les forces de maintien de l'ordre israéliennes étaient tenues au respect des dispositions du Pacte International relatif aux droits civils et politiques ainsi que de l'article 43 du Règlement de la Haye en plus des principes généraux relatifs à l'usage de la force par de telles troupes, notamment les principes de proportionnalité et de nécessité (ici envisagés selon les standards du DIDH) : voir à ce sujet SGNU, "Pratiques israéliennes affectant les droits de l'homme du peuple palestinien dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est", rapport présenté à la 67ème session de l'AGNU, A/67/372, 14 septembre 2012, §17.

les mêmes. Cette divergence s'explique par le fait que la puissance occupée et la puissance occupante peuvent être respectivement liées par différents corps de règles en fonction des traités et conventions qu'elles ont ratifié¹⁶⁰. Cela se vérifie en particulier s'agissant des ratifications de conventions régionales, comme l'illustre l'application de la Convention Européenne des droits de l'Homme aux opérations de maintien de l'ordre entreprises par les troupes britanniques lors de l'occupation en Irak¹⁶¹.

L'affaire *Elor Azaria*¹⁶² de la Cour militaire du district central d'Israël retranscrit avec clarté l'assujettissement des opérations de maintien de l'ordre en territoire palestinien occupé aux standards du droit national et du DIDH en vigueur, et ce indifféremment du contexte d'occupation belligérante. En l'espèce, l'affaire relate l'incident du 24 mars 2006 à Hébron où deux Palestiniens ont attaqué des soldats israéliens à un poste d'inspection. L'un des assaillants ayant été tué, le second blessé et à terre fût achevé d'une balle dans la tête. Dans cette affaire largement médiatisée, la Cour militaire mobilisa les standards nationaux et internationaux applicables en temps de paix en caractérisant l'absence de menace imminente, de légitime défense et de proportionnalité dans la réponse, sans même recourir aux standards de DIH applicables à la conduite des hostilités, suggérant l'indifférence du juge face à la situation d'occupation belligérante¹⁶³.

Néanmoins, si l'incapacité de la situation d'occupation belligérante à influencer sur les standards applicables au modèle de maintien de l'ordre est de mise, la pratique démontre parfois que la nécessité militaire liée au contexte d'occupation belligérante influence le comportement de la puissance occupante dans la réponse qu'elle apporte à des situations d'insurrection. Le comportement du médecin israélien achevant l'assaillant palestinien en est un parfait exemple ; sans préjuger de la licéité de l'exécution - les blessés et personnes hors de combat bénéficiant d'une protection contre les attaques¹⁶⁴ -, il serait possible de voir en l'acte du médecin la traduction d'une vision de l'assaillant comme un adversaire à abattre sous l'angle de la conduite des hostilités, bien qu'il ne s'agisse là que d'une présomption visant à comprendre le comportement et les motivations de l'exécutant. Il est à ce titre

¹⁶⁰ M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, op. cit. p.247.

¹⁶¹ Cour EDH, 7 juillet 2011, *Affaire Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, Arrêt, Requête n°55721/07, §§130-140.

¹⁶² Cour militaire du district central d'Israël, *Procureur militaire c. Sergent Elor Azaria*, 4 janvier 2017 ; Cour militaire d'appel, *Sergent Elor Azaria c. Procureur militaire*, 7 juillet 2017.

¹⁶³ Cour militaire du district central d'Israël, *Procureur militaire c. Sergent Elor Azaria*, *ibid.* §175 ; Cour militaire d'appel, *Sergent Elor Azaria c. Procureur militaire*, *ibid.* §113.

¹⁶⁴ Art.13 CG I, II, art.10 PA I, art.7 PA II, règle 47 EDIHC.

essentiel de distinguer d'une part la réalité du comportement de la puissance occupante et, de l'autre, la conformité de ce dernier aux standards applicables aux modèles du maintien de l'ordre et de la conduite des hostilités.

Les différences de scénarios envisagés par les forces américaines lors de l'occupation de l'Irak viennent étayer ce 'brouillage des frontières' entre maintien de l'ordre et conduite des hostilités en territoire occupé. S'agissant du recours à la force, la dichotomie traditionnelle entre conduite des hostilités et maintien de la paix fut dans ce cadre écartée au profit d'une nouvelle division : d'une part les situations d'émeute, où le recours à la légitime défense est permis lorsque cette dernière est raisonnable, praticable et que la situation le permet, et d'une autre les cas de recours à la force armée lorsqu'elle est nécessaire, proportionnée et raisonnable en intensité, durée et ampleur¹⁶⁵. Les règles d'engagement faisaient référence à des actes ou intentions hostiles afin de déterminer l'ampleur du recours à la force armée, à analyser sur la base du 'temps et des circonstances', laissant à la charge des troupes l'appréciation de la situation et allant de ce fait au-delà de ce que prévoyait le DIDH¹⁶⁶.

La situation dans les territoires palestiniens occupés témoigne de façon encore plus marquante de l'évolution du recours à la force armée dans des situations normalement régies par le modèle du maintien de l'ordre, contribuant à confondre les frontières entre paradigmes. Avant la première intifada, le recours à la force armée létale n'était envisagée que dans des cas de légitime défense, tant est qu'elle soit proportionnée¹⁶⁷. Les règles d'engagement changèrent en 1988 lorsque le ministre israélien de la défense estima qu'il était autorisé et possible de recourir à la force létale même en cas d'emploi par les assaillants palestiniens de moyens non létaux¹⁶⁸. La seconde intifada marqua une seconde modification des règles d'engagement avec l'adoption de nouvelles régulations d' 'open fire', mettant de côté les exigences de proportionnalité et d'absolue nécessité et s'écartant encore d'un pas des standards du modèle du maintien de l'ordre¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Section 3.C.(3)(A) des règles d'engagement publiées par WikiLeaks : voir M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* p. 249.

¹⁶⁶ M. Longobardo, *ibid.*

¹⁶⁷ Section 22 du code pénal israélien, citée dans R. Talmor, 'The Use of Firearms by the Security Forces in the Occupied Territories', rapport B'Tselem, 1990, p.7.

¹⁶⁸ I. Peleg, *Human Rights in the West Bank and Gaza: Legacy and Politics*, 1995, pp.109-10.

¹⁶⁹ M. Pertile, 'Fighting terror with the law ? Terrorism, counterterrorism and military occupations', dans F. Pocar, M. Pedrazzi et M. Frulli (éds), *War Crimes and the Conduct of Hostilities*, 2013 p.280 ; M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* pp.251-252.

Le contexte d'occupation belligérante tend ainsi à influencer en pratique le comportement de la puissance occupante, la poussant souvent à dépasser les standards du droit international des droits de l'Homme dans ses opérations de maintien de l'ordre et à se rapprocher du modèle de la conduite des hostilités en raison de la priorité accordée à la sécurité, de la gestion d'une population défiante, et des pressions pour maintenir l'ordre et l'autorité dans une situation perçue comme exceptionnellement menaçante. Cette tendance semble être exacerbée lorsque les forces armées de la puissance occupante sont à la fois chargées de la conduite des hostilités et du maintien de l'ordre¹⁷⁰ - contrairement à des cas de délégation du maintien de l'ordre à des forces de police locales. Loin d'être idéale en ce que ces troupes ne sont pas principalement formées aux opérations traditionnelles de maintien de l'ordre, cette situation de 'double casquette' peut néanmoins partiellement se comprendre. En effet, l'insurrection en territoire occupé peut atteindre un niveau d'organisation similaire à des forces conventionnelles ; les menaces générées peuvent s'étendre des manifestations violentes et émeutes aux insurrections, actes de terrorisme et de sabotage, en passant par de simples crimes, et les forces de police ne sont comparativement aux forces militaires pas les mieux formées pour répondre à cet éventail de menaces sécuritaires¹⁷¹. En outre, leur survenance concomitante peut rendre la détermination du rôle de police particulièrement laborieux¹⁷².

Cela s'est particulièrement observé en 2009 lorsque les forces israéliennes n'ont pas suivi le modèle du maintien de l'ordre en Cisjordanie dans le cadre de manifestations surgissant à la suite de l'opération 'Plomb durci' dans la bande de Gaza. Cette divergence de la conduite des forces israéliennes s'expliquait par l'adoption d'une réglementation en 2006 prévoyant des critères plus stricts pour recourir à la force armée lorsque des citoyens israéliens étaient impliqués dans des manifestations ; l'usage de la force armée était dès lors conditionné à l'existence d'un danger clair et imminent, là où n'était requis qu'un danger général pour l'intégrité physique des soldats lorsque des palestiniens étaient impliqués¹⁷³.

¹⁷⁰ M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* p.253.

¹⁷¹ K. Watkin, 'Use of force during occupation: law enforcement and conduct of hostilities', *op.cit.* note 43, p.286.

¹⁷² D.H. Bayley, R.M. Perito, *The Police in War: Fighting Insurgency, Terrorism, and Violent Crime*, 2010, pp. 71-72 ; K. Watkin, 'Use of force during occupation: law enforcement and conduct of hostilities', *ibid.*

¹⁷³ O. Ben-Naftali, 'PathoLAWgical Occupation: Normalizing the Exceptional Case of the Occupied Palestinian Territory and Other Legal Pathologies', dans O. Ben-Naftali (éd.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, pp.129, 184 ; M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* p.252.

Ce changement apparent de politique guidant les opérations de maintien de l'ordre s'est également manifesté lors des émeutes d'été 2014 aux suites de l'opération 'Bordure protectrice'. Après avoir classifié les opérations anti-émeutes menées par Israël d'opérations de maintien de l'ordre, la commission d'enquête indépendante créée en vertu de la résolution S-21/1 du Conseil des droits de l'homme releva que l'utilisation généralisée de balles réelles - en particulier de calibre 0,22 pouce - et l'augmentation du nombre de morts et de blessés lors des opérations de maintien de l'ordre par Israël en Cisjordanie suggéraient un changement dans la politique ou les règles de tir à balles réelles des forces de défense israéliennes¹⁷⁴, allant à l'encontre des assurances données par l'avocat général de l'armée israélienne en 2009, lequel avait affirmé que les balles de calibre 0,22 n'étaient pas classées comme des moyens anti-émeutes et n'étaient pas adaptées pour gérer les troubles de l'ordre public¹⁷⁵.

Ces exemples mettent en lumière qu'en dépit de l'inaptitude du droit de l'occupation à altérer les standards gouvernant le modèle du maintien de l'ordre, le contexte d'occupation belligérante peut en pratique influencer le comportement de la puissance occupante. Partant, cette tendance contribue à brouiller les frontières entre les paradigmes du maintien de l'ordre et de la conduite des hostilités, et aboutit à l'inversion - ou du moins la remise en cause - de la relation entre la règle et l'exception au regard du recours à la force armée.

Section 2 | Recours à la force armée en territoire occupé : refus d'un ajustement des règles de la conduite des hostilités

Comme évoqué précédemment, les modèles de la conduite des hostilités et du maintien de l'ordre, bien que distincts, sont tous deux applicables en territoire occupé mais obéissent à des standards différents pour régir des situations similaires. Les deux modèles peuvent ainsi coexister en territoire occupé, mais les règles qui encadrent l'application de la force diffèrent selon le contexte : il apparaît donc essentiel de conjuguer les règles sur la conduite des

¹⁷⁴ CDHNU, Rapport sur les conclusions détaillées de la commission d'enquête indépendante établie conformément à la résolution S-21/1 du Conseil des droits de l'homme, 29ème session, A/HRC/29/CRP.4, 25 juin 2015, §544 ; OCHA, Humanitarian Bulletin - Monthly Report, June - August 2014, p.3.

¹⁷⁵ OCHA, *Ibid.* ; B'Tselem, "Judge Advocate General to B'Tselem: 0.22-caliber bullets are not crowd-control measures", 9 juillet 2009, accessible en ligne à l'adresse suivante : https://www.btselem.org/press_releases/20090709

hostilités avec la nature hostile de l'occupation afin d'apprécier une situation donnée¹⁷⁶. Corollairement à l'influence de la situation d'occupation belligérante sur le comportement de la puissance occupante, l'objectif sera ici de vérifier si la situation d'occupation affecte l'application des règles sur la conduite des hostilités prévues par le DIH.

Les professeures Orna Ben-Naftali et Keren Michaeli ont particulièrement défendu l'idée selon laquelle certaines normes du droit international humanitaire, en particulier celles concernant la conduite des hostilités, ne peuvent être transposées telles quelles dans le contexte d'une occupation. Elles soutiennent notamment que la définition du combattant et l'application des règles relatives à la participation directe aux hostilités telles que défendues dans le PA I ne sont pas adaptées aux situations d'occupation, le statut des individus dans ce contexte devant être régi par la CG IV¹⁷⁷. À l'appui de leur argumentation, Ben-Naftali et Michaeli expliquent que la logique sous-jacente du PA I et de la CG IV diffère fondamentalement : là où PA I se concentre principalement sur la réglementation de la conduite des hostilités dans les conflits armés internationaux, la CG IV vise davantage la protection des personnes civiles en temps de guerre, y compris en période d'occupation. Cette différence de logique implique que les règles du PA I ne peuvent pas être automatiquement appliquées dans les situations d'occupation simplement parce que le droit de l'occupation ne réglemente pas de manière explicite la conduite des hostilités¹⁷⁸, même s'il prévoit la possibilité de telles situations¹⁷⁹. Partant, le silence de la CG IV sur la conduite des hostilités reviendrait à réinterpréter la conduite des hostilités en période d'occupation, qui devrait se faire à la lumière des intérêts de la population occupée¹⁸⁰, suggérant davantage de protection permis par les standards plus stricts du DIDH.

Bien que souhaitable de part la protection accrue à l'égard de la population civile qu'elle suggère, l'approche défendue par Michaeli et Naftali semble difficile à justifier car ne trouvant pas d'écho dans la pratique nationale et internationale, en particulier s'agissant des considérations portées sur le PA I. Contrairement à ce qu'elles avancent, le PA I est davantage envisagé comme un pont entre le droit de la Haye, qui régit la conduite des hostilités, et le droit de Genève, qui se concentre sur la protection des civils et des personnes

¹⁷⁶ M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* pp.257-258.

¹⁷⁷ O. Ben-Naftali, K. Michaeli, 'Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel', dans *TAJIL*, 2007, pp.463-465.

¹⁷⁸ *Ibid.* p.465

¹⁷⁹ Dédutable de l'article 43 du Règlement de la Haye.

¹⁸⁰ M. Longobardo, *op.cit.* pp.258-259.

hors de combat¹⁸¹ : il semble par ailleurs que le PA I prenne en compte les situations d'occupation, notamment au travers de l'article 44(3). Assouplissant les critères permettant de reconnaître un combattant légitime, l'article 44(3) reconnaît qu'il existe des situations en conflit armé où, *“en raison de la nature des hostilités, un combattant armé ne peut se distinguer de la population civile”*, et conserve ainsi dans pareille situation le statut de combattant à condition qu'il porte ouvertement les armes pendant chaque engagement militaire et pendant le temps où il est exposé à la vue de l'adversaire lors d'un déploiement précédant le lancement d'une attaque. Bien que ne mentionnant pas explicitement les situations en territoires occupés, ce dispositif est particulièrement pertinent dans le contexte d'une occupation, où les conditions de combat sont souvent moins conventionnelles.

Cela est d'autant plus vrai qu'il semble que les rédacteurs du PA I aient pris en compte les spécificités des hostilités se déroulant en territoire occupé¹⁸². Le commentaire de 1987 des protocoles additionnels aux Conventions de Genève¹⁸³ fait en effet explicitement référence aux travaux de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du DIH applicable dans les conflits armés (1974-1977) visant à élaborer les protocoles additionnels aux Conventions de Genève, et cite le Rapporteur de la troisième session lorsqu'il affirme que l'exception relative à l'impossibilité de se distinguer de la population civile reconnaît *“qu'en territoire occupé et dans les guerres de libération nationale, il peut se présenter des situations où un guérillero ne peut se distinguer de la population civile pendant toute la durée de ses opérations militaires et conserver encore une chance de réussir”*¹⁸⁴. Cette prise en compte de la nature particulière de la guérilla, observable en territoire occupé, s'explique par le fait que le DIH, afin de préserver son impartialité et sa légitimité, doit garantir à chaque camp des chances équitables dans le conflit. Si une règle de ce droit contrevient à ce principe en rendant dès le départ la victoire impossible pour l'une des parties - soit en refusant le procédé spécifique de la guérilla -, il serait préférable de ne pas instaurer cette règle¹⁸⁵. Véritable danse macabre où le faible dénué de moyens conventionnels tisse une toile d'ombres pour piéger le géant, la guérilla trouve en effet son fondement dans l'asymétrie des forces en présence poussant les mouvements de résistance à développer des formes de

¹⁸¹ *Ibid.* p.259.

¹⁸² N. Melzer, *Targeted Killings in International Law*, 2008, p.157.

¹⁸³ Y. Sandoz et a. (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève*, 1986

¹⁸⁴ Actes XV (rapport), CDDH/407/Rev.1, p.471, §19 ; Y. Sandoz et a. (éds.), *ibid.* §1698.

¹⁸⁵ C. Chaumont, 'La recherche d'un critère pour l'intégration de la guérilla au droit international humanitaire contemporain', dans La Communauté Internationale (éd.), *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, 1974, p. 43.

combat alternatives : particulièrement observable en territoire occupé, ce procédé s'appuie sur des tactiques de harcèlement, d'infiltration et de subversion, permettant aux guérilleros de saper le moral des forces occupantes et de mobiliser les populations civiles. Le port d'uniformes et l'affichage ostensible de symboles identitaires, bien que parfois utiles, peuvent compromettre l'efficacité de ces opérations, notamment lorsque les guérilleros doivent se fondre dans la population ou mener des actions clandestines¹⁸⁶. La visibilité des insurgés, inférieurs en nombre - particulièrement mis en avant en Irak, sinon en Afghanistan - et en puissance de feu ¹⁸⁷, les exposerait à une défaite rapide : partant, l'écrasement de l'autorité souveraine supposé par la situation d'occupation belligérante tend à intensifier le recours aux méthodes de guérilla, et les impératifs d'impartialité et de légitimité du DIH invitent dans ce contexte à adapter l'appréhension du statut de guérilleros.

Cependant, bien que Michaeli et Naftali aient des avis divergents sur la capacité de l'article 44(3) du PA I à protéger davantage les individus, leur analyse s'accorde sur un point fondamental : les dispositions qu'il contient ne suffisent pas à garantir une protection renforcée des individus en situation d'occupation¹⁸⁸. Leurs travaux soulignent ainsi la nécessité d'une évolution du DIH afin d'adapter les règles régissant la conduite des hostilités dans de tels contextes. Or, bien que le PA I constitue une avancée majeure - en particulier eu égard aux critères plus souples déterminant le statut de combattant -, il ne répond qu'imparfaitement à ce besoin. Il ne prévoit en effet pas de régime juridique spécifique pour les personnes se trouvant en territoire occupé, se contentant uniquement d'assouplir certaines règles par l'intermédiaire de l'article 44(3). Cette disposition, bien qu'intéressante, ne suffit pas en tant que telle à démontrer un ajustement des règles de la conduite des hostilités en situation d'occupation. À une exception près, les règles relatives à la conduite des hostilités sont en effet les mêmes en temps ordinaire et en période d'occupation : seules les règles applicables à la conduite des hostilités contenues directement dans le corpus du droit de l'occupation - notamment celles relatives à la protection du droit de propriété - semblent prendre en considération les spécificités de l'occupation¹⁸⁹.

En effet, l'article 53 de la CG IV interdit formellement à la puissance occupante de détruire des biens appartenant à des individus ou à des collectivités, sauf en cas de nécessité absolue

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ E.N. Luttwal, R. Thomas, 'Les Impasses de la contre-insurrection', dans *Politique Étrangère*, 2006, p.852.

¹⁸⁸ O. Ben-Nafali & K. Michaeli, *op.cit.* note 177, p.465 ; M. Longobardo, *op.cit.*, p.259.

¹⁸⁹ M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* p.260.

liée aux opérations militaires. Cette règle, spécifiquement conçue pour les situations d'occupation, a fait l'objet d'une interprétation extensive par la CIJ dans son avis sur le *Mur palestinien* : la Cour y a estimé que cette interdiction s'applique à toute destruction de biens survenant en territoire occupé, même lorsque ces biens sont détruits dans le cadre d'actions militaires dirigées contre des acteurs non étatiques menant des hostilités contre la puissance occupante¹⁹⁰. Pareille interprétation semble limiter l'application de la règle de protection des biens ennemis en temps de guerre énoncée à l'article 23(g) du Règlement de La Haye, lequel autorise la destruction de biens ennemis lorsque cela est "*impérieusement exigé par les nécessités de la guerre*". Or, le critère de 'nécessité absolue' fixé par l'article 53 de la CG IV est plus restrictif que celui de 'nécessités de la guerre', et la priorité qui lui est donnée par la Cour témoigne de la protection accrue qu'elle entend privilégier. Certains ont toutefois davantage vu en ce choix une incapacité à caractériser les hostilités en territoire occupé plutôt qu'une volonté implacable¹⁹¹ ; c'est précisément ce raisonnement qui a conduit la Cour Suprême israélienne à considérer que l'article 23(g) du Règlement de la Haye était la règle applicable prioritaire si des hostilités survenaient en territoire occupé¹⁹².

L'auteur de la présente étude ne rejoignant pas ce point de vue, il serait toutefois pertinent de soulever que se prêter à l'argumentaire de la Cour Suprême israélienne permettrait d'aller dans le sens de l'incapacité du contexte d'occupation belligérante à influencer les règles relatives à la conduite des hostilités. Et quand bien même l'on s'en détacherait, l'exception que constitue le standard plus restrictif de l'article 53 de la CG IV n'est à elle seule pas suffisante pour considérer que les règles relatives à la conduite des hostilités se verraient significativement changées du fait de la situation d'occupation. Un écart révélateur subsiste ainsi entre les ambitions théoriques susmentionnées et la réalité de l'application du droit international humanitaire dans ce domaine, mais peut néanmoins être comblé par l'influence croissante des standards du DIDH et la transplantation normative qu'une partie de la doctrine et de la jurisprudence mettent en exergue. Il apparaît donc urgent de poursuivre les réflexions et les négociations afin de renforcer les garanties offertes en situation d'occupation.

¹⁹⁰ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, CIJ Recueil 2004, §§132 and 135.

¹⁹¹ D. Kretzmer, 'The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law', dans *AJIL*, p.88.

¹⁹² Cour suprême israélienne, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, *op.cit.* note 85, §§32 et 35.

Chapitre 2 | Extension du champ du DIDH : renforcement de la protection accordée par le DIH

“Phénomène marquant du droit contemporain, la ‘dynamique des normes’ constitue peut-être une des caractéristiques d’un monde juridique ‘globalisé’ ”¹⁹³. Comme évoqué précédemment, les règles régissant les situations de conflit armé et d'occupation sont complexes et font appel à différents corpus juridiques : alors que le DIH s'applique principalement à la conduite des hostilités, en définissant les limites admissibles de l'emploi de la force et en protégeant certaines catégories de personnes (civils, blessés, prisonniers de guerre etc ...), le DIDH demeure applicable en territoire occupé, encadrant les activités des forces occupantes en matière de maintien de l'ordre et garantissant ainsi un certain niveau de protection aux droits fondamentaux des populations civiles soumises à l'occupation.

Bien que partageant l'objectif commun de protéger la dignité humaine, le DIH et le DIDH ont suivi des trajectoires historiques distinctes, reflétant des approches conceptuelles et des contextes politiques différents. Les racines du DIH se plongent dans la seconde moitié du XIXème siècle, étroitement liées à l'émergence du mouvement de la Croix-Rouge et à la volonté de limiter les souffrances causées par les conflits armés¹⁹⁴. Fondée sur des principes humanitaires et pragmatiques, cette approche humaniste visait à établir un ensemble de règles applicables en temps de guerre, sans avoir vocation à comprendre ou analyser les causes profondes du conflit. De son côté, le DIDH a connu un essor considérable au lendemain de la seconde Guerre mondiale, dans un contexte marqué par les horreurs des régimes totalitaires. Sous l'égide des Nations Unies, un corpus normatif ambitieux a été élaboré, affirmant l'universalité des droits de l'homme et reconnaissant l'individu comme sujet de droit¹⁹⁵. Cette approche, plus normative et universaliste, visait à garantir la protection des droits fondamentaux en tout temps et en tout lieu.

Ces deux branches du droit international ont pendant longtemps évolué de manière relativement indépendante, voire concurrente. Nourries de visions différentes de l'action internationale, leurs communautés respectives ont ainsi entretenu une certaine méfiance mutuelle jusque dans les années 1960 : les partisans du DIH, soucieux de préserver

¹⁹³ H. Fulchiron, Interactions entre Systèmes ou ensembles normatifs : l'hypothèse de la dynamique de normes, dans *AJI*, N° 16 bis, 2022, p.257.

¹⁹⁴ R. Van Steenberghe, ‘The impacts of human rights law on the regulation of armed conflict : a coherency-based approach to dealing with both the interpretation and application processes’, dans *IRRC*, 2022, p.1346.

¹⁹⁵ *Ibid.*

l'efficacité de leurs actions sur le terrain, craignaient d'un côté que l'incorporation de normes trop générales issues du DIDH ne compromette la neutralité et l'impartialité indispensables à l'accès aux populations en détresse ; au sein même du Comité international de la Croix-Rouge (ci-après abrégé 'CICR') prévalait l'idée que l'approche normative ambitieuse du DIDH étaient un idéal trop éloigné des réalités des conflits. Convaincus de l'importance d'une protection juridique globale, les défenseurs des droits de l'homme reprochaient de leur côté au DIH de se limiter à une réponse palliative aux conflits armés, sans s'attaquer aux causes profondes des violations¹⁹⁶. La Commission du droit international exprimait par ailleurs dès 1947 la crainte qu'une codification trop poussée ne soit perçue comme une remise en cause de l'efficacité des mécanismes de maintien de la paix mis en place par les Nations Unies.

En dépit d'éléments démontrant certaines formes d'interactions dès les années 1940 et 1950¹⁹⁷ - néanmoins dans une moindre mesure -, cette dichotomie commença progressivement à s'atténuer à partir des années 1960 : la Conférence de Téhéran de 1968 marqua un tournant en favorisant un dialogue plus constructif entre les deux communautés et en reconnaissant la complémentarité de leurs objectifs. Si les divergences persistent, il est désormais largement admis que le DIH et le DIDH ne sont pas antinomiques, mais qu'ils se renforcent mutuellement. En effet, la protection des droits de l'homme est essentielle pour prévenir les conflits armés, tandis que le DIH offre un cadre juridique indispensable pour protéger les civils en temps de guerre.

Le phénomène de la dynamique des normes pousse ainsi dans un premier temps à analyser les interactions complexes qui s'opèrent entre les normes du DIH et du DIDH, suggérant l'examen des modalités d'interprétation des normes, en confrontant les approches systématique et téléologique. Cette réflexion poussera également à étudier comment la règle de *la lex specialis*, privilégiant la norme la plus spécifique, s'applique dans ce contexte (a). Dans un second temps, les confrontations d'interprétations inviteront l'exploration de différentes approches visant à concilier de façon raffinée et cohérente les exigences du DIH et

¹⁹⁶ *Ibid.* ; Katharine Fortin, "Complementarity between the ICRC and the United Nations and International Humanitarian Law and International Human Rights Law, 1948–1968", *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 888, 2012, pp. 1440–1450.

¹⁹⁷ Aux suites de la seconde Guerre Mondiale, Fraenkel envisageait déjà l'application d'un corpus de règles de protection des droits de l'Homme - du DIDH - à une occupation, du moins une fois la phase purement militaire terminée ; mais cette position n'a pas immédiatement été retenue, du moins pas avant la fin des années 1960 - 1970, voir à ce sujet E. Fraenkel, *Military Occupation and the Rule of Law : Occupational Government in the Rhineland 1918-1923*, 1944, pp.205-206 ; Y. Arai-Takahashi, *The law of Occupation : Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Humanitarian Rights Law*, *op.cit.* note 90, p.401 ; R. Van Steenberghe, 'The impacts of human rights law on the regulation of armed conflict', *op.cit.* note 194, p.1346.

du DIDH dans le contexte spécifique de l'occupation, en portant une attention toute particulière à la transplantation normative du DIDH dans le DIH parfois maladroitement opérée (b).

Section 1 | Théorie traditionnelle et surpasement progressif : confrontation du développement doctrinal avec la règle de la lex specialis

Dans la sphère juridique, les interactions entre les normes se manifestent sous des formes variées, oscillant entre l'interprétation systématique et téléologique des lois et l'intégration de principes communs. L'à priori convergence du DIH et du DIDH, de par l'esprit humaniste qui les sous-tend, implique de confronter la règle d'interprétation prioritaire face à un conflit de norme avec les développements doctrinaux et jurisprudentiels prônant la complémentarité des deux ordres.

Empruntant le raisonnement suivi avant elle par la Commission Européenne des droits de l'Homme¹⁹⁸, la CIJ reconnut dès 1994 le DIH comme la *lex specialis* applicable en période de conflit armé dans son avis consultatif *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*¹⁹⁹. Véritable règle prioritaire d'interprétation, le principe de la *lex specialia generalibus derogant* trouve ses origines dans le droit romain²⁰⁰, étant vraisemblablement issu de la maxime *in toto jure generi per speciem derogatur*²⁰¹ - ici traduit 'dans tout le droit, il est dérogé au genre par l'espèce'. Grotius notait qu'en présence de plusieurs accords de valeur égale, il convenait de retenir celui présentant le caractère le plus spécifique et le plus pertinent par rapport à l'objet de l'analyse ; cette préférence s'expliquant par le fait, rejoint par le bon sens, que les règles particulières sont souvent plus efficaces pour régir des situations concrètes que des normes générales²⁰².

¹⁹⁸ Commission EDH, Rapport de la Commission dans l'affaire *Chypre c. Turquie* du 10 juillet 1976, dans *European Human Rights Reports* Vol. 4, pp. 532-533, § 313.

¹⁹⁹ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8 juillet 1996, avis consultatif, CIJ Recueil 1996, §25.

²⁰⁰ A. Siri, 'Des adages *lex posterior derogat priori* & *specialia generalibus derogant* : contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français', dans *Revue de la Recherche Juridique : Droit prospectif*, 2009, p.3

²⁰¹ Digeste, Liv. L, Tit. XVII, De diversis regulis juris antiqui (Explication des règles du droit ancien), fr. 80, Idem [Papinianus] lib. 33 Quæstionum

²⁰² H. Grotius, *De Jure belli ac pacis, Libri Tres*, vol. II, 1625, trad. F.W. Kelsey, 1964, Ch. XVI, Sect. XXIX, p.428.

Si ce principe permet d'expliquer les rapports du général au particulier face à un conflit de normes prévoyant des traitements différents pour une même situation²⁰³, il ne s'agit-là que d'une règle d'interprétation et non d'un principe absolu ; il est en effet admis qu'une règle générale édictée par une autorité législative laisse implicitement une marge de manœuvre pour l'application de règles plus spécifiques, qu'elles soient préexistantes ou à venir, et ce, même si ces dernières émanent d'une source hiérarchiquement inférieure. Cette présomption, fondée sur l'idée que le législateur a voulu préserver la flexibilité du système juridique, peut ainsi être infirmée par l'existence d'éléments probants révélant une intention contraire du législateur, tels que des dispositions expresses limitant le champ d'application des règles spécifiques²⁰⁴. La *lex specialis* ne présume donc en tant que telle pas nécessairement de la hiérarchie normative entre deux règles examinées, et doit être confrontée à d'autres règles d'interprétations telles que la *lex prior*, *lex posterior*, *a contrario*, ou bien encore *ejusdem generis*, lesquelles peuvent supplanter la *lex specialis* ou être appliquées de façon concurrentes²⁰⁵.

Bien qu'utile pour résoudre certains conflits de normes, la règle de la *lex specialis* ne saurait à elle seule épuiser l'analyse des relations entre le DIH et le DIDH. Distincts dans leur objet et leur champ d'application, ces deux régimes juridiques sont en réalité complémentaires et visent un objectif commun, la protection de la personne humaine, rendant nécessaire d'appréhender leur interaction sous un angle plus nuancé. Nombre d'auteurs ont en effet décrit la relation entre les deux corpus de règles comme complémentaire, mettant en exergue qu'une vision purement dichotomique était quelque part artificielle²⁰⁶ et "*nuisait aux efforts d'optimiser la protection offerte aux individus*"²⁰⁷. Posant les bases de la formule récurrente au plan onusien selon laquelle le DIH et le DIDH sont "*complémentaires et non mutuellement*

²⁰³ A. Lindroos, 'Addressing Norm Conflicts in Fragmented Legal System : The Doctrines of Lex Specialis', dans *NJIL*, 2005, p.44 ; G. Fitzmaurice, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4 : Treaty Interpretation and Other Treaty Points', dans *BYIL*, 1957, p.236 ; CDI, Commentaire sur l'article 55, Commentaires sur le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Documents officiels de l'Assemblée générale, Doc. UNA/56/10, Supplément 10, 2001, p. 358.

²⁰⁴ M. Akehurst, 'The Hierarchy of the Sources of International Law', dans *BYIL*, p.273 ; Y. Arai-Takahashi, *The law of Occupation : Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Humanitarian Rights Law*, *op.cit.* note 95, p.415.

²⁰⁵ A. Lindroos, 'Addressing Norm Conflicts in Fragmented Legal System : The Doctrines of Lex Specialis', *op.cit.* note 203, p.41 ; Y. Arai-Takahashi, *ibid.*

²⁰⁶ H.-P.Gasser, 'International Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflict : Joint Venture or Mutual Exclusion', dans *GYIL*, Vol.45, 2002, p.162 ; J. Pejic, 'Procedural Principles and Safeguards for Internment / Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence', dans *IRRC*, Vol.87 N°858, 2005 p.378 ; R. Abi-Saab, 'Human Rights and Humanitarian Law in Internal Armed Conflicts', dans D. Warner (éd.), *Human Rights and Humanitarian Law*, 1997, pp.122-123.

²⁰⁷ T. Meron, *Human Rights in Internal Strife : Their International Protection*, 1987, p.28.

*exclusifs*²⁰⁸, la Conférence de Téhéran de 1968 a non seulement dynamisé le développement du DIH mais aussi et surtout contribué à renforcer les liens entre ce dernier et le DIDH²⁰⁹. Posant les bases d'une approche plus intégrée de la protection de la personne humaine en temps de conflit armé, la résolution 2444 adoptée à l'issue de cette conférence constitua indéniablement un jalon important d'une dynamique confirmée par l'adoption ultérieure de la résolution 2675, affirmant sans équivoque le caractère persistant des droits fondamentaux en période de conflit armé²¹⁰. Au-delà d'arraisonner la complémentarité des deux régimes, le TPIY reconnu dans son affaire *Kupreškić* le rayonnement du DIDH sur le DIH en "*relevant qu'il était difficile de nier qu'une progressive mais profonde transformation du DIH sous l'influence persuasive du DIDH avait eu lieu*"²¹¹. Repris dans ses jurisprudences ultérieures, pour ne citer que les affaires *Krnolejac*²¹², *Furundžija*²¹³, *Delalić*²¹⁴ ou bien encore *Kunarac*²¹⁵, ce raisonnement continue à ce jour de guider les réflexions du CICR ainsi que de juridictions nationales comme internationales²¹⁶. Ici, l'interprétation d'une norme de DIH à la lumière d'une norme de DIDH implique l'incorporation de cette dernière dans la précédente, de sorte que le DIDH régit alors de manière indirecte les situations relevant du DIH, tout en

²⁰⁸ Cette formule a notamment été reprise par les commissions d'enquête ou les missions d'établissement des faits établies par le CDHNU : voir par exemple le Rapport de la mission internationale d'établissement des faits chargée d'enquêter sur les violations du droit international, y compris le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme, résultant des attaques israéliennes contre la flottille de navires transportant de l'aide humanitaire, UN Doc. A/HRC/15/21, 27 septembre 2010, §§68-71; CDHNU, Situation des droits de l'homme au Yémen, y compris les violations et les abus depuis septembre 2014, conclusions détaillées du Groupe d'éminents experts internationaux et régionaux sur le Yémen, A/HRC/45/CRP.7, 29 septembre 2020, §27.

²⁰⁹ R. Van Steenberghe, 'The impacts of human rights law on the regulation of armed conflict', *op.cit.* note 194, p.1348.

²¹⁰ AGNU, Principes de base pour la protection des populations civiles en période de conflit armé, résolution 2675 (XXV), 9 décembre 1970. L'étoffement du corpus du DIDH a permis au niveau doctrinal de dépasser la vision traditionnelle très dichotomique et d'envisager davantage de rapports entre les deux corps de règles, de telle sorte que l'application du DIDH en conflit armé et en occupation a largement été reconnu par l'AGNU ainsi que d'autres organes de protection des droits de l'Homme ; voir à ce sujet AGNU, Déclaration sur la protection des femmes et des enfants en cas d'urgence et de conflit armé, résolution 3318 (XXIX), 14 décembre 1974 ; CEDEF, Recommandation générale N°19, XIème session, 1992, UN Doc. A/47/38, §1.

²¹¹ TPIY (ch. PI), *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et a.*, affaire N° IT-95-16-T, jugement, 14 janvier 2000, §529.

²¹² TPIY (ch. PI), *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, affaire N° IT-97-25-T, jugement, 15 mars 2002, §§ 181, 353.

²¹³ TPIY, (ch. PII), *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire N° IT-95-17-1-T, jugement, 10 décembre 1998, §§143 et s.

²¹⁴ TPIY (ch. PI), *Le Procureur c. Zejnil Delalić et a.*, affaire N° IT-96-21-T, jugement, 16 novembre 1998, §§452-493, 534-542 et 534-540.

²¹⁵ TPIY (ch. PII), *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et a.*, affaires N° IT-96-23-T, IT-96-23/1-T, jugement, 22 février 2001, §§519-520.

²¹⁶ Voir les Commentaires actualisés des Conventions de Genève, en particulier CICR, *Commentaire sur la première Convention de Genève : Convention (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 2nd éd., 2016, §§39-41 ; Cour suprême américaine, *Salim Ahmed Hamdan c. Donald H. Rumsfeld et a.*, N° 05.184, 29 juin 2006, pp. 70-71 ; CPI (ch. PI), *Le Procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, affaire N°ICC-01/12-01/18461, Rectificatif à la décision sur la confirmation des charges, 13 novembre 2019, §§378-380.

étant assujéti aux conditions spécifiques d'application de ce dernier²¹⁷. Cette influence s'explique en partie par le fait que l'application du DIDH permettrait d'élucider les éléments du DIH restés ambigus et régulés par différentes dispositions, ce qui est particulièrement pertinent pour les cas d'occupation : en effet, l'application simultanée du test de proportionnalité du DIDH ainsi que de celui prévu par le DIH, moins restrictif, pourrait permettre un renforcement de la protection à l'égard des victimes incidentes dans le calcul de la proportionnalité²¹⁸ ; il convient toutefois de reconnaître que très peu de justifications ont été apportées à l'appui d'une interprétation du DIH au prisme du DIDH hormis celles données par le CICR et le TPIY²¹⁹. Dans son affaire *Kunarac*, le TPIY a concrètement illustré cette approche en ayant recours aux instruments et aux pratiques du DIDH pour donner un sens à des notions non définies du DIH, telles que la torture. Cette démarche s'explique par la similitude structurelle et conceptuelle entre les deux corpus juridiques ; en effet, tant le CICR que le TPIY s'accordent à dire que la complémentarité entre les deux corps de règles repose sur des affinités profondes entre ces derniers, notamment en termes d'objectifs - protection de la dignité humaine -, de valeurs - respect des droits fondamentaux - et de terminologie²²⁰.

Si l'enrichissement réciproque des deux systèmes juridiques est indéniable, il convient de souligner que leurs objectifs et leurs méthodes ne sont pas strictement identiques. Le DIH vise principalement à réguler les conflits armés et à protéger les victimes de guerre, tandis que le DIDH s'attache à garantir les droits fondamentaux de l'individu en temps de paix. Cette différence de perspective peut conduire à des tensions interprétatives, notamment lorsque les normes des deux régimes semblent entrer en conflit. Les observations formulées par le TPIY invitent à cet égard à une approche nuancée et contextuelle de l'interprétation ; il s'agit en effet moins de transposer des concepts d'un système à l'autre que de mener une analyse comparative approfondie tenant compte des spécificités de chaque corps de règle et de chaque situation. Dès lors, il n'est pas à exclure qu'une prise en compte des standards de DIDH dans l'interprétation de ceux de DIH impliquent une adaptation des premiers par rapport aux derniers en raison de la spécificité du DIH à régir les situations de conflit armé²²¹.

²¹⁷ R. Van Steenberghe, 'The impacts of human rights law on the regulation of armed conflict', *op.cit.* note 194, pp.1352-1353.

²¹⁸ Y. Arai-Takahashi, *The law of Occupation : Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Humanitarian Rights Law*, *op.cit.* note 95, pp.405-406.

²¹⁹ R. Van Steenberghe, 'The impacts of human rights law on the regulation of armed conflict', *op.cit.* note 194, p.1355.

²²⁰ TPIY, *Kunarac*, *op.cit.* note 215, §467.

²²¹ *Ibid.* §471.

Outre les arguments de similitude finaliste et terminologique avancés dans son affaire *Kunarac*, le TPIY ne parvient pas à proposer une argumentation convaincante reposant sur l'identification d'un mécanisme juridique permettant l'interprétation du DIH à l'aune du DIDH²²². Une mobilisation des dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (ci-après abrégée 'Convention de Vienne') permettrait néanmoins d'étayer sa position. Véritable technique d'intégration systémique, l'article 31(3)(c) de la Convention de Vienne prévoit qu'un traité soit interprété à la lumière des règles pertinentes de droit international applicables aux relations entre hautes parties contractantes. Opérant par renvoi, le revers de cette technique est qu'elle puisse être mobilisée dans les deux sens - c'est-à-dire à la fois interpréter le droit de Genève et le droit de la Haye à la lumière du corpus de DIDH, et interpréter ce dernier à la lumière du DIH en période de conflit armé.

Bien qu'utile pour harmoniser les différentes normes d'un système juridique, cette technique trouve alors ses limites lorsque confrontée à des conflits normatifs irréductibles. Dans de telles situations, caractérisées par l'impossibilité de concilier les normes en présence par le seul jeu de l'interprétation, il devient en effet nécessaire de recourir à des critères de hiérarchisation plus rigoureux : le principe de la *lex specialis* apparaît alors comme un outil plus adapté, non seulement pour éviter les conflits normatifs au stade de l'interprétation, mais également pour les résoudre en privilégiant la norme la plus spécifique. En effet, comme précisé par la CIJ dans son avis des *Armes nucléaires*, les règles de DIH constituent à l'occasion d'un conflit armé le contexte interprétatif des dispositions du DIDH évoquant les privations "arbitraires" du droit à la vie afin d'éviter un conflit normatif²²³. Face à certaines normes antinomiques, le recours à la *lex specialis* permet de justifier le déplacement de la norme la moins appropriée au regard des circonstances de l'espèce. C'est précisément le raisonnement auquel a eu recours la CEDH dans son affaire *Hassan*, présentant une interprétation audacieuse de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme en l'intégrant aux normes du DIH régissant la détention en situation de conflit armé international. Tandis que l'article 5 énumère de manière exhaustive les motifs de privation de liberté et exige un contrôle judiciaire strict, le DIH accorde une plus grande latitude aux autorités militaires en matière de détention, notamment pour des raisons de sécurité - et dans la poursuite de l'équilibre entre impératifs humanitaires et nécessité militaire, la tension étant particulièrement manifeste en ce qui concerne la durée et les conditions de détention. En

²²² R. Van Steenberghe, *ibid.* p.1357.

²²³ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op.cit.* note 37, §25.

interprétant l'article 5 à la lumière du DIH, la CEDH a donc opéré un glissement sémantique ayant pour effet de relativiser les garanties individuelles prévues par la Convention, qualifié de “*vandalisme judiciaire*”²²⁴.

En outre, la coexistence du DIDH et du DIH en période de conflit armé pose en pratique la question de leur articulation. Cela est d'autant plus vrai en territoire occupé, où les forces de la puissance occupante seraient possiblement tenues d'assurer à la fois le maintien de l'ordre et de mener les opérations militaires sous le modèle de la conduite des hostilités. Si le premier modèle est régi par les standards du DIDH, le second reste assujéti aux standards du DIDH mais surtout du DIH en tant que *lex specialis* applicable en cas de conflit armé ; mais la technique du renvoi systémique ne parvient pas totalement à expliquer la règle de la *lex specialis*, en ce que le renvoi peut être opéré au sein des traités de DIH vers les normes plus strictes du DIDH. C'est par exemple le cas de l'article 3 commun aux Conventions de Genève mentionnant les “*garanties judiciaires indispensables aux peuples civilisés*”. Aussi, la combinaison de ces deux règles d'interprétation voudrait que le DIH reste principalement applicable aux situations de conflit armé en tant que corpus prioritaire, mais que l'interprétation des traités via la technique du renvoi systémique - et dans la poursuite parallèle d'une interprétation téléologique des traités de DIH - permette dans la mesure du possible une mobilisation secondaire des normes de DIDH afin d'interpréter les règles de DIH. Néanmoins, chercher à concilier ces deux corpus interdépendants reviendrait en pratique à étendre le champ d'application du DIDH²²⁵ : l'idée est ici que les règles de DIH peuvent apparaître inadéquates face aux standards plus élevés du DIDH, en particulier en période d'occupation où s'alternent modèles du maintien de l'ordre et de la conduite des hostilités - les difficultés tenant également aux situations impliquant des groupes armés organisés non affiliés à la puissance occupée ou des cas de PDH -, et que cela peut être corrigé par une extension du champ d'application du DIDH. Outre son à priori souhaitabilité du fait des garanties accrues qu'elle suppose, la faisabilité de cette approche reste à démontrer.

²²⁴ Voir Cour EDH, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, arrêt, Requête N° 29750/09 ; M. Milanović, ‘A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law’, dans *JCSL*, Vol. 14, N° 3, 2010, p. 475 ; R. Van Steenberghe, ‘The impacts of human rights law on the regulation of armed conflict’, *op.cit.* note 194, p.1364.

²²⁵ Y. Arai-Takahashi, *The law of Occupation : Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Humanitarian Rights Law*, *op.cit.* note 95, p.430.

Section 2 | Kretzmer et l'affaire des Assassinats ciblés : manifestations d'une transplantation normative

Le 5 août 2022, l'armée israélienne lançait une offensive militaire de courte durée baptisée "Opération Aurore" dans la bande de Gaza. D'une durée de trois jours, cette intervention s'est soldée par un bilan humain particulièrement lourd, avec plus de quarante morts, dont une quinzaine d'enfants. Bien que les affrontements soient récurrents dans la région, cette opération se distingue par sa nature préventive, Tsahal ayant justifié ces frappes par la nécessité de neutraliser une menace imminente pesant sur le sud d'Israël²²⁶. Sans préjuger de sa licéité, cette opération met en exergue le dilemme auquel est confrontée la puissance occupante en matière de contre-insurrection : l'éventualité d'un recours aux attaques préventives et, partant, la détermination des règles et standards applicables à pareil recours. La contre-insurrection et les frappes préventives soulèvent en effet des dilemmes éthiques et stratégiques complexes ; face à une menace diffuse et souvent insaisissable, les forces occupantes sont parfois tentées d'anticiper les actions des insurgés en menant des opérations proactives²²⁷. Bien qu'attrayante en apparence, cette logique préventive engendre un glissement sémantique dangereux : la distinction entre combattant et civil s'amenuise, ouvrant la voie à des erreurs d'identification et à des violations des droits de l'homme. En ciblant des individus ou des groupes soupçonnés de préparer des attaques, les forces d'occupation risquent de frapper des innocents et de radicaliser davantage la population locale. Ce cercle vicieux nourrit à son tour l'insurrection, créant ainsi un environnement propice à la perpétration d'atrocités²²⁸.

La survenance de ces opérations de contre-insurrection en territoire occupé pose en pratique la question de l'articulation des modèles de maintien de l'ordre et de conduite des hostilités, ainsi que des standards de DIH et de DIDH les régissant : l'apparente inadéquation de certaines règles de DIH face aux standards plus élevés du DIDH peut-elle être corrigée par l'extension du champ d'application du DIDH sans préjudice au principe de *lex specialis* ? Deux approches distinctes convergent vers une réponse affirmative et méritent d'être

²²⁶ Institut français des relations internationales, "Gaza : sous le feu des attaques préventives", Cultures Monde - France Culture, Amélie Ferey, 31 Août 2022, accessible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.ifri.org/fr/espace-media/lifri-medias/gaza-feu-attaques-preventives>

²²⁷ T. Ferraro, "Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory" (Réunion d'experts), *op.cit.* note 65, p.123.

²²⁸ E.N. Luttwal, R. Thomas, 'Les Impasses de la contre-insurrection', *op.cit.* note 187, pp.850-852.

analysées : l'approche doctrinale proposée par Kretzmer au travers de son 'modèle mixte'²²⁹, selon laquelle l'application du DIDH dépend de la capacité d'un État d'assurer l'application de la loi en territoire occupé, et l'approche adoptée par la Cour suprême israélienne dans son affaire des *Assassinats Ciblés*²³⁰ invitant, entre autres, à transposer le test de proportionnalité prévu en DIDH à la balance entre nécessité militaire et pertes civiles incidentes à l'occasion d'hostilités - soit le principe de proportionnalité tel qu'entendu en DIH²³¹.

Particulièrement pertinente face à l'appréhension du terrorisme transnational, aux situations de CANI et d'occupation²³², le modèle mixte de Kretzmer repose sur l'idée d'un pont entre le modèle de l'application de la loi et les standards du DIDH avec le contrôle effectif du territoire par la puissance occupante - ou avec la capacité *de facto* d'intervenir et d'appréhender les activités de terroristes et d'insurgés²³³. Cela signifie qu'un État ne pourrait légitimement recourir à la force armée contre des individus suspectés de terrorisme ou d'insurrection que si les alternatives moins intrusives telles que l'arrestation et le jugement ne sont pas réalisables, recourant au degré de contrôle exercé par l'État sur le territoire à des fins d'évaluation de faisabilité des ces alternatives.

Deux remarques : tout d'abord, bien que précédemment mobilisé aux fins de détermination des règles de permutation d'un modèle à un autre (maintien de l'ordre - conduite des hostilités), le contrôle de la puissance occupante sur le territoire occupé ici employé ne vise pas à atteindre la même finalité. L'idée est que le modèle de la conduite des hostilités étant vérifié pour une situation donnée, le critère du contrôle permettra de déterminer l'application de standards de DIH ou de DIDH sans affecter le paradigme déterminé. Bien que calquables sur les réflexions relatives à l'établissement de l'occupation, les développements suivants ne concerneront en outre que l'articulation des standards de DIH et de DIDH applicables à une opération militaire en territoire occupé. Deuxièmement, il est indéniable que l'avis consultatif de juillet 2024 délivré par la CIJ a entraîné une reconsidération de cette approche au regard des développements précisément proposés au sujet du contrôle effectif. Il est en effet utile de

²²⁹ D. Kretzmer, 'Targeted Killings of Suspected Terrorists : Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence ?', dans *EJIL*, Vol.16 N°2, pp.201-204.

²³⁰ Cour suprême israélienne, *The Public Committee against Torture in Israel and al. v. The Government of Israel and al.*, jugement, HCJ 769/02 11 décembre 2006.

²³¹ M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* p.430.

²³² D. Kretzmer, *ibid.* pp.201-202 ; Y. Arai-Takahashi, *The law of Occupation : Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Humanitarian Rights Law*, *op.cit.* note 85, p.430.

²³³ D. Kretzmer, *ibid.* p.203 ; Y. Arai-Takahashi, *ibid.* p.431.

rappeler l'absence de consensus doctrinal sur l'étendue du contrôle effectif exercé par la puissance occupante sur le territoire prétendument ou à juste titre occupé : la présence physique de troupes étant alors aux côtés de la substitution de l'autorité un indicateur du contrôle effectif potentiel de la puissance occupante, la déduction du contrôle effectif à partir de la faculté d'une puissance occupante à mener certains types de bombardements aériens restait en suspens et ne permettait pas correctement d'apprécier la situation dans la bande de Gaza. C'est dans cette incapacité à se saisir de la réalité des bombardements aériens comme manifestation d'un contrôle effectif potentiel de la puissance occupante que résidait la critique principale adressée à cette approche ; on pourrait en effet imaginer qu'un État réduise son contrôle terrestre et la substitution de son autorité en préférant un recours extensif aux attaques aériennes pour éviter l'application du DIDH. Sans préjuger de l'intention d'Israël à cet égard, la situation prévalant dans la bande de Gaza depuis 2005 pourrait illustrer cette hypothèse²³⁴. Une ligne séparatrice non nécessaire serait ainsi créée entre la conduite d'opérations militaires terrestres et aériennes ; également tracée par la CEDH dans son affaire *Banković*²³⁵, la frontière entre opérations fut remise en cause à l'occasion d'une réunion d'experts proposant l'idée d'un contrôle effectif sur les moyens de violations de droits humains²³⁶. Englobant à la fois l'espace aérien et terrestre, cette formule générale permettait de dépasser cette dichotomie mais ne s'imposait pas comme solution unanime face aux nombreuses divergences doctrinales en la matière.

Reprenant sans mention explicite l'essentiel de cette proposition, l'avis de la CIJ du 19 juillet 2024 a permis de remettre au goût du jour le modèle mixte de Kretzmer. L'idée générale de ce dernier n'est fondamentalement pas invraisemblable : il suppose qu'un contrôle accru du territoire occupé implique l'exploration de moyens moins violents ou 'attentatoires' - au droit à la vie notamment, étant l'exemple le plus révélateur - par l'invocation de standards plus stricts du DIDH. L'approche qu'il sous-tend trouve à s'illustrer dans le scénario précédemment présenté : dormant à son domicile avec sa famille sur une portion de territoire sur lequel la puissance occupante exerce un haut niveau de contrôle, un insurgé membre d'un groupe armé organisé et reconnu comme ayant une fonction de combat continue fait l'objet

²³⁴ Y. Arai-Takahashi, *The law of Occupation : Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Humanitarian Rights Law*, op.cit. note 95, p.431.

²³⁵ Cour EDH (grande chambre), 12 décembre 2001, *Banković et a. c. Belgique et a.*, Requête N°52207/99, §76.

²³⁶ Y. Arai-Takahashi, *ibid.* p.432.

d'un ciblage²³⁷. Le contrôle accru de la puissance occupante sur le territoire impliquerait selon cette logique que les standards de DIDH puissent être mobilisés, requérant l'exploration de moyens moins violents tels que l'arrestation de l'individu au lieu de son élimination dès lors que les vies des forces chargées de procéder à son arrestation ne soient pas mises en danger, déductibles des garanties de l'article 3 commun au moyen de la technique du renvoi systémique²³⁸.

Dans son affaire des *Assassinats Ciblés*, la Cour suprême israélienne procède à un recours extensif analogue aux standards de DIDH à des opérations militaires sous le modèle de la conduite des hostilités en territoire occupé, mais son raisonnement présente quelques subtilités le distinguant du modèle mixte de Kretzmer. Dans cette affaire, deux organisations non-gouvernementales (ci-après abrégé 'ONG') avaient saisi la Cour suprême israélienne, dénonçant le recours par Tsahal à des assassinats ciblés, notamment ceux des leaders du Hamas, Ahmed Yassin et Abdul Aziz Rantisi, s'étant produits en 2004. Les ONG ont avancé que le recours à cette pratique dont Israël ne conserve pas l'exclusivité - pour ne citer que l'assassinat américain du commanditaire de l'attentat du USS Cole et la tentative d'assassinat en Somalie du commanditaire des attentats à la bombe de 1996 des ambassades américaines au Kenya et en Tanzanie²³⁹ - était toujours une violation du DIH comme du DIDH. La Cour, dans sa décision accompagnée d'une longue opinion de son président Aharon Barak, s'écartera de la position soutenue par les ONG en relevant que ces assassinats pouvaient être licites dans certaines circonstances en se fondant notamment sur des normes de DIDH²⁴⁰. La Cour explique en effet que des civils participant directement aux hostilités peuvent être ciblés après vérification de quatre conditions cumulatives : en premier lieu, l'État procédant au ciblage doit disposer d'informations bien définies et suffisamment étayées sur le niveau de participation de l'individu aux hostilités, le lien direct qu'il entretient avec ces dernières, ou bien encore les éléments temporels²⁴¹. En second lieu, le civil participant directement aux hostilités ne peut être attaqué si des moyens moins néfastes peuvent être employés pour arriver à la même finalité, invitant l'examen des possibilités d'arrestation, de détention puis

²³⁷ Ici, ce scénario est repris sans effet des développements précités sur le choix du paradigme. Il s'agit d'un cas de figure semblable auquel est confrontée une toute nouvelle analyse, ne visant pas à répondre aux mêmes questions.

²³⁸ G. Gaggioli, "The use of force in occupied territory : interplay between the Conduct of hostilities and law enforcement paradigms" (Réunion d'experts), *op.cit.* note 118, pp.16-17.

²³⁹ M. Milanović, 'Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror', *op.cit.* p.375.

²⁴⁰ *Ibid.* pp.374-375.

²⁴¹ Cour suprême israélienne, *Assassinats ciblés*, *op.cit.* note 230, §40.

de jugement²⁴². Ensuite, chaque attaque à l'encontre d'un civil participant directement aux hostilités devra faire l'objet d'une investigation approfondie afin d'analyser les circonstances et les raisons de l'attaque²⁴³. Et enfin, cette dernière doit répondre à une exigence de proportionnalité à l'égard des populations civiles environnantes, les pertes ne devant pas être excessives par rapport à l'avantage militaire direct et concret attendu²⁴⁴.

Dès leur abord, les critères développés par la Cour suscitent l'interrogation de par le recours extensif au DIDH : hormis le dernier, ces critères ne sont pas issus de DIH. À titre d'exemple, le seul cas d'investigation envisagé en DIH correspond à celui mis en place pour enquêter sur les violations graves du DIH²⁴⁵, ne correspondant pas à la situation d'espèce. Les trois premières règles édictées par la Cour trouvent en effet dans leur fondement direct dans le DIDH, allant même jusqu'à une référence non dissimulée aux jugements de la CEDH²⁴⁶. Ce choix est révélateur d'une volonté manifeste d'appliquer au DIH des standards propres au droit pénal interne, où la primauté est donnée à la protection de la vie humaine. Bien que louable sur le plan humanitaire, cette approche pose un problème de taxinomie²⁴⁷. En dépit de leur complémentarité, le DIH et le DIDH régissent des situations distinctes et obéissent à des logiques différentes, comme l'a rappelé la CIJ dans son avis consultatif sur les armes nucléaires en relevant que le DIH constituait la *lex specialis* en période de conflit armé. Ce faisant, la Cour procède à une forme d'inversion de la hiérarchie des normes applicables en conflit armé, s'écartant du principe selon lequel le DIH constitue le contexte interprétatif des normes de DIDH, et non l'inverse²⁴⁸.

La Cour suprême semble pourtant explorer les situations exposées par la CIJ dans son avis sur le *Mur palestinien* et n'est en ce sens pas totalement incohérente ; eu égard à la relation entre le DIDH et le DIH, la CIJ exprimait en effet que trois scénarios étaient possibles : “certains droits peuvent relever exclusivement du DIH ; d'autres peuvent relever exclusivement du DIDH ; et d'autres encores peuvent relever à la fois de ces deux branches de droit international”. L'emprunt concomitant de standards du DIDH - correspondant aux trois premiers critères - et du principe de proportionnalité tel qu'entendu par le DIH rejoint

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ *Ibid.* §§40-46

²⁴⁵ Art. 146(2) CG IV.

²⁴⁶ Cour suprême israélienne, *Assassinats ciblés*, *op.cit.* note 230, §40.

²⁴⁷ M. Milanovic, 'Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror', *op.cit.* pp.389-390.

²⁴⁸ L. Doswald-Beck, 'International humanitarian law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons', dans *IRRC*, Vol.37 N°316, 1997, p. 35.

ainsi le troisième scénario envisagé par le CIJ, et peut s'expliquer par le recours à la technique du renvoi systémique²⁴⁹. L'article 3(1)(d) commun aux Conventions de Genève mentionne en effet les garanties judiciaires indispensables aux peuples civilisés, illustrant une référence assez logique aux normes et garanties de DIDH, ce qui a notamment été avancé à l'occasion d'une réunion d'experts du CICR en 2003 à San Remo²⁵⁰. Partant, l'intégration de références aux garanties indispensables aux peuples civilisés permettrait l'interprétation des Conventions de Genève à la lumière des règles de DIDH. La méthodologie suivie dans l'affaire des *Assassinats ciblés* constitue néanmoins la limite de ce raisonnement : dans sa décision, la Cour suprême n'a pas utilisé le DIDH pour interpréter ou compléter le DIH, mais bien pour restreindre ce dernier par l'ajout d'obligations non prévues. Mobilisant sans mention explicite le modèle mixte de Kretzmer, la Cour dégage l'ampleur du risque pesant sur les vies des soldats et des populations civiles ainsi que l'intensité du contrôle comme éléments du curseur permettant de déterminer la prépondérance des standards de DIDH²⁵¹. La Cour semble pousser trop loin son interprétation en imposant au travers d'une véritable transplantation normative un lourd fardeau à la puissance occupante affectant directement les opérations répondant à la nécessité militaire qu'elle cherchera à mener, une fois le contrôle suffisant démontré.

Il est certain que transplanter le langage du DIDH dans le champ du DIH applicable en territoire occupé est séduisant, mais n'est pas pour autant exempt de risques. Cette approche risque de niveler les spécificités de chaque régime juridique et de confondre la balance horizontale entre puissance occupante et puissance occupée (correspondant aux standards de DIH) avec la balance verticale des violations des droits de l'Homme - soit les standards de DIDH²⁵². Procéder de la sorte risquerait ainsi de masquer la nature spécifique des violations commises en territoire occupé et de renforcer le pouvoir de la puissance occupante.

Le président du groupe d'étude sur la fragmentation du droit international mandaté par la Commission de droit international soulignait lui-même le contresens du raisonnement de la

²⁴⁹ Y. Arai-Takahashi, *The law of Occupation : Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Humanitarian Rights Law*, *op.cit.* note 95, pp.435-436.

²⁵⁰ CICR, "International humanitarian law and other legal regimes: interplay in situations of violence", XXVIIème Table ronde sur les problèmes actuels du droit international humanitaire, San Remo, Italie, septembre 2003.

²⁵¹ Cour suprême israélienne, *Assassinats ciblés*, *op.cit.* note 230, §40 ; K. Watkin, 'Use of force during occupation: law enforcement and conduct of hostilities', *op.cit.* note 43, p.300.

²⁵² A.M. Gross, 'Human Proportions : Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation ?', dans *EJIL*, Vol.18 n°1, 2007, p.33 ; Y. Arai-Takahashi, *ibid.* pp.437-438.

Cour au lendemain de sa décision, soulignant la chose suivante : bien que l'objectif ultime soit de réduire les écarts normatifs entre les temps de paix et de guerre, il serait illusoire de nier l'existence d'un régime juridique spécifique régissant les conflits armés²⁵³. Aussi tragique soit-elle, la guerre impose des règles spécifiques qui ne peuvent être réduites à celles régissant les relations pacifiques entre États²⁵⁴: un retour à la règle de la *lex specialis* est donc essentiel, et n'empêche pour autant pas l'incorporation des réflexions défendues par Kretzmer et la Cour suprême israélienne. *“La Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires était une ‘affaire difficile’ dans la mesure où la Cour devait arrêter son choix entre différents corps de règles dont aucun ne pouvait bénéficier d'une priorité absolue ni se substituer entièrement aux autres. La lex specialis se bornait à signaler que, même au cas où il aurait pu être souhaitable de n'appliquer que les droits de l'homme, une telle solution aurait péché par un excès d'idéalisme, compte tenu du caractère spécial du conflit armé et de la persistance de celui-ci. La Cour a de la sorte suscité une conception systémique du droit dans laquelle les deux corps de règles se rejoignent, l'un étant la réalité d'aujourd'hui, l'autre la promesse de demain, vu la nécessité primordiale d'assurer la survie [...] d'un État”*²⁵⁵. Ainsi, tout n'est qu'une question de limites : il est certain que le DIH requiert d'être interprété à la lumière des normes de DIDH, mais cette interprétation doit se garder de toute dérive et ne pas perdre de vue la priorité que continue d'être les standards du DIH en période de conflit armé.

L'étude approfondie des interactions entre le modèle du maintien de l'ordre et celui de la conduite des hostilités dans le contexte d'une occupation militaire révèle un tableau complexe et évolutif. Si le DIH a longtemps privilégié une approche binaire opposant ces deux régimes, il est désormais évident qu'une telle dichotomie ne rend pas compte de la réalité des conflits armés contemporains. L'évolution du DIH, profondément influencée par les exigences du DIDH, conduit à une reconnaissance progressive de la coexistence et de l'interdépendance de ces deux régimes juridiques, en particulier dans les situations d'occupation. Partant, cette

²⁵³ Commission du droit international, 'Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international' (rapport du groupe d'étude de la Commission de droit international', 58ème session, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, p. 30.

²⁵⁴ *Ibid.* ; Y. Arai-Takahashi, *The law of Occupation : Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Humanitarian Rights Law*, *op.cit.* note 95, p.437.

²⁵⁵ Commission de droit international, *ibid.*

approche dynamique invite à une analyse contextuelle, où les considérations humanitaires sont appelées à tempérer les exigences strictement militaires.

Cette perspective nuancée pousse à interroger les conséquences pratiques du passage d'un régime à l'autre. Si l'entrée dans une phase de conduite des hostilités déclarée marque un changement significatif dans la nature du conflit, il est essentiel de s'attacher au travers d'un montage artificiel à la défense d'une application des règles de permutation entre modèles similaire à celle s'imposant à la puissance occupée hors cas d'occupation.

Il est important de souligner que cette transition ne signifie pas un abandon total du droit de l'occupation, demeurant un cadre de référence essentiel : la survenance d'hostilités en territoire occupé soulève en effet d'autres interrogations, tenant cette fois-ci à la faculté du contexte d'occupation belligérante d'affecter la détermination des règles applicables aux affrontements opposant la puissance occupante aux forces régulières de la puissance occupée, aux groupes armés organisés qui lui sont affiliés ainsi qu'à ceux évoluant en-dehors de leur contrôle et de toute allégeance.

Partie 2 | Conduite des hostilités en territoire occupé : détermination du droit applicable à la conduite des hostilités à la lumière du contexte d'occupation

“*Mal nommer les choses, c’est ajouter du malheur au monde*”²⁵⁶. Au cœur de la science juridique se trouve l’acte de qualifier, c’est-à-dire de donner un nom et une nature juridique à une situation donnée, fondant ainsi la solution en droit. Cette opération, loin d’être anodine, a des conséquences pratiques considérables, notamment en matière de DIH : la qualification des conflits armés constitue à cet égard un enjeu majeur en ce qu’elle permet de déterminer le régime juridique applicable et, par conséquent, le niveau de protection accordé aux personnes et aux biens. Cette classification, distinguant d’une part les CAI des CANI, est indispensable pour assurer une application uniforme et efficace du *ius in bello*.

La perspective d’étude présentement adoptée pousse la réflexion sur les interactions entre la situation d’occupation et la détermination des règles applicables à des hostilités surgissant en territoire occupé. À mi-chemin entre la guerre et la paix, l’occupation a ceci de particulier qu’elle bouleverse la dichotomie traditionnelle opérée entre CAI et CANI ; certains voient en la survenance ou résurgence d’hostilités en territoire occupé une situation suggérant l’application des règles de CAI. D’autres y voient davantage un scénario correspondant à ceux normalement régis par les règles de CANI, là où une troisième école plaide en faveur de la création d’une nouvelle catégorie de conflit armé plus adaptée, correspondant aux situations de “*conflits armés transnationaux*”²⁵⁷. Recoupant l’occupation mais ne s’y limitant pas, cette troisième catégorie repose sur l’implication d’acteurs non étatiques au-delà des frontières et s’est particulièrement développée avec l’intensification du terrorisme transnational, reconnu aux lendemains des attentats du 11 septembre comme “*l’une des menaces les plus graves à la paix et à la sécurité internationales aux XXIème siècle*”²⁵⁸. La ‘guerre contre le terrorisme’ dominant alors les relations internationales, l’intervention d’Hautes Parties contractantes aux Conventions de Genève en dehors des limites du territoire face à des individus dont le statut implique l’application des règles de CANI a permis de remettre en question les barrières de la dichotomie traditionnelle par l’apparente suppression

²⁵⁶ Dérivée de la phrase d’Albert Camus “*Mal nommer un objet, c’est ajouter au malheur de ce monde*”.

²⁵⁷ G. Corn, E. Talbot Jensen, ‘Transnational Armed Conflict: A “Principled” Approach to the Regulation of Counter-Terror Combat Operations Regulation of Counter-Terror Combat Operations’, dans ILR, Vol.42 N°1, 2009, p.46.

²⁵⁸ CSNU, résolution 1377, 4413 ème séance, 12 novembre 2001, p.2.

de l'exigence de territorialité contenue à l'article 3 commun. La diversité d'acteurs participant aux hostilités ainsi que la coexistence des paradigmes précédemment envisagés rend la détermination du droit applicable à des hostilités survenant en territoire occupé particulièrement pertinente. Parallèlement, la prise en compte de la progressive convergence entre les standards de CAI et de CANI - en grande partie attribuable au développement majeur de la coutume internationale - trouvant écho dans la pratique onusienne pourrait rendre obsolète pareille classification. Si cette tendance se vérifie en pratique, l'opération de classification n'en reste pas moins primordiale en ce que des distinctions fondamentales subsistent. L'exemple le plus marquant est sans doute le statut de combattant au-delà de son sens courant, soit du traitement différencié dont un individu participant aux hostilités bénéficiera s'il est capturé en fonction de sa correspondance aux hypothèses prévues par l'article 4(A) de la CG III²⁵⁹.

S'il ne fait aucun doute que des affrontements entre la puissance occupante et les troupes de la puissance occupée soient assujettis aux règles de CAI conformément à l'article 4A(1) de la CG III, la survenance d'hostilités en territoire remet au goût du jour l'épineux problème de l'appréciation de l'affiliation de groupes armés organisés (ci-après abrégés 'GAO') à la puissance occupante que requiert l'article 4A(2) de la CG III (A). Il n'est par ailleurs pas si aisé de savoir quelles règles appliquer à des affrontements opposant la puissance occupante à des GAO non affiliés en territoire occupé, de sorte que soit rendue pertinente l'analyse comparative des différentes approches défendant alternativement l'application des règles de CANI puis de CAI (B).

Titre 1 | Caractérisation de l'affiliation au sens de l'article 4A CG III : lorsque le droit international peine à saisir la réalité

L'article 4A(2) de la CG III dispose que sont considérés comme prisonniers de guerre les membres des milices et corps de volontaires, y compris ceux de mouvement de résistance organisés, appartenant à une partie au conflit et agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce dernier est occupé. Cette reconnaissance est en outre subordonnée à la vérification de quatre conditions cumulatives ; ces individus doivent avoir à

²⁵⁹ En effet, le statut de prisonnier de guerre n'existe pas en CANI ; M.Longobardo, *op.cit.* p.205.

leur tête une personne responsable pour ses subordonnés, avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance, porter ouvertement les armes et se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre. Bénéficiant du statut de prisonniers de guerre, ces combattants se verront appliquer le droit applicable aux CAI du fait de leur appartenance à la puissance occupée. Relativement simple au premier abord, cette question de classification en suggère une autre plus laborieuse, tenant à la détermination de l'appartenance mentionnée à l'article 4A(2). Cette interrogation trouve un écho particulier dans la pratique ; confrontée à un niveau élevé de menace en provenance d'un GAO en territoire occupé, la puissance occupante va devoir caractériser l'appartenance - ou son défaut - du mouvement à la puissance occupée afin de déterminer quelles règles seront applicables aux opérations militaires entreprises sous le modèle de la conduite des hostilités. Le statut de combattant aura un intérêt fondamental en ce que les individus reconnus comme tel du fait de leur appartenance à la puissance occupée bénéficieront du statut de prisonnier de guerre et ne pourront être poursuivis pour avoir pris les armes²⁶⁰. En outre, si l'article 1(4) du PA I élargit la notion de partie au conflit en incluant les peuples luttant contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, la rigueur impose de distinguer ces cas de ceux évoqués précédemment relatifs à l'appartenance : là où l'article 1(4) du PAI décrit une situation dans laquelle les peuples se revendiquent comme une partie au conflit, les GAO tombant sous l'article 4A(2) se battent pour une partie au conflit²⁶¹.

Appliqué au cas brûlant des territoires palestiniens occupés, cet impératif de classification inviterait par exemple à vérifier l'appartenance du Hamas (au travers de sa branche armée Izz al-Din al-Qassam) et du Fatah (au travers de sa branche armée Al-Assifa), entre autres, à l'autorité palestinienne - à supposer toutefois qu'ils répondent aux conditions cumulatives contenues à l'article 4A(2), les attaques du 7 octobre 2024 démontrant néanmoins et de façon non inédite l'incapacité du premier groupe à se conformer aux lois et coutumes de guerre²⁶².

²⁶⁰ Le privilège du combattant ne protégeant toutefois pas des poursuites l'individu commettant des violations graves au DIH.

²⁶¹ K. Del Mar, 'The requirement of belonging under International Humanitarian Law', dans *EJIL*, Vol.21 N°1, 2010, p.112.

²⁶² "*Principe cardinal du DIH*" tel qu'évoqué par la CIJ dans son avis consultatif sur les *Armes nucléaires*, le principe de distinction impose que les parties au conflit fassent en tout temps la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent ne dirigent leurs opérations que contre des objectifs militaires ; voir à ce sujet art.48 PA I, art.13 PA II, règles 1 et 7 EDIHC, art.7(1) et (2) du statut de Rome, art.3(7) du protocole II à la Convention sur les armes classiques tel que modifié en 1996 ; art.2(1) protocole III à la Convention sur les armes classiques (1980) ; préambule de la Convention d'Ottawa (1997) ; CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op.cit.* note 189,

Du côté congolais, l'analyse de l'occupation ougandaise du district Ituri à partir d'août 1998 inviterait à déterminer l'appartenance à la puissance occupée - ou à un autre pays en agissant en dehors de leur territoire - du Rassemblement Congolais pour la Démocratie, du Mouvement de Libération du Congo, de l'Alliance des forces démocratiques pour la libération du Congo ou bien encore des milices *mai-mai*²⁶³. Cette opération est d'autant plus laborieuse que l'éclatement de ces GAOs en diverses factions²⁶⁴ a conduit à une inversion des rapports de force et d'allégeance aux parties au conflit.

En bref, l'histoire foisonne d'exemples où la question de l'affiliation d'un groupe armé à une partie au conflit se pose avec acuité, notamment en contexte d'occupation. Plusieurs pistes peuvent être explorées afin d'établir les contours de l'appartenance, tirées à la fois des raisonnements de juridictions internationales et de la doctrine ; après avoir confronté les différents seuils de contrôle établis tant par le TPIY que par la CIJ, mettant en exergue les faiblesses d'un emprunt des critères retenus par ces derniers à des fins de détermination de l'affiliation de milices et autres corps de volontaires à une puissance occupée (1), une approche plus novatrice adaptée à la réalité de l'occupation conduira à explorer la relation *de facto* ou accord tacite liant les GAO (2).

§78. En outre, le recours à des méthodes de combat ayant pour but principal de répandre la terreur parmi la population civile est strictement interdit et constitue une violation grave du DIH : voir art.33 CG IV, règle 2 EDIHC, art.51 et 52 PA I, art.4 et 13 PA II ; TPIY (ch.app), *Le Procureur c. Dragomir Milošević*, arrêt, affaire IT-98-29/1-A, 12 novembre 2009, § 32.

²⁶³ Voir à ce sujet F. Van Acker et K.Vlassenroot, 'Les *mai-mai* et les fonctions de la violence milicienne dans l'Est du Congo', dans *Politique africaine*, Vol.4 N°84, 2001, pp.103-116 ; A.M. Monga Ngonga, 'La République de l'Ituri en République démocratique du Congo : un Far West ougandais', dans *Politique africaine*, Vol.1 N°89, 2001, pp.181-192 ; G. Prunier, 'L'Ouganda et les guerres congolaises', dans *Politique africaine*, Vol.3 N°75, 1999, pp.43-59.

²⁶⁴ K. Vlassenroot, T. Raeymaekers, 'Le conflit en Ituri', dans *L'Afrique des grands lacs : annuaire 2002-2003*, S. Marysse et F. Reyntjens (éd.), 2003, pp.217, 218 et 222 ; P. Kambale, "Aux racines de la violence en Ituri et dans le Grand-Nord du Nord-Kivu", Ebuteli Blog, 16 octobre 2023, accessible en ligne à l'URL suivant : <https://www.ebuteli.org/publications/blogs/aux-racines-de-la-violence-en-ituri-et-dans-le-grand-nord-du-nord-kivu> ; Amnesty International, "Action urgente : torture, craintes d'exécutions sommaires et de disparitions", document public EFAI-000755-AFR 62/029/00 AU 360/00, 24 novembre 2000, accessible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.amnesty.org/fr/wp-content/uploads/sites/8/2021/06/afr620292000fr.pdf>

Chapitre 1 | Appréciation du statut de combattant : confrontation de l'appartenance à différents degrés de contrôle

Les réflexions doctrinales sur les notions de contrôle global et effectif suscitées par les travaux du TPIY et de la CIJ ont mis en évidence un phénomène préoccupant de fragmentation du droit international. Cette fragmentation, comme l'a souligné Gilbert Guillaume, alors Président de la CIJ en 2000, est le résultat d'une spécialisation croissante des juridictions internationales au détriment d'une perspective globale ; l'affaire *Tadić* illustre fidèlement ce risque de perte de cohérence, chaque juridiction développant ses propres interprétations et approches. Cette pluralité d'interprétations, comme l'a montré le Groupe d'étude sur la fragmentation de la Commission du droit international sous la direction de Martti Koskenniemi, est exacerbée par les différents tests appliqués par les chambres d'appel du TPIY et de la CIJ, créant ainsi une mosaïque de normes difficilement conciliables. L'analyse des différents 'tests de contrôle' invite dans un premier temps l'étude du contrôle global tel que développé par le TPIY dans son affaire *Tadić* et de son recours au stade de la détermination de l'appartenance à une partie au conflit (a). Dans un second temps, l'exploration d'un potentiel rattachement par la voie de la responsabilité poussera l'examen du contrôle effectif tel que développé par la CIJ dans son affaire *Nicaragua*²⁶⁵ (b).

Section 1 | Caractérisation de l'appartenance à l'aune des règles de classification de conflit : la jurisprudence Tadić et le contrôle global

L'une des grandes originalités de l'affaire *Tadić* fût de voir en l'article 4 de la CG III plus que ce qu'il n'était aux yeux de ses rédacteurs. Initialement prévu pour déterminer le statut de combattants d'individus participant aux hostilités, le TPIY a dans cette affaire utilisé l'appartenance d'un groupe à une puissance étatique à des fins de qualification du conflit armé. Le tribunal a ainsi estimé que le CANI surgissant en République Serbe de Bosnie était en réalité un CAI en raison du contrôle global exercé par la Serbie sur le groupe armé organisé serbo-bosniaque *Vojska Republike Srpske*²⁶⁶. Ce degré est considéré atteint dès lors que l'État étranger joue un rôle dans l'organisation, la coordination ou la planification des actions militaires du groupe armé. Bien qu'énonçant que le contrôle doit aller au-delà de la

²⁶⁵ CIJ, *Activités Militaires et Paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. Etats-Unis, 27 juin 1986, CIJ Recueil 1986.

²⁶⁶ TPIY, ChA., *Le Procureur c. Duško Tadić*, arrêt relatif à l'appel de la défense, IT-94-1-A 15 juillet 1999.

simple aide financière, la fourniture d'équipements militaires ou de formation, le TPIY a estimé que cette condition n'allait pas jusqu'à inclure l'émission d'ordres spécifiques par l'État ou sa direction de chaque opération²⁶⁷. Dès lors qu'un tel contrôle est établi, les actes commis par le groupe armé dans le cadre du conflit peuvent être assimilés à des actes d'organes de fait de l'État, ayant pour conséquence d'internationaliser le conflit.

Dans cette affaire, le Tribunal s'est appuyé sur une jurisprudence internationale contrastée pour étayer sa conception du contrôle global. En analysant notamment les arrêts rendus dans le contexte iranien de la révolution de 1979²⁶⁸, le Tribunal a mis en évidence l'existence de deux modèles distincts de relations entre un État et des groupes armés non étatiques ; d'une part, l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* illustre une situation où des individus agissent de manière spontanée et sans lien organique avec l'État. Dans ce cas, la CIJ a retenu la responsabilité de l'État iranien sans pouvoir établir un lien de subordination direct entre les militants et le gouvernement²⁶⁹. D'autre part, l'affaire *Kenneth P. Yeager* du Tribunal des différends irano-américains met en lumière une réalité différente, concluant à l'existence d'un contrôle étatique sur les 'Komitehs révolutionnaires', véritables groupes armés organisés exerçant des fonctions publiques et bénéficiant d'un important soutien étatique, se distinguant des militants iraniens ayant fait irruption dans l'ambassade des États-Unis à Téhéran le 4 novembre 1979²⁷⁰. Le tribunal s'est en outre interrogé sur la possibilité d'internationaliser le conflit en se penchant sur le jugement rendu par la CIJ dans son affaire *Nicaragua*, rejetant le critère du contrôle effectif développé par ce dernier au stade de la responsabilité étatique.

Le contrôle global tel que développé par la chambre d'appel du TPIY se situe ainsi à mi-chemin entre ces deux extrêmes et a permis d'introduire une nuance importante dans la notion de contrôle étatique. En distinguant entre le contrôle effectif, qui correspond à une situation où l'État exerce un pouvoir de commandement direct sur le groupe armé, et le contrôle global, qui suppose une relation de subordination plus lâche, le Tribunal a offert un outil juridique plus souple pour appréhender la complexité des relations entre États et groupes armés non étatiques. Mais si l'appartenance à une partie au conflit a été développée à des fins

²⁶⁷ *Ibid.* §137.

²⁶⁸ R. De Villaine, 'L'attribution à un Etat des actes d'une entité non-étatique agissant sur son territoire : le cas des Imbonerakure au Burundi', dans *Droits fondamentaux : Revue électronique du CRDH*, N°19, 2021, pp.10-11.

²⁶⁹ CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, Arrêt, 26 mai 1980, CIJ Recueil 1980, §58.

²⁷⁰ TPIY, ChA., *Le Procureur c. Duško Tadić*, 1999, *op.cit.* note 266, §127.

de qualification, il est indéniable que les développements relatifs au contrôle global dans la poursuite de cette finalité aient influencé l'appréciation de l'appartenance en tant que telle ; la question est donc de savoir si le contrôle global s'impose comme solution pertinente pour déterminer l'affiliation d'un groupe armé organisé à une partie au conflit et, plus particulièrement dans le cadre de la présente étude, à la puissance occupée.

Bien que le test développé dans l'affaire *Tadić* gagna en légitimité lorsque la CIJ releva dans son affaire du *Génocide* que le contrôle global était approprié pour déterminer l'internationalisation du conflit armé, il reste admissible que le tribunal ait mélangé ce test avec la finalité de celui de la CIJ dans son affaire *Nicaragua*, en particulier lorsqu'il explique que les États ont accepté que les belligérants puissent avoir recours à des unités paramilitaires et autres forces irrégulières dans la conduite des hostilités seulement à la condition que ces belligérants soient prêts à prendre la responsabilité pour les infractions commises par ces forces²⁷¹. Dans cette considération peut se déceler une confusion avec les règles d'attribution de responsabilité étatique, finalité du test du contrôle effectif envisagé dans l'affaire *Nicaragua*²⁷². Il serait, ce faisant, permis de considérer que le test d'affiliation fit l'objet d'une mauvaise interprétation par le tribunal²⁷³. Si l'arrêt *Tadić* ne suit pas intégralement l'interprétation de l'affaire *Nicaragua* - ce qui n'est au demeurant pas dérangeant, bien au contraire -, la simple invocation de cette dernière dans le raisonnement du Tribunal est problématique car elle semble forcer une analogie qui n'est pas entièrement justifiée, comme le relève Theodor Meron lorsqu'il exprime que "*dans l'affaire du génocide, la CIJ a estimé que la responsabilité de l'État n'était pas une question sur laquelle le TPIY était appelé à se prononcer [...] puisque sa compétence est pénale et ne s'étend qu'aux personnes*"²⁷⁴.

Le recours au contrôle global par le tribunal en matière d'appartenance a par ailleurs l'effet pervers d'exiger un seuil plus élevé que celui suggéré par l'accord ou relation *de facto*. Estimant que la dépendance et l'allégeance supposés par un contrôle global sont les "*ingrédients*" des termes "*appartenant à une partie au conflit*", le tribunal estime en effet que l'article 4A(2) de la CG III renvoyait implicitement à un test de contrôle²⁷⁵; ce faisant, le tribunal rehausse le seuil permettant la reconnaissance du statut de combattant et le bénéfice des garanties affiliées, impactant en pratique la volonté et la faculté des groupes armés

²⁷¹ *Ibid.* §94.

²⁷² K. Del Mar, 'The requirement of belonging under International Humanitarian Law', *op.cit.* note 261, p.116.

²⁷³ *Ibid.* p.108.

²⁷⁴ T. Meron, 'Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout', dans *AJIL*, Vol.92 N°2, 1998, p.237.

²⁷⁵ TPIY, ChA., *Le Procureur c. Duško Tadić*, 1999, *op.cit.* note 266, §§94-95 ; K. Del Mar, *ibid.* p.115.

organisés à respecter les quatre conditions cumulatives prévues à l'article 4A(2). Si la démonstration d'un accord de *facto* n'est pas ou plus suffisante, de nombreux individus participant aux hostilités ne seraient par conséquent plus considérés comme des combattants, indépendamment de leur conformité aux lois et coutumes de guerre, de leur port ouvert d'arme, possession d'un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance et de l'existence d'une personne responsable pour ses subordonnés. On verrait par exemple mal quelles seraient les motivations des membres d'un groupe armé organisé ne répondant pas au contrôle global envisagé par le TPIY pour se conformer aux lois et coutumes de guerre - sachant que leur respect serait insusceptible de leur conférer les garanties accordées aux combattants, en particulier le statut de prisonnier de guerre.

Section 2 | Inconsistance des règles de responsabilité internationale : faiblesse du contrôle effectif

L'arrêt *Tadić* marqua un véritable tournant en posant de façon confuse un lien étroit entre le critère d'appartenance à une partie au sens de l'article 4A(2) de la Troisième Convention de Genève, analysé au travers du contrôle global, et l'attribution de la responsabilité de l'État ; le TPIY a en effet estimé que la reconnaissance du statut de combattant d'un insurgé appartenant à une Haute Partie contractante impliquait que la dernière soit responsable des actes commis par le premier²⁷⁶. Loin d'être isolée, cette position trouva écho dans les juridictions nationales, comme l'illustre l'affaire *Omar Mahmud Kassem* dans laquelle la Cour militaire israélienne adopta un raisonnement similaire en affirmant que les États assument la responsabilité pleine et entière des actes commis par les forces irrégulières opérant sous leur bannière²⁷⁷. Au cœur du raisonnement de la Cour se trouvait la subordination de la reconnaissance du statut de combattant à l'existence d'un État prêt à assumer cette responsabilité. Transposée aux faits de l'affaire, cette approche a permis à la Cour de considérer que les membres du Front populaire de libération de la Palestine ne pouvaient prétendre au statut de prisonniers de guerre puisqu'il n'apparaissait pas qu'un État semble assumer la responsabilité de ces derniers - ou souhaite l'accepter²⁷⁸. Séduisante en apparence, l'interprétation du TPIY dans son affaire *Tadić* telle que reprise par le Cour

²⁷⁶ K. Del Mar, *ibid.* p.118.

²⁷⁷ Cour militaire israélienne siégeant à Ramallah, *Military Prosecutor v. Omar Mahmud Kassem and Others*, 13 avril 1969, 1970, §§476-477.

²⁷⁸ K. Del Mar, *ibid.* p.118.

suprême israélienne présente cependant des limites importantes et tend à confondre deux notions distinctes : celle de combattant, relevant du DIH, et celle d'organe étatique, relevant du droit de la responsabilité étatique. Il n'est à cet égard pas évident que la satisfaction des conditions prévues à l'article 4A(2) suffise à faire d'un individu un organe d'un État au sens du droit de la responsabilité étatique.

Cette tendance à lier étroitement le statut de combattant et la responsabilité de l'État a pourtant également été observée dans la doctrine²⁷⁹, avec toutefois une subtilité. S'appuyant sur le projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour les faits internationalement illicites de 2001, Eric David soutenait notamment que la notion d'organe de l'État au sens du droit de la responsabilité étatique était un moyen d'appréhender l'appartenance visée par l'article 4A(2) de la CG III²⁸⁰. Le projet d'article prévoit en effet en son article 9 que "*Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait d'un État selon le droit international si la personne ou le groupe de personnes exerce en fait des éléments de l'autorité gouvernementale en l'absence ou en cas de défaillance des autorités officielles et dans des circonstances telles qu'elles appellent l'exercice de ces éléments d'autorité*"²⁸¹. La relation entre les deux est toutefois à nuancer : si l'un peut être employé pour apprécier l'autre, l'inverse n'est pas pour autant valable. L'appartenance peut en effet être analysée à la lumière de la notion d'organe étatique - sans pour autant être la seule façon d'appréhender l'affiliation évoquée à l'article 4A(2) de la CG III - , mais reconnaître qu'un individu appartient à une partie à un conflit ne revient pas nécessairement de son côté à le considérer comme un organe de cet État²⁸², et par conséquent à engager la responsabilité de ce dernier pour les actes de cet individu.

Plus cohérente que la confusion opérée dans l'affaire *Tadić*, cette interprétation risque cependant de conduire à des résultats contrefactuels. Imaginons un groupe armé opérant sur le territoire d'un État et soutenu par un autre État, mais sans que ce soutien atteigne le seuil requis pour considérer ce groupe comme un organe *de facto* de l'État soutenant - soit le contrôle effectif. On pourrait dans cette situation paradoxale avoir un État exerçant son

²⁷⁹ M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* pp.211-212.

²⁸⁰ E. David, *Principes de droit des conflits armés*, 3ème édition, 2002, p.423 ; voir aussi T. Ferraro, "Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory" (Réunion d'experts), *op.cit.* note 65, p.126.

²⁸¹ Le libellé de l'article témoigne que la situation envisagée va au-delà de la question du contrôle effectif et correspond à l'hypothèse d'une carence de l'autorité gouvernementale, soit par exemple une situation où la puissance occupante maintient son contrôle effectif sans totalement administrer le territoire, et où la puissance occupée est parallèlement partiellement empêchée d'exercer son autorité, correspondant à une forme de blocage.

²⁸² K. Del Mar, 'The requirement of belonging under International Humanitarian Law', *op.cit.* note 261, p.119.

contrôle global sur le groupe armé organisé de sorte que le conflit en cours opposant la puissance occupante et le groupe armé organisé soit internationalisé, sans pour autant que l'État ne soit tenu responsable des actes commis par les forces irrégulières, le contrôle effectif²⁸³ n'étant pas démontré. Il s'agit-là précisément du cas auquel a eu affaire la CIJ dans l'affaire du *génocide*²⁸⁴ : analysant la relation entre la VRS et la Serbie, la Cour estima que le lien - l'appartenance appréciée au travers du contrôle global - était suffisant pour reconnaître le statut de combattant et l'applicabilité des règles relatives aux CAI, mais n'était pas tel qu'il puisse reconnaître la responsabilité étatique de la Serbie²⁸⁵. Le paradoxe n'est qu'apparent si l'on admet le raisonnement de la Cour selon lequel le degré et la nature de l'implication de l'État dans un conflit armé sur le territoire d'un autre État requis pour que ce conflit soit caractérisé d'international peut très bien, et ce sans inconsistance logique, différer du degré et de la nature de l'implication requise pour attribuer la responsabilité à un État d'un acte spécifique au cours du conflit²⁸⁶. Partant, la Cour reconnaît ici explicitement la possibilité de se battre pour un État, d'être considéré comme un combattant et de bénéficier par voie d'extension du statut de prisonnier de guerre, mais de ne pas avoir d'attribution de responsabilité à un État.

La situation se complexifie considérablement lorsque le PA I s'applique. Introduisant une règle de responsabilité spécifique, l'article 91 du PA I établit un lien direct entre les actes commis par les forces armées d'un État et la responsabilité de ce dernier : “[La partie au conflit] sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées”. Ce faisant, le PA I élargit considérablement le champ d'application de la responsabilité étatique en matière de violations du DIH par l'imposition d'une responsabilité objective²⁸⁷. La compréhension de l'impact de cette règle appelle l'examen de la notion ‘forces armées’ telle que précisée par le protocole. L'article 43(1) définit les forces armées comme l'ensemble des “forces, groupes et unités armées organisés qui sont placés sous un commandement responsable devant cette Partie de la conduite de ses subordonnés [...] Ces forces armées doivent être soumises à un régime de discipline interne qui assure, notamment, le respect des règles du droit international applicable dans les conflits armés”. La définition adoptée offre une grande souplesse, en permettant d'inclure dans le champ d'application du

²⁸³ Tel que développé dans CIJ, *Nicaragua*, *op. cit.* note 265, §§110, 393.

²⁸⁴ CIJ, *Affaire concernant l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 26 février 2007, CIJ Recueil 2007.

²⁸⁵ *Ibid.* p. 143 §400 ; voir aussi M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* p.213.

²⁸⁶ CIJ, *Affaire du Génocide*, *ibid.* p.144, §405.

²⁸⁷ K. Del Mar, ‘The requirement of belonging under International Humanitarian Law’, *op.cit.* note 261, p.120.

Protocole des réalités militaires diverses, comme les milices et les corps de volontaires, à condition qu'ils soient suffisamment liés à un État. Mais ici, l'appartenance mentionnée à l'article 4A(2) de la CG III semble faire l'objet d'un rattachement différent, le PA I mettant au cœur de son analyse la responsabilité d'un commandement vis-à-vis de subordonnés devant la partie au conflit.

L'interprétation dominante de cette disposition est que tout groupe armé placé sous le contrôle d'un État, même s'il n'est pas formellement intégré dans les forces armées régulières, doit être considéré comme faisant partie des « *forces armées* » au sens du Protocole. Cette interprétation est fondée sur l'idée que seuls les États peuvent être parties à un CAI et qu'ils agissent nécessairement par l'intermédiaire de leurs organes²⁸⁸. Ainsi, tout groupe armé utilisé par un État dans le cadre d'un conflit devient *de facto* un organe de cet État. Cette approche présente l'avantage de simplifier l'attribution de la responsabilité étatique en cas de violations du DIH commises par des groupes armés non étatiques mais, dans un même temps, tend à diluer la distinction entre les forces armées régulières et les groupes armés irréguliers, et à étendre de manière parfois excessive la responsabilité de l'État. Il est légitime de s'interroger sur les limites de cette responsabilité et sur les critères permettant de déterminer si un groupe armé est suffisamment lié à un État pour être considéré comme faisant partie de ses 'forces armées'. Cette interprétation peut par ailleurs entrer en tension avec les règles d'attribution de la responsabilité de l'État telles qu'énoncées dans le projet d'articles de la Commission du droit international ; en effet, si le PA I établit une présomption de responsabilité pour les actes des 'forces armées', le projet d'articles de la CDI requiert une preuve plus stricte du contrôle exercé par l'État sur le groupe armé pour engager sa responsabilité. Cette divergence peut créer des incertitudes juridiques et des difficultés d'application dans les situations concrètes. Il est donc essentiel de procéder à une analyse cas par cas pour déterminer si un groupe armé donné peut être considéré comme faisant partie des 'forces armées' d'un État au sens du PA I.

Il apparaît donc nécessaire de nuancer l'approche qui consiste à lier systématiquement le statut de combattant et la responsabilité de l'État. Si le lien entre ces deux notions peut exister dans certains cas, il ne doit pas être érigé en règle générale. Une analyse plus fine, prenant en compte les spécificités de chaque situation et les règles applicables en matière de responsabilité étatique, est indispensable pour déterminer si les actes d'un individu peuvent être imputés à un État. En outre, la multiplication des différents tests pour déterminer

²⁸⁸ Art.2 commun aux CG ; S. Vité, 'Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités', *RICR*, Vol.91 N°873, mars 2009, p.2.

l'existence d'un lien entre un État et des individus agissant sur son territoire ou en son nom a considérablement complexifié l'opération de détermination de l'affiliation de GAO à la puissance occupante²⁸⁹. Cette prolifération de tests soulève des questions fondamentales quant à la cohérence du système juridique international et à la détermination de la responsabilité de l'État ; la double approche qu'implique la coexistence du contrôle global et du contrôle effectif constitue à cet égard une forme de dissonance conceptuelle, soulignée par Spinedi lorsqu'il interroge la possibilité d'envisager un État comme partie à un conflit alors qu'aucun acte spécifique ne lui est imputable au titre de la responsabilité internationale²⁹⁰.

Chapitre 2 | Accord de facto et remaniement du seuil déterminant l'appartenance : la voie de l'allégeance

L'histoire des conflits armés est jalonnée d'exemples où des groupes armés non étatiques ont été étroitement liés à des États, formant ainsi des alliances complexes et fluctuantes. Ces relations, souvent ambiguës, ont des implications profondes sur la nature et la dynamique des conflits et peuvent difficilement être résumées à une relation de traditionnelle subordination - ou du moins uniquement au travers de celle-ci.

Quelques exemples permettent de saisir la pluralité des interactions entre groupes armés organisés et parties étatiques au conflit : emblématique d'une alliance étroite, le Vietcong constitua le bras armé du Nord Viêt-Nam sur le terrain, bénéficiant de son soutien logistique et stratégique²⁹¹. L'alliance avec les forces armées communistes, profondément enracinées dans la population sud-vietnamienne, permis au Nord de mener une guerre de longue durée contre les forces américaines et du Sud en exploitant les faiblesses du régime de Saïgon²⁹². La seconde guerre du Congo a quant à elle été le théâtre d'une complexe imbrication d'intérêts nationaux et régionaux ; véritable guerre par procuration, ce conflit servit de théâtre aux

²⁸⁹ K. Del Mar, 'The requirement of belonging under International Humanitarian Law', *op.cit.* note 261, pp.107,117.

²⁹⁰ M.Spinedi, 'On the Non-Attribution of the Bosnian Serbs' Conduct to Serbia', dans *JIMCJ*, Vol.29 N°2, 2007, pp.832.

²⁹¹ H. Meyrowitz, 'The Law of War in the Vietnamese Conflict', dans R. A. Falk (éd.), *The Vietnam War and International Law*, Vol.2, 1969, p.538 ; T. Hoffmann, 'Squaring the Circle? – International Humanitarian Law and Transnational Armed Conflicts', dans M. J. Matheson et D. Momtaz (éds.), *Rules and Institutions of International Humanitarian Law Put to the Test of Recent Armed Conflicts*, 2010, p.240.

²⁹² S.T. Helmersen, 'The Classification of groups belonging to a party to an international armed conflict', dans *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol.6 N°1, p.2.

rivalités régionales, notamment entre le Rwanda et l'Ouganda, qui y ont poursuivi leurs ambitions géostratégiques en s'accaparant les précieuses ressources minières du pays et en instrumentalisant la formation de GAO congolais²⁹³ - tel que le Mouvement de Libération du Congo, patronné dès ses débuts par l'Ouganda²⁹⁴. Le conflit de 2008 en Ossétie du Sud et en Abkhazie illustre également l'implication d'acteurs non étatiques locaux combattant aux côtés de forces étatiques, posant la question de l'étendue des liens entre ces groupes et Moscou, ainsi que de leur possible incorporation dans les structures militaires russes²⁹⁵.

Ces quelques exemples illustrent la pluralité de manifestations de relations entre GAO et parties étatiques au conflit. Il est certain qu'une application rigoureuse du test du contrôle global développé dans l'affaire *Tadić* à chacun de ces cas ne conduirait pas nécessairement à la démonstration d'une 'appartenance' telle qu'envisagée à l'article 4A(2) ; et pourtant, pareille affiliation ne trouverait-elle pas à être caractérisée par une méthodologie davantage holistique et adaptée aux subtilités des conflits ? Cette réflexion pousse à défendre l'approche de la relation ou accord *de facto* ; reposant davantage sur la notion d'allégeance, cette conception invite en substance à examiner de près les motivations, intentions et actions concrètes du groupe armé, ainsi que la réaction de l'État auquel il est présumé appartenir²⁹⁶.

Robert Kolb décrivait en effet la relation *de facto* comme un support ou une allégeance envers la partie au conflit que cette dernière choisit ou non d'accepter²⁹⁷, justifiant la pertinence du recours à cette notion par l'emploi alternatif des termes '*belonging*' et '*allegiance*' à l'article 4(B)(1) relatif au traitement des prisonniers de guerre : "[...] *Persons belonging, or having belonged, to the armed forces of the occupied country, if the occupying Power considers it necessary by reason of such allegiance to intern them*"²⁹⁸. Cette distinction permettrait de développer l'idée selon laquelle il serait possible de distinguer en période d'occupation l'allégeance de l'appartenance, cette dernière n'étant pas ici interprétée au sens symbolique mais se rattachant davantage à une relation de 'verticalité'.

²⁹³ L. Arimatsu, 'The Democratic Republic of the Congo 1993–2010', dans E. Wilmschurst (éd.), *International Law and the Classification of Conflicts*, 2012, pp.176-181 ; S.T. Helmersen, *ibid.* p.3.

²⁹⁴ G. De Villers, 'La guerre dans les évolutions du Congo-Kinshasa', dans *Afrique Contemporaine*, Vol.3 N°215, 2005, p.47.

²⁹⁵ P. Leach, 'South Ossetia' (2008), dans E. Wilmschurst (éd.), *International Law and the Classification of Conflicts*, 2012, pp.332-338 ; S.T. Helmersen, *ibid.*

²⁹⁶ K. Del Mar, 'The requirement of belonging under International Humanitarian Law', *op.cit.* note 261, p.111.

²⁹⁷ *Ibid.* p.160.

²⁹⁸ Il est troublant d'observer que la version française ne mentionne pas l'allégeance, la remplaçant de nouveau par l'appartenance, contribuant à démontrer les divergences d'interprétation autour de la notion d'appartenance.

L'appartenance correspondrait ainsi à la vision de l'affiliation mise à l'épreuve par le test du contrôle global (matérialisé par une exigence de coordination, d'organisation ou de planification des activités militaires par l'État), là où l'allégeance serait analysée au travers de la relation *de facto* ou accord tacite entre le GAO et le souverain évincé.

Cette affiliation ne requiert pas nécessairement un accord écrit formel, comme cela pouvait être le cas par le passé. Le commentaire du CICR souligne que, depuis les Conférences de la Haye, un accord tacite peut suffire à établir cette relation²⁹⁹ ; ainsi, si les opérations menées par le groupe permettent de déduire de manière claire et univoque qu'il combat aux côtés d'un État donné³⁰⁰, alors un accord *de facto* est considéré comme existant. Privilégiant l'analyse des faits sur le terrain, cette approche permet de prendre en compte la réalité complexe des conflits armés contemporains, où les alliances et les relations entre États et groupes armés non étatiques sont souvent fluides et évolutives, et où ces derniers peuvent agir de façon autonome tout en exprimant son allégeance à la cause de la partie étatique. Cette conception de l'accord *de facto* est réaffirmée par le CICR dans son commentaire de l'article 4 de la CG III lorsqu'il explique qu' "*un autre exemple d'une telle acceptation serait celui d'un groupe qui participe à des opérations de combat aux côtés de l'État et qui prétend combattre pour le compte de l'État, et qui, lorsqu'il a la possibilité formelle, publique ou autre de nier ce lien, ne le fait pas ou refuse de le faire*"³⁰¹.

Le commentaire précise également que l'appartenance peut être démontrée par le contrôle global exercé par l'État sur le groupe³⁰², mettant en exergue le constat suivant ; bien qu'intéressante, cette faculté est irréductible à l'explication complète du concept d'appartenance. Le contrôle global ne serait ainsi qu'un aspect permettant d'analyser cette appartenance, sans pour autant être le seul - ou même principal élément explicatif, en particulier dans les situations d'occupation³⁰³ : en se fiant au contrôle global, certains groupes ne seraient pas considérés comme appartenant à l'État, alors qu'en analysant la relation *de facto* entre les deux entités, le résultat serait probablement différent. Bien qu'il corresponde à

²⁹⁹ K. Del Mar, 'The requirement of belonging under International Humanitarian Law', *op.cit.* note 261, p.111.

³⁰⁰ J. De Preux, *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre : commentaire*, J. De Preux (éd.), Vol.III, CICR, p.57.

³⁰¹ M. Sassòli, K. Watkin, K. Dörmann et a. (éds.), *Commentaire de la Convention de Genève III relative au traitement des prisonniers de guerre*, CICR, 2020, §1007.

³⁰² *Ibid.* §1008.

³⁰³ Les situations d'occupation prolongée permettant probablement davantage d'observer les subtilités de l'allégeance de par la cristallisation de rapports identitaires, politiques, idéologiques ou bien encore stratégiques.

la méthode employée aux fins de qualification du conflit, le test du contrôle global ne serait ainsi pas nécessairement le plus pertinent pour caractériser l'appartenance.

L'intérêt d'une approche privilégiant l'allégeance à l'appartenance afin d'appréhender l'affiliation d'un GAO en territoire occupé n'est pas à négliger : le seuil étant selon la première notion plus faible que celui qu'implique la seconde, il serait davantage attractif pour les insurgés de se conformer aux quatre conditions cumulatives prévues à l'article 4A(2) de la CG III afin de bénéficier du statut de combattant, là où un seuil plus élevé les découragerait de s'y soumettre, la satisfaction des conditions n'étant dès lors pas à même de leur conférer le statut de combattant. La prise en compte de l'intérêt des États à ne pas reconnaître aux insurgés pareil statut ainsi que les garanties qui lui sont associées permettrait d'expliquer les attaques que subit cette approche, bien que puisse être opposé à ses détracteurs leur intérêt à ce que les adversaires qu'ils combattent se conforment aux lois et coutumes de la guerre. Sans pour autant justifier le recours à des moyens et méthodes contraires à ces dernières, le cloisonnement du statut de combattant à des cas tombant sous un contrôle global tel que défini par le TPIY pourrait expliquer pourquoi des insurgés exclus de cette stricte conception de l'appartenance ne cherchent pas à se conformer aux quatre conditions cumulatives de l'article 4A(2). La défense de l'approche de la relation *de facto* par l'allégeance à une partie au conflit aurait dès lors un caractère incitatif, rendant plus attractif pour les insurgés le respect des lois et coutumes de guerre, le port ouvert des armes et d'un signe distinctif.

Cette approche peut aussi se comprendre comme cherchant à proposer une analyse plus holistique des relations entre groupes armés et parties étatiques ou puissance évincée, s'intéressant à l'appartenance politique et/ou à la filiation idéologique à une identité résistante³⁰⁴. C'est précisément au travers de ce mode d'appropriation identitaire que peut s'expliquer certaines manifestations de l'allégeance décrite envers une puissance évincée n'exerçant pas nécessairement de contrôle global sur les insurgés se battant tacitement pour elle, même en l'absence d'une appartenance politique originelle. Cela est d'autant plus vérifiable en occupation prolongée où les interactions répétées aboutissent à une homogénéisation relative des représentations, donnant naissance à un sentiment d'appartenance fondé sur une 'expérience partagée' dépassant les affiliations partisans³⁰⁵ :

³⁰⁴ C. Vast, 'Sur l'expérience de la résistance : cadre d'étude, outils et méthodes', dans *Guerres mondiales et conflits contemporains*, Vol.2 N°242, PUF, 2011, p.78

³⁰⁵ *Ibid.* p.79 : initialement envisagé pour décrire les relations entre mouvements résistants de la Zone Sud, du Mouvement Uni Résistant et du Mouvement de Libération Nationale sous l'occupation de la France par

bien que l'occupation prolongée soit en pratique assez rare et en principe incompatible avec l'objet et le but contemporains du Règlement de la Haye inspirés par “*le désir de diminuer les maux de la guerre, autant que les nécessités militaires le permettent*”³⁰⁶, il est curieux de voir que l'on peut toujours être surpris par les dynamiques créatrices insoupçonnées qu'engendre l'inédit.

Titre 2 | Implications du droit de l'occupation sur la détermination des règles applicables au conflit opposant la puissance occupante à des groupes armés organisés non affiliés à la puissance occupée

S'il ne fait pas de doute quant au droit applicable à des affrontements opposant la puissance occupante aux forces de la puissance occupée et des GAO qui lui sont affiliés - la difficulté résidant davantage dans la détermination de l'appartenance de ces derniers -, rien n'est moins sûr s'agissant des hostilités survenant avec des GAO ne répondant pas aux exigences contenues à l'article 4A(2).

Les implications de GAO non affiliés en territoire occupé, en pratique, sont légion³⁰⁷. Il s'agirait par exemple de s'interroger sur le droit applicable aux membres d'Arin al-Usud, la “Fosse aux lions”, un GAO opérant en marge de l'Autorité palestinienne en Cisjordanie sans y être formellement affilié³⁰⁸ et dont les objectifs politiques distincts n'empêchent pas une lutte semblable contre la puissance occupante. La situation dans la bande de Gaza offre de semblables perspectives d'étude ; la question est relativement complexe s'agissant du Hamas, le Fatah ayant perdu le contrôle de Gaza après les élections de 2006 à son profit de sorte qu'il constitue l'autorité sur le territoire. La question de connaître le statut du Hamas n'est pas si

l'Allemagne nazie (1940-1944), ce raisonnement peut au sens de l'auteur être ici transposé afin de comprendre les considérations sous-tendant l'approche de la relation *de facto*.

³⁰⁶ Préambule du Règlement de la Haye. Il convient de préciser qu'il a été avancé, sans préjudice des but et objet précités, que “rien dans le DIH n'empêche les puissances occupantes de s'engager dans une occupation de longue durée. Le droit de l'occupation continuerait à fournir le cadre juridique applicable dans de tels cas”, voir à ce sujet T. Ferraro, “Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory” (Réunion d'experts), *op.cit.* note 65, p. 13 ; CIJ, *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, 19 juillet 2024, *op.cit.* note 2, §109.

³⁰⁷ M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* p.214.

³⁰⁸ AL Monitor, “US sanctions Palestinian Lion's Den armed group in West Bank”, 6 juin 2024, accessible en ligne à l'URL suivant : <https://www.al-monitor.com/originals/2024/06/us-sanctions-palestinian-lions-den-armed-group-west-bank>

claire, mais le point de vue selon lequel la Cisjordanie et la bande de Gaza devraient être analysés séparément ainsi que l'exercice de l'autorité du Hamas sur cette dernière pousseraient à considérer qu'il s'agisse davantage d'un simple GAO, de sorte que les réflexions sur l'affiliation lui soient désuètes. Néanmoins, la question du droit applicable à des GAO non affiliés se pose davantage s'agissant de la brigade des martyrs d'Al-Aqsa (anciennement associée au Fatah), qui ne semble pas affiliée au Hamas mais qui opère en Cisjordanie et depuis la bande de Gaza contre Israël - ayant notamment participé aux attaques du 7 octobre - ou bien encore les brigades Al-Nasir Salah al-Deen, décrites comme alliées du Hamas et contribuant aux forces de police de Gaza mais dont l'appartenance n'est pas si claire³⁰⁹. En remontant dans le temps, l'exemple des Francs-tireurs et partisans français (ci-après abrégé 'FTPF') durant la Seconde Guerre mondiale interroge également. Regroupant les trois organisations armées communistes³¹⁰ - l'Organisation Spéciale, les Bataillons de la Jeunesse et les Groupes spéciaux de la Main-d'oeuvre immigrée, les FTPF n'étaient pas formellement affiliés au gouvernement français en exil : en effet, mettant de côté la souhaitabilité de l'approche de l'allégeance développée précédemment, il ne serait pas possible de déterminer l'appartenance (outre l'aspect identitaire) au sens de l'article 4A(2) de la CG III.

Tous ces exemples mettent en exergue une même difficulté : face à des affrontements opposant la puissance occupante à des GAO non affiliés, la détermination du droit applicable à la conduite des hostilités doit-elle prendre en compte la situation d'occupation ? Cette question délicate implique d'envisager alternativement deux fronts de pensée, postulant pour l'un l'application des règles de CANI sur la base d'une extension du champ d'application territorial de l'article 3 commun (1), et défendant pour l'autre l'application des règles de CAI comme résultant du contexte d'occupation belligérante (2).

³⁰⁹ F. Kilani, "Combien y a-t-il de groupes armés à Gaza et qui sont-ils ?", BBC News Afrique, 12 décembre 2023, disponible à l'adresse suivante : <https://www.bbc.com/afrique/articles/c99ezy1r55lo>

³¹⁰ A. Marin, "Francs-tireurs et partisans", Universalis, consulté le 2 août 2024, accessible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.universalis.fr/encyclopedie/ftp-francs-tireurs-et-partisans/> ; Lumni Enseignement, "La guérilla urbaine des FTP sous l'Occupation", Chroniques du temps de l'ombre 1940-1944, consulté le 2 août 2024, accessible en ligne à l'adresse suivante : <https://enseignants.lumni.fr/fiche-media/00000005875/la-guerilla-urbaine-des-ftp-sous-l-occupation.html>

Chapitre 1 | Thèse traditionnelle en faveur des règles applicables au conflit armé non international : l'article 3 commun aux Conventions de Genève, sujet à interprétation

Bouleversant profondément le paysage sécuritaire mondial, les conflits armés transnationaux liés au terrorisme international ont parallèlement posé de nombreux défis inédits au DIH. La qualification juridique de ces conflits débordant sur des pays voisins - ou se produisant loin du territoire d'origine des forces non étatiques³¹¹ - , et plus particulièrement de leur rattachement à la catégorie des CANI, a suscité de nombreux débats au sein de la communauté internationale : en effet, l'émergence de nouveaux types de conflits caractérisés par leur caractère transnational et le statut non étatique de certains de ses belligérants contribue indéniablement à interroger la pertinence de la typologie classique du DIH reposant sur la distinction CAI / CANI³¹². Si la tendance s'observe de qualifier de CAI les opérations menées dans le cadre d'une véritable 'guerre contre le terrorisme' - ne correspondant par ailleurs pas à une catégorie juridique autonome de conflit armé³¹³ - , cette approche se heurte à de nombreuses difficultés. En effet, reconnaître un CAI impliquerait d'accorder un statut de combattant aux membres de GAO ou civils participant directement aux hostilités en-dehors des frontières de leur pays d'origine, manipulation juridiquement complexe et politiquement délicate en ce que cela légitimerait l'utilisation de la force par des acteurs non étatiques, minimisant le principe du monopole étatique du recours à la force³¹⁴. Partant, l'interprétation extensive de l'article 3 commun aux Conventions de Genève permettrait un élargissement de la conception territoriale d'un CANI, particulièrement pertinente en territoire occupé où la puissance occupante est confrontée au-delà de ses frontières aux actes hostiles de GAO non affiliés à la puissance occupée (a). Il n'est pas sans dire qu'un regard plus global à l'ensemble du droit applicable aux CANI, incluant le PA II, met en exergue une diversité des seuils permettant de qualifier le conflit comme tel, complexifiant l'opération de classification d'hostilités surgissant en territoire occupé et impliquant des GAO non affiliés (b).

³¹¹ Pejic, 'The protective scope of Common article 3 : more than meets the eye', dans *IRRC*, Vol.91 N°881, p.194 ; J. Grignon, 'Guerre contre le terrorisme et droit international', dans *AFRI*, 2021, p.107.

³¹² J. Grignon, *ibid.* p.101.

³¹³ *Ibid.* p.103.

³¹⁴ *Ibid.* pp.104-105.

*Section 1 | Applicabilité des règles relatives au conflit armé non international :
interprétation extensive de l'article 3 commun*

L'approche traditionnelle en matière de détermination du droit applicable à un conflit opposant la puissance occupante à des GAO non affiliés à la puissance occupée, développée par une certaine partie de la doctrine et trouvant écho dans la pratique onusienne, repose sur la distinction classique entre CAI et CANI. Conformément à l'article 2 commun aux Conventions de Genève, les dispositions de ces dernières ont vocation à s'appliquer en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé "*surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles*". Ne se conformant par essence pas à ce scénario, le conflit opposant la puissance occupante à des GAO non affiliés serait ainsi gouverné par les règles applicables aux CANI selon les vues de cette approche, reposant sur le statut des parties en cause. Et pourtant, les caractéristiques de cette situation mettent en exergue la conduite d'opérations au-delà des frontières du territoire de la puissance occupante, se heurtant au champ d'application territorial de l'article 3 commun aux Conventions de Genève trouvant à s'appliquer en cas de conflit armé "*ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes*". Confronté à l'approche visant l'application des règles de CANI à des conflits opposant la puissance occupante à des GAO non affiliés, le libellé de l'article 3 commun interroge ; comment appréhender le "*caractère international*" qu'exclut l'article 3 commun ? Comment envisager la mention explicite du territoire de l'une des Hautes Parties contractantes ?

Des éléments de réponse à ces questions peuvent être trouvés tant dans la pratique nationale que dans la doctrine. Dans son affaire *Hamdan*, la Cour suprême américaine a procédé à une extension du champ d'application territorial de l'article 3 commun en l'appliquant au conflit en cours contre les Talibans et Al-Qaïda, suggérant incidemment sa nature non-internationale³¹⁵ - sans pour autant fermement le qualifier comme tel³¹⁶. La compréhension de ce raisonnement invite une brève analyse du statut des parties en cause, et rend impératif la distinction du conflit en deux temps. Il est indéniable que la période s'étendant d'octobre 2001 à juin 2002 puisse se caractériser par la survenance d'un conflit

³¹⁵ Cour suprême américaine, *Salim Ahmed Hamdan c. Donald H. Rumsfeld et a.*, *op.cit.* note 216, pp.630-631 ; M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* p.215 ; J. Pejić, 'The protective scope of Common article 3 : more than meets the eye', *op.cit.* note 311, p.195.

³¹⁶ M. Milanović, 'Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror', *op.cit.* pp.377-381 ; J. Pejić, *ibid.* p.195

armé international opposant les États-Unis aux côtés de l'Alliance du Nord au gouvernement Taliban, contrôlant alors 90% du territoire afghan y compris sa capitale Kaboul. Satisfaisant à la définition de l'État traditionnellement admise en droit international telle que rappelée par la Commission d'arbitrage pour la paix en ex-Yougoslavie le 29 novembre 1991³¹⁷ - soit une "collectivité se composant d'un territoire et d'une population soumis à un pouvoir politique organisé" et qui "se caractérise par sa souveraineté" -, le régime Taliban correspondait ainsi à une puissance étatique ayant supplanté le gouvernement Afghan et ne laissait planer aucun doute sur la qualification du conflit. L'élection d'Hamid Karzai par une assemblée tribale traditionnelle afghane en juin 2002 marqua un tournant dans la qualification des parties au conflit ; ne satisfaisant plus aux conditions de reconnaissance d'un État, le régime Taliban ne put ainsi plus bénéficier des règles applicables au CAI en vertu du libellé de l'article 2 commun aux Conventions de Genève - le gouvernement afghan démocratiquement élu ayant parallèlement consenti à l'intervention américaine sur son territoire³¹⁸. C'est ici qu'intervint la souplesse de l'interprétation de la Cour suprême américaine dans l'affaire *Hamdan*, écartant la restriction territoriale de l'article 3 commun, regardée comme non-essentielle, se fondant davantage - si ce n'est exclusivement - sur le statut des belligérants : partant, la Cour considéra qu'un CANI existait pour chaque conflit prolongé opposant un GAO et un État, indépendamment de sa survenance sur le territoire de ce dernier³¹⁹. La lecture du caractère 'non international' qu'elle propose repose donc sur sa distinction des conflits 'entre nations', et non pas sur la caractéristique transfrontalière qu'un conflit peut présenter³²⁰.

Répondant aux enjeux contemporains du développement des conflits armés transnationaux, la décision de la Cour n'est à priori pas vide de sens ; on verrait mal quelle justification apporter à l'application des règles de CAI à un conflit n'ayant d'international que sa dimension extraterritoriale, entraînant paradoxalement la reconnaissance du statut de combattant à des GAO. Il s'agirait-là d'une situation difficilement acceptable pour les États qui seraient alors tenus de conférer le statut de prisonnier de guerre à des insurgés tombés en leur pouvoir, légitimant en cela leur participation aux hostilités - et quelque part leur cause -, pourtant le privilège des États³²¹.

³¹⁷ Commission d'arbitrage pour la paix en ex-Yougoslavie, 1er avis du 29 novembre 1991, Conférence pour la paix en Yougoslavie ; voir aussi l'article 1er de la Convention concernant les droits et devoirs des États, adoptée par la septième Conférence internationale américaine (Conférence de Montevideo), 26 décembre 1933.

³¹⁸ J. Pejic, 'The protective scope of Common article 3 : more than meets the eye', *op.cit.* note 311, p.196.

³¹⁹ Cour suprême américaine, *Salim Ahmed Hamdan c. Donald H. Rumsfeld et a.*, *op.cit.* note 216, pp.630-631.

³²⁰ *Ibid.* §630.

³²¹ J. Grignon, 'Guerre contre le terrorisme et droit international', *op.cit.* note 311, pp.104-105.

Cette interprétation extensive de l'article 3 commun a en outre été confirmée par le CICR dans son commentaire des Conventions de Genève lorsqu'il explique que "*les confrontations armées atteignant le seuil d'intensité requis entre un État et un groupe armé non étatique qui opère à partir du territoire d'un second État voisin, [...] si le groupe armé non étatique n'agit pas pour le compte du second État, [...] devraient être considérées comme un conflit armé non international*"³²². Au-delà de cette interprétation fournie *a posteriori*, un bref regard aux travaux préparatoires de la Conférence de Stockholm et de la Conférence diplomatique de Genève suggère que rien n'envisageait une stricte application territoriale de l'article 3 commun, comme le témoigne le projet d'article prévoyant que "*dans tous les cas de conflits armés ne présentant pas un caractère international, notamment dans les cas de guerre civile, de conflits coloniaux ou de guerres de religion, qui pourraient survenir sur le territoire d'une ou de plusieurs des Hautes Parties Contractantes, la mise en oeuvre de la présente Convention sera assurée par les autorités compétentes*"³²³. L'examen des travaux préparatoires dans leur globalité ne révèle en outre aucune intention explicite des États de circonscrire son champ d'application au territoire d'un seul État ; il apparaît plutôt, comme le soulignent certains commentateurs³²⁴, que la formulation actuelle résulte d'un "*compromis négocié, où l'attention s'est portée sur d'autres enjeux*"³²⁵. Le remplacement de la condition de participation d'un État contractant par celle d'un lien territorial dans l'article 3 commun pourrait ainsi s'expliquer par l'extension de son champ d'application à des situations de conflit ne nécessitant pas l'implication directe d'un État partie³²⁶, et ne saurait être interprétée comme une limitation substantielle de son champ d'application³²⁷.

Cette extension du champ d'application de l'article 3 commun s'est pareillement observé dans les statuts de juridictions internationales telles que le Tribunal pénal international pour le

³²² L. Cameron et a. (éds), *Commentaire de la Convention I de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Article 3, CICR, 2016, para. 477.

³²³ CICR, Projets de Conventions révisées et nouvelles présentés à la XVIIème Conférence internationale de la Croix-Rouge, Stockholm, 1948, article 2 ; références dans le compte rendu final de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, vol. II-B, Berne, Département politique fédéral, 1950-1951.

³²⁴ N.Melzer, *Targeted Killings in International Law*, *op.cit.* note 182, p. 258 ; J.Pejić, 'The protective scope of Common article 3 : more than meets the eye', *op.cit.* note 311, p.200 ; M.Sassòli, 'Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law', dans *HUOPS*, N°6, 2006, p.8 ; A. Paulus, M. Vashakmadze, 'Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization', in *IRRC*, vol. 91 n° 873, 2009 pp.118-119.

³²⁵ J.Pejić, 'The protective scope of Common article 3 : more than meets the eye', *ibid.* p.200.

³²⁶ N.Melzer, *ibid.* p.200.

³²⁷ D. Kretzmer, 'Targeted killings of suspected terrorists: extra-judicial executions or legitimate means of defense?', *op.cit.* note 229, p. 195.

Rwanda (ci-après abrégé ‘TPIR’), avant même que la Cour suprême américaine ne se prononce dans l’affaire *Hamdan*. Conscient des débordements transfrontaliers du génocide des Tutsis, les rédacteurs du statut intégrèrent à son article 1er la possibilité de poursuivre des ressortissants rwandais ayant commis des violations au DIH en-dehors du territoire national dans les pays voisins tout en reconnaissant la juridiction du tribunal sur les violations à l’article 3 commun³²⁸. La suppression des ‘barrières’ nationales en matière de CANI s’est également poursuivie au travers du conflit opposant Israël au Hezbollah en 2006, certains auteurs avançant l’application des règles de CANI aux opérations israéliennes menées sur le territoire libanais - sans consentement de ce dernier³²⁹. En outre, tant les manuels militaires³³⁰ que certaines codifications³³¹ et pratiques onusiennes³³² tendent vers une similaire extension du champ d’application territorial de l’article 3 commun³³³. La reconnaissance du caractère déclaratoire de l’article 3 commun ainsi que son application à des CAI par la CIJ dans son affaire *Nicaragua*³³⁴ témoignent par ailleurs du fait que l’accroche stricte à une dimension territoriale n’est pas forcément pertinente.

L’opinion séparée du juge Kooijmans accompagnant l’avis consultatif du *Mur palestinien*, dans laquelle il plaide l’inapplicabilité des règles de CAI aux attaques perpétrées par des GAO palestiniens, est souvent utilisée à l’appui d’un tel argumentaire. Il convient toutefois de soulever certains défauts des démonstrations se prévalant de la position du juge Kooijmans : en effet, ces dernières invoquent pour la plupart le fait que la puissance occupante était le seul État depuis des décennies à exercer un contrôle effectif sur le territoire sans se voir opposer quelque prétention territoriale par un autre État - comme ce fut le cas lors de la guerre des six jours en 1967 avec les revendications de l’Égypte et de la Jordanie - , et qu’il n’apparaissait pas que les insurgés se battent pour le compte d’un autre État ou que leur lutte

³²⁸ J.Pejić, *ibid.* p.201.

³²⁹ K. Anderson, “Is the Israel–Hezbollah conflict an international armed conflict?”, 14 juillet 2006, disponible en ligne à l’adresse suivante : <http://kennethandersonlawofwar.blogspot.com/2006/07/is-israel-hezbollah-conflict.html> ; Human Rights Watch, “Q and A on hostilities between Israel and Hezbollah”, 1 août 2006, disponible à l’adresse suivante : <http://www.hrw.org/en/news/2006/08/01/questions-and-answers-hostilities-between-israel-and-hezbollah>

³³⁰ Manuel militaire américain, section 17.1.1.2.

³³¹ M.N. Schmitt (éd.), *Tallinn Manual 2.0*, 2017, p.386.

³³² CDHNU, Rapport de Martin Scheinin, Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l’homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, A/HRC/6/17/Add.3, 22 novembre 2007, §8.

³³³ M. Longobardo, *op.cit.* p.216 ; D. Jinks, ‘September 11 and the Law of War’, dans *YJIL*, Vol.8 N°1, 2003, pp.38-39 ; R.S. Schondorf, ‘The Targeted Killings Judgment - a preliminary assessment’, dans *JICJ*, 2007, Vol.5 N°2, p.305.

³³⁴ CIJ, *Activités Militaires et Paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *op.cit.* note 265, pp.113-114, §218.

soit directement reliée au CAI originel³³⁵. En dépit de l'abandon des revendications de l'Égypte et de la Jordanie sur les territoires palestiniens, il est partiellement correct d'affirmer qu'aucun État n'a de prétentions territoriales sur ces derniers. Si l'on parle davantage d'autorité que d'État palestinien, l'application du PA I aux conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes³³⁶ consacré dans la Charte des Nations-Unies pourrait remettre en question l'argument d'une application des règles de CANI du simple fait de l'absence d'État revendiquant les territoires. La Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations-Unies du 24 octobre 1970³³⁷ proclamait déjà le droit de tous les peuples de déterminer librement leur statut politique, que tout État a le devoir de respecter ce droit et d'en favoriser la réalisation et que le territoire d'une colonie ou de tout autre territoire non autonome possède en vertu de la Charte un statut séparé et distinct de celui du territoire de l'État qui l'administre. Cet argument mérite cependant d'être nuancé, le PA I ne faisant - contrairement aux Conventions de Genève - pas l'objet d'une ratification universelle.

En outre, l'application des critères de détermination d'un État conformément aux règles de droit international précédemment évoquées permettrait d'aller dans le sens d'une reconnaissance de l'État palestinien, constitué d'une population (les peuples palestiniens), d'un territoire (la Cisjordanie et la bande de Gaza, envisagés séparément ou globalement en fonction de l'approche retenue³³⁸) et d'un gouvernement indépendant (l'Autorité palestinienne en Cisjordanie que constitue le Fatah, et le Hamas dans la bande de Gaza, et ce indépendamment des nombreuses qualifications non juridiques qui lui ont été attribuées³³⁹).

³³⁵ M. Milanović, *Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror: comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings case*, *op.cit.* note 108, pp.385-386 ; K. Mastorodimos, 'The Character of the Conflict in Gaza: Another Argument towards Abolishing the Distinction between International and Non-International Armed Conflicts', dans *ICLR*, Vol.12 N°4, 2010, pp.457-458 ; D. Kretzmer, 'Targeted killings of suspected terrorists: extra-judicial executions or legitimate means of defense?', *op.cit.* note 229, pp. 208-211.

³³⁶ Art. 1 PA I.

³³⁷ AGNU, Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations-Unies, Résolution 2625 (XXV) A/8082, 24 octobre 1970, préambule.

³³⁸ Voir les différents arguments précédemment avancés au sujet de la délimitation du ou des territoires palestiniens ; Y. Shany, *ibid.*, 'Faraway, so close', *op.cit.* 15-16.

³³⁹ "Qualifier de terroristes des actes de violence visant délibérément des civils ou des biens de caractère civil dans une situation de conflit armé n'a guère de sens en termes juridiques, puisque ces actes constituent déjà de graves violations du DIH", il en va de même des groupes pratiquant ces méthodes qui ne sauraient revêtir une qualification différente du fait de leur recours à des attaques terroristes : voir à ce sujet CICR, "Que dit le DIH au sujet du terrorisme ?", rubrique 'Droit international humanitaire : réponses à vos questions', 22 janvier 2015, accessible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.icrc.org/fr/document/que-dit-le-dih-au-sujet-du-terrorisme>

Et si le quatrième critère de la reconnaissance par la communauté internationale au travers de sa capacité à entrer en relation avec les autres États initialement prévu à l'article 1 de la conférence de Montevideo de 1933³⁴⁰ a formellement été écarté, la reconnaissance de l'État de Palestine par 146 pays membres de l'ONU³⁴¹ ainsi que son admission en tant qu'État observateur à l'Assemblée générale des Nations-Unies³⁴² sont autant d'éléments permettant d'incidemment concourir à cet argumentaire. Outre les méandres politiques soulevées par cette question délicate, l'argument de la durée de l'occupation prête à sourire. Bien que fondé sur une évidente réalité - l'occupation des territoires palestiniens par Israël étant en vigueur depuis 1967 - , cet argument pousserait presque à croire que la durée d'une occupation serait de nature à affecter les règles applicables aux hostilités surgissant en territoire occupé. L'occupation prolongée étant en principe contraire à l'objet et au but du Règlement de la Haye, l'application des règles de CANI du fait de la durée de l'occupation rejoindrait dans un sens l'hypothèse d'un territoire annexé sur lequel la puissance étrangère nouvellement souveraine exercerait son autorité dans les mêmes conditions qu'elle le ferait sur son propre territoire. Sans imputer aux défenseurs de cette approche l'intention d'un rapprochement douteux, il serait tout de même prudent de rappeler la distinction entre occupation et annexion. Enfin, il est au sens de l'auteur de cette étude un peu faible de se reposer sur le fait que les hostilités en cours ne soient pas reliées au CAI originel, l'une des parties aux conflits d'aujourd'hui n'étant même pas celles au conflit ayant conduit à l'établissement de l'occupation israélienne - les territoires ayant été disputés par l'Égypte, la Jordanie et Israël.

Si certains arguments à l'appui d'une application des règles de CANI méritaient d'être remis en cause, il semble en fin de compte que le champ d'application territorial de l'article 3 commun ne soit pas une frontière infranchissable de sorte que l'on ne puisse conclure à l'application des règles de CANI à un conflit opposant la puissance occupante et un GAO non affilié en territoire occupé. Cette position est d'autant plus pertinente si l'on considère le rôle de la substitution de l'autorité de la puissance occupante à celle de la puissance occupée ; de la même façon que la puissance occupante devra analyser le niveau de menace sur le territoire de la même façon que le ferait en temps normal la puissance occupée - et donc

³⁴⁰ Art. 1 Conférence de Montevideo, 1933, *op.cit.* note 317.

³⁴¹ R. Geoffroy, "Combien de pays reconnaissent désormais l'existence d'un Etat palestinien ?", Le Monde, 22 mai 2024, accessible en ligne à l'adresse suivante : https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2024/05/22/quels-pays-reconnaissent-un-etat-palestinien_6234866_4355770.html

³⁴² UN Press, "L'Assemblée générale vote à une écrasante majorité pour l'admission de l'Etat de Palestine à l'ONU et rehausse son statut d'Observateur permanent", AG/12599, 10 mai 2024, accessible en ligne à l'adresse suivante : <https://press.un.org/fr/2024/ag12599.doc.htm>

confronter la prévalence du modèle du maintien de l'ordre sur celui de la conduite des hostilités³⁴³ - , la substitution *de facto* de l'autorité en période d'occupation pousserait à considérer l'application des règles de CANI aux hostilités opposant les forces de la puissance occupante à des GAO non affiliés.

Section 2 | Multiplication des seuils et interprétations divergentes

Disposition fondamentale figurant au rang des pierres angulaires du DIH , l'article 3 commun aux Conventions de Genève instaure des garanties minimales de traitement pour les personnes privées en cas de CANI. Cependant, la notion même de "*conflit armé ne présentant pas un caractère international*" demeure floue et fait l'objet de nombreux débats, outre les discussions liées à l'aspect 'international' précédemment traitées. Cette absence de définition explicite est souvent justifiée par l'argument qu'il serait impossible de formuler une définition exhaustive et rigide qui puisse s'appliquer à la diversité des situations de violence armée sans affecter le "*champ de protection du DIH*"³⁴⁴ ; nombre d'interprétations ont ainsi été fournies, proposant des seuils divergents rendant complexe l'appréhension des règles applicables à des hostilités surgissant en territoire occupé selon l'angle ici défendu, à savoir l'application des règles de CANI.

Tel qu'il a été souligné et en interprétant l'article 3 commun, le TPIY a considéré dans son affaire *Tadić* qu'un CANI existait pour chaque situation de violence armée prolongée entre des autorités gouvernementales et des GAO ou entre de tels groupes à l'intérieur de l'État dès lors que ces violences atteignent les seuils requis d'intensité, de nature à grande échelle et de durée prolongée³⁴⁵. De son côté, le PA II trouve à s'appliquer à tous les conflits armés non couverts par le PA I se déroulant sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées ou GAO qui, "*sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent protocole*"³⁴⁶. Si certains des critères retenus par le PA II pour déterminer l'application de ses

³⁴³ M. Longobardo, *op.cit.*, p.234.

³⁴⁴ J. Pejic , 'Status of armed conflicts', dans E. Wilmshurst et Susan Breau (éds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, 2007, p. 85.

³⁴⁵ *Ibid.*, §70.

³⁴⁶ Art. 1(1) PA II.

dispositions convergent avec ceux interprétés par le TPIY, d'autres s'écartent significativement : c'est notamment le cas de la confrontation des termes 'continues' (PA II) et 'prolongées' (TPIY, *Tadić*) ainsi que du contrôle du territoire, correspondant rarement à la réalité de l'occupation où les insurgés recourent souvent aux tactiques de guérilla en se mêlant à la population, rendant difficile la cristallisation d'un contrôle régulier, alternant d'un jour à l'autre - ou du jour à la nuit pour reprendre la métaphore de la 'porte tournante'. Cette scission des seuils requis se trouve exacerbée par le Statut de Rome de la CPI, lequel requiert l'existence d'un conflit armé opposant de manière "prolongée" les forces gouvernementales et des groupes armés organisés sur le territoire d'un État³⁴⁷, reprenant l'interprétation développée par le TPIY dans *Tadić*³⁴⁸. Cette définition, en abaissant le seuil de reconnaissance d'un CANI par rapport à celui fixé par l'article 1(1) du PA II, risque de limiter le champ d'application du droit applicable aux CANI. En exigeant un caractère 'prolongé', le Statut de Rome pourrait exclure des situations de violence armée de moindre intensité ou de courte durée, tout en étant suffisamment graves pour justifier l'application des règles du DIH. Ce faisant, la référence à la durée du conflit ne permettrait pas d'inclure des actes de guerre isolés qui permettraient pourtant d'identifier de manière précoce un conflit armé, et ainsi restreindre le champ d'application des normes protectrices du DIH reviendrait à réduire la protection offerte aux victimes de ces conflits³⁴⁹. Cette question a néanmoins été réglée dans l'affaire *Haradinaj* où le TPIY a nuancé l'interprétation du terme 'prolongé' en considérant que ce critère ne se limitait pas à la durée du conflit mais devait également prendre en compte son intensité³⁵⁰. Bien que plus souple, cette interprétation ne résout pas entièrement le problème, la notion d'intensité restant difficile à cerner et à mesure de manière objective, ce qui pourrait conduire à des divergences d'appréciation entre les différents acteurs impliqués dans la qualification du conflit.

En dépit de l'interprétation fournie par le TPIY dans son affaire *Haradinaj*, les mérites de l'élément temporel 'prolongé' se doivent d'être soulevés en ce que cette disposition a pour

³⁴⁷ Art. 8(2)(f) du Statut de Rome.

³⁴⁸ Il est avancé que l'analyse du statut conduirait à conclure que la NIAC visée à l'article 8, paragraphe 2, point f), est soumise aux mêmes conditions d'application que l'article 3 commun, le législateur n'ayant pas manifesté l'intention d'instaurer une hiérarchie entre ces deux normes ; voir à ce sujet J.Pejić, 'The protective scope of Common article 3 : more than meets the eye', *op.cit.* note 311, p.193.

³⁴⁹ J.F. Quéguiner, 'Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire', dans *IRRC*, Vol. 85, N. 850, 2003, pp. 278-81; M.Sassòli, 'Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law', *op.cit.* note 324, pp. 6-7 ; A. Paulus, M. Vashakmadze, 'Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization', *op.cit.* p.106.

³⁵⁰ TPIY (ch. PI I), *Le Procureur c. Rasmus Haradinaj*, *op.cit.* note 139, §49.

objectif principal de délimiter le champ d'application des règles coutumières du DIH au-delà uniquement des strictes limites posées par l'article 3 commun aux Conventions de Genève. En conditionnant l'application des règles coutumières à l'existence d'un conflit armé prolongé, le Statut de Rome vise en effet à concilier deux objectifs : d'une part, étendre la protection offerte par le DIH aux victimes de conflits armés de faible intensité, et d'autre part, préserver le caractère minimal de l'article 3 commun s'appliquant à tous les conflits armés sans distinction. Cette approche permet ainsi d'éviter une interprétation trop extensive de l'article 3 commun, risquant de diluer son contenu normatif et de limiter son efficacité. On pourrait en effet estimer, au regard du premier objectif, que le critère de durée serait inférieur en exigence par rapport à l'intensité, notamment parce qu'il permettrait de prendre en compte des situations de calme temporaire - ce que le terme 'continues' du PA II ne permettrait pas³⁵¹.

Un souci d'objectivité pousserait à parallèlement discuter de l'interprétation du terme 'intensité', en proposant que ce dernier n'est pas nécessairement synonyme de continuité. Cela correspond à l'idée selon laquelle un conflit armé peut connaître des phases d'accalmie sans pour autant cesser d'exister ; de même qu'une occupation militaire peut être temporairement interrompue sans pour autant prendre fin - à l'image de l'exercice d'un contrôle temporaire par des forces résistantes avant l'intervention des troupes de la puissance occupante rétablissant son contrôle sur le territoire -, un conflit armé peut connaître des périodes de moindre activité sans que l'on puisse affirmer qu'il a cessé. Partant, le fait de privilégier le critère d'intensité ne garantit pas une plus grande précision dans la qualification d'un conflit armé.

La diversité de seuils prévus pour l'application des règles de CANI entre l'article 3 commun et le PA II ont conduit certains auteurs à considérer qu'il n'existait pas de concept unifié de CANI³⁵². La défense de l'application des règles de CANI à des hostilités surgissant entre les forces de la puissance occupante et des GAO non affiliés en territoire occupé interroge donc : quel seuil devrait-on retenir à l'appui de cet argumentaire ? Le seuil de l'article 3 commun tel qu'interprété dans l'affaire *Tadić* et précisées dans *Haradinaj et Boškoski et Tarčulovski* par le TPIY, celui prévu à l'article 1(1) du PA II ou bien un autre seuil, plus adapté à la réalité de

³⁵¹ A. Paulus, M. Vashakmadze, 'Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization', *op.cit.* p.118.

³⁵² Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002, pp.33-35 ; A. Paulus, M. Vashakmadze, *ibid.* p.98.

l'occupation ? Il est tout d'abord pertinent de noter que le PA II fut rarement en pratique appliqué en raison du seuil plus strict qu'il requiert, les GAO n'atteignant pas nécessairement un contrôle suffisant du territoire³⁵³. Cela est d'autant plus vrai en occupation où le contrôle n'est souvent que temporaire, et où les tactiques de guérilla ne permettent pas nécessairement l'établissement d'un contrôle tel qu'envisagé à l'article 1(1) du PA II. Et si ce dernier ainsi que l'article 3 commun présentent des seuils différents, cela ne représente en réalité pas une immense difficulté lors de la détermination du droit applicable, le PA II ne modifiant pas les conditions d'application actuelles de l'article 3 commun³⁵⁴. L'article 3 commun correspond ainsi au standard de garanties minimums qui pourront s'appliquer une fois les conditions d'organisation et d'intensité développées par le TPIY satisfaites.

La prise en compte du contexte d'occupation belligérante a poussé certains experts à avancer l'idée d'abaisser le seuil d'application de l'article 3 commun dans les territoires occupés, en particulier en modifiant le critère d'intensité³⁵⁵. Certes séduisant, l'argument souligne la réalité souvent complexe des conflits armés contemporains, où les lignes de front sont floues et où la violence peut éclater de manière imprévisible ; on verrait difficilement la puissance occupante attendre que la menace générée par les insurgés atteigne un degré d'intensité et d'organisation suffisant avant de passer du modèle du maintien de l'ordre à la conduite des hostilités. Cet abaissement permettrait ainsi à la puissance occupante d'appliquer de façon têtive les règles de CANI en raison du contexte d'occupation belligérante - dans la mesure où les hostilités sont reliées au CAI originel ou sont le fruit de l'occupation en tant que telle³⁵⁶. Cette proposition audacieuse soulève néanmoins plusieurs questions ; en premier lieu, comment définir de manière objective ce nouveau seuil d'intensité ? Une piste de réflexion pourrait se trouver dans l'article 2 commun aux Conventions de Genève, en empruntant un seuil similaire, à savoir "*tout conflit armé*". Il ne serait toutefois pas faire preuve de réalisme que de conditionner l'application des règles de CANI à tout recours à la force entre la puissance occupante et des GAO non affiliés ; cela impliquerait en effet que des actes de violence sporadiques déclenchent l'application des règles de CANI - et légitime quelque part le passage au modèle de la conduite des hostilités pour la puissance occupante - , ce qu'une situation traditionnelle hors cas d'occupation ne permettrait pas, diluant ainsi la protection

³⁵³ D. Fleck (éd.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford University Press, 2008, p.610 §1201.

³⁵⁴ Art. 1(1) PA II.

³⁵⁵ T. Ferraro, "Occupation and other Forms of Administration of Foreign Territory" (Réunion d'experts), *op.cit.* note 65, p.123

³⁵⁶ *Ibid.*

accordée par l'article 3 commun. Cette piste est donc à écarter, mais la question relative à la détermination du seuil d'intensité reste entière, le risque étant de créer une 'zone grise' où il sera difficile de déterminer si les hostilités atteignent un niveau suffisant pour déclencher l'application du DIH.

Le maintien du critère d'organisation semble de son côté plus consensuel, permettant de distinguer les CANI des simples troubles et tensions internes³⁵⁷. Cependant, l'introduction d'un nouveau critère pour qualifier un CANI est une démarche plus problématique. Multipliant les cas de figure, ce critère compliquerait davantage la qualification juridique des conflits armés et rendrait les analyses juridiques plus complexes. Il conduirait en outre à mettre en second plan le modèle du maintien de l'ordre qui serait à même de réduire certaines menaces avant qu'elles n'appellent l'application des règles relatives à la conduite des hostilités ; certains experts ont appuyé la possibilité de recourir à la force létale à titre préventif sous le modèle du maintien de l'ordre afin d'éviter l'application têtive des règles de la conduite des hostilités³⁵⁸. En dépit du fait que le modèle du maintien de l'ordre ne serait pas forcément pertinent et adapté pour réprimer et supprimer toute menace en provenance de GAO affilié, ce modèle étant conçu pour gérer des situations de troubles intérieurs où l'objectif est de rétablir l'ordre public et de protéger les civils - ce qui a conduit certains experts à s'accorder sur le fait que le DIH serait le seul à même de régir cette question³⁵⁹ - , on pourrait estimer que les standards plus stricts du DIDH permettrait davantage de protection que ceux du DIH face à un recours préventif à la force létale, de par son interprétation plus exigeante des principes de précaution, de proportionnalité, de nécessité ainsi que par l'obligation d'investigation pour chaque recours à la force qu'il requiert.

L'abaissement du seuil de l'article 3 commun n'est en somme pas totalement vide de sens mais constitue une question complexe méritant un débat approfondi. Il permet en outre une réflexion plus globale sur une prise en compte du contexte de l'occupation belligérante dans la détermination - voire l'aménagement - des règles applicables ; il n'est toutefois pas improbable que cette proposition frappe à la mauvaise porte, ignorant sans doute des clés essentielles. Il reste donc à élargir le champ d'investigation de cette étude pour englober d'autres approches, plaçant au cœur de leurs analyses la complexité du contexte d'occupation et ses implications particulières.

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ *Ibid.* p.124.

³⁵⁹ *Ibid.*

Chapitre 2 | Thèse en faveur des règles applicables au conflit armé international : entre
souhaitabilité et réalisme

Si le raisonnement plaidant en faveur de l'application des règles de CANI semblent cohérentes, elles ne restent pas pour autant pleinement satisfaisantes. Particulièrement protecteur s'agissant des modalités de permutation d'un modèle à l'autre (maintien de l'ordre *versus* conduite des hostilités), le montage artificiel ici repris reposant sur la substitution *de facto* de l'autorité ne correspond pas nécessairement à la solution la plus souhaitable, notamment en ce qu'elle semble négliger le contexte spécifique que continue de constituer l'occupation. Ses caractéristiques uniques méritent à cet égard un examen plus rigoureux s'intéressant à des approches plus protectrices plaidant pour l'application des règles de CAI, également valables pour les territoires caractérisés par une absence de souveraineté antérieure³⁶⁰ - comme l'illustre le cas des territoires palestiniens occupés. La souhaitabilité d'une extension des règles de CAI à des affrontements opposant la puissance occupante à des GAO non affiliés doit ainsi être confrontée aux limites d'une interprétation restrictive de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et à l'inconsistance d'une implication de l'article 1(4) du PA I (a), avant d'envisager une seconde approche prenant davantage en compte le contexte d'occupation belligérante en tant que tel (b).

*Section 1 | Applicabilité des règles relatives au conflit armé international : fragilité d'une
interprétation souhaitable au raisonnement imparfait*

Certaines approches précédemment mentionnées plaidant pour l'application des règles de CANI se sont confrontées à certain scepticisme, en particulier s'agissant de l'existence d'un État pour lequel se battent les insurgés en territoire occupé. Il s'agit ici de l'argument de la lutte contre les régimes racistes et coloniaux ainsi que contre les puissances occupantes dans l'exercice des droits des peuples à disposer d'eux-mêmes, central dans un raisonnement visant à défendre l'application des règles de CAI³⁶¹. La mention de l'occupation étrangère en fait une disposition particulièrement intéressante, bien que cela soit l'objet de certaines

³⁶⁰ M. Longobardo, *op.cit.* p.219.

³⁶¹ A.J. Zimmermann, 'Abiding by and Enforcing International Humanitarian Law in Asymmetric Warfare : The Case of Operation Cast Lead', dans *PYIL*, Vol.31, 2011, pp.55-57; A.J. Zimmermann, R. Geiß, 'Article 8 §2(c)-(f) : War crimes committed in an armed conflict not of an international character', dans O. Triffterer, K. Ambos (éds.), *Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary*, 3ème édition, Hart Publishing, Oxford, 2016, p.540.

controverses ; s'il a été avancé que l'article 1(4) du PA I ait été rédigé avec les situations de la Namibie et de la Palestine à l'esprit³⁶², certains auteurs ont relevé que cette disposition ne se référerait pas directement pas à l'occupation 'traditionnelle' - soit une Haute Partie contractante occupant le territoire d'une autre - , mais plutôt à une hypothèse d'occupation d'un territoire qui n'est pas encore ou complètement formé en tant qu'État³⁶³. Cela correspondrait, vraisemblablement, au cas des territoires palestiniens occupés, à la différence que le PA I ne peut trouver à s'appliquer à cette situation en raison de l'absence de ratification par Israël - cela est également valable pour la situation en Namibie, l'Afrique du Sud n'ayant pas ratifié le PA I - ainsi que des débats autour du fait de savoir si cette disposition reflète la coutume internationale. L'argument de l'inapplicabilité de l'article 1(4) à des occupations 'traditionnelles' peut partiellement se comprendre si l'on considère que la situation est déjà envisagée par l'article 2 commun aux Conventions de Genève et qu'il n'y a pas besoin de créer plusieurs corps de règles pour une situation identique - ce qui expliquerait quelque part le fait que l'article 1(4) PA I n'a jamais encore été appliqué en territoire occupé³⁶⁴. Partant, nul besoin de vérifier en situation d'occupation que la puissance ait ratifié le PA I et que les GAO aient manifesté au travers d'actes d'engagement leur acceptation des règles applicables aux CAI, il serait d'emblée possible de plaider pour l'application des règles de CAI en vertu de l'article 2 commun³⁶⁵.

L'inapplication en pratique de l'article 1(4) PA I en territoire occupé ne s'explique pas uniquement par l'existence préalable de dispositions intégrant l'occupation, mais peut en outre se justifier par le fait qu'il reste assez compliqué de déterminer l'appartenance de chaque individu à un mouvement de libération nationale - en particulier au vu des complexités liées à l'affiliation d'un individu à un groupe armé³⁶⁶. Cela signifierait qu'il faille, en complément de la distinction opérée entre GAO affiliés à la puissance occupée et GAO non affiliés, isoler les GAO affiliés (cette fois-ci le terme 'affilié' correspondant à l'idée d'un rattachement idéologique) à des mouvements de libération nationale.

³⁶² N. Ronzitti, *Le guerre di liberazione nazionale e il Diritto internazionale*, 1974, p.203.

³⁶³ Y. Sandoz et a. (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève*, 1986, §112. Voir aussi P. Bothe et W. Solf (éds.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, 1982, pp.51-52.

³⁶⁴ M. Longobardo, *op.cit.* pp.219-220.

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ M. N. Schmitt, 'The Status of Opposition Fighters in a Non-International Armed Conflict', dans K. Watkin et A. Norris (éds.), *International Law Studies*, Vol.88, p.119 ; M. Longobardo, *ibid.* p.221.

Bien que séduisante, l'approche reposant sur l'article 1(4) PA I souffre d'une inconsistance liée à l'intensité qu'il requiert. Si l'on considère l'application des règles de CAI, le seuil d'intensité permettant le basculement sous l'angle de la conduite des hostilités serait donc celui prévu à l'article 2 commun aux Conventions de Genève³⁶⁷, soit tout recours à la force armée - aucune intensité n'étant requise, seule une situation de fait est appréciée. Et pourtant, il ne fait aucun doute que les mouvements de libération nationale ne sont reconnus comme tel que par la légitimité de leur but, sans quoi ces derniers correspondraient à des GAO tombant sous le coup des règles de CANI, lesquelles prévoient un seuil d'intensité différent s'agissant des affrontements armés comme il a précédemment été évoqué. Autrement dit, il faudrait tout d'abord qualifier les affrontements de CANI au prisme du seuil d'intensité requis par l'article 3 commun tel qu'interprété par le TPIY et repris par le statut de Rome - étape préalable pour les distinguer de simples troubles intérieurs et tensions internes régies par le modèle du maintien de l'ordre - pour ensuite leur donner un caractère international du fait de la légitimité de leur but, se distinguant paradoxalement du seuil d'intensité plus faible traditionnellement admis en CAI³⁶⁸. Souffrant d'un certain nombre d'incohérences, l'argument des mouvements de libération nationale dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes tiré de l'article 1(4) du PA I ne semble donc pas le plus approprié pour défendre l'application des règles de CAI à des hostilités opposant la puissance occupante à des GAO non affiliés.

Une seconde approche se fonde davantage sur une interprétation restrictive du champ d'application géographique des règles de CANI conformément à la lettre de l'article 3 commun. Il s'agit-là d'une lecture inverse que celle proposée dans l'argumentaire orienté vers l'application des règles de CANI : selon cette approche, il est en effet considéré qu'un CANI doit naître sur le territoire d'un État partie au conflit, et peut s'étaler de sorte à mener à un conflit de nature transfrontalière. Cependant, l'occupation d'un territoire étant distinguée de son annexion, la survenance d'hostilités en territoire occupé ne correspondrait pas à cette vision, excluant selon certains auteurs l'application des règles de CANI. Les défenseurs de cette approche³⁶⁹ se fondent sur une interprétation stricte de l'article 3 commun ainsi que de

³⁶⁷ Y. Sandoz et a. (éds.), *ibid.* §§114-15 ; S. Sivakumaran, *The law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2014, p.217.

³⁶⁸ P. Benvenuti, 'Movimenti insurrezionali e Protocolli aggiuntivi alla Convenzione di Ginevra del 1949', dans *RDI*, 1981, pp.523-524.

³⁶⁹ T. Meron, 'On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument', dans *American Journal of International Law*, Vol.77 N°3, 1983, pp.589, 593 ; L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002, p.31 ; A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press, 2nd éd., 2005, p.420 ; A. Annoni, *L'occupazione hostile nel diritto internazionale*

l'article 1(1) PA II, mais également des raisonnements suivis par le TPIY dans son affaire *Tadić*, le TPIR dans son affaire *Musema*³⁷⁰ et la CPI dans son affaire *Bemba Gombo*³⁷¹, certaines codifications et pratiques onusiennes³⁷² ainsi que le commentaire des Conventions de Genève de Jean Pictet³⁷³. Bien que cette approche se justifie par une lecture littérale des dispositions pertinentes, il semble que leur interprétation actualisée³⁷⁴ n'ait été prise en compte par ses défenseurs, à tel point qu'il soit difficile de lui prêter quelconque crédit.

En outre, une frange importante de la doctrine a plaidé en faveur d'une extension du droit des CAI aux hostilités menées sur les territoires occupés entre la puissance occupante et des GAO non affiliés, et ce pour des raisons de politique humanitaire. Partagée par de nombreux spécialistes, cette approche repose sur un constat simple : les règles applicables aux CANI présentent des lacunes notables en matière de protection des civils comparativement à celles applicables aux CAI. Il est donc tentant, conformément à l'esprit du DIH tendant à atténuer les souffrances en période de conflit armé, de chercher à combler ces lacunes en appliquant un régime juridique plus protecteur comme l'exprime le premier président du TPIY, Antonio Cassese, en plaidant pour l'élargissement de la définition du CAI au-delà du paradigme

contemporaneo, Giappichelli Editore, 2012, p.235; Y. Dinstein, *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge University Press, 2nd éd., 2021, pp.24–5 ; D. Fleck, 'The Law of Non-International Armed Conflict' dans D.Fleck (éd.), *Handbook of International Humanitarian Law*, pp.584-585 ; M.M. Bradley, 'Expanding the Borders of Common Article 3 in Non-International Armed Conflicts : Amending Its Geographical Application Through Subsequent Practice?', dans *NILR*, 2017, Vol.64 N°2, p.375.

³⁷⁰ TPIR (ch.PI), *Le Procureur c. Alfred Musema*, jugement et sentence, affaire ICTR-96-13-A, 27 janvier 2000, §248.

³⁷¹ CPI (ch.PIII), *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Jugement en application de l'article 74 du Statut, affaire ICC-01/05-01/08, 21 mars 2016, §128 ; CPI (ch.PII), *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision prise en application de l'article 61(7)(a) et (b) du Statut sur les charges retenues, affaire ICC-01/05-01/08, 15 juin 2009, §231.

³⁷² Commission d'enquête sur le Liban, Rapport en application de la résolution du CDHNU S-2/1, A/HRC/3/2, 23 novembre 2006, §§ 50-62 ; M. N. Schmitt, Y. Dinstein, C. Garraway (éds.), *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary*, International Institute of Humanitarian Law, 2006, p.2.

³⁷³ J.Pictet (éd.), *Commentaire de la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 1958, p.36.

³⁷⁴ Cour suprême américaine, *Salim Ahmed Hamdan c. Donald H. Rumsfeld et a.*, *op.cit.* note 216, pp.630-631 ; L. Cameron et a. (éds), *Commentaire de la Convention I de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, *op.cit.* note 322, §477 ; CICR, Projets de Conventions révisées et nouvelles présentés à la XVIIème Conférence internationale de la Croix-Rouge, *op.cit.* note 323 ; N.Melzer, *Targeted Killings in International Law*, *op.cit.* note 182, p. 258 ; J.Pejić, 'The protective scope of Common article 3 : more than meets the eye', *op.cit.* note 311, p.200 ; M.Sassòli, 'Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law', *op.cit.* note 324, p. 8. ; A. Paulus, M. Vashakmadze, 'Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization', *op.cit.* pp.118-119 ; CDHNU, Rapport de Martin Scheinin, Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, *op.cit.* note 332, §8.

interétatique³⁷⁵ - dont l'argumentaire fût par la suite repris par la Cour suprême israélienne dans son affaire des *Assassinats ciblés*³⁷⁶.

Si l'attrait d'une telle solution est indéniable, elle soulève toutefois quelques interrogations ; le fait qu'une norme offre une protection plus élevée ne suffit pas à elle-seule à justifier une requalification juridique du conflit. La classification d'un conflit en tant que CAI ou CANI repose en effet sur des critères précis qui ne peuvent être ignorés au seul motif de rechercher une plus grande protection. Cela est d'autant plus vrai que la cristallisation de la coutume par les tribunaux pénaux internationaux ainsi que l'étude de DIH coutumier du CICR rend la question de l'insuffisance initiale des règles de CANI presque désuète³⁷⁷. Le seul cas de figure permettant de recourir à une politique générale humanitaire comme élément d'appréciation de la qualification du conflit serait celui marqué par l'absence totale de règles applicables, correspondant à la clause Martens introduite dans le préambule de la Convention II de la Haye de 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre prévoyant qu' "*en attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique*". Bien que louable, cette solution ne semble pas s'appliquer aux hostilités en territoire occupé, qui sont déjà régies par des règles spécifiques.

Les approches proposées à l'appui de l'application des règles de CAI à des hostilités opposant la puissance occupante à des GAO non affiliés restent incomplètement satisfaisantes, et appellent la présentation d'un argumentaire davantage cohérent reposant sur la prise en compte du contexte d'occupation lié au conflit armé international initial.

³⁷⁵ CASSESSE, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2nd édition, 2005, p. 420.

³⁷⁶ Cour suprême israélienne, *The Public Committee against Torture in Israel and al. v. The Government of Israel and al.*, *op.cit.* note 230, §18 ; les défauts de l'argumentation globale de la Cour faisant l'objet d'une analyse approfondie dans la prochaine section.

³⁷⁷ Y. Arai-Takahashi, *The law of Occupation : Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Humanitarian Rights Law*, *op.cit.* note 95, pp.302-303.

Section 2 | Applicabilité des règles relatives au conflit armé international résultant du contexte d'occupation

Une dernière approche postule l'application des règles de CAI à des hostilités opposant la puissance occupante à des GAO non affiliés en territoire occupé et repose sur l'idée suivante : une situation d'occupation ne peut, par essence, avoir lieu qu'à la suite d'un CAI³⁷⁸ - envisagé en quelque sorte comme une condition *sine qua non* permettant l'établissement d'une occupation. Par voie d'extension, les règles les plus appropriées seraient celles applicables en CAI, même en l'absence d'affrontements avec les troupes de la puissance occupée, l'occupation étant par ailleurs régie par la même branche du *ius in bello*³⁷⁹.

Il s'agit-là de l'approche retenue dans le rapport de la Commission publique chargée d'examiner l'incident maritime du 31 mai 2010 impliquant le Mavi-Marmara ; tout en accordant que les conflits armés opposant des parties étatiques à des GAO étaient traditionnellement gouvernés par les règles applicables aux CANI, la commission releva que cette approche ne faisait pas l'objet d'un consensus absolu, en particulier s'agissant du conflit perdurant entre Israël et le Hamas en territoire palestinien occupé pour lequel devaient s'appliquer les règles de CAI du fait de l'existence d'une situation d'occupation belligérante³⁸⁰.

Dans son affaire des *Assassinats ciblés*, la Cour suprême Israélienne reconnut semblablement l'applicabilité des règles de CAI aux affrontements opposant le Hamas et Israël³⁸¹, cette fois-ci au détour d'un étonnant raisonnement qu'il mérite d'explicitier. Outre la reconnaissance de l'existence d'un conflit armé continu depuis la première intifada - ce point étant débattu au sein de la doctrine -, la Cour vint mobiliser de façon confuse les règles applicables aux CAI lorsqu'elle releva que ces dernières s'appliquaient à tout conflit international, par exemple un conflit traversant les frontières d'un État, faisant ainsi un étrange rapprochement, ou du moins mal formulé, entre les CAI et les conflits

³⁷⁸ M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* p.224.

³⁷⁹ A. Cassese, *International Law*, *op.cit.*, p.420; Y. Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, *op.cit.* p. 100 ; K. Watkin, 'Use of force during occupation: law enforcement and conduct of hostilities', *op.cit.* p.293.

³⁸⁰ Commission Turkel, Commission publique d'examen de l'incident maritime du 31 mai 2010, Rapport Première partie, p.47, §41.

³⁸¹ Cour suprême israélienne, *The Public Committee against Torture in Israel and al. v. The Government of Israel and al.*, *op.cit.* note 230, §18.

transfrontières³⁸² - l'interprétation extensive de l'article 3 commun ayant souligné que des CANI pouvaient s'étendre au-delà des frontières d'un État ou bien naître en dehors de ces dernières. L'article 2§1 commun conditionne en effet l'application des Conventions de Genève à un conflit interétatique, et non à un conflit transfrontière. Cette confusion est d'autant plus surprenante que la Cour suprême israélienne n'avait jusqu'alors pas qualifié le conflit israélo-palestinien, en se contentant seulement d'appliquer le droit de l'occupation belligérante et les règles de DIH³⁸³. Certains auteurs étaient mêmes allés jusqu'à interpréter ses précédents jugements comme qualifiant implicitement la situation de CANI, et il aurait davantage été probable qu'elle justifie l'application des règles de CAI par la démonstration d'un contrôle global exercé par un État tiers ou bien par la reconnaissance de la poursuite par le peuple palestinien d'une lutte de libération nationale dans l'exercice des peuples à disposer d'eux-mêmes - ce dernier argument étant en réalité peu pertinent, Israël n'ayant pas ratifié le PA I. Le recours à l'argument d'un conflit transfrontière pour justifier l'application des règles de CAI laisse à croire que la Cour estime que tout conflit surgissant en territoire occupé est qualifié de CAI, ce qui au vu des précédents développements semble un peu faible. La fragilité de cette argumentation se trouve en outre exacerbée par le recours à une seule référence doctrinale à son appui, celle de Cassesse, lequel affirme qu'un conflit armé qui se déroule entre une puissance occupante et des groupes rebelles ou insurgés en territoire occupé constitue un CAI³⁸⁴.

Outre l'astucieuse démarche de la Cour, s'appuyant sur l'un des experts des pétitionnaires plaidant devant cette dernière la reconnaissance de l'absence d'un conflit armé³⁸⁵, la seule référence doctrinale ne convainc pas totalement en particulier face à l'examen des arguments ayant poussé Cassesse à considérer l'application des règles de CAI à des affrontements entre la puissance occupante et la des GAO non affiliés en territoire occupé. Il invoque en premier lieu le fait qu'un CANI se caractérise par l'existence d'un conflit armé entre les forces d'une Haute Partie contractante et des GAO sur son territoire, ce qui n'est pas le cas en situation d'occupation³⁸⁶. Ici, tant l'interprétation extensive de l'article 3 commun que l'argument de la substitution d'autorité de la puissance occupante à celle de la puissance

³⁸² *Ibid.* ; M. Milanović, 'Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror: comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings case', *op.cit.* note 108, p.385.

³⁸³ M. Milanović, *ibid.* p.384 ; voir par exemple Cour Suprême israélienne, *Mara'abe c. Le Premier ministre d'Israël*, HCJ 7957/04, 15 septembre 2005.

³⁸⁴ A. Cassesse, *International Law*, 2005, *op.cit.* p. 420, cité dans Cour suprême israélienne, *The Public Committee against Torture in Israel and al. v. The Government of Israel and al.*, *op.cit.* §18.

³⁸⁵ M. Milanović, 'Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror', *op.cit.* p.385.

³⁸⁶ A. Cassesse, *International Law*, 2005, *op.cit.* p. 420.

évincée précédemment évoquée conduiraient à remettre en cause la position de Cassese. En second lieu, l'argument de la perpétuelle recherche d'une plus grande protection conformément à l'esprit du DIH³⁸⁷, bien que souhaitable sur le plan humanitaire, ne constitue pas en tant que tel une démonstration juridiquement recevable. Troisièmement, Cassese avance que le droit de l'occupation est régi non seulement par le Règlement de la Haye mais aussi par le CG IV³⁸⁸ ; il serait à son sens illogique de considérer que les affrontements entre les forces de la puissance occupante et des GAO affiliés en territoire occupés soient régis par les règles applicables aux CANI tout en appliquant les dispositions des Conventions de Genève qui, précisément, ne s'appliquent pas en CANI - sans préjudice des dispositions de l'article 3 commun.

Ce dernier point a concentré un certain nombre de critiques tenant à l'interprétation d'une approche fragmentée à laquelle s'est livrée la CIJ dans son affaire *Nicaragua*, selon laquelle plusieurs conflits armés de typologie différentes peuvent coexister sur un même territoire³⁸⁹. On pourrait ainsi très bien dire que l'application de la CG IV ne serait pas incompatible avec la reconnaissance d'une application des règles de CANI, comme l'illustre l'occupation anglo-américaine de l'Irak gouvernée par le droit de l'occupation tel qu'issu du règlement de la Haye de 1907 et où les affrontements entre les forces occupantes et les groupes insurgés étaient analysés comme des CANI³⁹⁰. Bien que pertinente en la matière, les implications de l'approche fragmentée restent à nuancer ; il a en effet été avancé que l'ensemble des insurgés en territoire occupé combattant la même puissance occupante, il y avait lieu d'appliquer à ces affrontements les règles de CAI³⁹¹, et ce sans préjudice de l'approche fragmentée suggérée par l'avis consultatif du *Mur palestinien*. Si la CIJ a estimé que pouvaient coexister plusieurs conflits armés de typologie différente sur un même territoire, il est trop souvent oublié qu'un CANI peut être caractérisé par des affrontements entre deux GAO sur un même territoire³⁹².

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ *Ibid.* ; La CIJ dans son avis consultatif du *Mur* ayant reconnu l'application de la CG IV aux hostilités survenant en territoire palestinien occupé malgré l'argument avancé par Israël selon lequel le territoire n'était pas reconnu comme souverain avant son annexion par la Jordanie et l'Égypte et n'était donc pas en ce sens le territoire d'une Haute Partie contractante au regard de la CG IV ; CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *op.cit.* pp.173-177, §§90, 93 et 101. Voir aussi A. Paulus, M. Vashakmadze, 'Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization', *op.cit.* p.113.

³⁸⁹ CIJ, *Activités Militaires et Paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *op.cit.* note 265, §219, raisonnement repris par TPIY, ChA., *Le Procureur c. Duško Tadić*, 15 juillet 1999, *op.cit.* note 266, §84.

³⁹⁰ M. Milanović, 'Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror', *op.cit.* p.386 ; Y. Arai-Takahashi, *The law of Occupation : Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Humanitarian Rights Law*, *op.cit.* note 95, pp.303-304.

³⁹¹ K. Watkin, 'Use of force during occupation: law enforcement and conduct of hostilities', *op.cit.* p.292.

³⁹² M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* p.228.

Il serait ainsi possible d'interpréter l'approche fragmentée comme reconnaissant, dans le cas d'un territoire occupé, la possibilité d'un CAI opposant la puissance occupante aux forces de la puissance occupée ainsi qu'à des GAO non affiliés et, en parallèle, la possibilité d'un CANI opposant deux GAO non affiliés entre eux. Cette hypothèse trouve à s'illustrer dans le cas palestinien, au travers des affrontements entre le Hamas et le Fatah depuis 2006 constituant un CANI³⁹³, ainsi que le cas iraquien, où les affrontements entre la puissance occupante et des GAO non affiliés seraient ainsi à distinguer des affrontements interethniques ou interreligieux tels que ceux opposant les Turkmènes et les Kurdes d'Iran, ou bien encore entre les milices chiïtes et sunnites³⁹⁴. Le revirement opéré par les chambres préliminaires de la CPI³⁹⁵ permettent par ailleurs d'étayer cette interprétation de l'approche fragmentée ; après avoir reconnu l'application des règles de CAI à tout conflit surgissant en territoire occupé, même entre GAO, les chambres préliminaires dans leurs affaires *Katanga*³⁹⁶ et *Lubanga*³⁹⁷ ont finalement écarté cette conclusion en relevant qu'un CANI pouvait coexister avec un CAI, illustrant que l'approche fragmentée ne vise pas nécessairement la coexistence de conflits armés impliquant tous au moins une partie étatique, mais peut très bien renvoyer à la coexistence d'un CAI et d'un CANI entre GAO non affiliés seulement.

Certains auteurs³⁹⁸ ont en outre souligné la difficulté de relier le conflit armé actuel au CAI initial dans le cas spécifique des territoires palestiniens occupés. Il est indéniable que toute occupation suppose initialement un CAI et, quelque part, que le conflit continue de perdurer pour que l'occupation persiste. Et pourtant, les traités de paix conclus entre Israël, l'Égypte et la Jordanie au lendemain de la guerre des 6 jours témoignent que le CAI initial serait a priori terminé³⁹⁹. Il s'agit là en réalité d'une situation toute particulière, caractérisée par une occupation prolongée d'un territoire sans souverain évincé, la Jordanie et l'Égypte ayant renoncé à leurs revendications sur le territoire en reconnaissant le droit à l'autodétermination des peuples palestiniens. Il semble que le droit international n'avait pas prévu la survenance

³⁹³ *Ibid.* p.229.

³⁹⁴ Y. Arai-Takahashi, 'The law of Occupation : Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Humanitarian Rights Law', *op.cit.* note 95, pp.303-304.

³⁹⁵ CPI (Ch.prél.I), *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *op.cit.* note 82, §220 ; CPI (Ch.prél.I), *Le Procureur c. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, *op.cit.* note 83, §240.

³⁹⁶ CPI (ch. PII), *Le Procureur c. Germain Katanga*, jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 20 mars 2014, §1226.

³⁹⁷ CPI (ch. PI), *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 18 mars 2012, §563.

³⁹⁸ M. Milanović, 'Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror', *op.cit.* p.384 ; A. Paulus, M. Vashakmadze, 'Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization', *op.cit.* p.113.

³⁹⁹ M. Milanović, *ibid.* p.384.

d'hostilités prolongées dans un territoire occupé dont l'origine est déconnectée du CAI originel avec la Jordanie et l'Égypte⁴⁰⁰ ; la guerre de 1967 étant terminée, certains auteurs ont avancé que même les deux intifadas devraient être déconnectées du conflit armé initial, et donc que le simple fait qu'une occupation belligérante soit exercée par Israël sur les territoires palestiniens n'était pas de nature à suggérer l'application des règles de CAI. Dans son affaire des *Assassinats ciblés*, la Cour suprême israélienne semble partiellement se détacher du lien des hostilités en cours avec le conflit armé initial, se penchant davantage sur l'argument d'un conflit armé continu lorsqu'elle exprime que "*le point de départ général et fondé sur des principes est qu'entre Israël et les diverses organisations terroristes actives en Judée, en Samarie et dans la bande de Gaza, une situation continue de conflit armé existe depuis la première intifada*"⁴⁰¹. Et pourtant, la UN Inquiry Commission a de son côté remis en cause la nature prolongée des violences armées entre la première intifada et la seconde, ainsi que pendant cette dernière⁴⁰². Sans imputer à la Cour suprême israélienne un raisonnement qu'elle n'ait explicitement reconnu adopter, il semblerait à première vue qu'elle ne cherche non plus à relier les conflits actuels au CAI originel, mais à les envisager comme le fruit d'une occupation qui, par essence, résulte d'un CAI.

Un changement de paradigme est ici nécessaire afin de compléter les arguments visant à défendre l'application des règles de CAI plutôt que de celles de CANI à des affrontements opposant la puissance occupante à des GAO non affiliés⁴⁰³. Le CANI repose sur l'idée d'un conflit interne à un État, où l'État conserve son pouvoir souverain et son droit de punir les infractions ; or, dans une situation d'occupation, la puissance occupante exerce un pouvoir d'autorité sur le territoire occupé, mais n'en est pas le souverain. Par conséquent, lui attribuer un *ius puniendi* illimité reviendrait à lui conférer une souveraineté qu'elle ne possède pas et à porter atteinte aux droits fondamentaux des populations civiles⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ M. Milanović, *ibid.*

⁴⁰¹ Cour suprême israélienne, *The Public Committee against Torture in Israel and al. v. The Government of Israel and al.*, *op.cit.* §16.

⁴⁰² Commission des droits de l'homme des Nations unies, Question de la violation des droits de l'homme dans les territoires arabes occupés, y compris la Palestine : Rapport de la Commission d'enquête sur les droits de l'homme, UNDOC E/CN.4/2001/121, §§39-40.

⁴⁰³ La question n'étant pas tant, comme le souligne D. Akande, de chercher à savoir quel est le type de conflit entre la puissance occupante et les GAO, mais plutôt de chercher à savoir quel droit s'applique aux actes d'une puissance occupante en territoire occupé ; D. Akande, 'Classification of Armed Conflicts : Relevant Legal Concepts', dans E. Wilmhurst (éd.), *International Law and the Classification of Conflicts* (OUP 2012) Chapter 3, Oxford Legal Studies Research Paper N°50/2012, p.47.

⁴⁰⁴ M. Longobardo, *The Use of Force in Occupied Territory*, *op. cit.* pp.226-227.

En outre, l'application des règles du CANI dans un contexte d'occupation soulève des questions cruciales concernant le statut des combattants⁴⁰⁵. La puissance occupante, qui n'a pas de souveraineté sur le territoire, ne peut prétendre à déterminer la légitimité d'un combattant : c'est là toute la différence avec un conflit interne, où l'État souverain est normalement compétent pour régler le statut des combattants. Il a été avancé que c'est précisément pour pallier ces lacunes que le Règlement de la Haye, les Conventions de Genève et les Protocoles additionnels ont conféré à la puissance occupante des pouvoirs spécifiques en matière de maintien de l'ordre et de répression des infractions. Ce rajout de pouvoirs punitifs au travers des instruments précités est donc révélateur : si les affrontements opposant la puissance occupante à des GAO non affiliés en territoire occupé étaient de nature non internationale, le rajout de pareilles dispositions n'aurait pas eu lieu d'être, la souveraineté de l'Etat permettant par essence d'exercer son *ius puniendi*⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ *Ibid.* p.227.

⁴⁰⁶ *Ibid.* pp.227-228.

Conclusion

Partout où se porte la réflexion, la casuistique ramène toujours au constat selon lequel l'occupation se situe à mi-chemin entre la paix et la guerre. Plus que purement descriptive, il s'agit-là d'une véritable formule concentrée illustrant les difficultés - et pourtant l'impératif - de cette conciliation. L'occupation belligérante est ainsi l'arène au sein de laquelle se frictionnent les points de contact entre le droit de l'occupation, particulièrement protecteur de par les obligations qu'il impose à la puissance occupante au profit des populations qu'il administre, et la conduite des hostilités, soucieuse de la préservation de la nécessité militaire. En tant que situation peu ordinaire et pour ces raisons, la conduite des hostilités en territoire occupé ne peut entièrement ignorer le contexte d'occupation belligérante, et se voit à certains égards influencée dans son interprétation par le droit de l'occupation comme voie de compromis.

En raison d'une large diversité de menaces sécuritaires en territoire occupé à laquelle est exposée la puissance occupante, l'un de ces premiers points de contacts réside dans la détermination des règles de permutation du modèle de maintien de l'ordre à celui de la conduite des hostilités. La théorie du saut offre à cet égard une piste intéressante pour déterminer le moment où les hostilités en territoire occupé justifient un passage du modèle du maintien de l'ordre à celui de la conduite des hostilités, présentant l'avantage de préserver la spécificité des hostilités tout en évitant une extension abusive du modèle de la conduite des hostilités. Néanmoins, en l'absence de critères explicites dans le droit de l'occupation, cette théorie demeure une solution pragmatique plutôt qu'une solution juridique formellement établie, mais dont les difficultés pourraient être surmontées en se fondant sur la substitution de l'autorité de la puissance occupante à celle de la puissance occupée déductible de l'article 43 du Règlement de la Haye. Partant, ce procédé conduirait à préserver le *statu quo* entre le modèle du maintien de l'ordre et celui de la conduite des hostilités traditionnellement observable en dehors des cas d'occupation, de telle sorte que ni le contexte d'occupation belligérante ni le droit de l'occupation en tant que tel n'influence la permutation des paradigmes dans la poursuite d'une protection accrue au profit des populations.

Les précédents développements mettent toutefois en lumière que le contexte d'occupation belligérante exerce en pratique une influence significative sur les interactions entre la

puissance occupante et la population locale, brouillant les frontières entre les modèles du maintien de l'ordre et de la conduite des hostilités ; la priorité accordée à la sécurité et le besoin de maintenir l'ordre dans un environnement instable poussent souvent la puissance occupante à adopter des mesures qui s'apparentent davantage à des opérations militaires qu'à des actions de police, une tendance renforcée lorsque les mêmes forces sont chargées à la fois du maintien de l'ordre et de la conduite des hostilités. Néanmoins, au-delà des dérives comportementales de la puissance occupante liées au contexte d'occupation belligérante, l'application simultanée du DIH et du DIDH tend à renforcer la protection à l'égard des populations en encadrant davantage le recours à la force armée de la puissance occupante. Si l'intégration des normes du DIDH dans le DIH participe indéniablement à ce but, elle risque dans un même temps de nuancer les spécificités de chaque régime juridique ; bien que séduisante, cette véritable transplantation normative peut conduire à une confusion entre les deux régimes et à une dilution des standards spécifiques du DIH en matière de conduite des hostilités en imposant un lourd fardeau à la puissance occupante. La préservation de la nécessité militaire invite ainsi à la sauvegarde des standards du DIH encadrant la conduite des hostilités en territoire occupé ; une prise en compte du contexte d'occupation et des obligations à la charge de la puissance occupante conduirait néanmoins à défendre une interprétation des traités de DIH à la lumière du DIDH en préservant la spécificité du premier sur le deuxième. Si la transplantation du langage du DIDH dans le champ du DIH serait même de façon générale attrayante, cela est d'autant plus vrai dans le contexte spécifique de l'occupation belligérante ; il ne s'agit pas tant de l'exclure au vu des résultats excessifs de la Cour suprême israélienne dans son affaire des *Assassinats ciblés*, mais davantage d'y trouver un équilibre, préservant la règle prioritaire que continue de constituer le DIH en temps de guerre tout en poursuivant l'intégration du DIDH comme véritable clé de lecture.

N'ignorant pas les difficultés résultant d'affrontements entre la puissance occupante et des forces insurgées en territoire occupé, une confrontation des seuils de contrôle établis par le TPIY et par la CIJ avec la réalité de l'occupation et l'asymétrie des forces en présence pousse à s'interroger sur la pertinence du test d'appartenance à une partie au conflit en vigueur. Insatisfaisant et peu incitatif en raison du seuil élevé requis, le contrôle global comme permettant de déterminer l'appartenance de parties au conflit pourrait, en occupation, être supplanté par une approche novatrice et davantage inclusive reposant sur l'accord tacite ou relation *de facto*. Risquant de recevoir les foudres des Hautes Parties contractantes ne

souhaitant pas étendre si promptement la reconnaissance du statut de combattant à des insurgés, cette approche solidement justifiée invite en substance à examiner de près les motivations, intentions et actions concrètes du groupe armé, ainsi que la réaction de l'État auquel il est présumé appartenir ; intégrant une analyse plus holistique des relations entre groupes armés et parties étatiques ou puissances évincées, cette approche se propose ainsi comme le fruit d'une prise en compte de l'occupation belligérante, rendant davantage attractif pour les insurgés le respect des conditions cumulatives de l'article 4A(2) de la CG III - dont le respect des lois et coutumes de guerre ne devrait à priori pas être négligé.

C'est probablement face à des affrontements opposant la puissance occupante à des GAO non affiliés que les implications de l'occupation belligérante sur la conduite des hostilités se fait le plus ressentir - ou du moins en matière de détermination du droit applicable à des hostilités surgissant en territoire occupé, la détermination de l'appartenance pour les GAO affiliés ne représentant pas le même niveau de difficulté. Répondant aux enjeux contemporains du développement des conflits armés transnationaux, une extension du champ d'application territorial de l'article 3 commun ne serait pas vide de sens face à des affrontements avec des GAO non affiliés ; on verrait mal quelle justification apporter à l'application des règles de CAI à un conflit n'ayant d'international que sa dimension extraterritoriale, entraînant paradoxalement la reconnaissance du statut de combattant à des GAO. Il s'agirait-là d'une situation difficilement acceptable pour les États qui seraient alors tenus de conférer le statut de prisonnier de guerre à des insurgés tombés en leur pouvoir, légitimant en cela leur participation aux hostilités - et quelque part leur cause -, pourtant le privilège des États. Et pourtant, l'intégration du contexte d'occupation belligérante et du droit de l'occupation, sous-tendue par une approche humaniste et davantage protectrice, pousse à défendre l'application des règles de CAI à des affrontements opposant la puissance occupante à des GAO même non affiliés. Reposant sur le fait qu'une occupation ne peut par essence avoir lieu qu'à la suite d'un CAI, l'approche que défend l'auteur de cette étude trouve une justification cohérente dans l'octroi spécifique et révélateur de pouvoirs de *ius puniendi* par le Règlement de la Haye et les Conventions de Genève, dont l'étendue ne saurait être illimitée de sorte à permettre à la puissance occupante de déterminer la légitimité d'un combattant, ce qui reviendrait à conférer à la puissance occupante une souveraineté qu'elle ne possède.

Si une puissance belligérante est limitée dans son action militaire par les lois et coutumes de la guerre, cela est ainsi d'autant plus vrai en territoire occupé. Les débats récents au regard de la campagne militaire israélienne en cours dans la bande de Gaza à la suite des attaques du 7 octobre n'ont fait qu'accentuer le besoin d'une clarification des interactions entre le droit de l'occupation et la conduite des hostilités de par la confusion qu'ils ont parfois engendré ; une fois plongé dans l'exploration des interactions conceptuelles entre ces deux paradigmes, l'analyse cette fois pratique de la situation en cours dans la bande de Gaza, à la lumière des précédents développements et de l'avis consultatif de la CIJ du 19 juillet 2024, offre à l'*avenir* d'intéressantes perspectives d'étude et à l'*humanité* de biens tristes jours.

Déclaration Finale

Je déclare sur l'honneur que ce travail de recherche est le fruit d'un travail personnel et que je n'ai ni contrefait, ni falsifié, ni copié tout ou partie de l'œuvre d'autrui afin de la faire passer pour mienne. Toutes les sources d'information utilisées (supports papiers, audiovisuels et numériques) et les citations d'auteur ont été mentionnées conformément aux usages en vigueur. Je suis conscient que le fait de ne pas citer une source ou de ne pas la citer clairement et complètement est constitutif de plagiat, que le plagiat est considéré comme une faute grave au sein de l'Université et qu'il peut être sévèrement sanctionné.

Paris, le 22/08/2024

Arthur Vitteaux-Favreau