



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droits de l'homme et droit humanitaire

Dirigé par M. le Professeur Sébastien Touzé

2016

***La sphère d'application commune du
droit international des droits de l'homme
et du droit de l'occupation militaire***

Aurélien Godefroy

Sous la direction de M. le Professeur Sébastien Touzé

TABLE DES MATIERES

Table des matières.....	I
Liste des abréviations.....	II
Sommaire.....	IV
Introduction.....	p. 1
PARTIE I. LA SPHERE D'APPLICATION COMMUNE AU DROIT DE L'OCCUPATION MILITAIRE ET AU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME.....	p. 13
CHAPITRE 1. LES ELEMENTS D'INCLUSION DU DROIT DE L'OCCUPATION MILITAIRE ET DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME DANS LA SPHERE D'APPLICATION COMMUNE.....	p. 13
CHAPITRE 2. LES ELEMENTS D'EXCLUSION DU DROIT DE L'OCCUPATION MILITAIRE OU DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME DE LA SPHERE D'APPLICATION COMMUNE.....	p. 63
PARTIE II. LA MODULATION DE L'INTENSITE D'APPLICATION DU DROIT DE L'OCCUPATION MILITAIRE ET DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME.....	p. 103
CHAPITRE 1. LA MODULATION DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ETAT PAR L'EFFET D'ELEMENTS JURIDIQUES.....	p. 103
CHAPITRE 2. LA MODULATION DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ETAT DANS CERTAINES SITUATIONS JURIDIQUES.....	p. 126
Conclusion générale.....	p. 152
Références bibliographiques.....	I

LISTE D'ABREVIATIONS

A.J.I.L.	American Journal of International Law
A.S.I.L.	American Society of International Law
APC	Autorité provisoire de la Coalition en Irak
CADH	Convention américaine des droits de l'homme
CAT	Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants
CDH	Comité des droits de l'homme des Nations Unies
CDI	Commission du droit international
CED	Convention contre les disparitions forcées
CERD	Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale
CG	Convention(s) de Genève
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de justice
CoDESC	Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies
COE	Conseil de l'Europe
Com. ADHP	Commission africaine des droits de l'Homme et de peuples
Com. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Com. IADH	Commission interaméricaine des droits de l'homme
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
Cour IADH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPI	Cour pénale internationale
C.U.P.	Cambridge University Press
DADDH	Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme
DIDH	Droit international des droits de l'homme
DIH	Droit international humanitaire
ECOSOC	Comité économique et social des Nations-Unies
EI	Organisation de l'Etat islamique
E.J.I.L.	European Journal of International Law
E.H.R.L.R.	European Human Rights Law Review
GC	Grande Chambre
GOR	Groupement opérationnel des forces russes dans la région transnistrienne de la Moldova
HCJ	Haute Cour de Justice d'Israël
H.R.L.R.	Human Rights Law Review

HRW	Human Rights Watch
Isr.L.Rev.	Israel Law Review
Int. L. Stu.	International Law Studies
IRA	Armée républicaine irlandaise
LJ	Lord Justice
OAS	Organisation des Etats Américains
ONG	Organisation non-gouvernementale
O.U.P.	Oxford University Press
NU	Nations Unies
PA	Protocole(s) additionnel(s)
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
PKK	Parti des travailleurs du Kurdistan
RDC	République démocratique du Congo
R.B.D.I.	Revue belge de droit international
R.I.C.R.	Revue internationale de la Croix-Rouge
RHK	République du Haut-Karabakh
RMT	République moldave de Transnistrie
RTCN	République turque de Chypre du nord
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
UNCAT	Comité contre la torture des Nations Unies
VRS	Armée des serbes de Bosnie

SOMMAIRE

PARTIE I. LA SPHERE D'APPLICATION COMMUNE AU DROIT DE L'OCCUPATION MILITAIRE ET AU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME.....	p. 13
CHAPITRE 1. LES ELEMENTS D'INCLUSION DU DROIT DE L'OCCUPATION MILITAIRE ET DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME DANS LA SPHERE D'APPLICATION COMMUNE.....	p. 13
Section 1. La nature extraterritoriale du droit de l'occupation militaire et l'applicabilité extraterritoriale du droit international des droits de l'homme.....	p. 16
§1. La nature intrinsèquement extraterritoriale de l'occupation militaire.....	p. 16
§2. L'affirmation prétorienne de la portée extraterritoriale du droit international des droits de l'homme : interprétation de la notion de juridiction.....	p. 17
A. Le caractère polysémique de la notion de « juridiction » : l'absence de « sens ordinaire ».....	p. 17
1. La « juridiction » en droit international public classique : ensemble de règles permettant de définir la portée spatiale de l'ordre juridique interne des Etats.....	p. 17
2. Le deuxième sens de la notion de « juridiction » : compétence d'un organe pour connaître d'un différend.....	p. 18
3. La notion de « juridiction » en droit international des droits de l'homme : exercice d'un pouvoir de fait	p. 19
B. L'affirmation de la portée extraterritoriale des obligations relatives aux droits de l'homme dans la jurisprudence des organes de protection des traités.....	p. 22
1. Applicabilité extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme : une affirmation précoce fondée sur l'objet et le but du traité.....	p. 22
2. Applicabilité extraterritoriale de la Convention américaine des droits de l'homme et de la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme : une affirmation fondée sur le principe de non-discrimination et l'universalité des droits de l'homme.....	p. 23
3. Applicabilité extraterritoriale du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : une affirmation fondée sur une lecture disjonctive de la clause de juridiction.....	p. 25
4. Applicabilité extraterritoriale de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants : une affirmation fondée sur la notion de « territoire ».....	p. 26
Section 2. Les critères d'applicabilité communs au droit de l'occupation et au droit international des droits de l'homme.....	p. 27
§1. Élément de rattachement juridictionnel spatial et définition du territoire occupé : les éléments constitutifs communs.....	p. 28
A. Le contrôle sur un territoire étranger : un critère d'applicabilité commun au droit de l'occupation militaire et au droit international des droits de l'homme.....	p. 28
1. Origine et affirmation du modèle spatial de juridiction en droit international.....	p. 28
a. L'existence de liens forts entre la notion de « juridiction » et celle de « territoire ».....	p. 28
b. L'affirmation de l'élément de rattachement spatial dans la jurisprudence relative aux droits de l'homme.....	p. 29
2. L'article 42 du Règlement de La Haye de 1907 et la notion de « contrôle effectif » sur un territoire.....	p. 30
B. Élément de rattachement spatial et définition de l'occupation militaire : mise en perspective des éléments constitutifs communs.....	p. 31

1. L'indifférence quant à la taille et au statut du territoire susceptible d'être contrôlé.....	p. 32
2. La durée du contrôle exercé sur le territoire : la possibilité d'un contrôle temporaire.....	p. 35
3. La présence de forces armées sur le territoire étranger.....	p. 36
a. La présence de forces armées : une exigence commune au droit de l'occupation militaire et au droit international des droits de l'homme.....	p. 36
b. La prise en considération des « missions actives » des forces armées par la Cour européenne des droits de l'homme n'exclut pas le droit de l'occupation de la sphère d'application commune.....	p. 40
c. Le nombre de forces armées nécessaire pour contrôler un territoire : une évaluation qualitative.....	p. 41
4. « Autorité » au sens de l'article 42 du RH et « pouvoirs publics » ou « prérogatives de puissances publiques » au sens du droit international des droits de l'homme : deux concepts synonymes.....	p. 42
§2. Utilisation de l'élément de rattachement juridictionnel personnel dans les territoires occupés : applicabilité commune certaine.....	p. 45
A. La consolidation jurisprudentielle de rattachement: autorité, contrôle ou pouvoir sur un individu.....	p. 45
1. Le système européen de protection des droits de l'homme.....	p. 45
2. Le système interaméricain de protection des droits de l'homme.....	p. 48
3. Les organes des traités onusiens.....	p. 49
B. Le raisonnement circulaire de l'élément de rattachement personnel : le fait internationalement illicite comme élément déclencheur des obligations internationales de l'Etat.....	p. 50
§3. Des bénéficiaires du droit de l'occupation militaire et du droit international des droits de l'homme identiques : un individu sous la juridiction de la Puissance occupante est nécessairement « au pouvoir » de celle-ci.....	p. 51
A. Signification et fonction de l'expression « au pouvoir » en droit international humanitaire.....	p. 52
B. Un individu sous la juridiction spatiale de la Puissance occupante est nécessairement « au pouvoir » de celle-ci.....	p. 52
C. Un individu sous la juridiction personnelle de la Puissance occupante est nécessairement « au pouvoir » de celle-ci.....	p. 53
Section 3. L'exportation directe des obligations internationales de l'Etat dans les territoires occupés au travers des organes de jure de l'Etat : des critères d'attribution identiques.....	p. 53
§1. L'attribution du comportement des organes de l'Etat.....	p. 53
A. La formulation de la règle en droit international de la responsabilité.....	p. 53
B. L'incorporation de la règle d'attribution du comportement des agents de l'Etat dans le droit international humanitaire.....	p. 53
1. L'attribution des actes des forces armées de l'Etat, application particulière de l'article 4 des Articles de la Commission du droit international.....	p. 54
2. L'attribution des actes du personnel civil de l'Etat.....	p. 54
3. L'attribution des omissions des organes de l'Etat.....	p. 55
C. L'incorporation de cette règle dans la jurisprudence des organes de protection des droits de l'homme.....	p. 55

§2. L'attribution du comportement d'une personne ou d'une entité habilitée par l'Etat à exercer des prérogatives de puissance publique.....	p. 57
A. La formulation de la règle en droit international de la responsabilité.....	p. 57
B. L'incorporation de cette règle d'attribution dans le droit international humanitaire coutumier.....	p. 58
C. L'incorporation de cette règle dans la jurisprudence des organes de protection des droits de l'homme.....	p. 58
§3. L'attribution du comportement d'un organe mis à la disposition de l'Etat par un autre Etat.....	p. 58
A. La formulation de la règle en droit international de la responsabilité.....	p. 59
B. L'interprétation conforme au droit international de la responsabilité des organes de protection des droits de l'homme.....	p. 59
C. L'absence de référence à cette règle en droit international humanitaire coutumier : recours au droit international « plus général ».....	p. 60
§4. L'inclusion des actes commis <i>ultra vires</i>	p. 61
A. La formulation de la règle en droit international de la responsabilité.....	p. 61
B. La reprise de ce principe en droit international humanitaire.....	p. 61
C. La reprise de ce principe en droit international des droits de l'homme.....	p. 61
CHAPITRE 2. LES ELEMENTS SUSCEPTIBLES D'EXCLURE LE DROIT DE L'OCCUPATION MILITAIRE ET LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME DE LA SPHERE D'APPLICATION COMMUNE.....	p. 61
Section 1. La limitation de la portée extraterritoriale du droit international des droits de l'homme.....	p. 62
§1. La limitation du champ d'application spatiale du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : interprétation conjonctive de la notion de juridiction.....	p. 63
§2. La limitation du champ d'application spatiale des traités régionaux : la théorie de l'« espace juridique ».....	p. 64
A. La formulation de la théorie de l'« espace juridique ».....	p. 64
B. La limitation spatiale des instruments régionaux à l'épreuve de l'universalisme des droits de l'homme.....	p. 65
C. Application extraterritoriale des droits de l'Homme et obligation de « respecter les lois en vigueur dans le pays » découlant du droit de l'occupation militaire : la question de l'impérialisme des droits de l'Homme.....	p. 67
D. Abandon de la théorie de l'« espace juridique » et raisonnement circulaire : la détermination de l'« espace juridique » d'application des instruments régionaux au travers de la notion de juridiction.....	p. 69
Section 2. Les éléments de dissociation entre les critères d'applicabilité du droit de l'occupation militaire et du droit international des droits de l'homme.....	p. 69
§1. Les facteurs de dissociation de la définition de l'occupation militaire et l'élément de rattachement spatial.....	p. 70
A. Occupation militaire sans exercice de juridiction spatiale : l'inapplicabilité du droit international des droits de l'homme.....	p. 70
1. Capacité de la Puissance occupante à exercer l'autorité en droit de l'occupation militaire et exercice de pouvoirs publics en droit international des droits de l'homme : facteur d'exclusion du droit international des droits de l'homme ?.....	p. 70
a. La capacité à exercer l'autorité au sens de l'article 42 du Règlement de La Haye suffit à déclencher le droit de l'occupation militaire.....	p. 70

b. La capacité à exercer l'autorité au sens de l'élément de rattachement spatial suffit-elle à déclencher l'application du droit international des droits de l'homme ?.....	p. 73
2. La limitation de l'élément de rattachement spatial à une durée de contrôle minimum.....	p. 75
3. La qualification par le Conseil de sécurité des Nations Unies d'une situation d'« occupation militaire » ne répondant pas aux critères du modèle spatial de juridiction.....	p. 76
B. Exercice de juridiction spatiale sans occupation militaire : la question du consentement à l'occupation.....	p. 76
§2. L'élévation du seuil d'application de l'élément de rattachement personnel : vers une applicabilité commune circonstanciée ?.....	p. 77
A. La limitation du modèle personnel de juridiction aux actes non-instantanés.....	p. 78
B. La limitation du modèle personnel de juridiction à l'exercice « absolu et exclusif » du pouvoir : confusion entre « attribution » et « juridiction » ?.....	p. 79
C. L'inclusion d'éléments juridiques dans la notion de « juridiction » : la limitation du modèle personnel de juridiction au contrôle exercé dans des endroits spécifique ou par des agents spécifiques.....	p. 79
D. La limitation du modèle personnel de juridiction aux comportements directs, importants et prévisibles.....	p. 80
§3. L'exclusion catégorielle du statut de personne protégée : l'inapplicabilité du droit de l'occupation militaire à certains individus.....	p. 82
A. L'exclusion des personnes protégées par le Conventions de Genève I, II et III.....	p. 82
B. Les personnes ayant prêté allégeance à certains Etats.....	p. 82
Section 3. L'exportation indirecte des obligations internationales de l'Etat dans les territoires occupés au travers d'acteurs non-étatiques : des critères d'attribution distincts.....	p. 83
§1. L'attribution à l'Etat du comportement d'acteurs non-étatiques agissant sous sa direction ou son contrôle.....	p. 84
A. La formulation de la règle en droit international de la responsabilité et le critère du « contrôle effectif ».....	p. 84
B. Droit international humanitaire : adoption du critère du « contrôle global » aux dépens du critère du « contrôle effectif ».....	p. 85
1. L'adoption du critère du « contrôle global » en raison du caractère trop strict du critère du « contrôle effectif ».....	p. 85
2. La compromission de la qualification d'ensemble du conflit armé par l'application du critère du « contrôle effectif ».....	p. 86
3. La nécessité d'adopter un seul et même critère pour l'attribution d'un fait internationalement illicite et la qualification d'ensemble du conflit armé.....	p. 87
C. L'interprétation protéiforme et chaotique de la jurisprudence internationale relative aux droits de l'homme.....	p. 88
1. Le refus opposé par la Cour européenne des droits de l'homme d'étudier si l'Etat exerce « en réalité dans le détail un contrôle sur la politique et les actions » de l'entité non-étatique.....	p. 88
2. L'affaire <i>Jaloud</i> et le rejet du critère du « contrôle global ».....	p. 90
3. La jurisprudence contradictoire des organes des traités.....	p. 90
§2. L'attribution à l'Etat du comportement d'acteurs non-étatiques qu'il reconnaît et adopte comme étant le sien.....	p. 91

A. La formulation de la règle en droit international de la responsabilité et son interprétation par la Cour internationale de justice.....	p. 92
A. La conformité du droit international humanitaire au droit international de la responsabilité.....	p. 92
B. La non-conformité du droit international des droits de l'homme au droit international général.....	p. 92
§3. L'attribution à l'Etat du comportement de ses organes <i>de facto</i>	p. 93
A. La formulation de la règle par la Cour internationale de justice au travers du critère du lien de « totale dépendance ».....	p. 93
B. Droit international humanitaire : adoption du critère du « contrôle global » et rejet du critère du lien de « totale dépendance » par le Comité international de la Croix-Rouge.....	p. 94
1. Le critère du lien de « totale dépendance » : un niveau de preuve trop exigeant.....	p. 94
2. L'intérêt de la notion d'organe de facto en droit des conflits armés : l'attribution « en bloc » des comportements.....	p. 94
C. L'attribution du comportement des « administrations locales subordonnées » en droit international des droits de l'homme : adoption d'un seuil supérieur au « contrôle global » mais inférieur au seuil du lien de « totale dépendance ».....	p. 95
1. Le refus initial d'examiner le soutien de l'Etat sponsor à l'entité non-étatique.....	p. 95
2. L'avènement des critères de l'« autorité effective », de l'« influence décisive » et de l'impossibilité pour l'entité non-étatique de « survivre sans le soutien militaire, économique, financier et politique » de l'Etat sponsor.....	p. 96
3. L'affaire <i>Chiragov</i> et le critère de la « haute intégration » : un critère en-deçà du « lien de totale dépendance ».....	p. 97
4. Le point commun avec le droit international humanitaire : attribution « en bloc » des comportements de l'administration locale subordonnée.....	p. 98
§4. Droit international des droits de l'homme : vers un critère d'attribution basé sur la complicité ?.....	p. 99
Conclusion de la première partie.....	p. 102
PARTIE II. LA MODULATION DE L'INTENSITE D'APPLICATION DU DROIT DE L'OCCUPATION MILITAIRE ET DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME.....	
CHAPITRE 1. LA MODULATION DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ETAT PAR L'EFFET D'ELEMENTS JURIDIQUES.....	
Section 1. Les clauses de dérogation et de limitation en droit de l'occupation militaire et en droit international des droits de l'homme.....	
§1. L'influence mutuelle des clauses de dérogation du droit international des droits de l'homme et du droit de l'occupation militaire.....	
A. Les clauses de dérogation du droit international des droits de l'homme à l'épreuve de l'occupation militaire.....	p. 104
1. Analyse comparative des clauses de dérogation aux traités relatifs aux droits de l'homme.....	p. 104
a. Les conditions matérielles de dérogation aux traités.....	p. 104
b. Les obligations internationales auxquelles il peut être dérogé.....	p. 105
c. Les conditions formelles de dérogation aux traités.....	p. 105

2. Les clauses de juridiction peuvent-elles être déclenchées dans les situations d'occupation militaire ?.....	p. 106
a. La portée extraterritoriale des clauses de dérogation.....	p. 106
b. Les évènements pouvant survenir en territoires occupés menacent-il la «survie de la nation » ?.....	p. 109
3. L'incohérence systémique résultant de la dérogation de l'Etat à ses obligations et de l'obligation de respecter les traités en vigueur sur le territoire de l'Etat occupé.....	p. 111
B. La dérogation au droit de l'occupation militaire par accord spécial.....	p. 112
C. Le renvoi croisé des clauses de sauvegarde aux dérogations des obligations internationales.....	p. 113
1. Le droit de l'occupation militaire comme standard minimum applicable en cas de dérogation au droit international des droits de l'homme dans les situations d'occupation militaire.....	p. 113
2. La dérogation au droit de l'occupation militaire par l'imposition d'un standard de protection individuelle supérieur issu du droit international des droits de l'homme.....	p. 114
§2. Les influences mutuelles des clauses de limitation du droit international des droits de l'homme et du droit de l'occupation militaire.....	p. 114
A. Les clauses de limitation en droit de l'occupation militaire et en droit international des droits de l'homme.....	p. 115
B. Les clauses de dérogation à l'épreuve du caractère extraterritorial de l'occupation militaire.....	p. 115
C. Les influences mutuelles du droit de l'occupation et du droit international des droits de l'Homme eu égard aux limitations.....	p. 117
1. Limitation des droits de l'homme sur la base du maintien de l'ordre public et obligation de restaurer et maintenir l'ordre public en droit de l'occupation.....	p. 117
2. Sécurité publique et sécurité de la Puissance occupante.....	p. 117
Section 2. Les limitations et les dérogations au droit de l'occupation militaire et au droit international des droits de l'homme par le Conseil de sécurité des Nations-Unies.....	p. 118
§1. La valeur normative des résolutions prises sur la base du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies et les limites à l'action du Conseil de sécurité.....	p. 118
A. La prévalence des résolutions du Conseil de sécurité en cas de conflit d'obligation avec d'autres normes internationales.....	p. 119
B. Les limites à l'action du Conseil de sécurité.....	p. 119
1. Limitation interne à l'action du Conseil de sécurité : les dispositions de la Charte des Nations Unies.....	p. 119
2. Limitation externe à l'action du Conseil de sécurité : les normes impératives du droit international.....	p. 121
§2. La modulation des obligations de l'Etat par l'effet des résolutions du Conseil de sécurité prises sur la base du Chapitre VII.....	p. 121
A. Les normes du droit de l'occupation militaire et du droit international des droits de l'homme limitant l'action du Conseil de sécurité.....	p. 121
B. Deux exemples de limitation du droit de l'occupation et du droit international des droits de l'homme par l'effet de résolutions du Conseil de sécurité : l'occupation de l'Irak.....	p. 123
1. La résolution 1483 autorisant la réforme des institutions économiques irakiennes : la dérogation aux obligations relatives au droit de l'occupation.....	p. 123

2. La résolution 1546 et l'internement préventif: la dérogation aux obligations relatives aux droits de l'homme.....	p. 124
CHAPITRE 2. LA MODULATION DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ETAT DANS CERTAINES SITUATIONS JURIDIQUES.....	p. 126
Section 1. La modulation des obligations de l'Etat dans la phase d'invasion et les phases post-occupation.....	p. 126
§1. La modulation des obligations découlant du droit de l'occupation militaire et du droit international des droits de l'homme à la phase d'invasion.....	p. 126
A. La dissociation du seuil d'application du Règlement de La Haye de 1907 et du seuil d'application de la quatrième Convention de Genève : applicabilité de certaines obligations à la phase d'invasion.....	p. 126
1. La référence aux « Territoires occupés » dans le titre de la Section III ne permet pas de déroger au champ d'application normal de la quatrième Convention de Genève.....	p. 127
2. L'objet et le but de la quatrième Convention de Genève : la protection maximale des civils dans les conflits armés.....	p. 128
3. La pratique des Etats et du Comité international de la Croix-Rouge et la jurisprudence internationale.....	p. 128
4. La modulation des obligations de l'Etat dans la phase d'invasion: une approche fonctionnelle dictée par le principe d'effectivité.....	p. 131
B. Elément de rattachement spatial et élément de rattachement personnel : deux seuils d'application différents permettant l'applicabilité de certaines obligations à la phase d'invasion.....	p. 132
1. Convention européenne des droits de l'homme : l'impossibilité d'adopter une approche fonctionnelle de l'élément de rattachement spatial en raison de l'application de la « totalité des droits matériels » du traité.....	p. 132
2. Applicabilité de certaines obligations à la phase d'invasion en cas de recours à l'élément de rattachement personnel.....	p. 133
§2. La modulation des obligations découlant du droit de l'occupation militaire et du droit international des droits de l'homme dans la phase post-occupation.....	p. 134
A. La détermination de la fin de l'application du droit de l'occupation.....	p. 134
1. La fin de l'occupation selon le Règlement de La Haye.....	p. 135
2. La fin de l'occupation selon la quatrième Convention de Genève et le premier Protocole additionnel.....	p. 135
B. La modulation des obligations de l'Etat dans la phase de retrait des troupes et la notion de responsabilités résiduelles.....	p. 138
1. L'applicabilité de certaines obligations à la phase de retrait des troupes.....	p. 138
a. L'applicabilité de certaines obligations de la quatrième Convention de Genève à la phase de retrait des troupes.....	p. 138
b. L'application de certaines obligations du droit international des droits de l'homme au travers de l'élément de rattachement personnel.....	p. 139
2. Les responsabilités résiduelles de la Puissance occupante.....	p. 139
Section 2. Les obligations internationales de l'Etat à l'épreuve de la réalité conflictuelle et extraterritoriale de l'occupation militaire.....	p. 141
§1. Les obligations internationales applicables en toutes circonstances.....	p. 141
A. Les obligations positives et négatives du droit de l'occupation militaire.....	p. 142
B. Les obligations négatives du droit international des droits de l'homme.....	p. 142

§2. L'atténuation de certaines obligations positives découlant du droit international des droits de l'homme dans les situations d'occupation militaire.....	p. 143
A. Fondement et typologie des obligations positives.....	p. 144
B. L'influence de la réalité conflictuelle de l'occupation militaire sur les obligations positives de l'Etat découlant du droit international des droits de l'homme.....	p. 145
1. Les obligations positives attachées aux obligations négatives : une applicabilité pleine et entière ?.....	p. 146
2. Obligations positives à effet horizontal : vers un seuil d'application nécessitant un contrôle sur le territoire ?.....	p. 146
3. Obligations positives à effet horizontal et obligation de rétablir et d'assurer l'ordre et la vie publics en droit de l'occupation militaire.....	p. 150
Conclusion de la seconde partie.....	p. 151
Conclusion générale.....	p. 152

L'occupation militaire se caractérise par l'instauration d'un régime d'exception se substituant à l'Etat de droit et provoquant bien souvent la naissance d'un haut degré d'arbitraire dans la relation entre la Puissance occupante et les populations vivant sous l'occupation. En effet, l'occupation militaire « est souvent synonyme d'agression et d'oppression »² : l'Etat vaincu ne peut plus assurer le bien-être des populations anciennement soumises à sa juridiction, qui se retrouvent à la merci des forces d'occupation. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'expression « malheur aux vaincus ». Que peut le droit face à de telles situations ?

En l'absence de mécanisme de mise en œuvre, l'application du droit de l'occupation militaire repose sur la bonne volonté de l'occupant : si celui-ci se refuse à l'appliquer, les individus se retrouvent privés de protection juridique. Cependant, cette critique souvent formulée à l'endroit du droit des conflits armés en général et du droit de l'occupation militaire en particulier doit être relativisée : les individus peuvent porter leur cause devant des *forums* internationaux, constitués par d'autres traités que ceux relatifs au droit international humanitaire (ci-après : « DIH »). En effet, après la seconde guerre mondiale, l'internationalisation des droits de l'homme est allée de pair avec l'instauration d'organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels³ devant lesquels les individus peuvent agir contre l'Etat sous la juridiction duquel ils se trouvent. Ces organes n'interviennent que de façon subsidiaire, c'est-à-dire en cas de carence de l'Etat. L'on voit immédiatement l'intérêt de ces recours individuels en cas d'occupation militaire : il s'agit souvent du dernier recours pour les populations vivant sous l'occupation.

Les organes de protection des droits de l'homme se retrouvent donc confrontés à ces situations d'exception qui s'écartent largement des affaires qu'ils étudient « dans le cadre de [leur] compétence classique »⁴ et posent de grands défis. John P. Clark relève avec éloquence que

« (...) la tâche consistant à expliquer l'intervention d'un Etat dans les affaires d'un autre Etat est rarement simple et donne presque toujours lieu à controverse (...) Il est particulièrement difficile de rester objectif devant des éléments de preuve contradictoires (...) Les conclusions que l'on en tire risquent d'être hypothétiques, partiales et complexes et, par conséquent, de ne pas être pleinement satisfaisantes. Il y a davantage de chances qu'elles débouchent sur la description grossière d'un épisode complexe plutôt que sur l'explication "scientifique" d'un fait de société particulier »⁵.

Le fait que les organes de protection des droits de l'homme se saisissent d'affaires relatives à l'occupation militaire transforme les juges des droits de l'homme en arbitres des conflits armés, et, par

¹ « Malheur aux vaincus ! », Titus LIVIUS, *Histoire de Rome depuis sa fondation (Ab Urbe Condita Libri)*, livre 5, p. 48.

² A. ROBERT, « What is military occupation? », *British Yearbook of International Law*, vol. 55, 1984, p. Cité dans l'opinion dissidente de M. le Juge KOOJIMANS, sous l'arrêt *RDC c. Ouganda*. Voir CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, CIJ Recueil 2005, p. 153, note 6 (ci-après : affaire *RDC c. Ouganda*).

³ Quelques précisions terminologiques : de façon générale, les organes de surveillance de l'application des traités relatifs aux droits de l'homme sont soit des juridictions soit des quasi-juridictions. L'expression « organes des traités » se réfère aux quasi-juridictions onusiennes (également appelés « les Comités »). L'expression « organe d'interprétation » est plus large : elle englobe des acteurs qui, sans être des juridictions ou des quasi-juridictions sont compétents pour interpréter les traités (c'est le cas, notamment, du Comité international de la Croix-Rouge (ci-après : « CICR ») pour le DIH).

⁴ Opinion en partie concordante de Mme la Juge ZIEMELE sous l'arrêt *Chiragov*, §2. Voir Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après : « Cour EDH »), [GC], affaire *Chiragov et autres c. Arménie*, arrêt sur le fond du 16 juin 2015, req. n°13216/05.

⁵ J. P. CLARK, « Explaining Ugandan Intervention in Congo: Evidence and Interpretations », *The Journal of Modern African Studies*, vol. 39, 2001, p. 262.

conséquent, en arbitres de l'une des prérogatives régaliennes les plus jalousement gardées par les Etats : le pouvoir de déclarer la guerre et de conclure la paix. L'aspect politique de ce phénomène est exacerbé par la « mise hors-la-loi de la guerre » dans la Charte des Nations Unies⁶. De fait, «[l']occupation» a (...) acquis une connotation péjorative et, en conséquence, les occupants tendent à préférer des euphémismes pour décrire leur position »⁷. Ainsi, les Etats nient la situation⁸ et collaborent rarement avec les organes de protection des droits de l'homme, qui, disposant de moyens d'enquête très limités, se reposent sur les quelques preuves rapportées par les requérants et les organisations non-gouvernementales (ci-après : « ONG ») tiers intervenantes.

Un bref aperçu de la multitude d'affaires qu'ont eu à connaître les organes de protection des droits de l'homme en lien avec des conflits armés permet de visualiser le borbier géopolitique dans lequel se retrouvent ces organes. Pêle-mêle, l'on retrouve : l'occupation du nord de Chypre par la Turquie ; l'occupation d'Haïti par les Etats-Unis ; les bombardements de l'OTAN en Serbie sans autorisation de la communauté internationale ; l'arrestation d'individus en Afghanistan et leur transfert vers Guantanamo ; la situation transnitrienne ; l'invasion par les Etats-Unis et les Caraïbes de Grenada ; l'occupation controversée de l'Irak par les forces de la coalition sans caution de la part de la communauté internationale, et l'arrestation du dictateur déchu Saddam Hussein qui a contesté la légalité de son arrestation devant la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après : « Cour EDH ») ; l'occupation prolongée de la Palestine par Israël ; les conflits de la région des grands lacs ; le conflit « gelé » du Haut-Karabakh, etc. D'autres affaires sont encore pendantes devant les organes de protection, tels que le conflit gelé de l'Ossétie du sud et de l'Abkhazie opposant la Géorgie et la Russie, et le très récent conflit est-ukrainien opposant la Russie et l'Ukraine sur fond de velléités séparatistes. Par ailleurs, il ne fait nul doute que les frappes aériennes des Etats de la coalition en Syrie auront un jour des retombées judiciaires⁹.

L'appréhension de situations d'occupation militaire par les organes de protection des droits de l'homme ne porte pas que sur des considérations de « politique judiciaire » mais soulève également une question juridique majeure : quel est, du droit de l'occupation militaire et du droit international des droits de l'homme (ci-après : « DIDH »), le droit applicable ?

Ainsi, les conflits dont les organes de protection ont à connaître laissent apparaître un autre conflit, celui-ci normatif : deux normes provenant de deux « ensembles juridiques »¹⁰ différents donnent des solutions contradictoires, bien qu'appliquées à un même ensemble factuel. Ces dernières années, la doctrine s'est largement penchée sur les conflits normatifs pouvant émerger entre les normes du DIH et du DIDH et sur les modes de résolution de ces conflits. Cependant, l'applicabilité des ensembles juridiques desquels découlent les normes en conflit est souvent passée sous silence. Cette assertion vaut autant pour le droit de l'occupation que pour le DIDH. En droit de l'occupation, « l'attention que

⁶ L'art. 2, §4 de la Charte des Nations Unies, adoptée à San Francisco le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945 (ci-après : « la Charte des Nations Unies » ou « la Charte ») pose le principe du non-recours à la force et se lit comme suit: « Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ».

⁷ Eyal BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, 1993, p. 212. Cité dans l'opinion dissidente de M. le Juge Koojimens sous l'arrêt *RDC c. Ouganda*, *op. cit.* note 2.

⁸ Il semble que de toutes les occupations contemporaines, seuls Israël pour les territoires palestiniens occupés et le Royaume-Uni et les Etats-Unis pour l'Irak ont reconnu l'application du droit de l'occupation à leur situation.

⁹ Pour une étude anticipative des conséquences des bombardements des Etats de la coalition anti-ISIS en Irak, voir M. RAMSDEN, «British Air Strikes against ISIS in Syria: Legal Issues under the European Convention on Human Rights», *E.H.R.L.R.*, 2016, issue 2.

¹⁰ Le terme « ensemble juridique » est utilisé pour ne pas trancher la question de savoir si le droit de l'occupation militaire et le DIDH sont des « systèmes juridiques » ou des « ordres juridiques », question qui va bien au-delà du sujet présenté ici.

suscite [cette branche du droit] (...) a essentiellement porté sur les règles de fond (...) plutôt que sur les questions relatives (...) aux critères qui définissent l'occupation »¹¹. De la même façon, l'on se contente en DIDH d'affirmer que cet ensemble et le DIH « sont complémentaires et ne s'excluent pas l'un l'autre »¹², ou encore que « la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé »¹³, sans étudier en profondeur les critères d'applicabilité du DIDH. C'est précisément ce sur quoi porte l'analyse proposée ici : il ne sera pas question de conflits normatifs entre règles de fond, mais sur l'étape préliminaire, nécessaire à l'émergence de tels conflits, à savoir *l'existence d'une sphère d'application commune au droit de l'occupation militaire et au droit international des droits de l'homme*.

A titre liminaire, notons qu'il existe un point commun fondamental entre le droit de l'occupation militaire et le DIDH, sans lequel l'analyse qui suit serait vaine : tous deux ont vocation à régir la relation verticale existant entre l'Etat et l'individu – entre l'administration et les administrés –, et, partant, participent au phénomène que Theodor Meron nomme « l'humanisation du droit international »¹⁴.

Tant le droit international des droits de l'homme que le droit de l'occupation militaire échappent à la conception classique du droit international, selon laquelle les obligations d'un Etat ont pour corollaire les droits d'un autre Etat. Le DIDH ne présente aucun caractère synallagmatique, puisqu'il énonce les obligations internationales des Etats vis-à-vis des individus, ces derniers étant « titulaires des droits garantis »¹⁵ par le traité. Le DIDH régit donc la *relation verticale* entre l'individu et l'Etat. Comme le relève Dario Campanelli, le DIDH est

« (...) a relatively recent body of rules, which aims to be general and universal and has an important specific characteristic, namely the "vertical" nature of the legal relationships, with the state on the one hand and the people under its jurisdiction on the other. This is a unique phenomenon in an international system governed by rules that are quintessentially intergovernmental (and therefore "horizontal") »¹⁶.

Pour Léa Raible, les droits de l'homme « constrain and channel the power of [public] institutions if and when the necessary institutions are themselves a threat to the individuals they are supposed to protect »¹⁷. Les droits de l'homme sont donc une *limite au pouvoir public*. Par conséquent, les droits de l'homme ont pour objet de réguler la *relation de pouvoir* entre l'Etat et l'individu, et plus précisément de contenir tout arbitraire susceptible de se développer au sein de cette relation. L'objet et le but des traités relatifs aux droits de l'homme est donc de préserver la dignité humaine dans la relation, par définition asymétrique, entre l'Etat et l'individu.

¹¹ CICR, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport, XXXIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, octobre 2011, 31C/11/5.1.2, p. 31.

¹² Comité des droits de l'Homme (ci-après : « CDH »), *Observation générale No. 31 – La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte*, adoptée le 29 mars 2004, U.N. Doc. CCPT/C/21/Rev.1/Add.13, §10. Italiques ajoutés.

¹³ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans les territoires palestiniens occupés*, avis consultatif, *Recueil C.I.J. Recueil 2004* (ci-après : « avis sur le Mur »), §106. Voir également CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *CIJ Recueil 1996* (ci-après : « avis sur la Licéité »), p. 240, §25 : « (...) la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre (...) ».

¹⁴ T. MERON, *The Humanization of International Law*, The Hague Academy of International Law Monograph, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2006.

¹⁵ CDH, *Observation générale No. 31*, *op. cit.* note 12, §9.

¹⁶ D. CAMPANELLI, «The law of military occupation put to the test of human rights law», *R.I.C.R.*, vol. 90, 2008, p. 665.

¹⁷ L. RAIBLE, «The Extraterritoriality of the ECHR: Why *Jaloud* and *Pisari* Should be Read as Game Changers», *E.H.R.L.R.*, issue 2, 2016, p. 166.

Concernant le droit de l'occupation militaire, le caractère vertical de la relation qu'il régle n'est pas manifeste de prime abord. Cet ensemble juridique est très ancien : sa première tentative de codification remonte à la Conférence internationale de la Paix de 1874, tenue à Bruxelles. Cependant, pour des raisons politiques, le projet de Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre¹⁸ supposé y être conclu ne fut pas ouvert à ratification. Le premier instrument international régulant les lois et coutumes de la guerre sur terre remonte à la Deuxième Conférence internationale de la paix de 1907¹⁹ : il s'agit du règlement de La Haye annexé à la quatrième convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Sa troisième section, intitulée « De l'autorité militaire sur le territoire de l'Etat ennemi », traite de l'occupation de guerre. Le RH règlementait tout autant la relation verticale entre l'Etat et l'individu que la relation horizontale « Etat-Etat ». Autrement dit, les intérêts protégés des abus de la Puissance occupante étaient autant ceux de l'Etat que ceux des individus. Néanmoins, il existe une certaine protection verticale des intérêts, ce qui pousse certains auteurs à affirmer que « le droit de l'occupation militaire naît avec une vocation "droit-de-l'hommiste" *ante litteram* »²⁰. L'adoption de la CG IV témoigne d'un changement de paradigme : première convention à protéger les populations civiles dans les conflits armés, elle ne tend qu'à « atténuer les souffrances engendrées par la guerre »²¹. La CG IV va se concentrer quasi-exclusivement sur la relation entre l'Etat et l'individu. Comme le relève la Cour internationale de justice,

« [a]lors que les rédacteurs du règlement de La Haye de 1907 s'étaient préoccupés tout autant de préserver les droits de l'Etat dont le territoire est occupé que de protéger les populations vivant sur ce territoire, les auteurs de la quatrième convention de Genève ont cherché à assurer la protection des personnes civiles en temps de guerre indépendamment du statut des territoires occupés (...) »²².

Certes, certaines réminiscences du droit international classique peuvent être trouvées dans la CG IV, notamment à l'article 4²³, mais cette convention traite essentiellement de la protection des intérêts des individus. Le PA I²⁴ va aller plus loin dans la protection des individus, quitte à reprendre directement des normes de DIDH²⁵.

¹⁸ Conférence de Bruxelles de 1874, *Projet de Déclaration internationale concernant les lois et les coutumes de la guerre*, adoptée à Bruxelles le 27 août 1874, Actes de la Conférence de Bruxelles, Bruxelles, F.Hayez, 1874, pp. 297-305 et pp. 307-308 (ci-après : « Déclaration de Bruxelles »).

¹⁹ Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, signé à La Haye le 18 octobre 1907, entré en vigueur le 26 janvier 1910 (ci-après : « RH »).

²⁰ D. CAMPANELLI, «The law of military occupation... », *op. cit.* note 16, p. 320. Notons que le terme « droit-de-l'hommiste » reflète ici la protection juridique de l'individu vis-à-vis de l'Etat.

²¹ Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, adoptée le 12 août 1949 à Genève, entrée en vigueur le 21 octobre 1950 (ci-après : « CG IV »), art. 13.

²² CIJ, Avis sur le *Mur*, *op. cit.* note 13, §95.

²³ Le paragraphe 2 de l'art. 4 se lit comme suit : « Les ressortissants d'un état qui n'est pas lié par la Convention ne sont pas protégés par elle. Les ressortissants d'un état neutre se trouvant sur le territoire d'un état belligérant et les ressortissants d'un état co-belligérant ne seront pas considérés comme des personnes protégées aussi longtemps que l'Etat dont ils sont ressortissants aura une représentation diplomatique normale auprès de l'Etat au pouvoir duquel ils se trouvent ». La référence aux Etats neutres et aux Etats cobelligérants montre clairement la prise en compte des intérêts de l'Etat, qui peut prévaloir ici sur l'intérêt de l'individu en fonction des relations qu'entretient l'Etat neutre ou cobelligérant avec l'Etat belligérant.

²⁴ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, adopté à Genève le 8 juin 1977, entré en vigueur le 7 décembre 1978 (ci-après : « PA I »).

²⁵ Voir, en ce sens, l'art. 75 du PA I qui reprend les standards internationaux du droit à un procès équitable.

Dans le droit de l'occupation, l'on retrouve donc « des rapports horizontaux entre États » et « un rapport intra-étatique entre l'État occupant et la population civile de l'État occupé »²⁶. Dans cette deuxième relation « s'établit un rapport vertical entre "administrateurs" et "administrés" qui devrait être caractérisé par des normes et des principes valables en temps de paix »²⁷. Les « principes valables en temps de paix » font bien sûr référence au DIDH. Cette assertion montre la proximité qu'entretiennent les deux ensembles juridiques.

L'un des aspects de la régulation de la relation « Etat-individus » est que tant le droit de l'occupation militaire que le DIDH sont des régimes qui visent spécialement à régler la conduite des *Etats*. En effet, l'application du régime de l'occupation militaire naît en général d'un CAI, ce qui suppose l'existence d'un « recours à la force armée *entre Etats* »²⁸. En ce sens, un groupe armé non-étatique ne sera jamais considéré comme une « Puissance occupante » au sens du DIH. La lettre de l'article 2 commun aux CG est sans équivoque : celles-ci s'appliqueront « en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant *entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes* (...) ». De plus, d'un point de vue politique, il est impensable que les Etats reconnaissent par voie conventionnelle la possibilité que des groupes armés non-étatiques occupent une partie de leur territoire, de la même façon qu'ils se refusent à reconnaître le statut de combattant aux membres de groupes armés non-étatiques, et donc leur droit de participer aux hostilités²⁹. A l'instar du statut de prisonnier de guerre, le droit de l'occupation est donc l'un des rares corps de règles du DIH à échapper à la dynamique de rapprochement entre le droit des CAI et le droit des CANI. Dans la même veine, le DIDH ne s'applique qu'aux Etats, malgré quelques incitations doctrinales à repenser ce postulat³⁰. Cette constatation est importante : si les *destinataires des normes* n'étaient pas les mêmes, étudier l'applicabilité commune du droit de l'occupation et du DIDH serait en partie limitée.

A ce stade, il convient de poser une distinction fondamentale qui fonde l'étude que nous proposons ici : il existe, d'un côté, deux *ensembles juridiques* potentiellement applicables, et, de l'autre côté, deux catégories de *normes juridiques* ayant pour vocation de réguler des situations particulières (par exemple, les conditions suivant lesquelles un Etat peut détenir un individu). Les conflits normatifs auquel nous faisons référence plus haut ne concernent que les normes juridiques et non les ensembles juridiques que sont le droit de l'occupation militaire et le DIDH³¹. Ainsi, contrairement à ce qui est soutenu par certains Etats, le droit de l'occupation militaire et le DIDH ne sauraient entretenir de relation d'exclusion mutuelle : les conditions d'application de chacun des ensembles juridiques sont

²⁶ A. BECKER, « Les dilemmes de la protection des civils des territoires occupés : l'exemple précurseur de la Première Guerre mondiale », *R.I.C.R.*, vol. 94, 2012, p. 61.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ci-après : « TPIY »), *Le Procureur c. Dusko Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, IT-94-1 (ci-après : « l'Appel *Tadic* »), §70. Certaines situations d'occupations naissent cependant sans invasion préalable. L'exemple de la Namibie est parlant : cet Etat, sous mandat sud-africain, n'a jamais été envahi par les forces armées sud-africaines, puisque ces forces étaient présentes sur le territoire avec le consentement de la Namibie. C'est lorsque la Namibie a retiré son consentement à la présence de ces forces armées, qui sont restées nonobstant l'absence de consentement du souverain territorial que l'occupation a commencé.

²⁹ L'art. 43, §2 du PA I, relatif aux CAI, n'est pas équivoque non plus sur l'identité des individus ayant le droit de participer aux hostilités : « *Les membres des forces armées d'une Partie à un conflit* [donc, dans ce cas, d'un Etat] (autres que le personnel sanitaire et religieux visé à l'art. 33 de la IIIe Convention) sont des combattants, c'est-à-dire ont le droit de participer directement aux hostilités ».

³⁰ A. CLAPHAM, « Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations », *R.I.C.R.*, vol. 88, 2006, pp. 491-523.

³¹ En ce sens, voir R. KOLB et S. VITE, *Le droit de l'occupation militaire. Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruylant, 2009.

totalemment indépendantes les unes des autres. En d'autres termes, il est infondé de soutenir que lorsque l'un des régimes s'applique, l'autre ne s'applique pas³².

En revanche, il est possible qu'une norme juridique en exclue une autre, par son caractère plus spécial, sa valeur supérieure dans la hiérarchie des normes (si tant est qu'il y en ait une en droit international) ou en raison de son adoption ultérieure à celle d'une autre norme. Ainsi, s'il est aujourd'hui certain que « la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé »³³, y compris en cas d'occupation militaire, il est absolument infondé juridiquement d'énoncer que le DIH constitue la *lex specialis* du DIDH dans les situations de conflit armé. En ce sens, l'assertion de la Cour internationale de justice (ci-après : « CIJ ») selon laquelle le juge, lorsqu'il est saisi d'une situation de conflit armé, doit « prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*³⁴, le droit international humanitaire »³⁵, est fâcheuse et sert de fondement à des raisonnements tendancieux. Un régime juridique ne peut être « plus spécial » qu'un autre, seule une *norme juridique* peut l'être, puisqu'il n'existe pas de *conflit normatif* à proprement parler entre deux ensembles juridiques. Le conflit normatif n'émerge que lorsque deux ensembles juridiques différents sont applicables et que les normes qu'ils contiennent donnent des solutions opposées à une même situation factuelle. Comme le relève Martti Koskeniemi, il existe un conflit normatif lorsque des normes portent sur la « même matière », et le fait de classer un instrument international dans une catégorie particulière (« droit commercial », « droit de l'environnement », « droits de l'homme », « droit des conflits armés », etc.) n'a « aucune valeur normative en soi »³⁶. En ce sens, « il s'agit simplement d'étiquettes informelles censées décrire les instruments en fonction des intérêts ou des objectifs politiques en jeu »³⁷. Si l'on réglait les conflits normatifs au travers de la classification – dont il n'existe au demeurant aucune règle en droit international – d'un traité dans une catégorie particulière, cela ne se ferait qu'au travers de « critères arbitraires entre les intérêts pertinent et ceux qui ne le sont pas »³⁸ : le militaire choisirait d'appliquer le droit des conflits armés alors que le juriste d'ONG choisirait d'appliquer le DIDH. Dès lors, il y a « identité de matière » – et donc conflit normatif – « lorsque deux règles ou ensembles de règles différents sont invoqués par rapport à la même matière ou que, en d'autres termes, tels qu'ils sont interprétés, les traités pertinents semblent pointer dans des directions différentes *une fois appliqués par une partie* »³⁹. Il existe donc deux étapes dans le raisonnement juridique : l'applicabilité d'un traité et l'application d'une norme. Le conflit normatif n'émerge qu'une fois qu'un traité est considéré comme applicable.

³² Classiquement, il est soutenu que le DIDH ne s'applique qu'en temps de paix et le DIH qu'en temps de guerre. La pratique internationale va largement à contre-courant de cette assertion. Voir C. DROEGE, « The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situation of Armed Conflict », *Isr. L. Rev.*, vol. 40, pp. 310-357.

³³ CIJ, Avis sur le *Mur*, *op. cit.* note 13, §106. Voir également CIJ, avis sur la *Licéité*, *op. cit.* note 13, §25 : « (...) la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre (...) ».

³⁴ Le principe *lex specialis derogat lex generali* est une règle de résolution des conflits normatifs selon laquelle le droit spécial déroge au droit général.

³⁵ CIJ, Avis sur le *Mur*, *op. cit.* note 13, §106

³⁶ Commission du droit international (ci-après : « CDI »), *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'étude de la CDI préparé par Martti KOSKENIEMI, adopté lors de la 58^e session, 2006, U.N. Doc. A/CN.4/L.682 (ci-après : « rapport sur la fragmentation »), p. 18, §21.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, §22.

³⁹ *Ibid.*, §23.

Dès lors, les positions israélienne⁴⁰, américaine⁴¹, britannique⁴² et russe⁴³ doivent être écartées d'un revers de main : la règle *lex specialis* – et, par ailleurs, toute méthode de résolution des conflits – n'intervient qu'au stade de l'application des normes et non au stade de l'applicabilité des traités.

⁴⁰ Lors de l'examen de son quatrième rapport périodique devant le CDH, en 2013, Israël résume sa position comme suit : « Les possibilités d'appliquer le Pacte en Cisjordanie font l'objet d'un débat intensif depuis quelques années. Dans ses rapports périodiques, Israël ne mentionne pas l'application du Pacte dans cette région pour diverses raisons allant de considérations juridiques à la réalité concrète.

Les liens entre différents domaines juridiques – essentiellement le droit des conflits armés et le droit relatif aux droits de l'homme – demeurent un sujet de débat théorique et pratique approfondi. Israël reconnaît qu'il existe un lien étroit entre droits de l'homme et droits des conflits armés et qu'à certains égards ces deux types de législation pourraient même converger. Toutefois, *dans la situation actuelle du droit international et de la pratique des États dans le monde, Israël estime que ces deux régimes juridiques, qui relèvent d'instruments séparés, demeurent distincts et s'appliquent dans différentes circonstances* ». Voir Israël, 4^e rapport de l'État partie présenté conformément à l'article 40 du PIDCP, 12 décembre 2013, U.N. Doc. CCPR/C/ISR/4, §47.

⁴¹ Traditionnellement, les États-Unis considéraient que le DIH et le DIDH étaient mutuellement exclusifs. Ainsi, en 2006, le CDH « (...) note avec préoccupation l'interprétation restrictive par l'État partie des obligations qui lui incombent en vertu du Pacte, du fait en particulier a) de sa position selon laquelle le Pacte ne s'applique pas aux individus relevant de sa juridiction qui se trouvent en dehors de son territoire, et ne s'applique pas non plus en temps de guerre, en dépit des avis contraires et de la jurisprudence bien établie du Comité et de la Cour internationale de Justice ». Voir CDH, *Observations finales*, États-Unis d'Amérique, 4^e rapport périodique, 18 décembre 2006, U.N. Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, §10. Il est intéressant de noter que les États-Unis sont en train de revenir sur leur position. Dans leur dernier rapport périodique devant le CDH, les États-Unis concèdent que : « En ce qui concerne l'application du Pacte et le droit des conflits armés (également appelé droit international humanitaire), les États-Unis n'ont pas adopté la position selon laquelle le Pacte ne s'applique pas « en temps de guerre ». De fait, l'état de guerre n'entraîne pas la suspension de l'application du Pacte aux questions relevant de son champ d'application. Pour ne citer que deux exemples évidents, la participation d'un État partie à un conflit armé ne le dispenserait aucunement de respecter et de garantir à toute personne le droit de professer ou d'adopter la religion ou la conviction de son choix ou le droit et la possibilité pour tout citoyen de voter et d'être élu au cours d'élections périodiques et honnêtes.

Le corpus de règles devant déterminer si, pendant le déroulement effectif d'un conflit armé, les actions d'un État sont conformes au droit international soulève des questions plus complexes. En vertu de la doctrine de la *lex specialis*, les règles applicables à la protection des personnes et à la conduite des hostilités pendant un conflit armé sont généralement celles que prévoient le droit international humanitaire, notamment les Conventions de Genève de 1949, le Règlement de La Haye de 1907 et d'autres instruments du droit international humanitaire, ainsi que le droit international coutumier applicable aux conflits armés. À ce titre, il importe de garder à l'esprit que le droit international des droits de l'homme et le droit des conflits armés sont à maints égards complémentaires et synergiques. Ces deux corpus de règles offrent un grand nombre de garanties analogues. Par exemple, l'interdiction de la torture et des autres traitements cruels existe dans les deux corpus et leurs auteurs se sont inspirés les uns des autres pour élaborer certains aspects d'instruments nouveaux; il ressort clairement des commentaires sur le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève qu'un certain nombre de dispositions du Protocole ont été calquées sur des dispositions comparables du Pacte. La détermination de la règle de droit international qui s'applique à une action donnée accomplie par un gouvernement dans le cadre d'un conflit armé est une détermination factuelle qu'il n'est pas facile de généraliser et qui soulève des questions particulièrement complexes dans le contexte de conflits armés non internationaux se déroulant sur le territoire de l'État considéré ». Voir États-Unis, Rapport de l'État partie en application de l'art. 40 du Pacte, quatrième rapport périodique, 22 mai 2012, CCPR/C/USA/4, §§506-507

⁴² Le Royaume-Uni ne considérait pas, jusque 2014, que le DIH prévalait sur le DIDH. Cependant, dans l'affaire *Hassan*, le gouvernement britannique avance que : « [d]ans les cas où il y aurait lieu d'appliquer les dispositions de la Convention dans le contexte d'un conflit armé international, et spécialement pendant la phase active d'un tel conflit, il faudrait le faire en tenant compte du droit international humanitaire, applicable en tant que *lex specialis* et susceptible d'avoir pour effet de modifier ou même d'écarter certaines d'entre elles ». Voir Cour EDH, *affaire Hassan c. Royaume-Uni*, arrêt du 16 septembre 2014, req. no. 29750/09, §87.

⁴³ La position russe dans l'affaire *Géorgie c. Russie (II)*, dont l'arrêt au fond est toujours pendant, se lit comme suit : « Le conflit entre la Géorgie et la Fédération de Russie revêtant un caractère international, le gouvernement défendeur soutient que les événements s'y rapportant et les actions qui auraient été commises durant celui-ci devraient être examinés sous l'angle des normes du droit international humanitaire et non sous les dispositions de la Convention.

Si ces deux régimes juridiques ne sont pas d'application exclusive, c'est en raison du fait que les critères d'applicabilité de ces deux régimes sont indépendants l'un de l'autre. A ce titre, l'un des points communs entre les critères déclenchant l'applicabilité de ces deux ensembles juridiques réside dans leur nature essentiellement factuelle. L'existence d'une situation d'occupation « est une question de fait »⁴⁴ et le droit de l'occupation est déclenché par des « conditions on the ground that cannot be dismissed by politics or propaganda »⁴⁵. De la même manière, l'exercice de « juridiction », qui déclenche l'application du DIDH, « is a question of facts »⁴⁶. Dès lors, une même situation de fait peut parfaitement être régie par ces deux ensembles juridiques et en déclencher l'application.

En réalité, il n'est pas nécessaire de se livrer à une étude approfondie des normes de ces deux ensembles juridiques pour savoir qu'un certain nombre d'obligations internationales énoncées dans un ensemble trouvent leur pendant dans l'autre corps de règle⁴⁷. En ce sens, l'assertion de la CIJ selon laquelle trois situations peuvent se présenter dans les rapports mutuels qu'entretiennent le DIH et le DIDH, à savoir que « certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international »⁴⁸ est un « almost comically uninformative statement »⁴⁹, qui aide assez peu à la compréhension des rapports entre le DIH et le DIDH.

Cette assertion ne doit pas être lue comme la preuve que le DIH et le DIDH sont les deux faces d'une même pièce : « [t]he two branches of international law can and do take divergent approaches to the

En effet, le droit international des droits de l'homme aurait une application des plus limitées en période de conflit armé et pas d'application du tout dans une situation de conflit armé international. Ainsi, la Convention s'appliquerait de manière restreinte en cas de troubles intérieurs qui n'atteignent pas le niveau de conflits armés comme on peut le déduire de l'art. 2 qui autorise l'usage de la force pour réprimer une émeute ou une insurrection. Si les troubles intérieurs atteignent le niveau de conflits armés non internationaux, un Etat partie pourrait être habilité à déroger à son obligation de garantir le respect de la Convention sur tout son territoire par application de l'art. 15 mais dans la stricte mesure où la situation l'exige. Enfin, la Convention ne s'appliquerait pas dans une situation de conflit armé international lorsque les forces d'un Etat partie agissent au nom de la défense nationale y compris à l'égard de toute opération à l'étranger qui s'imposerait dans ce cadre. Dans de telles circonstances, le comportement des forces de l'Etat partie obéirait au seul droit international humanitaire.

En se référant à des décisions et avis consultatifs de la CIJ ainsi qu'au rapport de la mission d'enquête internationale, *le gouvernement défendeur estime que le droit international humanitaire est en l'espèce la lex specialis par rapport aux dispositions de la Convention, et que la règle lex specialis derogat generali doit trouver à s'appliquer*. Cela vaudrait particulièrement en ce qui concerne les événements décrits par le gouvernement requérant relatifs à l'atteinte au droit à la vie, à la proportionnalité des attaques menées par les parties au conflit ainsi qu'à l'internement de prisonniers de guerre et de civils en période de conflit armé international. Enfin, les atteintes alléguées aux biens de l'Etat ne tomberaient pas dans le champ d'application de l'art. 1 du Protocole no 1 ». Voir Cour EDH, *affaire Géorgie c. Russie (II)*, décision sur la recevabilité du 13 décembre 2011, req. n°38263/08, §69.

⁴⁴ TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, Jugement, Chambre de première instance, 31 mars 2003, IT-98-34 (ci-après : « affaire Naletilic »), § 212.

⁴⁵ M. WARREN, « Belligerent Occupation », in *U.S. Military Operations and the Law* (dir. G. S. CORN, S. R. REEVES & R. VANLANDINGHAM), OUP, 2015.

⁴⁶ Voir Cour EDH, *affaire Chagos Islanders c. Royaume-Uni*, décision sur la recevabilité du 11 décembre 2012, req. n°35622/04, § 70

⁴⁷ L'exemple classiquement cité concerne la torture : tous les traités relatifs aux droits de l'homme et les instruments internationaux de DIH prohibent la torture de façon absolue. Voir, par ex., Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, adoptée à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 18 mai 1954, STE n°009, art.3 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté à New York le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, *R.T.N.U.*, vol. 999, p. 171 (ci-après : « PIDCP »), art. 7 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée à San José le 22 novembre 1969, entrée en vigueur le 18 juillet 1978 (ci-après : « CADH »), art. 5 et, pour le DIH, l'art. 3 commun aux GV ; CG IV, *op. cit.* note 21, art. 32, érigé en infraction grave à l'art. 147 ; PA I, *op. cit.* note 24, art. 75.

⁴⁸ CIJ, Avis sur le *Mur*, *op. cit.* note 13, §95.

⁴⁹ R. O'KEEFE, « Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory : A Commentary », *R.B.D.I.*, vol. 37, p. 92

parsing of legal problems, and the solutions that they offer may clash with one another »⁵⁰. En effet, il existe une différence fondamentale dans la logique que suivent ces deux branches du droit international. Bien qu'elles résultent toutes deux d'un compromis, celui-ci est différent : le DIH naît du compromis entre les nécessités militaires des Etats et l'impératif d'humanité dans la conduite de la guerre, alors que le DIDH naît du compromis entre la liberté individuelle et la nécessité de vivre en société. Le droit de l'occupation, branche spécifique du DIH, fait un compromis entre la sécurité de la Puissance occupante et la protection de la population vivant sous l'occupation. Lorsque l'on évalue la proportionnalité des mesures prises par les Etats dans ces deux ensembles juridiques, on les évalue à l'aune de ces deux compromis. Ces deux logiques doivent toujours rester en arrière-plan dans tout raisonnement juridique et ne pas, autant que faire se peut, être confondues. Cela mènerait, et mène déjà d'ailleurs, à des confusions systémiques extrêmement dangereuses⁵¹.

Le DIH comme le DIDH sont des ensembles juridiques dans lesquels il est tentant de prendre fait et cause pour les valeurs qu'ils transcrivent en droit et de partir d'une prémisse philosophique, morale ou politique pour fonder un raisonnement juridique. N'est-il pas séduisant de prôner des interprétations du droit favorisant les libertés individuelles ? D'interpréter le droit de l'occupation belligérante dans le sens des populations vivants sous l'occupation ? Très certainement. Cependant, nous venons de le dire, ces deux ensembles reposent sur des *compromis*. Ces compromis représentent certaines valeurs, qui sont par définition subjectives. Si la subjectivité a sa place dans *l'application du droit*, il n'apparaît pas souhaitable que des valeurs subjectives s'immiscent dans *l'étude du droit* positif. En effet, les deux branches du droit à l'examen ici naissent d'un compromis, et pour que le droit reste *effectif*, c'est-à-dire qu'il épouse la réalité des rapports sociaux qu'il régit, il est nécessaire que ces compromis

⁵⁰ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, CUP, Cambridge, 2009, p. 87.

⁵¹ Ainsi, la Haute Cour de Justice israélienne applique des normes du DIDH et du DIH dans les territoires palestiniens occupés. Cependant, lorsqu'il convient de limiter les droits des individus – ce qui est tout à fait légal au regard de ces deux ensembles juridiques, tant que le principe de proportionnalité est respecté –, elle se base alternativement sur les « nécessités militaires » du DIH et les « nécessités de la vie en société » du DIDH, et ce indépendamment de la norme appliquée à la base. Par conséquent, les droits des individus peuvent être limités, peu important l'ensemble juridique duquel ils proviennent, sur deux fondements au lieu d'un : les nécessités militaires et la nécessité de vie en société. Pour une étude de ce phénomène, voir A. M. GROSS, « Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation? », *E.J.I.L.*, vol. 18, 2007, pp. 1-35. Certains exemples peuvent même être trouvés dans la jurisprudence des organes de surveillance des traités relatifs aux droits de l'homme. Ainsi, dans l'affaire *Issaïeva*, qui concernait le décès d'individus suite à une opération militaire d'envergure menée par les forces armées russes contre les rebelles tchétchènes, la Cour EDH va être amenée à se pencher sur la conformité de ces opérations militaires au droit à la vie, et donc au DIDH. Et les juges de Strasbourg d'énoncer que « l'utilisation de ce type d'armes [des bombes à fragmentation FAB-250 et FAB-500 avec un rayon de destruction de plus d'un kilomètre] dans une zone habitée hors temps de guerre et sans évacuation préalable des civils est inconciliable avec le *degré de précaution* requis de tout organe d'application de la loi *dans une société démocratique* ». La Cour EDH fait une référence directe au principe de précaution, qui selon le droit des conflits armés, veut que (i) l'Etat prépare l'attaque, notamment en vérifiant que l'objectif est de nature militaire, en prenant des mesures afin de réduire les dommages collatéraux éventuels (par exemple dans le choix des moyens de guerre, donc des armes) et en s'abstenant de lancer cette attaque si elle cause des dommages excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu. (ii) l'attaque soit annulée ou interrompue lorsqu'il apparaît que l'objectif n'est pas militaire ou que les dommages collatéraux seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu et (iii) si l'attaque a lieu, qu'un avertissement soit donné en temps utile et par des moyens efficaces si cette attaque peut affecter la population civile. Tous ces principes, énoncés à l'art. 57 du PA I, sont des principes de droit des conflits armés. Toutes les références à « l'avantage militaire » et aux dommages collatéraux » matérialise le compromis entre « nécessité militaire » et « impératif d'humanité ». Dès lors, que vient faire, dans l'affaire *Issaïeva*, la « société démocratique » ? Quel rapport une telle opération militaire a-t-elle avec la démocratie ? La réponse est simple : aucun. La Cour EDH a recours au compromis propre au DIDH entre libertés individuelles et nécessité de vie en société. L'on voit les problèmes systémiques que peuvent entraîner la confusion entre les deux principes de proportionnalité. Voir Cour EDH, *affaire Issaïeva c. Russie*, arrêt du 24 février 2005, req. n°57950/00, §191.

originels demeurent intacts. Ainsi, dans l'étude des rapports qu'entretiennent le droit de l'occupation militaire et le DIDH, nous nous concentrerons sur l'étude du droit positif, tel qu'il est (*de lege lata*), et non tel qu'il devrait être en fonction de considérations politiques, philosophiques ou morale (*de lege feranda*).

A partir des constats qui précèdent, nous allons tenter de répondre aux deux questions suivantes : quelles sont les situations dans lesquelles le DIDH et le droit de l'occupation sont d'application simultanée ? Quels sont les facteurs de modulation de leur intensité d'application ?

Afin de mener ce sujet à bien, il est nécessaire de se replacer dans l'environnement normatif dans lequel on se situe. Tant le droit de l'occupation militaire que le DIDH sont des ensembles juridiques de *nature internationale* : tous deux sont composés de sources de droit international, dont la liste se retrouve à l'article 38 du Statut de la CIJ :

« La Cour internationale de justice, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ;

La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ;

Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;

Sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit »⁵².

Le droit de l'occupation militaire se compose de certaines dispositions conventionnelles que sont la Section III du Règlement de La Haye de 1907, la Section III du Titre III de la CG IV de 1949, et certaines dispositions du PA I de 1977, ainsi que de certaines normes de valeur coutumières. A ce titre, un large crédit sera donné à l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier⁵³. Il existe aussi un grand nombre de jurisprudences nationales et internationales en lien avec le droit de l'occupation militaire. La doctrine, florissante en droit de l'occupation, sera également prise en compte. A ce titre, et en l'absence de mécanisme de mise en œuvre du DIH, le point de vue du CICR – les « gardiens des Conventions de Genève » – se verra attribuer une grande importance. Aux fins de l'interprétation des règles juridiques, les manuels militaires des Etats seront étudiés au titre de la « pratique ultérieure suivie dans l'application [des] traité »⁵⁴ relatifs à l'occupation militaire.

Quant au DIDH, cet ensemble juridique se compose de l'ensemble des traités relatifs aux droits de l'homme, tant universels⁵⁵ que régionaux. A ce titre, peu importe que le traité ait été négocié et adopté dans le cadre d'une organisation régionale dont les compétences sont géographiquement circonscrites : il n'en demeure pas moins un traité au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ. Afin de circonscrire quelque peu cette étude, seront principalement étudiés le PIDCP, la Conv. EDH, la CADH et la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'Homme (ci-après : « DADDH »). Lorsque cela sera pertinent, d'autres traités seront pris en compte – notamment la Convention contre la torture (ci-

⁵² Statut de la Cour internationale de justice, adopté à San Francisco le 26 juin 1945, entré en vigueur le 24 octobre 1945, art. 38.

⁵³ J-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier, Volume I: Règles*, Bruylant, 2006.

⁵⁴ Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée le 23 mai 1969 à Vienne et entrée en vigueur le 27 janvier 1980 (ci-après : « Convention de Vienne »), art. 31, §3, b).

⁵⁵ Les traités « à vocation universelle » sont les instruments qui sont susceptibles d'être ratifiés par tout Etat.

après : « CAT »)⁵⁶, et les autres traités onusiens. Nous nous focaliserons donc sur les traités relatifs aux droits civils et politiques. Certes, au vu du grand nombre de traités et d'organes de surveillance de ceux-ci, il peut sembler difficile de considérer le DIDH comme « un » ensemble juridique. Cependant, c'est l'approche qui sera suivie ici pour deux raisons : d'une part, tous ces traités reposent sur une logique similaire : ils régulent la relation entre l'Etat et l'individu ; d'autre part, tous ces traités et les organes d'interprétation de ces traités sont loin d'être cloisonnés, et, au contraire, il existe un phénomène de « chassé-croisé des références à des décisions de justice externes »⁵⁷, ce qui donne naissance à « un véritable commerce judiciaire (...) contribuant au décloisonnement des ensembles juridiques »⁵⁸. Seront également pris en compte les règles de DIDH de nature coutumière, ainsi que la jurisprudence très importante des organes de protection des droits de l'homme. Enfin, la doctrine juridique se verra attribuer une place importante ici aussi.

Cette analyse s'inscrit donc dans l'environnement normatif du droit international. A ce titre, il convient de noter que le droit de l'occupation militaire et le DIDH sont des ensembles juridiques comportant quelques spécificités, notamment le caractère non synallagmatique des obligations qu'ils énoncent. Cependant, ces ensembles juridiques ne sont en rien « autonomes », d'un point de vue normatif, par rapport au droit international « général ». Tout d'abord, cela est impensable *conceptuellement* : comment considérer qu'un ensemble juridique soit autonome par rapport à un ensemble plus grand duquel il procède ? De plus, d'un point de vue *pratique*, il est évident que ces ensembles juridiques sont très loin d'être cloisonnés et empruntent au droit international « général »⁵⁹ : par exemple, l'étude du CICR sur le DIH coutumier reprend les règles du droit international de la responsabilité de l'Etat. Egalement, les organes de protection des droits de l'homme utilisent, aux fins de l'interprétation des traités, la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Une certaine autonomie institutionnelle ne saurait cependant être niée : par exemple, certains systèmes régionaux de protection des droits de l'homme disposent de leur propre processus d'adoption et de révisions des traités.

Bref, il ne peut être déduit des rapports entre ces deux ensembles juridiques et le droit international général une quelconque hiérarchie de type kelsénienne. Ces deux ensembles juridiques font partie intégrante du droit international, « système juridique caractérisé par un ensemble normatif relativement ordonné »⁶⁰. Ils sont censés répondre aux mêmes raisonnements logiques, les quelques spécificités du droit de l'occupation militaire et du DIDH mises à part.

⁵⁶ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 22 juin 2006, *R.T.N.U.*, vol. 1465, p. 85 (ci-après : « CAT »).

⁵⁷ L. BURGOGUE-LARSEN, « L'internationalisation du dialogue des juges », in *Le dialogue des juges – Mélanges en hommage à B. Genevois*, Paris, Dalloz, 2008.

⁵⁸ E. DUBOUT et S. TOUZE, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques* (dir. E. DUBOUT et S. TOUZE), Paris, Pedone, 2010.

⁵⁹ Le terme « droit international général » dispose de plusieurs sens. Il peut être compris comme le droit international qui a une force obligatoire à l'égard de tous les sujets du droit international. En ce sens, les Conventions de Genève sont ratifiées par l'ensemble des Etats du monde et lient donc chacun d'eux. En ce sens, ces traités appartiennent au droit international général. Cependant, l'intérêt de cette distinction est assez relatif : dans cette étude, le terme « droit international général » sera entendu comme les règles, souvent de nature secondaire, qui sont applicable à tout raisonnement juridique, nonobstant le fait que l'ensemble juridique appliqué y fasse référence ou non. Ainsi, aucun instrument international relatif aux droits de l'homme ne fait référence aux critères d'attribution d'un comportement internationalement illicite à un Etat : il sera donc fait référence au « droit international général », et donc aux règles coutumières d'attribution d'un comportement internationalement illicite.

⁶⁰ E. DUBOUT et S. TOUZE, « La fonction des droits fondamentaux ... », *op. cit.* note 58, p. 24.

Il n'est pas question ici de se placer du point de vue du DIDH et d'« importer » cet ensemble juridique dans les situations d'occupation militaire, ce qui dénoterait une certaine approche verticale du sujet. Au contraire, les critères d'applicabilité du DIDH et le droit de l'occupation sont « mis à plat » et étudiés de façon horizontale afin de révéler leurs affinités et leurs divergences. Dans l'analyse des rapports entre ces critères d'applicabilité, le droit international sera utilisé comme « le témoin d'observation, l'instrument normatif qui va servir de référent transversal dans l'analyse de ces rapports »⁶¹.

Lorsque l'on se livre à une analyse transversale des rapports entre les éléments donnant naissance à l'application commune du droit de l'occupation militaire et du DIDH, l'on se rend compte qu'ils entretiennent un grand nombre de similarités, et soulèvent beaucoup de problématiques controversées et souvent très politisées. Nous tenterons donc, à l'aide de cette méthodologie, de déterminer la sphère d'application commune au droit de l'occupation militaire et au droit international des droits de l'homme (partie I). Puis, nous verrons que les obligations internationales découlant du droit de l'occupation et du DIDH peuvent être modulées, avec pour conséquence d'atténuer ou d'exacerber l'applicabilité commune des deux ensembles juridiques (partie II).

⁶¹ *Ibid.*

PARTIE I. LA SPHERE D'APPLICATION COMMUNE AU DROIT DE L'OCCUPATION MILITAIRE ET AU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

Comme nous l'avons dit plus haut, il n'y a pas de conflit d'obligation entre deux ensembles juridiques si ceux-ci ne sont pas applicables aux mêmes situations. Il faut donc qu'une *sphère d'application commune* aux deux ensembles juridiques existe, afin de déterminer le *plus petit dénominateur commun* à l'applicabilité commune du droit de l'occupation et du DIDH.

Les deux ensembles juridiques à l'étude ici ont de grands points communs mais également de grandes différences, et c'est précisément à partir de ces points communs et sur ces différences que se joue l'applicabilité commune du droit de l'occupation et du DIDH. Partant, nous étudierons les éléments *incluant* les deux ensembles juridiques dans la sphère d'application commune – autrement dit, les éléments communs nécessaires à l'application commune aux deux ensembles juridiques (chapitre 1) et les éléments *susceptibles d'exclure* l'un ou l'autre des ensembles juridiques de la sphère d'application commune – c'est-à-dire les éléments différents (chapitre 2). De ces points communs et différences émergera le plus petit dénominateur commun à l'application simultanée du droit de l'occupation belligérante et du DIDH.

CHAPITRE 1. LES ELEMENTS D'INCLUSION DU DROIT DE L'OCCUPATION MILITAIRE ET DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME DANS LA SPHERE D'APPLICATION COMMUNE

Nous avons vu dans l'introduction la prémisse conceptuelle nécessaire à l'existence d'une sphère d'application commune entre le droit de l'occupation et le DIDH, à savoir le fait que ces deux ensembles juridiques régulent la même relation (ici, celle entre l'Etat et l'individu). Cette prémisse fait cependant face à un premier problème juridique : la relation verticale régie par le droit de l'occupation a lieu *hors du territoire de l'Etat*. L'occupation militaire est, par définition, une situation *extraterritoriale*. Nous verrons que le DIDH s'accommode à cette caractéristique du droit de l'occupation : puisque l'Etat est susceptible d'interagir avec des individus hors de ses propres frontières, le DIDH est également susceptible de s'appliquer hors du territoire de l'Etat contractant. Ce premier élément d'inclusion montre que la sphère d'application commune, si elle existe, ne peut se matérialiser qu'en dehors du territoire de l'Etat.

Une fois cet élément préliminaire vérifié, il conviendra de nous interroger sur les *critères d'applicabilité* de ces deux ensembles juridiques. Nous avons vu dans l'introduction que seuls les faits déclenchent l'application du droit de l'occupation et du DIDH. Dès lors, pour qu'une sphère d'application commune existe, il est nécessaire que l'application du droit de l'occupation et du DIDH soit déclenchée par une même situation factuelle. C'est clairement le cas : les critères d'applicabilité à l'étude présentent des similarités incroyables, et militent en faveur de l'inclusion du droit de l'occupation et du DIDH dans une même sphère d'application.

Si les deux ensembles juridiques sont applicables hors du territoire de l'Etat, et qu'une même situation factuelle déclenche leur application, encore faut-il savoir quels individus sont susceptibles d'exporter les obligations de l'Etat. Autrement dit, nous nous interrogerons sur *l'identité des individus susceptibles de déclencher les obligations internationales de l'Etat*. Ce dernier élément requiert quelques développements. Constatons d'abord que la relation entre l'Etat et l'individu n'existe pas : ce n'est qu'une fiction juridique, un « mensonge technique consacré par la nécessité »⁶². Comme le relève la CDI,

⁶² R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 2^e ed., A. Mareacq, Aîné, Paris, 1880, p. 294.

« [l']État est une entité organisée réelle, une personne juridique ayant pleine qualité pour agir d'après le droit international. Mais le reconnaître ne veut pas dire nier la vérité élémentaire que *l'État comme tel n'est pas capable d'agir*. Un "*fait de l'État*" met nécessairement en jeu une action ou une omission d'un être humain ou d'un groupe: les États ne peuvent agir qu'au moyen et par l'entremise de la personne de leurs agents et représentants »⁶³.

La relation entre l'Etat et l'individu n'est donc en réalité que la somme de deux relations bilatérales, à savoir (i) la relation entre l'Etat, personne morale, et les personnes physiques agissant pour son compte ; et (ii) la relation entre les personnes physiques agissant pour le compte de l'Etat et les individus dont les droits sont garantis par le droit international, ici le droit de l'occupation et le DIDH.

Le point de savoir *qui* peut déclencher les obligations de l'Etat n'est pas la même chose que de savoir *quand* les obligations de l'Etat naissent. Il y a, d'un côté, la question de *l'attribution à l'Etat du comportement d'un individu*, et, de l'autre, la question de savoir *quel comportement emporte naissance d'une obligation internationale*. Le premier test est un « test d'attribution », dont les critères découlent du droit international de la responsabilité de l'Etat, et le second test concerne les critères d'applicabilité de l'ensemble juridique (en droit de l'occupation, l'existence d'une situation d'occupation et la présence de « personnes protégées », et en DIDH l'exercice de « juridiction »⁶⁴ – nous y reviendrons)

Or, ces deux étapes sont très souvent confondues par les juges, et tout particulièrement par la Cour EDH. Très souvent, la Cour EDH se contente de dire que le comportement d'un individu est attribuable à un Etat et que, par conséquent, ce comportement donne naissance à des obligations internationales pour l'Etat. Pire encore est d'affirmer qu'un comportement donne naissance à des obligations internationales, et que, par conséquent, ce comportement est attribuable à l'Etat⁶⁵. Comme

⁶³ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, adopté lors de la 53^e session, 2001, *Ann. C.D.I.*, 2001, vol. II (2), commentaire de l'article 2, §5, p.73 (ci-après, « *Commentaire du Projet d'articles* »). Dans la même veine, John Cerone énonce que « states are abstract entities, incapable of acting as such. The conduct of states is the conduct of individuals whose acts or omissions are attributable to the state. Thus, the question of attribution not infrequently arises in disputes before human rights bodies ». Voir J. CERONE, « Human Dignity in the Line of Fire: The Application of International Human Rights Law During Armed Conflict, Occupation and Peace Operations », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 39, 2006, p. 1455.

⁶⁴ J. M. Rooney résume la distinction entre juridiction et attribution de la façon suivante : « An "attribution" test determines *who* should be held responsible for a rights violation rather than *whether* a state's obligations are engaged extraterritorially in the first place [test de juridiction] ». Voir J. M. ROONEY, « The Relationship between Jurisdiction and Attribution after *Jaloud v. Netherlands* », *Netherland International Law Review*, vol. 62, 2015, p. 408. Italiques dans l'original. L'auteur qui résume le mieux la théorie défendue ici est John Cerone, selon lequel :

« Attribution is concerned with the link between the relevant subject of human rights law (generally, a state) and the individual (or entity) alleged to have perpetrated the violation of human rights law (by engaging in conduct that unjustifiably interferes with human rights). The scope of beneficiaries [*i.e.* les individus « sous la juridiction de l'Etat »] is concerned with the link between the relevant subject of international law and the victim of the human rights violation. However, ascertaining the existence and extent of the latter link may require the prior determination of an issue of attribution. For example, to determine whether an individual is within a state's jurisdiction, it may be necessary to determine whether those who are exercising authority or control over those individual are acting on behalf of the State

Voir J. CERONE, « Human Dignity in the Line of Fire ... », *op. cit.* note 65, p. 1482. Dans la même veine, pour S. H. Cleveland, la fonction de la notion de juridiction est de déterminer « whether legal obligations under a treaty arise in the first place ». Voir S. H. CLEVELAND, « Embedded International Law and the Constitution Abroad », *Columbia Law Review*, vol. 110, 2010, p. 233.

⁶⁵ Nous ne donnerons ici que deux exemples, l'un dans lequel l'exercice de juridiction permet de justifier le critère d'attribution et l'un dans lequel l'attribution permet de fonder l'exercice de juridiction. Concernant la première hypothèse, considérons l'affaire *Loizidou*. Cette affaire concernait l'impossibilité pour Mme Loizidou, ressortissante chypriote, de jouir de ses biens situés dans le nord de l'île suite à l'invasion de la Turquie en 1974

le relève la Juge Gyulumyan, « l'assimilation pure et simple de ces deux notions est une opération inacceptable qui est menée pour tenter de montrer qu'il suffit de prouver un seul des deux éléments et non les deux »⁶⁶. Cette confusion entre deux notions distinctes parasite tant l'étude des comportements susceptibles de donner naissance à des obligations découlant du DIDH (test de juridiction) que l'étude de l'identité des individus susceptibles de déclencher ces obligations internationales (test d'attribution). Il sera nécessaire à l'avenir que la Cour EDH cesse de nier que ces deux étapes du raisonnement juridiques ne sont pas confondues⁶⁷.

Mais pourquoi nous soucions-nous des règles secondaires du droit international au stade de l'applicabilité des ensembles juridiques ? Nous l'avons dit plus haut, l'occupation militaire a acquis une connotation extrêmement péjorative depuis la mise hors la loi de la guerre. Les occupants sont « de plus en plus enclins à recourir à des arrangements par lesquels l'autorité passe pour être exercée par des gouvernements de transition ou des mouvements rebelles par lesquels [ils évitent] simplement de mettre en place une quelconque administration »⁶⁸. Par conséquent, les Etats se cachent derrière le fait que la situation factuelle *ne leur est pas attribuable* afin de nier l'applicabilité d'un ensemble juridique. Si l'attribution des comportements est instrumentalisée par certains Etats, elle l'est aussi par

et à l'établissement du régime séparatiste de la RCTN. Dans la décision sur les exceptions préliminaires, la Cour EDH juge que la Turquie exerce sa juridiction sur le nord de Chypre puisqu'elle « exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national ». Ce contrôle déclenche l'application de la Conv. EDH, « qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'Etat concerné ou par le biais d'une administration locale subordonnée ». Dans l'arrêt sur le fond, la Cour EDH confond « juridiction » et « attribution » lorsqu'elle énonce que

« [l]e grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord de Chypre atteste que l'armée turque exerce en pratique un contrôle global sur cette partie de l'île. D'après le critère pertinent et dans les circonstances de la cause, ce contrôle engage sa responsabilité à raison de la politique et des actions de la "RCTN". Les personnes touchées par cette politique ou ces actions relèvent donc de la "juridiction" de la Turquie aux fins de l'article 1 de la Convention ».

Le contrôle sur le territoire (test de juridiction) permet d'attribuer à la Turquie les actes de la RCTN, entité non-étatique (test d'attribution). Voir Cour EDH, *affaire Loizidou c. Turquie*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 23 mars 1995, req. n°15318/89 (ci-après « affaire Loizidou (exceptions préliminaires) »), §§52-57 et Cour EDH, *affaire Loizidou c. Turquie*, arrêt sur le fond du 18 décembre 1996, req. n°15318/89 (ci-après « affaire Loizidou (fond) »), § 56.

Pour le deuxième cas de figure, référons-nous à l'affaire *Ilascu*. Dans cette affaire, quatre individus sont arrêtés par les forces armées russes en Transnistrie puis remis aux séparatistes de la RMT et détenus sur le territoire contrôlé par cette entité non-étatique – *i.e.* au sein des frontières internationalement reconnues de la Moldova. La Cour EDH va analyser les liens économiques, politiques et militaires entre la RMT et la Russie pour conclure que la RMT « continue à se trouver sous l'autorité effective, ou tout au moins sous l'influence décisive, de la Fédération de Russie et, en tout état de cause, qu'elle survit grâce au soutien militaire, économique, financier et politique que lui fournit la Fédération de Russie ». Et la Cour EDH de conclure que « les requérants relèvent donc de la "juridiction" de la Fédération de Russie aux fins de l'article 1 de la Convention et la responsabilité de celle-ci est engagée quant aux actes dénoncés ». Ici, un test d'attribution – par ailleurs non-conforme au droit international de la responsabilité, nous y reviendrons – sert à justifier l'exercice de sa juridiction par un Etat. Voir Cour EDH, *affaire Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, arrêt du 8 juillet 2004, req. n°48787/99, §§386-394. Comme le relève le Juge Kovler, « dans la recherche de la juridiction de la Fédération de Russie, [la Cour EDH] a préféré la logique inverse : il y a "juridiction" car il y a "responsabilité" ». Voir Opinion dissidente de M. le Juge Kovler sous l'arrêt *Ilascu*, p. 154.

⁶⁶ Opinion dissidente de Mme la Juge GYULUMYAN sous l'arrêt *Chiragov*, §58. Voir Cour EDH, [GC], *affaire Chiragov et autres c. Arménie*, *op. cit.* note 4.

⁶⁷ Selon la juridiction de Strasbourg, « les critères permettant d'établir l'existence de la "juridiction" au sens de l'article 1 de la Convention n'ont jamais été assimilés aux critères permettant d'établir la responsabilité d'un Etat concernant un fait internationalement illicite au regard du droit international ». Voir Cour EDH, *affaire Catan et autres c. Moldova et Russie*, arrêt du 19 octobre 2012, req. n°43370/04, 8252/05 et 18454/06, §122. Nous avons démontré, note 63, que cela était faux pour au moins deux affaires. Ces deux affaires ne sont pas un épiphénomène : quasiment toutes les affaires relatives à l'application extraterritoriale de la Conv. EDH témoignent de la confusion entre « juridiction » et « attribution ».

⁶⁸ Opinion dissidente de M. le Juge KOOJIMANS sous l'arrêt *RDC c. Ouganda*, *op. cit.* note 2, p. 317.

les organes de surveillance des traités, puisque le test d'attribution permet de *limiter*, ou au contraire de *faciliter leur applicabilité extraterritoriale*⁶⁹. Il en va de même pour les interprètes du DIH : ceux-ci jouent sur l'instabilité des critères d'attribution pour faciliter la qualification d'« occupation militaire » d'une situation de contrôle exercé par des groupes armés non-étatiques sur un territoire⁷⁰. Nous verrons que les interprètes du DIH fondent en droit leur interprétation, qui repose sur de véritables inquiétudes structurelles. Les organes de surveillance du DIDH nous laissent davantage dans le flou quant à leurs motivations.

Revenons à nos éléments d'inclusion dans la sphère d'application commune. La question qui se pose est la suivante : les interprètes du droit de l'occupation et du DIDH s'accordent-ils sur l'identité des individus susceptibles de déclencher les obligations de l'Etat dans les situations d'extraterritorialité ?

Eu égard à ce qui précède, nous verrons que les deux ensembles juridiques sont applicables hors du territoire de l'Etat, vecteur primordial de l'existence d'une sphère d'application commune (section 1). Les critères d'applicabilité du droit de l'occupation et du DIDH présentent de fortes similarités, et ces deux ensembles normatifs sont susceptibles de s'appliquer communément à un même ensemble de fait (section 2). De plus, les interprètes de ces deux branches du droit s'accordent sur le fait que les agents de l'Etat, y compris ses forces armées, ainsi que les autres organes *de jure* de l'Etat, sont susceptibles de déclencher les obligations de l'Etat hors de son territoire (section 3).

SECTION 1. LA NATURE EXTRATERRITORIALE DU DROIT DE L'OCCUPATION MILITAIRE ET L'APPLICABILITE EXTRATERRITORIALE DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

Alors que le droit de l'occupation militaire a une nature intrinsèquement extraterritoriale (§1), cette question est beaucoup plus controversée en DIDH et a donné lieu à de grands débats. Néanmoins, tous les organes de protection des droits de l'homme ont fini par reconnaître, par voie prétorienne, l'applicabilité extraterritoriale des instruments qu'ils appliquent (§2).

§1. La nature intrinsèquement extraterritoriale de l'occupation militaire

Affirmer que le droit de l'occupation militaire est applicable de façon extraterritoriale est un truisme : en effet, bien que cette caractéristique du droit de l'occupation ne soit explicitée nulle part, elle apparaît implicitement dans toutes les dispositions du droit de l'occupation.

Ainsi, le titre III du RH s'intitule « De l'autorité militaire sur le territoire de *l'Etat ennemi* ». Selon cet intitulé, l'occupation militaire s'exerce sur un territoire appartenant à un Etat « ennemi », tel Etat se situant nécessairement hors des frontières internationalement reconnues de la Puissance occupante. Dans la même veine, le Manuel d'Oxford énonce que :

« Un territoire est considéré comme occupé lorsque, à la suite de son *invasion par des forces ennemies*, l'Etat dont il relève a cessé, en fait, d'y exercer une autorité régulière, et que l'Etat envahisseur se trouve être seul à même d'y maintenir l'ordre. Les limites dans lesquelles ce fait se produit déterminent l'étendue et la durée de l'occupation »⁷¹.

L'article 42 du RH énonce également qu'un territoire est occupé lorsqu'il se trouve « placé de fait sous l'autorité de *l'armée ennemie* »⁷².

⁶⁹ En ce sens, voir J. A. FROWEIN, « The Relationship between Human Rights Regimes and Regimes of Belligerent Occupation », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 28, 1998, pp. 1-16.

⁷⁰ Nous nous référerons à de telles situations dans le chapitre 2 sous le nom d'« occupation militaire indirecte ».

⁷¹ Institut de droit International, *Manuel des lois de la guerre sur terre*, Oxford, 9 septembre 1880, adopté le 9 août 1913, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 26, 1913, pp. 610-640, art. 41.

⁷² RH, *op. cit.* note 19, art. 42.

Le terme « ennemi » désigne dans ces différents cas de figure un *Etat* ennemi. Par conséquent, il est clair et non-équivoque que l'occupation militaire de tout ou partie du territoire occupé l'est nécessairement par un autre Etat, qui agit forcément hors de son territoire. Nous verrons plus bas que la définition de l'occupation militaire confirme sa nature extraterritoriale.

§2. L'affirmation prétorienne de la portée extraterritoriale du droit international des droits de l'homme : interprétation de la notion de juridiction

L'applicabilité extraterritoriale du droit international des droits de l'homme est l'un des sujets du droit international les plus sensibles et les plus actuels. Afin de comprendre les modalités juridiques de l'applicabilité extraterritoriale des traités relatifs aux droits de l'homme, il convient de procéder à une étude des « clauses de juridiction » – dont aucune n'est semblable – contenues dans les traités, qui permettent de fonder l'applicabilité extraterritoriale des traités. Nous verrons ainsi que le terme de « juridiction » ne dispose pas d'un mais de plusieurs « sens ordinaires » au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités (A). Nous étudierons ensuite la pratique jurisprudentielle relative à l'affirmation de l'applicabilité extraterritoriale des droits de l'homme, à l'aune de certaines « clauses de juridiction » particulières (B).

A. Le caractère polysémique de la notion de « juridiction » : l'absence de « sens ordinaire »

Le caractère polysémique de la notion de « juridiction » est occulté par le fait qu'en français, cette notion est parfois traduite par le terme « compétence ». Cependant, dans le vocabulaire juridique, le mot anglais « jurisdiction » couvre tant que terme français classique de « juridiction » que le terme de « compétence ». La disposition conventionnelle reflétant le mieux le caractère polysémique de la notion de juridiction se trouve dans la version anglaise de l'article 9 paragraphe 2 de la Convention sur les disparitions forcées :

« Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its competence to exercise *jurisdiction* over the offence of enforced disappearance when the alleged offender is present in any territory under its *jurisdiction*, unless it extradites or surrenders him or her to another State in accordance with its international obligations or surrenders him or her to an international criminal tribunal whose *jurisdiction* it has recognized»⁷³.

Les trois occurrences du mot « juridiction » ont des significations totalement différentes. La première a trait aux règles de droit international public classique qui régissent la prétention de l'Etat à l'extension du champ d'application de son ordre juridique interne hors de son territoire national (1). La troisième occurrence parle de la compétence d'un tribunal à connaître d'une affaire (2). La deuxième occurrence est celle qui nous intéresse en matière d'applicabilité extraterritoriale des traités relatifs aux droits de l'homme : elle se réfère à l'exercice par l'Etat d'un pouvoir de fait (3).

1. La « juridiction » en droit international public classique : ensemble de règles permettant de définir la portée spatiale de l'ordre juridique interne des Etats

En droit international public classique, la notion de « juridiction » concerne la compétence de l'Etat, découlant du droit international et limitée par celui-ci, de réguler le comportement des personnes au

⁷³ Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée le 20 décembre 2006 à New York, entrée en vigueur le 23 décembre 2010, *R.T.N.U.* vol. 2716, p. 3, art. 9, §2. Italiques ajoutés.

travers de son ordre juridique national⁷⁴. Il est communément admis qu'il existe trois types de compétence : la compétence *normative*, la compétence *d'exécution*, et la compétence *judiciaire*⁷⁵.

La compétence *normative* a trait à la compétence de l'Etat de légiférer, de créer des règles pour réguler un phénomène social. La compétence *d'exécution* concerne quant à elle la compétence de l'Etat de mettre en œuvre les règles qu'il a précédemment édictées. Enfin, la compétence *judiciaire* concerne la compétence des juridictions de l'Etat pour résoudre des différends⁷⁶.

En ce qui concerne cette acception de la notion de « juridiction », il existe clairement une « présomption contre l'extraterritorialité »⁷⁷ : d'une part, les normes nationales n'ont en principe d'effet que sur le territoire de l'Etat (compétence normative), et, d'autre part, l'Etat ne peut exercer sa compétence d'exécution sur le territoire d'un autre Etat sans son consentement⁷⁸. Eu égard la compétence normative, il existe un certain nombre d'exceptions. L'Etat peut réguler des comportements survenant hors de son territoire au travers d'éléments de rattachement, que sont la nationalité (la personnalité active), la personnalité passive (l'Etat peut réguler les comportements portant atteinte aux intérêts de ses nationaux, même à l'étranger), le principe de protection, (selon lequel l'Etat peut réguler les comportements touchant à ses intérêts vitaux), la compétence universelle (selon laquelle l'Etat peut criminaliser des comportements touchant aux intérêts de la communauté internationale dans son ensemble), et les comportements survenant dans les navires battant pavillon de l'Etat, dans les aéronefs immatriculés dans l'Etat, ainsi que dans les consulats et ambassades.

Ainsi, cette première acception de la notion de juridiction concerne la compétence d'un Etat pour étendre son ordre juridique interne à des comportements ne survenant pas sur son territoire. La compétence pour appliquer ces législations dépend de la volonté de l'Etat.

2. Le deuxième sens de la notion de « juridiction » : compétence d'un organe pour connaître d'un différend

Cette seconde acception de la notion de juridiction est probablement la plus commune et se retrouve dans les traités de DIDH. Sa fonction en droit international est de déterminer la compétence d'un organe de supervision d'un traité : il s'agit d'une *condition d'admissibilité* d'une requête individuelle qui est indépendante de l'étendue spatiale des obligations de l'Etat. Par exemple, l'article premier du Protocole facultatif au PIDCP énonce que « [tout] Etat partie au Pacte qui devient partie au présent Protocole reconnaît que *le Comité a compétence* [« juridiction », en anglais] pour recevoir et examiner des communications émanant de particuliers (...) »⁷⁹.

De telles clauses peuvent notamment être trouvée aux articles 14 paragraphe 1 de la CERD⁸⁰ et à l'article 22 paragraphe 1 du CAT⁸¹. Ces clauses de juridiction sont tout à fait différentes de celles que

⁷⁴ M. MILANOVIC, « From Compromise to Principle: Clarifying the concept of state jurisdiction in human rights treaties », *H.R.L.R.*, Vol. 8, 2008, p. 10. Pour Jennings et Watts, cette acception de la notion de « juridiction » « concerns (...) the extent of each state's right to regulate conduct or the consequences of an event ». Voir R. JENNINGS et A. WATTS, *Oppenheim's International Law*, 9e ed., Longman, 1992.

⁷⁵ En ce sens, voir A.-M. AMANN, « Jurisdictional, Preliminary and Procedural Concerns », in *Benchbook on International Law, A.S.I.L.*, 2014.

⁷⁶ Cette dernière déclinaison de la « juridiction » est souvent subsumée dans les deux catégories précédentes.

⁷⁷ C. RYNGAERT, « The concept of jurisdiction in international law », in *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, O.U.P., 2015, p. 59.

⁷⁸ M. MILANOVIC prend l'exemple de l'enlèvement d'Adolf Eichmann par des agents israéliens opérant en Argentine sans le consentement de l'Etat comme un exemple d'exercice illégal de la compétence d'exécution. Voir M. MILANOVIC, « From Compromise to Principle ... », *op. cit.* note 76, pp. 10-11

⁷⁹ Protocole facultatif au PIDCP, art. 1.

⁸⁰ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée à New York le 7 mars 1966, entrée en vigueur le 12 mars 1969, *R.T.N.U.*, vol. 660, p. 195, art. 14 §1 : « Tout Etat partie peut

l'on retrouve par exemple aux articles premier de la Conv. EDH et 2 paragraphe 1 du PIDCP que nous verrons plus bas. Il est évident que ces clauses établissent un seuil d'intensité permettant le déclenchement des obligations internationales de l'Etat : les Etats n'ont aucune obligation conventionnelle au regard des droits de l'homme s'ils n'exercent pas leur juridiction. Autrement dit, si l'Etat n'exerce pas sa juridiction, l'organe de surveillance sera inmanquablement incompétent. Bref, ce n'est pas la « juridiction » (au sens français de « compétence ») des organes de surveillance des traités qui permet de déterminer l'applicabilité extraterritoriale des obligations mais bien la juridiction de l'Etat.

3. La notion de « juridiction » en droit international des droits de l'homme : exercice d'un pouvoir de fait

En 1995 déjà, soit antérieurement à la grande lignée des arrêts traitant de l'applicabilité extraterritoriale du DIDH, Theodor Meron écrivait à propos de l'invasion d'Haïti par les Etats-Unis que le PIDCP s'applique « to the treatment of persons in Haiti under the *authority and power* of U.S. forces – and thus, in terms of Article 2 of the [PIDCP], under the "jurisdiction" of the United States »⁸². Plus loin, Theodor Meron justifie la possibilité d'exercer sa juridiction hors du territoire national par le fait que les Etats-Unis « holds *effective power* ». Tout est dans ce membre de phrase : non seulement la notion de juridiction équivaut à celle de « pouvoir », mais ce pouvoir est « effectif ». Selon le Larousse, « effectif » signifie « dont la réalité est incontestable, ce qui produit un effet réel, tangible »⁸³. Autrement dit, peu importe que l'Etat exerce un pouvoir fondé en droit ; ce qui importe, c'est la *réalité objective de l'exercice du pouvoir*.

Cette conception de la notion de « juridiction » va être réfutée dans l'affaire *Bankovic*⁸⁴. En l'espèce, la Cour EDH devait trancher la question de savoir si la Conv. EDH s'appliquait aux raids aériens menés par l'OTAN en ex-Yougoslavie, et plus particulièrement le bombardement de la radio télévisée serbe ayant conduit au décès de seize individus. La question est donc de savoir si les obligations découlant de la Conv. EDH peuvent s'appliquer hors du territoire de l'Etat contractant. Pour ce faire, la Cour EDH va se pencher sur la notion de « juridiction ».

Le raisonnement de la Cour EDH commençait pourtant bien : selon cette dernière, « la [Conv. EDH] doit être interprétée à la lumière des règles fixées dans la Convention de Vienne de 1969 »⁸⁵ sur le droit des traités. Cependant, après avoir énoncé les règles de la Convention de Vienne pertinentes, le raisonnement de la Cour EDH dérape : celle-ci tente de cerner le « sens ordinaire » de la notion de juridiction. Or, nous venons de le voir, il n'existe pas une mais plusieurs définitions de la notion de « juridiction », et aucun n'est plus « ordinaire » qu'un autre. Selon la Cour EDH, « la notion de "jurisdiction" (...) "doit passer pour refléter" la conception de cette notion en droit international public »⁸⁶. Lorsque la Cour EDH énonce « les éléments ordinairement cités pour fonder pareil

déclarer à tout moment qu'il reconnaît la *compétence* [« juridiction » en anglais] du Comité pour recevoir et examiner des communications émanant de personnes ou de groupes de personnes (...) ».

⁸¹ CAT, *op. cit.* note 57, art. 22 §1 : « Tout Etat partie à la présente Convention peut, en vertu du présent art., déclarer à tout moment qu'il reconnaît la *compétence* [« juridiction » en anglais] du Comité pour recevoir et examiner des communications présentées par ou pour le compte de particuliers (...) ».

⁸² T. MERON, « Extraterritoriality of Human Rights Treaties », *A.J.I.L.*, vol. 89, 1995, p. 78.

⁸³ Définition du dictionnaire Larousse. Voir [http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/effectif_effective/27901]

⁸⁴ Cour EDH [GC], *affaire Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres Etats parties*, décision sur la recevabilité du 12 décembre 2001, req. no. 52207/99.

⁸⁵ *Ibid.*, §55.

⁸⁶ *Ibid.*, §61.

exercice »⁸⁷, elle se contente des éléments de rattachement communément admis en droit international classique permettant aux Etats d'exercer leur compétence normative que nous venons de voir, tels que la « nationalité », le « pavillon », les « relations diplomatiques et consulaires », etc.⁸⁸.

Or, cette acception de la notion de « juridiction » n'a absolument rien à voir avec celle que l'on trouve en DIDH. En effet, alors que « the purpose of the doctrine of jurisdiction in international law is precisely to establish whether a claim by a state to regulate some conduct is lawful or unlawful »⁸⁹, l'acception de la juridiction que l'on trouve en DIDH est une question purement factuelle qui ne se soucie guère du caractère légal ou illégal d'une action au regard du droit international public classique.

Pour preuve, la Cour EDH avait déjà consacré l'applicabilité extraterritoriale de la Conv. EDH dans au moins deux affaires précédentes⁹⁰. Dans ces affaires, la Cour EDH n'avait pas lié la clause de juridiction de l'article 1 à la notion de « juridiction » au sens du droit international public classique, car il n'était pas nécessaire qu'elle le fasse. Comme le relève Milanovic, « [no] Oppenheims, Brownlies, Cassese or Pellets were ever cited by the Court »⁹¹, et pour une raison simple : le critère sur lequel la Cour EDH se base en l'espèce pour fonder l'exercice extraterritorial de la juridiction – l'exercice d'un *contrôle sur un territoire étranger* – ne signifie pas que l'Etat exerce sa juridiction au sens des *règles* du droit international classique. Par exemple, il est impossible de justifier l'action de la Turquie en Chypre du nord sous l'angle des règles que nous venons de voir (nationalité, pavillon, etc.) : aucune n'est applicable. C'est la raison pour laquelle la Cour EDH pose le principe de l'indifférence du caractère légal ou illégal de l'action extraterritoriale de l'Etat dans cette affaire⁹². Ainsi, peu importe que l'Etat exerce sa *compétence juridique* normative, d'exécution ou judiciaire hors de son territoire ; tout ce qui importe est qu'il exerce une *compétence de fait*, comme le relève par ailleurs cette même Cour EDH dans l'affaire *Catan*⁹³. Tant la jurisprudence post-*Bankovic* que la doctrine vont dans ce sens⁹⁴.

Prenons un exemple pour montrer l'absurdité du raisonnement de la Cour EDH. Pour la Cour de Strasbourg, un Etat exerce sa juridiction au sens de la Conv. EDH s'il exerce, par exemple, sa compétence universelle. La compétence universelle permet à un Etat de juger un individu soupçonné d'avoir commis des crimes internationaux indépendamment de sa nationalité, de celle des victimes ou du lieu de commission de l'infraction. Un Etat se reconnaissant pour voie législative une telle compétence exercerait donc sa « juridiction » au sens du DIDH, et, partant, se verrait opposer les

⁸⁷ *Ibid.*, §59.

⁸⁸ *Ibid.* Pour une critique de ce raisonnement, voir R. WILDE, « Triggering State Obligations Extraterritorially: The Spatial Test in Certain Human Rights Treaties », in *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Toward a New Merger in International Law?*, (dir. R. ARNOLD et N. QUÉNIVET), Martinus Nijhoff, La Haye, 2008.

⁸⁹ M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles, and Policy*, OUP, 2011, p. 27.

⁹⁰ Cour EDH, *affaire Loizidou (exceptions préliminaires)*, *op. cit.* note 63, §§52-57 ; Cour EDH, *affaire Chypre c. Turquie*, arrêt du 10 mai 2001, req. n°25781/94, §76.

⁹¹ M. MILANOVIC, « From Compromise to Principle ... », *op. cit.* note 76, p. 13.

⁹² *Ibid.*, § 62

⁹³ Cour EDH, *affaire Catan et autres c. Moldova et Russie*, *op. cit.* note 69, §107 : « La question de savoir si un Etat contractant exerce ou non un contrôle effectif sur un territoire hors de ses frontières est une question de fait »

⁹⁴ Voir, parmi beaucoup d'autres affaires, Cour EDH, *affaire Chagos Islanders c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 46, §70 : « Whether there is an exercise of jurisdiction is a question of fact ». Voir également G. OBERLEITNER, *Human Rights in Armed Conflicts. Law, Practice, Policy*, CUP, 2015 ; R. WILDE, « Triggering State Obligations Extraterritorially: The Spatial Test in certain Human Rights Treaties », *Isr.L.Rev.*, vol. 40, 2007 ; M. MILANOVIC, « From Compromise to Principle ... », *op. cit.* note 76, p. 25 ; T. MERON, *The Humanization of International Law*, *op. cit.* note 14, p. 57 ; F. HAMPSON, « Using International Human Rights Machinery to Enforce the International Law of Armed Conflicts », *Revue de Droit militaire et de Droit de la Guerre*, vol. 119, 1992.

obligations relatives aux droits de l'homme. Cependant, un Etat qui ne se reconnaît pas une telle compétence universelle, et qui déciderait de passer outre les règles procédurales de l'extradition afin de juger un individu pour des crimes internationaux n'aurait aucune obligation relative aux droits de l'homme. Ainsi, pour être plus explicite, Adolph Eichmann n'aurait aucun droit vis-à-vis d'Israël et Israël aucune obligation vis-à-vis d'Adolph Eichmann⁹⁵.

Transposer ce raisonnement à des comportements territoriaux permet aussi de mettre en exergue les résultats absurdes auxquels l'on aboutirait si l'on liait la notion de « juridiction » contenue dans les traités relatifs aux droits de l'homme aux règles du droit international public classique. Ainsi, si un agent de l'Etat se livre à une exécution extrajudiciaire en sa qualité d'agent de l'Etat mais en dehors de toute politique étatique d'exécution systématique, l'Etat n'exerce ni sa juridiction normative ni sa juridiction d'exécution : il peut très bien ne pas exister de norme de droit interne prévoyant ce comportement (compétence normative), ni d'action prise dans le but d'exécuter de telles normes (compétence d'exécution). Pour autant, peut-on soutenir que les traités relatifs aux droits de l'homme ne sont pas applicables à ce cas d'espèce ? Une telle interprétation irait directement à l'encontre du but et de l'objet de ces traités, puisque ceux-ci visent précisément, nous l'avons vu plus haut, à préserver la dignité de l'individu dans sa relation avec l'Etat.

La Cour EDH est la seule juridiction internationale à lier les clauses de juridiction aux règles du droit international public classique. Par exemple, la Commission interaméricaine des droits de l'Homme (ci-après : « Com. IADH ») a eu l'occasion d'affirmer que le lien de nationalité, lien juridique unissant un Etat et un individu, n'est pas pertinent pour déterminer si un Etat exerce sa juridiction⁹⁶. En tout état de cause les éléments de rattachement susmentionnés ne sont quasiment jamais vérifiés par la Cour EDH pour conclure à l'exercice de la juridiction par un Etat. L'affaire *Bankovic* semble davantage refléter une certaine conception de la « politique judiciaire » menée par la Cour EDH que constituer un exercice d'interprétation authentique⁹⁷. Bref, il n'y a pas de « sens ordinaire » à la notion de juridiction⁹⁸, et pour ce qui concerne le DIDH, la notion de « juridiction » doit être entendue comme l'exercice d'un pouvoir de fait.

⁹⁵ Voir M. MILANOVIC, «From Compromise to Principle ...», *op. cit.* note 76, pp. 10-11

⁹⁶ Com. IADH, *Coard et al. v. United States*, Report no. 109/99, affaire no. 10.951, 29 septembre 1999, §37: « the inquiry turns not on the presumed victim's nationality (...) but on whether (...) the State observed the rights of a person subject to its authority and control ».

⁹⁷ L'affaire *Bankovic* concernait le bombardement de la radio télévisée serbe (RTS) par les forces de l'OTAN lors de la guerre du Kosovo. Or, il est notoire que cette intervention fut décidée par les Etats-Unis, suivis à contrecœur par les Etats européens, notamment par la France. Cette intervention aérienne était supposée suivre des règles d'engagement strictes « no casualties ». Ce ne fut manifestement pas le cas : seize personnes ont trouvé la mort dans ce bombardement. De plus, le TPIY a instauré un Comité chargé d'évaluer certaines actions de l'OTAN, notamment le bombardement de la RTS, et cette même affaire est parvenue devant la Cour EDH. Pour les juges de Strasbourg, il s'agit donc d'un sujet épineux de par son existence même, et pire : puisque la Conv. EDH est un traité territorialement circonscrit, connaître des actions de l'OTAN revient en réalité à connaître des actions des Etats-Unis, principaux acteurs de cette « intervention humanitaire ». Il semble donc que les interprétations très restrictives de la Cour EDH et à contrecourant avec sa jurisprudence soient davantage guidées par l'opportunisme que par de véritables assises juridiques, objectives et raisonnées.

⁹⁸ A notre humble avis, M. Bothe se trompe lorsqu'il écrit que : « [t]he ordinary meaning of the term [jurisdiction] should be clear: fighting is not an exercise of jurisdiction ». Non seulement il n'y a pas de « sens ordinaire » à la notion de « juridiction », nous venons de le voir, mais en plus il se place à contrecourant d'une grande lignée jurisprudentielle affirmant au contraire qu'un Etat exerce un pouvoir de fait sur les individus lorsqu'il conduit des hostilités. Voir M. BOTHE, « Effective Control: A situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation », Annexe 1, CICR, Report on the expert meeting on « Occupation and other forms of administration of foreign territory », Mars 2012 (ci-après : la « Réunion d'experts du CICR sur l'occupation »), p. 40.

B. L'affirmation de la portée extraterritoriale des obligations relatives aux droits de l'homme dans la jurisprudence des organes de protection des traités

Dans les traités relatifs aux droits de l'homme, aucune clause de juridiction n'est semblable à une autre. Cependant tant la Commission européenne des droits de l'Homme (ci-après : « Com. EDH ») et la Cour EDH (1), la Com. IADH et la Cour interaméricaine des droits de l'Homme (ci-après : « Cour IADH ») (2), le CDH (3) que le Comité contre la torture (ci- (4) ont affirmé l'applicabilité extraterritoriale des instruments qu'ils ont compétence pour appliquer. Tous l'ont fait sur des fondements différents⁹⁹.

1. Applicabilité extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme : une affirmation précoce fondée sur l'objet et le but du traité

La clause de juridiction de la Conv. EDH se trouve à l'article premier de ce traité, qui dispose que « [les] Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne *relevant de leur juridiction* les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention »¹⁰⁰. Cette clause n'a, à la connaissance de l'auteur, aucun équivalent dans les autres traités de DIDH.

La toute première affirmation de l'application extraterritoriale d'un instrument relatif aux droits de l'homme émane du système européen. En 1975, la Com. EDH doit se prononcer sur la situation régnant dans la partie septentrionale de Chypre suite à l'invasion des forces armées turques le 20 juillet 1974¹⁰¹. Il est intéressant de noter qu'il s'agit de la première situation d'occupation militaire soumise à un organe de protection des droits de l'homme. La Com. EDH relève à propos de la clause de juridiction contenue dans l'article 1 que « ce terme ne se limite pas (...) au seul territoire national des Hautes Parties contractantes »¹⁰². Et la Com. EDH de justifier son interprétation en avançant qu'il

« (...) ressort du libellé, notamment de la version française, et de l'objet et du but dudit article ainsi que du but de la Convention tout entière que les Hautes Parties Contractantes sont tenues d'assurer ces droits et libertés à toute personnes relevant effectivement de leur autorité et de leur responsabilité, que cette autorité s'exerce sur leur territoire à l'étranger »¹⁰³.

Il est regrettable que la Com. EDH ne précise pas ce qu'est, selon elle, le but et l'objet de l'article premier et de la Conv. EDH dans son ensemble. Cependant, le résultat n'en est pas moins que la Com. EDH consacre l'applicabilité des obligations internationales découlant de la Conv. EDH dans la partie septentrionale de Chypre, *i.e.* hors du territoire turque. Il est également intéressant de noter que la Com. EDH fait référence au caractère factuel de la notion de juridiction, puisqu'elle énonce que les obligations des Etats valent eu égard aux individus relevant « *effectivement* de leur autorité »¹⁰⁴. La Com. EDH insinue donc que peu importe que l'autorité exercée soit « légale », ce qui importe étant qu'elle soit « effective ».

L'applicabilité extraterritoriale de la Conv. EDH sera confirmée dans la jurisprudence à de multiples reprises, bien que la jurisprudence *Bankovic*, étudiée plus haut, ait interrompue cette lignée jurisprudentielle. Il y a au moins deux jurisprudences pré-*Bankovic* allant dans ce sens : les affaires *Loizidou* (fond et exceptions préliminaires) et *Chypre c. Turquie*¹⁰⁵. La première affaire post-*Bankovic*

⁹⁹ Les jurisprudences évoquées ici seront étudiées plus en détail dans la section 3.

¹⁰⁰ Conv. EDH, *op. cit.* note 47, art. premier.

¹⁰¹ Com. EDH, *affaire Chypre c. Turquie*, décision du 26 mai 1975, req. nos. 6780/74 et 6950/75 (ci-après : « *affaire Chypre c. Turquie* »).

¹⁰² *Ibid.*, §8.

¹⁰³ *Ibid.*, §8.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Cour EDH, *affaire Chypre c. Turquie*, *op. cit.* note 92, § 76.

à appliquer la Conv. EDH en dehors du territoire de l'Etat contractant est l'affaire *Issa*¹⁰⁶, qui concerne une opération militaire d'envergure menée par la Turquie sur le sol irakien. Pour la Cour, « a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons *who are in the territory of another State* »¹⁰⁷. Cette jurisprudence sera confirmée dans plusieurs affaires relatives à l'occupation de l'Irak par les Etats de la coalition¹⁰⁸, à l'occupation du nord de Chypre¹⁰⁹, à la situation régnant en Transnistrie¹¹⁰, au Haut-Karabakh¹¹¹, ou encore à des opérations militaires extraterritoriales, sur terre¹¹², sur mer¹¹³ ou dans les airs¹¹⁴, sur lesquelles nous auront l'occasion de revenir plus bas.

2. Applicabilité extraterritoriale de la Convention américaine des droits de l'homme et de la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme : une affirmation fondée sur le principe de non-discrimination et l'universalité des droits de l'homme

La DADDH ne contient aucune clause de juridiction. Concernant la CADH, la clause de juridiction figure à l'article premier, qui dispose que :

« Les Etats parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à *toute personne relevant de leur compétence*, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale »¹¹⁵.

Cette clause de juridiction contient une clause de non-discrimination. En ce sens, l'on pourrait la rapprocher la clause de juridiction contenue à l'article 2 paragraphe 1 de la CRC¹¹⁶. Les raisonnements qui vont suivre pourraient donc s'appliquer *mutatis mutandis* à la CRC.

La première affirmation de l'application extraterritoriale d'un instrument interaméricain relatif aux droits de l'homme remonte à l'invasion de Panama par les Etats-Unis en décembre 1989. Soixante requêtes furent transmises à la Com. IADH suivant l'invasion. Alors que les Etats-Unis d'Amérique

¹⁰⁶ Cour EDH, *affaire Issa et autres c. Turquie*, arrêt du 16 novembre 2004, req. no. 31821.

¹⁰⁷ *Ibid.*, §71.

¹⁰⁸ Voir Cour EDH, *affaire Saddam Hussein c. Albanie et 20 autres Etats parties*, décision sur la recevabilité du 14 mars 2006, req. n°23276/06 ; Cour EDH, *affaire Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 2011, req. no. 55721/07 ; Cour EDH, *affaire Hassan c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 42 ; Cour EDH, *affaire Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, décision sur la recevabilité du 30 juin 2009, req. no. 61498/08 ; Cour EDH, *affaire Al-Jedda c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 2011, req. no. 27021/08 ; Cour EDH, [GC], *affaire Jaloud c. Pays-Bas*, arrêt du 20 novembre 2014, req. 47708/08.

¹⁰⁹ Cour EDH, *affaire Isaak et autres c. Turquie*, décision sur la recevabilité du 24 juin 2008, req. n°44587/98 ; Cour EDH, *affaire Solomou et autres c. Turquie*, arrêt du 24 juin 2008, req. n°36832/97 ; Cour EDH, *affaire Andreou c. Turquie*, décision sur la recevabilité du 3 juin 2008, req. n°45653/99.

¹¹⁰ Cour EDH, *affaire Ilascu et autres op. cit.* note 67 ; Cour EDH, *affaire Catan et autres op. cit.* note 69. ; Cour EDH, *affaire Pisari c. Moldova et Russie*, arrêt du 21 avril 2015, req. n°42139/12.

¹¹¹ Cour EDH, [GC], *affaire Chiragov et autres c. Arménie*, *op. cit.* note 4.

¹¹² Cour EDH, [GC], *affaire Öcalan c. Turquie*, arrêt du 12 mai 2005, req. no. 46221/99.

¹¹³ Cour EDH, [GC], *affaire Medvedyev et autres c. France*, arrêt du 29 mars 2010, req. no. 3394/03.

¹¹⁴ Com. EDH, *affaire Reinette c. France*, décision sur la recevabilité du 2 octobre 1989, req. no. 14009/88 ; Cour EDH, *affaire Pad et autres c. Turquie*, décision sur la recevabilité du 28 juin 2007, req. no. 60167/00.

¹¹⁵ CADH, *op. cit.* note 47, art. premier. Dans le texte anglais, le terme « compétence » est traduit par le terme « juridiction ».

¹¹⁶ Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, *R.T.N.U.*, vol. 1577, p. 3 (ci-après « CRC »), art. 2 §1 : « Les Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation. »

soulèvent une exception d'incompétence *ratione loci*, la Com. IADH affirme, sans s'étendre davantage, que « [in] the context of the present case, the guarantees set forth in the American Declaration are implicated. This case sets forth allegations cognizable within the framework of the Declaration. Thus, the Commission is authorized to consider the subject matter of this case »¹¹⁷. Cependant, il n'est pas aisé de savoir si la question tranchée par la Com. IADH concerne sa compétence (sa « *jurisdiction* ») pour connaître de l'affaire ou l'applicabilité de la déclaration à proprement parler. En tout état de cause, la Com. IADH n'interprète pas la notion de « *jurisdiction* ».

Ce sera fait dans l'affaire *Salas*, concernant un ressortissant argentin condamné à mort aux Etats-Unis. Selon celui-ci, le fait que l'Argentine n'ait pas présenté de requête interétatique en défense de ses intérêts devant la Com. IADH se traduit par une violation de ses droits garantis par la CADH. La Com. IADH doit donc examiner si le requérant se trouve sous la juridiction de l'Etat argentin, alors même qu'il se trouve hors du territoire de cet Etat. La partie pertinente de l'arrêt se lit comme suit :

« The Commission does not believe, however, that the term "jurisdiction" in the sense of Article 1(1) is limited to or merely coextensive with national territory. Rather, the Commission is of the view that a state party to the American Convention may be responsible under certain circumstances for the acts and omissions of its agents which produce effects or are undertaken outside that state's own territory »¹¹⁸.

Le concept de *jurisdiction* est interprété dans cette affaire comme « a notion linked to authority and effective control, and not merely to territorial boundaries »¹¹⁹. La Com. IADH consacre donc l'applicabilité extraterritoriale de la CADH d'une part, et, d'autre part, affirme que la notion de « *jurisdiction* » est une notion factuelle, presque dans les mêmes termes que la Com. EDH avant elle.

Concernant la DADDH, la Com. IADH va affirmer l'applicabilité extraterritoriale de cet instrument la même année. La première affaire (l'affaire *Coard*) concernait la détention d'individus à l'occasion de l'invasion par les forces armées américaines et caribéennes de Grenada en octobre 1983 et de l'occupation qui s'ensuivit. Bien que les parties n'aient pas soulevé la question de l'application extraterritoriale de la DADDH, la Commission se prononce d'office sur ce point. Selon elle, dans certaines circonstances,

« (...) the exercise of [the State's] jurisdiction over acts with an extraterritorial locus will not only be consistent with but *required by the norms which pertain*. The fundamental rights of the individual are proclaimed in the Americas *on the basis of the principles of equality and nondiscrimination* -- "without distinction as to race, nationality, creed or sex." Given that *individual rights inhere simply by virtue of a person's humanity*, each American State is obliged to uphold the protected rights of any person subject to its jurisdiction. While this most commonly refers to persons within a state's territory, it may, under given circumstances, *refer to conduct with an extraterritorial locus* where the person concerned is present in the territory of one state, but subject to the control of another state – usually through the acts of the latter's agents abroad. In principle, the inquiry turns not on the presumed victim's nationality or presence within a particular geographic area, but on whether, under the specific circumstances, the State observed the rights of a person subject to its authority and control »¹²⁰.

Tout en rappelant que la notion de « *jurisdiction* » est une notion factuelle, la Com. IADH précise le fondement sur lequel elle fonde l'applicabilité extraterritoriale de la DADDH : le principe de non-discrimination, et, en filigrane, le principe de l'universalité des droits de l'homme. A l'appui de son

¹¹⁷ Com. IADH, *Salas et al. v. United States*, Decision on Admissibility of 14 October 1993, Report no. 31/93, Case no. 10573, § 6.

¹¹⁸ *Ibid.*, § 17.

¹¹⁹ *Ibid.*, § 19.

¹²⁰ Com. IADH, *Coard et al. v. United States*, *op. cit* note 98, §37.

raisonnement, la Com. IADH utilise la notion de « juridiction », pourtant absente du texte de la DADDH. Bien que la Com. IADH ne s'explique pas sur l'incorporation de cette notion au sein de la DADDH, il semble qu'elle tire cette notion de la clause de juridiction de la CADH, un traité postérieur. La même solution sera dégagée dans l'affaire *Alejandro*¹²¹, rendue le même jour. En l'espèce, il s'agissait de l'usage de la force meurtrière par l'aviation cubaine dans l'espace aérien international sur un aéronef civil. Le fait que la notion de « juridiction » soit interchangeable avec la notion de « pouvoir » est apparent dans ces jurisprudences. L'applicabilité extraterritoriale de la DADDH sera confirmée par la Com. IADH dans l'affaire *Djamel Ameziane*¹²², concernant un individu capturé par les forces armées américaines au Pakistan, détenu à la base aérienne de Kandahar (Afghanistan) puis transféré à la prison de Guantanamo.

3. Applicabilité extraterritoriale du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : une affirmation fondée sur une lecture disjonctive de la clause de juridiction

La clause de juridiction du PIDCP figure au paragraphe 2 de l'article 1, qui se lit comme suit :

« Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation »¹²³.

L'utilisation de la conjonction « et » dans le membre de phrase « les individus se trouvant sur leur territoire *et* relevant de leur compétence » soulève une question primordiale : les Etats s'engagent-ils à respecter et à garantir les droits à tous les individus présents sur leur territoire qui relèvent, par ailleurs, de leur compétence (lecture conjonctive), ou s'engagent-ils à respecter et à garantir les droits aux individus présents sur leur territoire ainsi qu'à ceux qui, ne se trouvant pas sur leur territoire, relèvent néanmoins de leur compétence (lecture disjonctive) ?

Interprétant les travaux préparatoires du PIDCP, la CIJ arrive à la conclusion que « les auteurs du Pacte *n'ont pas entendu faire échapper les Etats aux obligations qui sont les leurs lorsqu'ils exercent leur compétence en dehors du territoire national* »¹²⁴. La rédaction de l'article 2, paragraphe 1, résulte seulement de la volonté des Etats d'« éviter que des personnes résidant à l'étranger puissent se prévaloir envers leur Etat d'origine des droits ne relevant pas de la compétence de ce dernier mais de celle de l'Etat de résidence »¹²⁵.

Le CDH va opter pour une lecture disjonctive de la clause de juridiction. Dans son Observation générale No. 31, le CDH énonce qu'« [aux] termes du paragraphe 1 de l'article 2, les États parties sont tenus de respecter et garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire *et* à tous ceux relevant de leur compétence les droits énoncés dans le Pacte »¹²⁶. Telle lecture disjonctive va permettre l'affirmation de la portée extraterritoriale du Pacte. Ainsi, les Etats parties au PIDCP doivent « respecter et garantir à quiconque se trouve sous son pouvoir ou son contrôle effectif les droits reconnus dans le Pacte même s'il ne se trouve pas sur son territoire »¹²⁷. Le CDH a toujours affirmé

¹²¹ Com. IADH, *Alejandro Jr. et al. v. Cuba*, Report no. 86/99, affaire no. 11.589 du 29 septembre 1999.

¹²² Com. IADH, *Djamel Ameziane v. United States*, Report no. 17/12, affaire no. P-900-08 du 20 mars 2012.

¹²³ PIDCP, *op. cit.* note 47, art. 2, §1. Dans le texte anglais, le terme « compétence » est traduit par le terme « juridiction ».

¹²⁴ CIJ, Avis sur le *Mur*, *op. cit.* note 13, § 109.

¹²⁵ *Ibid.* § 78

¹²⁶ *Ibid.*, § 10. Italiques ajoutés.

¹²⁷ *Ibid.*

l'applicabilité extraterritoriale du PIDCP, jusque dans le projet d'Observation générale sur l'article 6, actuellement en discussion¹²⁸.

Cette affirmation se retrouve aussi dans l'examen des rapports périodiques des Etats. Par exemple, concernant le troisième rapport d'Israël, le Comité énonce que « les dispositions du Pacte s'appliquent à la population des territoires occupés, y compris dans la bande de Gaza, en ce qui concerne toute action des autorités ou des agents de l'État partie dans ces territoires qui porte atteinte à l'exercice des droits consacrés par le Pacte (...) »¹²⁹. Cette interprétation est corroborée par la jurisprudence quasi-contentieuse du Comité. Dans les affaires *Lopez Burgos*¹³⁰ et *Lilian Celiberti de Casariego*¹³¹, rendues le même jour, le CDH va confirmer l'applicabilité extraterritoriale du PIDCP. Ces deux affaires présentent des faits quasiment identiques : deux individus, l'un résident en Argentine et l'autre au Brésil, sont enlevés par les forces de sécurité uruguayennes et détenus *incommunicado* dans les deux Etats susmentionnés, *i.e.* en dehors des frontières de l'Uruguay. Dans les deux cas, le Comité va établir que

« (...) although the arrest and initial detention (...) allegedly took place on foreign territory, the Committee is not barred either by virtue of article 1 of the Optional Protocol ("... individuals subject to its jurisdiction ...") or by virtue Of article 2 (1) of the Covenant ("... individuals within its territory and subject to its jurisdiction ...") from considering these allegations, together with the claim of subsequent abduction into Uruguayan territory, *inasmuch as these acts were perpetrated by Uruguayan agents acting on foreign soil.*

The reference in article 1 of the Optional Protocol to "individuals subject to its jurisdiction" does not affect the above conclusion because *the reference in that article is not to the place where the violation occurred, but rather to the relationship between the individual and the State in relation to a violation of any of the rights set forth in the Covenant, wherever they occurred* »¹³².

Le Comité utilise une formule qui deviendra le fer de lance de l'applicabilité extraterritoriale des traités relatifs aux droits de l'homme : « it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory »¹³³.

4. Applicabilité extraterritoriale de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants : une affirmation fondée sur la notion de « territoire »

La clause de juridiction de la CAT se trouve au paragraphe 1 de l'article 2, qui énonce que « [t]out Etat partie prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour

¹²⁸ CDH, *Draft General Comment No. 36 – Art. 6 : Right to Life*, 115th session, Draft prepared by Y. SHANY and Sir N. RODLEY, Rapporteurs, U.N. Doc. CCPR/C/GC/R.36/Rev.2, §62 (ci-après: « Projet d'Observation générale No. 36 ») :

« In light of article 2, paragraph 1, of the Covenant, States parties have obligations to respect and to ensure the rights under article 6 of *all persons who are found within their territory and all persons subject to their jurisdiction*, power and effective control. Given that the act of detention brings a person within a state's effective control, States parties must respect and protect the right to life of all individuals detained inside or outside their territory. Furthermore, States parties must respect and protect the lives of individuals residing in territories, which are under their effective control, such as occupied territories, and in territories over which they have assumed an international obligation to apply the Covenant ».

¹²⁹ CDH, *Observation finales*, Israël, 3^e rapport périodique, 99^e session, 2010, U.N. Doc. CCPR/C/ISR/CO/3, §5.

¹³⁰ CDH, *Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay*, 29 juillet 1981, Communication No. R.12/52.

¹³¹ CDH, *Lilan Celiberti de Casariego v. Uruguay*, 29 juillet 1981, Communication No. R.13/56.

¹³² CDH, *Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay*, *op. cit.* note 132, §§12.1 et 12.2 ; CDH, *Lilan Celiberti de Casariego v. Uruguay*, *op. cit.* note 133, §§10.1 et 10.2.

¹³³ CDH, *Lilan Celiberti de Casariego v. Uruguay*, *op. cit.* note 133, §10.3.

empêcher que des actes de torture soient commis dans *tout territoire sous sa juridiction* »¹³⁴. Le Comité contre la torture (ci-après : « UNCAT ») considère que la CAT est applicable en dehors du territoire de l'Etat partie :

« (...) le «territoire» s'étend à *toutes les régions sur lesquelles l'État partie exerce de fait ou de droit, directement ou indirectement, en tout ou en partie, un contrôle effectif, conformément au droit international*. Il considère que la référence à «tout territoire», à l'article 2 comme aux articles 5, 11, 12, 13 et 16, concerne les infractions commises, non seulement à bord d'un navire ou d'un aéronef immatriculé sur le registre d'un État partie, mais aussi pendant une *occupation militaire* ou des opérations de maintien de la paix et dans des lieux tels qu'une ambassade, une base militaire, des locaux de détention ou *tout autre espace sur lequel un État partie exerce un contrôle effectif* »¹³⁵.

C'est donc ici l'interprétation de la notion de « territoire » qui permet de fonder l'applicabilité extraterritoriale. Ce paragraphe fait directement mention de l'occupation militaire, exemple topique du « contrôle effectif » exercé sur un territoire. Cette assertion est confirmée par l'examen des rapports périodiques. Par exemple, le CAT se dit préoccupé par

« [l']acceptation limitée par [le Royaume-Uni] de l'applicabilité de la Convention aux actions de ses forces à l'étranger, en particulier son explication selon laquelle "les parties de la Convention qui ne sont applicables qu'aux territoires placés sous la juridiction d'un État partie ne peuvent être applicables aux actions du Royaume-Uni en Afghanistan et en Iraq"; le Comité fait observer que les protections prévues par la Convention s'appliquent à tous les territoires placés sous la juridiction d'un État partie et considère que ce principe porte sur toutes les régions placées de fait sous le contrôle effectif des autorités de l'État partie (...) »¹³⁶.

Par conséquent, tant le droit de l'occupation militaire que le droit international des droits de l'homme sont d'applicabilité extraterritoriale. Voyons maintenant quels sont les comportements susceptibles de donner naissance à des obligations internationales hors du territoire de l'Etat.

SECTION 2. LES CRITERES D'APPLICABILITE COMMUNS AU DROIT DE L'OCCUPATION ET AU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

Tant le droit de l'occupation que le DIDH peuvent s'appliquer en territoire étranger. Il faut donc étudier les critères d'applicabilité du droit de l'occupation et du DIDH : quels sont les éléments déclencheurs de ces deux branches du droit ? Répondent-ils aux mêmes faits ?

Il existe quatre seuils d'intensité différents en droit de l'occupation militaire et en DIDH. Pour le droit de l'occupation, il s'agit de l'existence d'une occupation militaire au sens de l'article 42 du RH, qui déclenche l'application de ce traité, et la présence de « personnes protégées » au sens de l'article 4 de la CG IV, qui déclenche l'application des dispositions contenues dans la Section III du Titre III de la CG IV. Concernant le DIDH, il s'agit du modèle personnel de juridiction (ou « élément de rattachement personnel »), c'est-à-dire le contrôle sur un individu, et le modèle spatial de juridiction (ou « élément de rattachement spatial »), c'est-à-dire le « contrôle sur un territoire ».

Ces deux ensembles juridiques disposent d'un seuil d'application *spatial* : le contrôle sur un territoire étranger est susceptible de déclencher l'application du droit de l'occupation et du DIDH, et il est possible de trouver un dénominateur commun aux éléments constitutifs de ces différentes acceptions

¹³⁴ CAT, *op. cit.* note 56, art. 2, §1.

¹³⁵ UNCAT, *Observation générale No. 2 – Application de l'art. 2 par les Etats parties*, adoptée le 24 janvier 2008, U.N. Doc. CAT/C/GC/2, §16.

¹³⁶ UNCAT, *Observations finales*, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, 4^e rapport périodique, 10 décembre 2004, U.N. Doc. CAT/C/CR/33/3, §4, b).

de la notion de « contrôle sur un territoire » (§1). Si l'on a recours au modèle *personnel* de juridiction – c'est-à-dire au contrôle sur un individu – dans les territoires occupés, il y aura nécessairement application commune du DIDH et du droit de l'occupation, puisque ce modèle ne constitue pas un critère d'applicabilité (§2). Enfin, il faudra vérifier que des personnes protégées se trouvent à la fois « au pouvoir » de la Puissance occupante et « sous la juridiction » de l'Etat (§3).

§1. Élément de rattachement juridictionnel spatial et définition du territoire occupé : les éléments constitutifs communs

Non seulement le critère du contrôle sur un territoire étranger est un critère d'applicabilité commun au droit de l'occupation militaire et au droit international des droits de l'homme (A), mais l'on peut également dégager un dénominateur commun à partir des éléments constitutifs du « contrôle sur un territoire » tel qu'appréhendé par ces deux ensembles juridiques (B).

A. Le contrôle sur un territoire étranger : un critère d'applicabilité commun au droit de l'occupation militaire et au droit international des droits de l'homme

Après avoir étudié l'origine et l'affirmation du modèle spatial de juridiction (1), nous verrons que la définition de l'occupation militaire, qui figure à l'article 42 du RH, se base sur la notion de « contrôle effectif » d'un territoire (2).

1. Origine et affirmation du modèle spatial de juridiction en droit international

La notion de « juridiction » entretient des liens historiques forts avec celle de « territoire » (a), ce qui a poussé certains organes de protection des droits de l'homme à lier la clause de juridiction de leur traité à l'exercice d'une forme de contrôle sur un territoire (b).

a. L'existence de liens forts entre la notion de « juridiction » et celle de « territoire »

La notion de « juridiction » a très longtemps été considérée de pair avec la notion de territoire. La première clause de juridiction peut se trouver à l'article 2 de la Convention relative à l'esclavage de 1926, qui dispose que « [l]es Hautes Parties contractantes s'engagent, pour autant qu'elles n'ont pas déjà pris les mesures nécessaires, et chacune en ce qui concerne les *territoires placés sous sa souveraineté, juridiction, protection, suzeraineté ou tutelle (...)*¹³⁷. Dans la même veine, la Convention No. 29 de l'O.I.T. sur le travail forcé ou obligatoire que « [tout] Membre de l'Organisation internationale du Travail qui ratifie la présente convention s'engage à l'appliquer aux *territoires soumis à sa souveraineté, juridiction, protection, suzeraineté, tutelle ou autorité* »¹³⁸.

L'une des affaires parfois citée dans la doctrine¹³⁹ pour fonder l'élément de rattachement spatial est l'avis consultatif de la CIJ sur le *Sud-Ouest Africain*¹⁴⁰, concernant l'occupation de la Namibie par l'Afrique du Sud. La CIJ a jugé, dans cette affaire, que

« [l'Afrique du Sud], à laquelle incombe la responsabilité d'avoir créé et prolongé une situation qui, selon la Cour, a été valablement déclarée illégale, est tenue d'y mettre fin. Elle a

¹³⁷ Convention relative à l'esclavage, adoptée à Genève le 25 septembre 1926, entrée en vigueur le 9 mars 1927, art. 2.

¹³⁸ Convention n°29 concernant le travail forcé ou obligatoire, adoptée à Genève le 28 juin 1930, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1932, art. 26 §1. Il est intéressant de noter qu'il s'agit de la première clause de juridiction gouvernant l'application spatiale de l'ensemble du traité en droit international.

¹³⁹ Voir, par exemple, R. WILDE « Triggering State Obligations ... », *op. cit.* note 96, p. 508.

¹⁴⁰ 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*, CIJ, Recueil 1971, p. 16.

donc l'obligation de retirer son administration du territoire de la Namibie. Tant qu'elle laisse subsister cette situation illégale et occupe le territoire sans titre, l'Afrique du Sud encourt des responsabilités internationales pour violation persistante d'une obligation internationale. Elle demeure aussi responsable de toute violation de ses obligations internationales ou des droits du peuple namibien. Le fait que l'Afrique du Sud n'a plus aucun titre juridique l'habilitant à administrer le territoire ne la libère pas des obligations et responsabilités que le droit international lui impose envers d'autres Etats et qui sont liées à l'exercice de ses pouvoirs dans ce territoire. *C'est l'autorité effective sur un territoire, et non la souveraineté ou la légitimité du titre, qui constitue le fondement de la responsabilité de l'Etat en raison d'actes concernant d'autres Etats* »¹⁴¹.

Cette affaire entretient un certain lien avec les droits de l'homme, bien que l'Afrique du Sud n'était pas, à l'époque, partie au PIDCP : en tant que mandataire de la Namibie, l'Afrique du Sud s'était engagée à respecter les droits de l'homme et les libertés fondamentales pour tous sur le territoire, sans distinctions de race. La CIJ conclut que, du fait de l'instauration d'un régime d'apartheid sur le territoire de la Namibie, l'Afrique du Sud a commis « une violation flagrante des buts et des principes de la Charte »¹⁴².

Ces différents exemples montrent que, originellement, la notion de « juridiction », entendue comme élément déclencheur des obligations de l'Etat, est intimement liée à la notion de territoire. Cela se retrouve dans la jurisprudence relative à l'application extraterritoriale des traités de DIDH.

b. L'affirmation de l'élément de rattachement spatial dans la jurisprudence relative aux droits de l'homme

La toute première utilisation de l'élément de rattachement spatial émane du système européen. Dans l'affaire *Loizidou* (exceptions préliminaires), la Cour EDH devait déterminer si la Conv. EDH était applicable aux comportements des forces armées turques dans le nord de Chypre. Selon la Cour,

« (...) une Partie contractante peut (...) voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire - légale ou non -, elle *exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national*. L'obligation d'assurer dans une telle région le respect des droits et libertés garantis par la Convention *découle du fait de ce contrôle*, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'Etat concerné ou par le biais d'une administration locale subordonnée »¹⁴³.

Il est donc bien question ici de « contrôle sur un territoire » et non de « contrôle sur un individu ». Ce principe sera repris dans l'arrêt sur le fond, bien que la Cour insère une nuance terminologique en ne parlant plus de « contrôle » mais de « contrôle *global* »¹⁴⁴, ce qui est traduit en anglais par « effective overall control » (« *contrôle global effectif* »), ce qui revêt un sens encore différent. La Cour EDH appliquera à nouveau l'élément de rattachement spatial dans la jurisprudence *Chypre c. Turquie*¹⁴⁵.

L'élément de rattachement spatial sera rapidement revisité par la Cour EDH : dans l'affaire *Bankovic*, les juges de Strasbourg reprennent mot pour mot le paragraphe cité ci-dessus, mais en remplaçant le mot « global » par le mot « effectif », ce qui insère, une fois de plus, une nuance¹⁴⁶. Ce critère sera également utilisé dans l'affaire *Chiragov*, concernant le conflit « gelé » du Haut-Karabakh entre l'Arménie et l'Azerbaïdjan, dans lequel la Cour EDH va rechercher si l'Arménie « exerce un contrôle

¹⁴¹ *Ibid.*, § 118, p. 42. Italiques ajoutés.

¹⁴² *Ibid.*, p. 45.

¹⁴³ *Ibid.*, § 62.

¹⁴⁴ Cour EDH, *affaire Loizidou c. Turquie*, (fond), *op. cit.* note 67, § 56.

¹⁴⁵ Cour EDH, *affaire Chypre c. Turquie*, *op. cit.* note 92, § 77.

¹⁴⁶ Cour EDH, *affaire Bankovic et autres op. cit.* note 86, § 71.

effectif sur le Haut-Karabakh et les territoires environnants »¹⁴⁷. La Cour EDH aura recours à ce critère de rattachement juridictionnel dans d'autres affaires¹⁴⁸.

Les Comités onusiens utilisent aussi l'élément de rattachement spatial. Le CDH, dans ses Observations finales sur le rapport initial d'Israël, énonce que « le Pacte doit être considéré comme applicable aux *territoires occupés et aux zones du Sud-Liban et de la Bekaa occidentale qui sont sous le contrôle effectif d'Israël* »¹⁴⁹. De plus, dans le projet d'observation générale No. 36, le Comité énonce que « States parties must respect and protect the lives of individuals *residing in territories, which are under their effective control, such as occupied territories* »¹⁵⁰. Il en va de même pour le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (ci-après : « CoDESC »)¹⁵¹.

Conformément à la clause de juridiction contenue dans la CAT, l'UNCAT a recours au modèle spatial de juridiction. Dans son Observation générale No. 2, le UNCAT énonce que « le "territoire" s'étend à *toutes les régions sur lesquelles l'État partie exerce de fait ou de droit, directement ou indirectement, en tout ou en partie, un contrôle effectif, conformément au droit international* »¹⁵². En somme, la CAT s'applique sur « tout (...) espace sur lequel un État partie exerce un *contrôle effectif* »¹⁵³. Cet élément de rattachement se retrouve aussi dans la jurisprudence nationale¹⁵⁴.

2. L'article 42 du Règlement de La Haye de 1907 et la notion de « contrôle effectif » sur un territoire

La définition de l'occupation militaire se trouve à l'article 42 du RH, qui dispose que :

« [u]n territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie.

L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer »¹⁵⁵.

Les textes de DIH les plus récents, à savoir les CG et leurs PA, ne donnent pas d'autre définition du concept d'occupation militaire, mais semblent endosser la définition contenue dans l'article 42 du RH. En effet, alors même que les CG I, II et III remplacent certaines conventions antérieures¹⁵⁶, l'article

¹⁴⁷ *Ibid.*, §170.

¹⁴⁸ Voir, notamment, Cour EDH, *affaire Issa et autres c. Turquie*, *op. cit.* note 108, req. no. 31821, §74 ; Cour EDH, *affaire Saddam Hussein c. Albanie et 20 autres Etats parties*, *op. cit.* note 110, p. 4.

¹⁴⁹ CDH, *Observations finales*, Israël, rapport initial, 18 août 1998, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.93, §10.

¹⁵⁰ CDH, *Projet d'Observation générale No. 36*, *op. cit.* note 130, § 62

¹⁵¹ En se penchant sur le rapport initial d'Israël, le CoDESC estime que « *les obligations qui incombent à l'État en vertu du Pacte s'appliquent à tous les territoires et populations sur lesquels il exerce de fait son contrôle* ». Voir CoDESC, *Observations finales*, Israël, rapport initial, 4 décembre 1998, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.27, §8.

¹⁵² UNCAT, *Observation générale No. 2*, *op. cit.* note 137, §16.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Canada, Court of Appeal of Ottawa, Ontario, *Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Association v. Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces, Minister of National Defence and Attorney General of Canada*, 2008 FC 336, 12 mars 2008, part. §§ 187-298. Il est intéressant de constater que la H CJ israélienne ne s'est jamais prononcé sur l'applicabilité du PIDCP dans les territoires occupés. Cependant, une tendance récente montre que la Haute Cour s'appuie sur des dispositions des traités relatives aux droits de l'homme, en justifiant cela par le fait que ces normes étaient partie intégrante du droit de l'occupation. Voir David KRETZMER, « The Law of Belligerent Occupation in the Supreme Court of Israel », *R.I.C.R.*, vol. 94, 2012, pp. 207-236

¹⁵⁵ RH, *op. cit.* note 19, art. 42.

¹⁵⁶ V. Convention de Genève (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, adoptée le 12 août 1949 à Genève, entrée en vigueur le 21 octobre 1950 (ci-après : « CG I »), art. 59 ; Convention de Genève (II) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées sur mer, adoptée le 12 août 1949 à Genève, entrée en vigueur le 21 octobre 1950 (ci-après : « CG II »), art. 58 ;

154 de la CG IV pose le principe de complémentarité entre la CG IV et les sections II et III du RH¹⁵⁷. Dès lors, l'article 42 RH conserve toute sa pertinence en matière de définition de l'occupation militaire. Cette assertion est confirmée par la jurisprudence, qui ne se fonde que sur l'article 42 RH pour établir l'existence d'une occupation¹⁵⁸. La définition de l'occupation est très ancienne : elle date de la Déclaration de Bruxelles de 1874 concernant les lois et coutumes de la guerre. Elle n'a fait l'objet d'aucune discussion lors de la Deuxième Conférence internationale de la Paix de 1907¹⁵⁹. Les CG et leurs PA apportent quelques éclaircissements à propos du concept d'occupation. Pour l'instant, nous nous bornerons à constater que l'article 2 de la CG IV prévoit un nouveau cas de conflit armé international : le cas dans lequel l'occupation ne rencontre aucune résistance armée¹⁶⁰. D'un point de vue matériel, cet avancement constitue le seul événement notable.

Cependant, l'article 42 du RH est imprécis dans le sens où il ne donne aucun indice permettant de savoir ce que signifie, pour un territoire, être « placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie ». Ainsi, « la signification centrale [de l'article 42 est] suffisamment évidente » ; cependant, « ainsi qu'il arrive souvent avec les concepts abstraits, ses frontières sont moins claires »¹⁶¹. L'on considère qu'un territoire est « placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie » lorsque les forces armées de l'Etat envahisseur exercent un « contrôle effectif » – notion absente du tissu conventionnel – sur le territoire. Comme le relève Tristan Ferraro, « the notion of “effective control” is not found in treaty law; it reflects an idea developed in the legal discourse pertaining to occupation to describe the circumstances and conditions under which one could determine the existence of a state of occupation under IHL »¹⁶².

Tant le droit de l'occupation militaire que le droit international des droits de l'homme utilisent la notion de « contrôle effectif » sur un territoire étranger. Ces deux notions ne sont pas identiques mais présentent des éléments constitutifs communs.

B. Élément de rattachement spatial et définition de l'occupation militaire : mise en perspective des éléments constitutifs communs

Pour qu'il y ait « occupation militaire » au sens de l'article 42 du Règlement de La Haye, il est communément admis qu'il faille réunir trois éléments, à savoir (i) la présence hostile de forces armées sur un territoire étranger, (ii) l'exercice de l'autorité en lieu et place du gouvernement et (iii) l'absence

Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre, adoptée le 12 août 1949 à Genève, entrée en vigueur le 21 octobre 1950, art. 134 ((ci-après : « CG III »).

¹⁵⁷ L'art. 154 CG IV se lit comme suit : « Dans les rapports entre Puissances liées par la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, qu'il s'agisse de celle du 29 juillet 1899 ou de celle du 18 octobre 1907, et qui participent à la présente Convention, celle-ci complétera les Sections II et III du Règlement annexé aux susdites Conventions de La Haye ». Ces sections traitent respectivement « des hostilités » (Section II) et « de l'autorité militaire sur le territoire de l'Etat ennemi » (Section III).

¹⁵⁸ Voir, parmi beaucoup d'affaires, TPIY, affaire *Naletilić op. cit.* note 44, §215 : « bien que constituant une codification ultérieure des droits et obligations de la puissance occupante, la IV^e Convention de Genève n'a pas abrogé les dispositions du Règlement de La Haye en la matière. Ainsi, en l'absence d'une définition du terme "occupation" dans les Conventions de Genève, elle renvoie à la définition qu'en donne le Règlement de La Haye, tout en rappelant le caractère coutumier dudit Règlement » ; CIJ, Avis sur le *Mur, op. cit.* note 13, § 78 : « La Cour observera que, selon le droit international coutumier tel que reflété (...) à l'art. 42 du règlement (...) de La Haye du 18 octobre 1907, un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie, et l'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer ». La Cour reprend ce passage dans CIJ, affaire *RDC c. Ouganda, op. cit.* note 2, § 172.

¹⁵⁹ Pour une étude de la genèse de l'art. 42 du RH, v. V. KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation militaire*, Paris, Pedone, 2011, pp. 47-59.

¹⁶⁰ Cette évolution ne saurait être lue indépendamment des expériences tirées de la seconde guerre mondiale, lors de laquelle le Danemark et la Bohême et la Moravie furent envahis par l'Allemagne sans opposer de résistance militaire

¹⁶¹ A. ROBERTS, *op. cit.* note 2.

¹⁶² Réunion d'experts du CICR sur l'occupation, *op. cit.* note 100, pp. 17-23.

de consentement du souverain territorial¹⁶³. Seul le critère de l'absence de consentement n'est pas requis par le DIDH. Il sera donc étudié plus bas.

Dans la mesure où l'élément de rattachement spatial a été consacré à l'occasion de l'occupation du nord de Chypre par la Turquie, il n'est pas étonnant que les éléments constitutifs de l'occupation militaire puissent se retrouver dans l'élément de rattachement spatial. La lecture du paragraphe 149 de l'arrêt *Al-Skeini*, dans lequel la Cour EDH conclut à l'exercice de sa juridiction par le Royaume-Uni dans le cadre de l'occupation de l'Irak, permet de s'en convaincre :

« On peut donc voir qu'après le renversement du régime baasiste et jusqu'à l'instauration du gouvernement intérimaire, le Royaume-Uni a assumé en Irak (conjointement avec les Etats-Unis) certaines des prérogatives de puissance publique qui sont normalement celles d'un Etat souverain, en particulier le pouvoir et la responsabilité du maintien de la sécurité dans le sud-est du pays. Dans ces circonstances exceptionnelles, la Cour considère que le Royaume-Uni, par le biais de ses soldats affectés à des opérations de sécurité à Bassorah lors de cette période, exerçait sur les personnes tuées lors de ces opérations une autorité et un contrôle propres à établir, aux fins de l'article 1 de la Convention, un lien juridictionnel entre lui et ces personnes »¹⁶⁴.

Tout d'abord, la Cour EDH constate la présence de « soldats » du Royaume-Uni. De plus, cet Etat a exercé des « prérogatives de puissance publique », terme proche de celui d'« autorité » contenue à l'article 42 du RH. Enfin, le Royaume-Uni a « exercé sa juridiction » entre le renversement du régime baasiste, régime légitime au sens du droit international, et l'instauration d'un nouveau gouvernement, lui-même légitime au regard du droit international : la « juridiction » et l'« autorité » ont donc nécessairement été exercées en lieu et place du souverain territorial. L'arrêt *Al-Skeini* n'est pas un épiphénomène : nombre des éléments constitutifs de l'élément de rattachement spatial s'accordent avec ceux de la définition de l'occupation militaire. Concernant la *qualité du territoire* contrôlé, ni le modèle spatial de juridiction ni l'article 42 du RH ne limitent la possibilité de contrôler un territoire en raison de sa taille ou de son statut (1). De plus, la *durée du contrôle* importe peu : celui-ci peut n'être que temporaire (2). Lorsque l'on compare la *qualité du contrôle*, l'on constate que dans les deux cas, ce contrôle suppose la présence de forces armées (3) et que les notions d'« autorité » au sens de l'article 42 du RH est de « pouvoirs publics » ou « prérogatives de puissance publique » au sens de la jurisprudence de DIDH sont des synonymes (4).

1. L'indifférence quant à la taille et au statut du territoire susceptible d'être contrôlé

L'article 42 du RH est muet sur l'étendue spatiale de l'occupation. La CG IV, apporte un éclaircissement : cette Convention s'applique « dans tous les cas d'occupation *de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante* »¹⁶⁵. Ainsi, de très petites parcelles de territoires peuvent être occupées : les experts du CICR mentionnent des villages ou de petites îles comme exemples de lieux géographiquement circonscrits pouvant faire l'objet d'une occupation militaire¹⁶⁶. A ce titre, la Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie a appliqué le droit de l'occupation à des territoires aussi circonscrits que des villes et villages¹⁶⁷. De façon plus explicite, le TPIY pose le

¹⁶³ Voir, en ce sens, Y. SHANY, « Faraway, so close: The Legal Status of Gaza After Israel's Disengagement », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 8, p. 4.

¹⁶⁴ Cour EDH, *affaire Al-Skeini et autres op. cit.* note 110, §149. L'affaire concernait le décès de civils irakiens lors d'opérations militaires pour contrer l'insurrection menées par le Royaume-Uni en Irak.

¹⁶⁵ CG IV, *op. cit.* note 21, art. 2.

¹⁶⁶ Réunion d'experts du CICR sur l'occupation, *op. cit.* note 100, p. 24.

¹⁶⁷ Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie, *Front Central, Réclamations de l'Erythrée*, 2, sentence partielle, 28 avril 2004, pp. 16, §67 (ville de Tserona), 17-18, §§74-78 (village de Serha) et p. 18, §79 (ville de Senafe). Au paragraphe 75, la Commission énonce que : « Eritrean forces were either concentrated inside Eritrea or occupied relatively narrow areas in Ethiopia ».

principe selon lequel « [t]here is no requirement that an entire territory be occupied, provided that the isolated areas in which the authority of the occupied power is still functioning "are effectively cut off from the rest of the occupied territory" »¹⁶⁸. La zone occupée doit être « coupée du reste du territoire ».

Concernant le DIDH, la question de la taille du territoire suffisante pour être contrôlée par un Etat est plus controversée. Marko Milanovic formule cette question en ces termes : « Is a city an area that can be subject to state jurisdiction? How about a mere village? Or a military base? Or a prison? Or just any building, or an apartment within that building? »¹⁶⁹. Cette question est primordiale pour l'applicabilité de certains traités¹⁷⁰.

L'élément de rattachement spatial a déjà été appliqué à des parties du territoire d'un Etat. Dans l'affaire *Issa*, la Cour EDH devait trancher la question de savoir si la Turquie exerçait un contrôle effectif sur le Kurdistan irakien suite à une opération militaire. La Cour EDH admet qu'un Etat peut exercer un contrôle sur « a particular portion of the territory »¹⁷¹ d'un autre Etat. Cependant, en l'espèce, la Cour EDH va juger que l'Irak n'exerce pas de « contrôle global effectif » sur l'ensemble de la partie nord de l'Irak. Les juges de Strasbourg vont dissocier l'affaire *sub lite* aux affaires relatives à l'occupation de Chypre par la Turquie notamment sur la base du fait que les forces armées turques « were stationed throughout the whole of the territory of northern Cyprus »¹⁷². Cependant, ce rejet est davantage fondé sur le critère de la *présence des forces armées* sur le territoire et à leur *déploiement* plutôt qu'à la *taille du territoire susceptible d'être contrôlé*. Comme le relève M. Sassoli, « it is difficult to imagine why it would make a difference whether foreign forces controlled a vast area or a village »¹⁷³. Ce précédent n'est, en toute hypothèse qu'un épiphénomène.

Les organes de protection des droits de l'homme ont appliqué l'élément de rattachement spatial à des zones de superficie très variées, allant de la grande province de Bassora dans le sud-est de l'Irak (quelques 19 000 km²), en passant par la Transnistrie, le Haut-Karabakh, et la zone occupée du nord de Chypre (entre 3 000 et 4 000 km²), à des zones aussi petites que des prisons d'Irak ou d'Afghanistan gérées par des belligérants. Par exemple, dans l'affaire *Al-Saadoon*, la Cour EDH devait trancher la question de savoir si les requérants, des civils irakiens emprisonnés en attente de jugement dans une prison gérée par le Royaume-Uni en Irak, étaient « sous la juridiction » du Royaume-Uni. Et la Cour EDH de juger que « given the total and exclusive *de facto*, and subsequently also *de jure*, control exercised by the United Kingdom authorities over the *premises* in question, the individuals detained there (...) were within the United Kingdom's jurisdiction »¹⁷⁴. Il semble que la Cour EDH applique ici l'élément de rattachement territorial à la superficie d'un bâtiment (« *premises* »).

Dans l'affaire *Djamel Ameziane*, la Com. IADH va suivre la Cour EDH. La question portait sur la détention d'un individu dans une prison américaine dans la province de Kandahar, en Afghanistan : celui-ci est-il sous la « juridiction » des Etats-Unis ? En se fondant sur la jurisprudence *Al-Saadoon*, la Com. IADH conclut que les Etats-Unis exercent un « total and exclusive *de facto* control over this prison and the individuals detained there »¹⁷⁵. Il est donc question de « contrôle sur une prison », qui

¹⁶⁸ TPIY, affaire *Naletilić* *op. cit.* note 44, §218.

¹⁶⁹ M. MILANOVIC, *op. cit.* note 96, p. 129.

¹⁷⁰ Par exemple, c'est sur la base de l'interprétation de cette notion que les Etats-Unis rejettent l'applicabilité de la CAT – dont la clause de juridiction se réfère explicitement à la notion de « territoire » – aux *black sites* de la CIA. Voir *Ibid.*, pp. 130-131.

¹⁷¹ Cour EDH, affaire *Issa et autres c. Turquie*, *op. cit.* note 108, §63

¹⁷² *Ibid.*, §75.

¹⁷³ M. SASSOLI, «The Role of Human Rights and International Humanitarian Law in New Types of Armed Conflicts», in O. BEN-NAFTALI, *International Humanitarian Law and International Human Rights Law – Pas de Deux*, OUP, 2011, p. 65.

¹⁷⁴ Cour EDH, affaire *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 110, §88.

¹⁷⁵ Com. IADH, *Djamel Ameziane v. United States*, *op. cit.* note 124, § 32.

semble être perçu comme une variante du « contrôle sur un territoire ». Dans la même veine, les juridictions britanniques ont considéré l'opportunité d'appliquer l'élément de rattachement spatial à une maison dans laquelle des soldats britanniques ont pénétré, lors de l'occupation de l'Irak¹⁷⁶.

Par conséquent, tant le droit de l'occupation militaire que le droit international des droits de l'homme sont applicables à des zones de taille variées.

En droit de l'occupation militaire, le statut juridique du territoire occupé n'influence pas sur l'existence d'une occupation. Il s'agit de l'un des arguments forts d'Israël pour exclure l'applicabilité de la CG IV dans les territoires palestiniens occupés¹⁷⁷. Le raisonnement israélien est le suivant : puisque le paragraphe 2 de l'article 2 des CG énonce que la Convention ne s'applique qu'en « cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante » et que le territoire palestinien occupé « n'était pas reconnu comme souverain avant son annexion par la Jordanie et l'Égypte », « il ne s'agit pas d'un territoire d'une Haute Partie contractante au sens de la Convention »¹⁷⁸. Cependant, cette thèse repose sur une interprétation littérale et réductrice de l'article 2 de la CG IV qui n'a été endossée que par Israël. Cette interprétation est rejetée explicitement par le Commentaire Pictet, selon lequel « [l'alinéa 2] ne vise pas les cas d'occupation auxquelles il est procédé au cours des hostilités ; en effet, dans ces cas-là, la Convention est entrée en vigueur dès le début des hostilités »¹⁷⁹. Ainsi, c'est le paragraphe 1 de l'article 2 qui déclenche l'application des CG et non le paragraphe 2¹⁸⁰, ce dernier n'ayant pour fonction que de « combler une lacune que laissait subsister le premier alinéa »¹⁸¹.

La Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Éthiopie a affirmé que ni le RH ni la CG IV ne suggèrent que

« (...) only territory the title to which is clear and uncontested can be occupied territory. (...) the alternative would deny vulnerable persons in disputed areas the important protections provided by international humanitarian law. These protections should not be cast into doubts because the belligerents dispute the status of territory. The alternative would frustrate essential humanitarian principles »¹⁸².

Comme le relève Vaios Koutroulis, « [accepter] la thèse défendue par Israël aurait signifié faire dépendre l'application du droit de l'occupation d'un élément non factuel. Son rejet confirme que l'application de cette branche du droit demeure dépendante des seuls faits »¹⁸³.

¹⁷⁶ Royaume-Uni, Court of Appeal, *R. (on the application of Al-Skeini) (Appellant) v. Secretary of State for Defence (Respondent)*, 21 décembre 2005, [2005] EWCA Civ. 1609 (ci-après : « affaire Al-Skeini »), §§107-110 (Per LJ Brooke). Le LJ Brooke refusera de procéder à l'application de l'élément de rattachement personnel dans ce cas.

¹⁷⁷ Notons que la HCJ d'Israël a reconnu l'applicabilité du RH dans les territoires occupés à de multiples reprises. Voir Israël, Haute Cour de Justice, *Abd Al Nasser Al Aziz et al. v. Commander of the IDF Forces in the West Bank et al.*, HCJ 785/87, HCJ 845/87 et HCJ 27/88, 10 avril 1988, p.57-58 ; Israël, Haute Cour de Justice, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israël et al.*, HCJ 2056/04, 30 juin 2004, p. 13, §23.

¹⁷⁸ CIJ, Avis sur le Mur, *op. cit.* note 13, §90.

¹⁷⁹ J. Pictet, *Commentaire – La Convention de Genève relative au traitement à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, CICR, 1958 (ci-après : le « Commentaire Pictet »), p. 27.

¹⁸⁰ CG, *op. cit.* note 158, art. 2 commun : « En dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles ».

¹⁸¹ *Commentaire Pictet, op. cit.* note 181, p. 27.

¹⁸² Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Éthiopie, *Front Central, Réclamations de l'Erythrée 2, op. cit.* note 169, p. 8, §§28-29.

¹⁸³ V. KOUTROULIS, *op. cit.* note 161, p. 43.

Le DIDH s'applique également nonobstant le statut juridique du territoire occupé. Tout d'abord, la notion de « juridiction » n'étant qu'une question de fait, transposer en DIDH l'interprétation qu'Israël fait de la CG IV semble exclu d'office. Dans ce cas précis, la CIJ¹⁸⁴, le CDH¹⁸⁵, le CoDESC¹⁸⁶ et le UNCAT¹⁸⁷ ont affirmé l'applicabilité des droits de l'homme dans les territoires occupés par Israël. Très récemment, le CDH a affirmé l'applicabilité du PIDCP en Crimée, région contrôlée par la Russie au statut contesté en droit international¹⁸⁸. De plus, la Cour EDH a toujours appliqué la Conv. EDH à des territoires sécessionnistes comme la Transnistrie, le Haut-Karabakh ou le nord de Chypre. Par conséquent, l'on peut raisonnablement affirmer que le statut contesté du territoire n'altère en rien l'application du DIDH.

2. La durée du contrôle exercé sur le territoire : la possibilité d'un contrôle temporaire

Aucune disposition du droit de l'occupation militaire ne suppose que son application soit circonscrite dans le temps. En effet, le deuxième alinéa de l'article 42 du RH, qui a pour fonction de « [préciser] les limites temporelles et spatiales de la notion d'occupation »¹⁸⁹, se borne à relever que l'occupation « ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer ». Comme le relève Vaios Koutroulis, « [l']occupation existe là où et pour aussi longtemps que l'armée occupante exerce son autorité. Ainsi, les limites *ratione temporis* et *ratione loci* de la notion d'occupation sont principalement dépendantes des considérations factuelles »¹⁹⁰.

La Haute Cour de Justice israélienne (ci-après : « HCJ ») va dans ce sens : « if the military force gained effective and practical control over a certain area, it is immaterial that its presence in the territory is limited in time or that the intention is to maintain only temporary military control »¹⁹¹. La Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Éthiopie s'aligne sur cette position : « where combat is not occurring in an area controlled *even for just a few days* by the armed forces of a hostile power, the Commission believes that the legal rules applicable to occupied territory should apply »¹⁹².

La problématique du cadre temporel de l'occupation a provoqué de vives discussions chez les experts du CICR. Selon l'un d'eux, l'exercice de l'autorité suppose un contrôle sur un territoire pendant un certain laps de temps : cet expert affirme que deux semaines serait le minimum nécessaire, puisqu'en deçà de cette durée, il serait difficile de distinguer l'occupation de simples raids¹⁹³. Il semble qu'une telle période ne relève de rien d'autre que d'une détermination arbitraire qui ne permettrait pas de prendre en considération les différentes hypothèses factuelles pouvant survenir¹⁹⁴. Une majorité

¹⁸⁴ CIJ, Avis sur le *Mur*, *op. cit.* note 13, § 109.

¹⁸⁵ CDH, *Observations finales*, Israël, rapport initial, *op. cit.* note 151, §10.

¹⁸⁶ CoDESC, *Observations finales*, Israël, rapport initial, *op. cit.* note 153, §8.

¹⁸⁷ UNCAT, *Observations finales*, Israël, 4^e rapport périodique, 23 juin 2009, U.N. Doc. CAT/C/ISR/CO/4, §§ 11-12.

¹⁸⁸ CDH, *Observations finales*, Russie, 7^e rapport périodique, 28 avril 2015, U.N. Doc. CCPR/C/RUS/CO/7, § 23.

¹⁸⁹ V. KOUTROULIS, *op. cit.* note 161, p. 54.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Israël, Haute Cour de Justice, *Tsemel v. Minister of Defence*, 28 janvier 1993, HCJ 5976/92, pp. 373-374. Traduction non officielle, cité par E. BENVENISTI dans *The International Law of Occupation*, 2^e ed., Princeton University Press, 2004, p. 182.

¹⁹² Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Éthiopie, *Front Central, Réclamations de l'Erythrée*, 2, 4, 6, 7, 8, & 22, sentence partielle, 28 avril 2004, p. 13, §57.

¹⁹³ Réunion d'experts du CICR sur l'occupation, *op. cit.* note 100, p. 24.

¹⁹⁴ Par exemple, une armée surpuissante ou une coalition d'États seraient capables d'affirmer leur autorité sur un territoire en très peu de temps, notamment si cette force d'invasion ne rencontre aucune résistance lorsqu'elle pénètre dans le territoire comme le montre l'invasion de l'Irak par les États-Unis et le Royaume-Uni en 2003. Dans la même veine, un État envahissant un autre État sur lequel il dispose de bases militaires rend la période de

d'experts du CICR a donc écarté l'idée d'établir un cadre temporel prédéterminé au début de l'application du droit de l'occupation, sur le fondement que cet ensemble juridique était muet sur cette question. Nous reviendrons sur cette question dans la section consacrée à la phase d'invasion¹⁹⁵.

La jurisprudence de la Cour EDH admet que le contrôle sur un territoire puisse être temporaire. La Cour EDH a jugé que « as a consequence of this military action, the respondent State could be considered to have exercised, temporarily, effective overall control of a particular portion of the territory of northern Iraq »¹⁹⁶. Ainsi, la Cour EDH a « franchi une étape supplémentaire et envisagé la possibilité d'un contrôle provisoire du territoire »¹⁹⁷.

3. La présence de forces armées sur le territoire étranger

La présence de forces armées sur le territoire est nécessaire au contrôle de celui-ci (a) et le fait que la Cour EDH exige que ces forces armées exercent des missions actives n'est pas de nature à exclure le droit de l'occupation de la sphère d'application commune (b). Dans les deux ensembles juridiques, l'évaluation du nombre de troupes nécessaire pour contrôler un territoire est qualitative (c).

a. La présence de forces armées : une exigence commune au droit de l'occupation militaire et au droit international des droits de l'homme

En droit de l'occupation militaire, le critère relatif à la présence de troupes militaires étrangères semble être le plus évident. En effet, la présence de forces armées sur un territoire étranger est indissociable du critère retenu à l'article 42 du RH de l'« exercice de l'autorité » : si la présence de troupes est requise, c'est pour exercer cette autorité et s'acquitter des obligations internationales.

Ce critère est solidement ancré dans la jurisprudence relative à l'occupation. Ainsi, dans l'affaire des *Otages*, un tribunal militaire américain a jugé que « [t]he term invasion implies a military operation while an occupation indicates the exercise of governmental authority to the exclusion of the established government. This presupposes the destruction of organised resistance and the establishment of an administration to preserve law and order »¹⁹⁸. Selon la définition de l'occupation militaire que donne ce tribunal américain, il est clair que la présence de forces armées au sol est requise, afin de « détruire la résistance organisée » ou encore « préserver l'ordre public ». Dans l'affaire *RDC c. Ouganda*, la CIJ considère la présence de forces armées comme un élément constitutif du contrôle effectif. Le paragraphe pertinent se lit comme suit :

« En vue de parvenir à une conclusion sur la question de savoir si un Etat dont les forces militaires sont présentes sur le territoire d'un autre Etat du fait d'une intervention est une "puissance occupante" au sens où l'entend le *jus in bello*, la Cour examinera tout d'abord s'il existe des éléments de preuve suffisants démontrant que ladite autorité se trouvait effectivement établie et exercée dans les zones en question par l'Etat auteur de l'intervention. La Cour doit en l'espèce s'assurer que les forces armées ougandaises présentes en RDC

deux semaines quelque peu surannée. L'exemple de l'invasion de la Crimée par la Russie est parlant à cet égard. Voir S. R. REEVES et D. WALLACE, « The Combatant Status of the "Little Green Men" and Other Participants in the Ukraine Conflict », *Int. L. Stu.*, n°91, pp. 378-381.

¹⁹⁵ Voir *infra*, pp. 127 ss.

¹⁹⁶ Cour EDH, affaire *Issa et autres c. Turquie*, *op. cit.* note 108, §75.

¹⁹⁷ Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, *Administration de la justice, Etat de droit et démocratie, Document de travail sur les relations entre droits de l'homme et droit international humanitaire*, présenté par F. HAMPSON et I. SALAMA, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/14 (ci-après : « le rapport Hampson-Salama »), §84.

¹⁹⁸ Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg, *Etats-Unis d'Amérique v. Wilhelm List et al.*, *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Nations War Crimes Commission, Vol. VIII, 1949 (ci-après : « l'affaire des *Otages* »), pp. 55-56.

n'étaient pas seulement stationnées en tel ou tel endroit, mais qu'elles avaient également substitué leur propre autorité à celle du Gouvernement congolais »¹⁹⁹.

Il est clair que deux éléments sont placés « sur pied d'égalité en termes de conditions préalables »²⁰⁰ : la Cour vérifie, d'une part, la présence de forces armées, et d'autre part, la substitution de l'autorité de ces forces armées à celle du Gouvernement local. L'utilisation des termes « ... pas seulement ... mais ... également... » en atteste²⁰¹. Il est apparent que la présence des forces armées poursuit un but précis : l'exercice de l'autorité. Le TPIY, dans le jugement *Naletilić*, énonce que la présence de forces étrangères est un élément constitutif de l'exercice de l'autorité, puisque l'un des critères à vérifier est que « la puissance occupante *dispose sur place de suffisamment de forces pour imposer son autorité, ou elle peut en envoyer dans un délai raisonnable »*²⁰².

Aux fins de l'établissement d'une occupation militaire, l'on ne saurait donc dissocier l'exercice de l'autorité et la présence de forces étrangères, qui sont deux éléments constitutifs du contrôle et sans lesquels celui-ci ne serait pas « effectif ».

Cependant, peut-on considérer une situation dans laquelle l'occupation est *établie* au travers des forces armées, mais *maintenue* après le retrait desdites forces ? Le contrôle effectif pourrait résulter de la *capacité* des troupes étrangères à se projeter sur le territoire et non de leur *présence* à proprement parler. Malgré les apparences, le RH ne fournit aucune base juridique à cette théorie : certes, « l'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et *en mesure de s'exercer* ». Cependant, cet article présuppose que l'autorité soit « établie » pour être « en mesure de s'exercer ».

L'idée selon laquelle il pourrait y avoir maintien de l'occupation militaire en l'absence de troupes sur le terrain a été défendue par l'organisation de libération de la Palestine dans le cas particulier de la bande de Gaza, territoire duquel les troupes israéliennes se sont retirées en septembre 2005. Le Département palestinien des négociations a avancé que :

« Under the "Disengagement" Plan, Gazans will still be subjected to the effective control of the Israeli military. Although Israel will supposedly remove its permanent military presence, Israeli forces will retain the ability and right to enter the Gaza Strip at will. Further, Israel will retain control over Gaza's airspace, sea shore, and borders. Under the Plan, Israel will unilaterally control whether or not Gaza opens a seaport or an airport. Additionally, Israel will control all border crossings, including Gaza's border with Egypt. And Israel will "continue its military activity along the Gaza Strip's coastline." Taken together, these powers mean that all goods and people entering or leaving Gaza will be subject to Israeli control. Finally, Israel will prevent Gazans from engaging in international relations. Accordingly, (...) Israel will remain the Occupying Power of the Gaza Strip »²⁰³.

Ces assertions sont reprises par certaines ONG²⁰⁴. Le Commentaire de la CG I de 2016 semble retenir la thèse d'un maintien de l'occupation même en l'absence de troupes au sol, puisqu'il énonce que

« [today], the continued exercise of effective control from outside a previously occupied territory cannot be discarded. Indeed, it may be argued that technological and military

¹⁹⁹ *Ibid.*, § 173.

²⁰⁰ T. FERRARO, « Comment déterminer le début et la fin de l'occupation au sens du droit international humanitaire », *R.I.C.R.* vol. 94, 2012, p. 94.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² TPIY, affaire *Naletilić op. cit.* note 44, §217.

²⁰³ Organisation de Libération de la Palestine, Negotiation Affairs Department, *The Israel « Disengagement » Plan : Gaza Still Occupied*, Septembre 2005.

²⁰⁴ Voir, Gisha, *Disengaged Occupiers: the Legal Status of Gaza*, January 2007; Human Rights Watch (ci-après : « HRW »), *Israel: 'Disengagement' Will Not End Gaza Occupation*, 28 octobre 2004.

developments have made it possible to assert effective control over all or parts of a foreign territory *without a continuous military presence* in the area concerned »²⁰⁵.

Certes, l'usage de technologie telle que les drones²⁰⁶ pourrait permettre d'exercer une certaine forme de contrôle sur un territoire sans présence de forces armées terrestres. Cependant, cette thèse ne bénéficie d'aucun soutien dans la jurisprudence, pour la raison évidente qu'elle ne vise qu'une seule situation spécifique : celle de la bande de Gaza. Le Commentaire de la CG I de 2016 est sans ambiguïté à cet égard : « any geographical contiguity existing between the belligerent States might play a key role in *facilitating the remote exercise of effective control*, for instance by *permitting an Occupying Power that has relocated its troops outside the territory to make its authority felt within reasonable time* »²⁰⁷. C'est une référence implicite à Gaza : ce territoire est l'exemple topique du territoire contigu²⁰⁸ duquel l'ancien occupant s'est désengagé mais peut néanmoins « make [feel] its authority within a reasonable time », comme en témoignent les conflits armés de 2009 et 2014. L'utilisation dans le Commentaire du terme « for instance » semble être dictée davantage par l'obligation de neutralité du CICR que par la volonté de couvrir plusieurs situations factuelles.

Sans se livrer à une étude exhaustive des arguments des différentes parties prenantes²⁰⁹, nous nous bornerons à constater qu'aux fins de *l'établissement* d'une occupation militaire, l'on ne saurait dissocier « exercice de l'autorité » et « présence de forces armées » : sans ces deux éléments, le contrôle ne serait pas « effectif ». Une solution inverse aurait des conséquences absurdes et irait à l'encontre du principe d'effectivité irriguant le DIH : si un Etat est considéré comme Puissance occupante alors même que ses forces armées ne sont pas sur le territoire considéré comme « occupé », comment peut-il se conformer à ses obligations internationales ? Comment assurer « le bon fonctionnement des établissements consacrés au soin et à l'éducation des enfants »²¹⁰, « assurer et maintenir (...) les établissements et les services médicaux et hospitaliers »²¹¹, « assurer l'approvisionnement de la population »²¹², ou encore, plus fondamentalement, « rétablir et [assurer] (...) l'ordre et la vie publics »²¹³ ? L'on voit clairement que l'Etat ne pourrait s'acquitter de ses obligations sans présence militaire sur le territoire occupé. La conséquence inverse serait que la « Puissance occupante » devrait envahir – à nouveau, dans le cas d'Israël – le « territoire occupé », ce qui serait probablement contraire à l'objet et au but des CG²¹⁴. Nous étudierons plus bas la question des responsabilités résiduelles pouvant peser sur l'ancien occupant après le désengagement. Retenons

²⁰⁵ CICR, *Commentaire – La Convention de Genève relative à l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 2016 (ci-après : « Commentaire 2016 de la CG I »), §118.

²⁰⁶ Israël utilise des drones dans la bande de Gaza dans la poursuite de sa politique d'assassinats ciblés. Pour une analyse juridique de cette politique, voir O. BEN-NAFTALI et K. R. MICHAELI, « "We Must Not Make a Scarecrow of the Law": A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings », *Cornell International Law Journal*, vol. 36, 2003-2004, pp. 233-192.

²⁰⁷ CICR, *Commentaire 2016 de la CG I*, *op. cit.* note 207, art. 2, §118

²⁰⁸ La bande de Gaza, territoire enclavé entre Israël et l'Égypte, dispose d'une superficie de 360 km². C'est l'une des plus fortes densités de population au monde.

²⁰⁹ Une telle étude peut être trouvée dans Y. SHANY, « Faraway, so close ... », *op. cit.* note 165. Nous partageons entièrement les conclusions du Pr. Shany.

²¹⁰ CG IV, *op. cit.* note 21, art. 50

²¹¹ *Ibid.*, art. 54

²¹² *Ibid.*, art. 55

²¹³ RH, *op. cit.* note 19, art. 43.

²¹⁴ Le but et l'objet des CG est – pour reprendre les termes de l'art. 13 de la CG IV – d'« atténuer les souffrances engendrées par la guerre ». Ainsi, le fait de s'engager dans un conflit armé n'est pas en soi contraire aux CG, en raison du principe de séparation entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello*. Cependant, le meilleur moyen d'atténuer les souffrances de la guerre n'est-il pas précisément qu'il n'y ait pas de guerre ? En ce sens, conclure que les CG obligent Israël à envahir de nouveau la bande de Gaza serait sans doute contraire à leurs but et objet.

simplement pour l'instant que la situation de Gaza ressemble davantage à un siège²¹⁵ et qu'il ne peut y avoir d'« occupation » au sens du RH sans présence de troupes au sol.

En DIDH, l'on ne saurait concevoir l'élément de rattachement spatial sans présence de troupes au sol. Dans l'affaire *Al-Skeini*, la Cour EDH pose le principe suivant : lorsqu'elle se prononce sur la question de savoir si un Etat exerce un « contrôle effectif » sur un territoire, celle-ci « se réfère principalement au nombre de soldats déployés par l'Etat sur le territoire en cause »²¹⁶. C'est l'un des rares critères qui est vérifié quasiment constamment par la Cour EDH. Dans l'affaire *Loizidou*, la Cour EDH énonce que « le grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord de Chypre »²¹⁷ (en l'espèce, plus 30 000 soldats²¹⁸) est constitutif d'un « contrôle global » sur l'île. Cet élément sera repris dans l'affaire *Chypre c. Turquie*²¹⁹. Dans la même veine, la Cour EDH relève dans l'affaire *Issa* que la Turquie a déployé 35 000 troupes au Kurdistan irakien²²⁰ et que, par conséquent, la Turquie « could be considered to have exercised, temporarily, effective overall control »²²¹.

Bien que l'affaire *Ilascu* ne constitue pas un exemple d'application de l'élément de rattachement spatial dans la mesure où la Cour EDH ne vérifie à aucun moment que la Russie « contrôle » le territoire transnitrien, où, à défaut, que des acteurs non-étatiques dont les actes sont rattachables à la Russie contrôlent ce territoire²²², la Russie tente de démontrer que la présence de ses forces armées en Transnistrie n'est pas suffisante pour fonder l'élément de rattachement spatial :

« Le gouvernement russe considère que le stationnement des troupes russes en Transnistrie n'est pas comparable à la présence des troupes turques dans la partie nord de Chypre, dont la Cour a traité dans ses arrêts *Loizidou* et *Chypre c. Turquie* (précités). La différence réside en premier lieu dans l'importance des troupes, le GOR ne disposant que de 2 000 militaires, alors que les forces turques comptaient plus de 30 000 soldats dans le nord de Chypre »²²³.

Le Royaume-Uni se livre au même exercice dans l'affaire *Al-Skeini* :

« Les forces de la coalition, y compris les soldats britanniques, auraient été faibles en effectifs : dans le sud-est de l'Irak, soit une région d'une superficie de 96 000 km² peuplée de 4,6 millions d'habitants, 14 500 soldats de la coalition auraient été déployés, dont 8 150 britanniques. Huit mille cent dix-neuf de ceux-ci auraient été affectés aux provinces de Bassorah et de Maysan, peuplées d'environ 2,76 millions d'habitants »²²⁴.

Dans l'affaire *Chiragov*, la Cour EDH dit tenter de « déterminer si [l'Arménie] exerce un contrôle effectif sur le Haut-Karabakh et les territoires environnants dans leur ensemble »²²⁵. Pour ce faire, la Cour EDH constate que

« (...) [le] nombre de soldats arméniens servant en "RHK" est controversé : le gouvernement défendeur affirme qu'il se monte à 1 500 personnes tout au plus, tandis que les requérants s'appuient sur les chiffres avancés par l'IISS et [l'International Crisis Group] en 2002-2005,

²¹⁵ En ce sens, voir Y. SHANY, « The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on *Bassiouni v. Prime Minister of Israel* », Research Paper No. 13-09, 2009, pp. 10-11.

²¹⁶ Cour EDH, affaire *Al-Skeini et autres op. cit.* note 110, §139.

²¹⁷ Cour EDH, affaire *Loizidou c. Turquie*, (fond), *op. cit.* note 67, § 56.

²¹⁸ *Ibid.*, § 16.

²¹⁹ Cour EDH, affaire *Chypre c. Turquie*, *op. cit.* note 92, § 76.

²²⁰ Cour EDH, affaire *Issa et autres c. Turquie*, *op. cit.* note 108, §63. Le nombre de soldats turcs présents sur le territoire irakien est exposé dans la partie relative aux faits, mais la partie consacrée au droit y renvoie au paragraphe 73.

²²¹ *Ibid.*, §74.

²²² Voir supra, note 67.

²²³ Cour EDH, affaire *Ilascu et autres op. cit.* note 67, §355

²²⁴ Cour EDH, affaire *Al-Skeini et autres op. cit.* note 110, §112.

²²⁵ Cour EDH, [GC], affaire *Chiragov et autres c. Arménie*, *op. cit.* note 4, §170.

selon lesquels 8 000 à 10 000 militaires arméniens étaient alors déployés dans le Haut-Karabakh »²²⁶.

La Cour EDH ne va pas trancher cette controverse sur le nombre de soldats présents mais va considérer que cet « appui militaire a été et demeure déterminant pour la conquête et la conservation du contrôle sur les territoires en cause »²²⁷. A aucun moment la Cour EDH n'utilise cet élément pour démontrer l'existence de l'élément de rattachement spatial : elle ne l'utilise que pour attribuer les actes de la République du Haut-Karabakh (ci-après : « RHK ») à l'Arménie. Malgré cette confusion, la Cour EDH « pense » appliquer le critère de rattachement spatial, et son réflexe consiste à rechercher la présence de soldats sur le territoire. Une lecture *a contrario* de la jurisprudence *Bankovic* tend également à prouver que l'élément de rattachement spatial nécessite la présence de troupes au sol. En effet, la Cour EDH rejette implicitement le fait qu'un Etat puisse contrôler effectivement un territoire sans avoir des « boots on the ground »²²⁸.

Le critère relatif à la présence de forces armées de l'Etat est donc un élément constitutif du « contrôle effectif », tant en droit de l'occupation qu'en DIDH.

b. La prise en considération des « missions actives » des forces armées par la Cour européenne des droits de l'homme n'exclut pas le droit de l'occupation de la sphère d'application commune

Pour conclure à l'élément de rattachement spatial, la Cour EDH peut aussi prendre en considération les *missions actives des forces armées*. Ce critère n'apparaît pas immédiatement dans l'arrêt sur les exceptions préliminaires de l'affaire *Loizidou*, première du nom en matière d'application de l'élément de rattachement spatial. C'est un élément qui sera ajouté lors de l'examen au fond. Selon la Cour EDH « [le] grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord de Chypre atteste que l'armée turque exerce en pratique un contrôle global sur cette partie de l'île »²²⁹. Le Juge Kovler nous éclaire, dans l'affaire *Ilascu*, sur le sens du terme « missions actives » : « la notion de "mission active" suppose le contrôle des routes et des chemins de fer, la surveillance des points stratégiques (poste-télégraphe-téléphone), le contrôle des gares et aéroports et des frontières, etc. »²³⁰.

Dans l'affaire *Issa*, la Cour EDH se livre à une relecture *a posteriori* des affaires chypriotes pour justifier le fait que la Turquie n'exerce pas de « contrôle global effectif » sur une partie du Kurdistan irakien : elle relève que les forces armées turques opérant en Chypre du nord patrouillent constamment dans ce territoire et disposent de points de passage sur toutes les lignes principales de communication entre le sud et le nord de l'île, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Dans l'affaire *Al-Skeini*, la Cour EDH relève que le Royaume-Uni était chargé de « conduire des patrouilles, des arrestations et des opérations de lutte contre le terrorisme, [d']encadrer les manifestations civiles et [de] protéger les ressources et infrastructures essentielles ainsi que les postes de police »²³¹.

Deux remarques s'imposent : d'une part, cet aspect opérationnel n'est que peu pris en compte par la Cour EDH dans sa jurisprudence et, d'autre part, il ne semble pas être déterminant pour conclure à l'exercice par un Etat de sa juridiction spatiale. En ce sens, cet élément n'est pas repris dans les « principes *Al-Skeini* » énonçant les éléments constitutifs de l'élément de rattachement spatial²³². D'autre part, même si cet élément semble pertinent pour déterminer si un Etat exerce un « contrôle

²²⁶ *Ibid.*, §180.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ Cour EDH, *affaire Bankovic et autres op. cit.* note 86, §§70 et 71. Voir également M. SASSOLI, «The Role of Human Rights ... », *op. cit.* note 175, p. 64.

²²⁹ Cour EDH, *affaire Loizidou c. Turquie*, (fond), *op. cit.* note 67, § 56.

²³⁰ Opinion dissidente de M. le Juge Kovler sous l'arrêt *Ilascu*, *op. cit.* note 67, pp. 154-155.

²³¹ Cour EDH, *affaire Al-Skeini et autres op. cit.* note 110, req. no. 55721/07, §147.

²³² *Ibid.*, §§138-140.

effectif » sur un territoire, il n'est pas de nature à exclure le droit de l'occupation de la sphère d'application commune. Bien au contraire, l'exigence d'exercice par les forces armées de missions actives conforte l'existence d'une occupation militaire : l'exercice de « fonctions gouvernementales » au sens de l'article 42 du RH couvre nécessairement certaines missions actives, comme celles nécessitant le recours à la force publique, fonction gouvernementale par excellence. En tout état de cause, existe-t-il une seule situation d'occupation militaire dans laquelle les forces armées n'exercent pas de missions actives ?

c. Le nombre de forces armées nécessaire pour contrôler un territoire : une évaluation qualitative

Le critère du nombre de soldats présents sur le territoire occupé a été l'objet de critiques car il serait trop peu rationnel. Le Juge Kovler, lorsqu'il compare la situation régnant et Chypre du nord et celle de Transnistrie, énonce que « [m]ême sans être stratège militaire, l'on peut comparer les deux situations : 30 000 soldats sur un petit territoire peuplé de 120 000 à 150 000 habitants [Nord de Chypre] – et 2 500 soldats et officiers sur le territoire de 4 163 km² et de 852 km de frontières peuplé de plus de 750 000 habitants [Transnistrie] ! »²³³. Cette critique transparait également de l'argumentaire des requérants dans l'affaire *Al-Skeini*²³⁴. Cette problématique se retrouve en droit de l'occupation militaire sans pour autant engendrer de telles critiques. Selon Yoram Dinstein,

« (...) on ne peut définir dans l'absolu le degré exact de contrôle qui sera jugé objectivement "effectif". On ne peut, en particulier, déterminer a priori ni l'effectif optimal de l'armée d'occupation, ni les modalités de son déploiement. Les circonstances varient d'un territoire occupé à l'autre, et le degré de contrôle effectif requis peut dépendre du terrain, de la densité démographique et d'une quantité d'autres considérations »²³⁵,

telles que la technologie dont dispose la Puissance occupante ou la résistance rencontrée sur le terrain. En effet, exercer un « contrôle effectif » sur les zones montagneuses d'Afghanistan ne requiert pas les mêmes moyens qu'exercer un tel contrôle sur les plaines désertiques d'Irak ou sur un espace contigu comme la bande de Gaza²³⁶. Le *Field Manual* des forces armées américaines va dans ce sens, : « [t]he number of troops necessary to maintain effective occupation will depend on various considerations such as the disposition of the inhabitants, the number and density of the population, the nature of the terrain, and similar factors »²³⁷.

Eu égard aux critiques formulées devant la Cour EDH et par certains de ses juges, peut-on dire qu'il faille absolument évaluer quantitativement le critère relatif à la présence des forces armées ? Un premier élément de réponse consiste à dire que cela est impossible : puisque tant l'exercice de juridiction que l'occupation militaire sont des questions de fait²³⁸, chaque situation est unique et rend

²³³ Opinion dissidente de M. le Juge Kovler sous l'arrêt *Ilascu*, *op. cit.* note 67, pp. 154-155.

²³⁴ Selon les requérants, « déterminer si un contrôle est exercé sur un territoire en se fondant sur le seul nombre de soldats qui y sont stationnés serait adopter un critère incertain, permettant la fuite des responsabilités et encourageant l'arbitraire ». Voir Cour EDH, *affaire Al-Skeini et autres op. cit.* note 110, §126.

²³⁵ Y. DINSTEIN, *op. cit.* note 50, pp. 43-44, cité dans T. FERRARO, « Comment déterminer ... », *op. cit.* note 202, p. 94 [traduction CICR]

²³⁶ En ce sens, R. Geiß énonce que « [in] terms of the quality of control required, there is, of course, no mathematical benchmark to determine how much control is needed to qualify as "effective control" in the sense of Article 42 of the Hague Regulations. The determination whether there is "effective control" is circumstantial ». R. GEIß, « Russia's Annexation of Crimea: The Mills of International Law Grind Slowly but They Do Grind », *Int. L. Stu.*, vol. 91, p. 444.

²³⁷ United States of American, *Department of the Army, Field Manual 27-10 : The Law of Land Warfare*, Washington, D.C., juillet 1956 (ci-après: le « *Field Manual 27-10* »).

²³⁸ TPIY, affaire *Naletilić op. cit.* note 44, § 212 : « l'occupation est une question de fait » ; Cour EDH, *affaire Catan et autres op. cit.* note 69, §107 : « La question de savoir si un Etat contractant exerce ou non un contrôle effectif sur un territoire hors de ses frontières est une question de fait ».

par conséquent toute tentative de systématisation veine. En ce sens, la comparaison effectuée par le juge Kovler présente des limites évidentes : on ne peut comparer que deux situations comparables, et il faudrait pour cela établir plus de variables d'ajustement que le nombre d'habitants et la taille du territoire. Un autre élément de réponse consisterait à dire que même si cela était possible, ce ne serait pas souhaitable : si une juridiction qualifiait un territoire de « contrôlé » en raison d'un nombre fixe de soldats, il suffirait que l'Etat désengage un certain nombre de troupes pour ne plus exercer de contrôle sur le territoire. L'Etat échapperait donc à ses obligations internationales. La solution pourrait consister à lier « présence de forces armées » et « exercice de l'autorité », de façon à dire que le nombre nécessaire de troupes soit évalué à l'aune de leur capacité à exercer l'autorité²³⁹.

Résumons : la présence de forces armées est un élément constitutif de l'élément de rattachement spatial et de l'occupation militaire ; l'exercice de missions actives conforte l'idée d'une occupation ; le nombre de soldats nécessaire à l'établissement du contrôle résulte d'une évaluation qualitative.

4. « Autorité » au sens de l'article 42 du RH et « pouvoirs publics » ou « prérogatives de puissances publiques » au sens du droit international des droits de l'homme : deux concepts synonymes

L'article 42 du RH évoque le concept d'« autorité » sans en définir le contenu précis. Cependant, celui-ci peut se déduire des textes ultérieurs. L'article 6 de la CG IV dispose que

« [e]n territoire occupé, l'application de la présente Convention cessera un an après la fin générale des opérations militaires ; néanmoins, la Puissance occupante sera liée pour la durée de l'occupation – pour autant que cette Puissance exerce les *fonctions de gouvernement dans le territoire en question* (...) ».

Il semble généralement admis que la notion d'« autorité » est synonyme de « fonctions gouvernementales »²⁴⁰. En effet, « l'occupation est liée à l'administration politique du territoire concerné et ne saurait être mise en pratique sans exercice de fonctions gouvernementales »²⁴¹. L'étude des normes du droit de l'occupation montre que cet ensemble régit des situations dans lesquelles un Etat exerce des *fonctions régaliennes* sur le territoire d'un autre Etat²⁴².

Dans l'affaire *Loizidou*, il n'est nullement fait mention de l'exercice d'« autorité » comme élément constitutif du modèle spatial. L'affaire *Bankovic* va se livrer à une relecture de cette affaire antérieure²⁴³ : au paragraphe 71, la Cour EDH énonce qu'

« (...) il ressort de sa jurisprudence que la Cour n'admet qu'exceptionnellement qu'un Etat contractant s'est livré à un exercice extraterritorial de sa compétence : elle ne l'a fait jusqu'ici que lorsque l'Etat défendeur, au travers du contrôle effectif exercé par lui sur un territoire extérieur à ses frontières et sur ses habitants par suite d'une occupation militaire ou en vertu du consentement, de l'invitation ou de l'acquiescement du gouvernement local, *assumait l'ensemble ou certains des pouvoirs publics relevant normalement des prérogatives de celui-ci* »²⁴⁴.

²³⁹ En ce sens, les experts du CICR retiennent que « an occupying power could exercise effective control by positioning its troops in strategic places of the occupied territory, enabling it to dispatch them fairly quickly to make its authority felt in the area concerned ». Voir Réunion d'experts du CICR sur l'occupation, *op. cit.* note 100, p. 17.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 19.

²⁴¹ T. FERRARO, « Comment déterminer ... », *op. cit.* note 202, p. 90 ; Réunion d'experts du CICR sur l'occupation, *op. cit.* note 100, p. 19.

²⁴² L'article 43 du RH contient deux exemples topiques de « fonctions gouvernementales » exercées par l'occupant : le maintien de l'ordre et le pouvoir législatif. Dans le même sens, l'article 48 du RH régit le prélèvement d'impôts par la Puissance occupante. Voir RH, *op. cit.* note 19, art. 43 et 48.

²⁴³ Voir, en ce sens, R. WILDE « Triggering State Obligations ... », *op. cit.* note 96, pp. 515-516.

²⁴⁴ Cour EDH, affaire *Bankovic* et autres *op. cit.* note 86, §71.

Selon la Grande Chambre, l'exercice de pouvoirs publics serait donc un élément constitutif de l'élément de rattachement spatial. Force est de constater que cet élément est simplement absent de la jurisprudence antérieure. Cet élément sera repris dans les principes *Al-Skeini*. Cependant, et de façon totalement illogique et contradictoire, la Cour EDH va insérer cet élément dans les principes relatifs à l'élément de rattachement personnel (« L'autorité et le contrôle d'un agent de l'Etat ») :

« (...) la Cour a conclu à l'exercice extraterritorial de sa juridiction par l'Etat contractant qui, en vertu du consentement, de l'invitation ou de l'acquiescement du gouvernement local, assume l'ensemble ou certaines des prérogatives de puissance publique normalement exercées par celui-ci (*Banković et autres*, décision précitée, § 71). Par conséquent, dès lors que, conformément à une règle de droit international coutumière, conventionnelle ou autre, ses organes assument des fonctions exécutives ou judiciaires sur un territoire autre que le sien, un Etat contractant peut être tenu pour responsable des violations de la Convention commises dans l'exercice de ces fonctions, pourvu que les faits en question soient imputables à lui et non à l'Etat territorial »²⁴⁵.

La jurisprudence *Bankovic* ne présente que l'élément de rattachement spatial et ne considère même pas l'élément de rattachement personnel, pourtant déjà bien ancré dans la jurisprudence strasbourgeoise : pourquoi, dès lors, retrouve-t-on cette affaire dans l'énoncé des principes relatifs à l'élément de rattachement personnel ? Deuxièmement, la jurisprudence *Bankovic* visait spécifiquement le cas de l'occupation militaire : où est passée cette référence ? Cet « oubli » est d'autant plus problématique et incohérent qu'il survient dans le cadre d'une affaire relative à l'occupation militaire de l'Irak. Troisièmement, et plus fondamentalement, pourquoi le fait « d'assumer des fonctions exécutives ou judiciaires » serait-il plus pertinent pour l'élément de rattachement personnel que pour l'élément de rattachement spatial ?²⁴⁶ Bref, notons que la Cour EDH lie « exercice de prérogatives de puissance publique » et « fonctions exécutives ou judiciaires »

En tout état de cause, et malgré certaines atteintes au principe de sécurité juridique, la Grande Chambre utilisera le critère de l'exercice de pouvoirs publics lorsqu'elle conclura à l'exercice de juridiction par le Royaume-Uni :

« On peut donc voir qu'après le renversement du régime baasiste et jusqu'à l'instauration du gouvernement intérimaire, le Royaume-Uni a assumé en Irak (conjointement avec les Etats-Unis) certaines des prérogatives de puissance publique qui sont normalement celles d'un Etat souverain, en particulier le pouvoir et la responsabilité du maintien de la sécurité dans le sud-est du pays (...) »²⁴⁷.

La Cour EDH change dans ses conclusions la notion de « pouvoir publics », énoncée dans l'affaire *Bankovic*, par celles de « prérogatives de puissances publiques » et de « fonctions exécutives ou judiciaires ». Les notions de « pouvoirs publics » et de « prérogatives de puissance publiques » sont deux notions sont extrêmement proches : toutes deux représentent l'ensemble des pouvoirs de l'Etat, exceptionnels par nature, pour mener à bien sa mission d'administration. Or, il est indubitable que le maintien de la sécurité fait partie de ces prérogatives. Il en va de même pour les « fonctions exécutives et judiciaires », qui sont deux pouvoirs publics – ou deux « prérogatives » – par excellence : la possibilité pour l'Etat d'imposer sa volonté, et le fait pour l'Etat de jouer le rôle de tiers impartial dans le règlement des différends. Il est par ailleurs intéressant d'établir un parallèle avec les prérogatives de

²⁴⁵ Cour EDH, *affaire Al-Skeini et autres op. cit.* note 110, §135. Citations omises, sauf pour l'affaire *Bankovic*. Notons ici la confusion entre « attribution » et « juridiction » : un Etat peut être tenu pour responsable internationale si un (i) fait internationalement illicite (ii) lui est attribuable. Ce dont parle la Cour dans ce paragraphe ne concerne que les critères d'applicabilité d'un traité.

²⁴⁶ En ce sens voir L. RAIBLE, « The Extraterritoriality of the ECHR ... », *op. cit.* note 17, p. 164.

²⁴⁷ Cour EDH, *affaire Al-Skeini et autres op. cit.* note 110, §149.

la Puissance occupante : celle-ci doit « rétablir et assurer (...) l'ordre et la vie publics »²⁴⁸, et pourra, à cet effet, « déférer les inculpés à ses tribunaux militaires »²⁴⁹. Un mystère demeure néanmoins : pourquoi la Cour EDH ne fait-elle pas référence aux fonctions législatives ?

Il est important de noter que dans cette affaire, la Cour EDH utilise les éléments de rattachement spatial et personnel de manière cumulative. En effet, alors que les éléments évoqués ci-dessus montrent que les juges de Strasbourg recherchent si le Royaume-Uni exerce sa juridiction « dans le sud-est du pays »²⁵⁰ – et, partant, sur un *territoire* –, la Cour EDH énonce ensuite que :

« Dans ces circonstances exceptionnelles, la Cour considère que le Royaume-Uni, par le biais de ses soldats affectés à des opérations de sécurité à Bassorah lors de cette période, *exerçait sur les personnes tuées lors de ces opérations une autorité et un contrôle propres à établir, aux fins de l'article 1 de la Convention, un lien juridictionnel entre lui et ces personnes* ».

Ce passage témoigne de l'utilisation de l'élément de rattachement personnel. La Cour EDH utilise donc les deux éléments de rattachement dans un ordre précis : d'abord l'élément de rattachement spatial, puis l'élément de rattachement personnel – nous y reviendrons. En tout état de cause, la Cour EDH fait de l'exercice de « prérogatives de puissance publiques » un élément constitutif de l'élément de rattachement spatial et conclut à l'exercice de telles prérogatives par le Royaume-Uni, contrairement à ce qu'avaient jugé les juridictions nationales²⁵¹.

La pratique jurisprudentielle ultérieure à l'affaire *Al-Skeini* conforte ce phénomène. Dans l'affaire *Jaloud*, concernant le décès d'un civil irakien à un poste de contrôle tenu par les forces armées néerlandaises dans le sud-est de l'Irak pendant l'occupation, le requérant soutient que les Pays-Bas exercent leur juridiction :

« Ce serait le cas, premièrement, à raison du contrôle que les Pays-Bas auraient exercé sur leurs militaires, par l'intermédiaire desquels *ce pays aurait assumé certaines prérogatives cruciales de puissance publique*. L'autorité provisoire de la coalition n'aurait pas été dirigée par les seuls États-Unis et Royaume-Uni ; ces deux pays se seraient acquittés des tâches administratives et de coordination, mais *d'autres États – dont les Pays-Bas – auraient apporté leur contribution en mettant en œuvre l'autorité de la CPA et en assurant la sécurité*. Cela aurait englobé l'exercice de "certaines des prérogatives de puissance publique normalement exercées par [un État souverain]" »²⁵².

Après avoir rappelé les principes *Al-Skeini* au paragraphe 139, la Cour EDH observe que le requérant

« (...) a trouvé la mort lorsque le véhicule dans lequel il voyageait a été pris pour cible alors qu'il franchissait un poste de contrôle tenu par du personnel placé sous le commandement et la supervision directe d'un officier de l'armée royale néerlandaise. *Le poste de contrôle avait été mis en place dans le cadre de l'exécution de la mission de la SFIR prévue par la résolution 1483 du Conseil de sécurité des Nations unies (...), en vue du rétablissement de conditions de stabilité et de sécurité propices à la création d'une administration efficace dans le pays*. La Cour considère que l'État défendeur exerçait sa « juridiction » dans les limites de sa mission

²⁴⁸ RH, *op. cit.* note 19, art. 43.

²⁴⁹ CG IV, *op. cit.* note 21, art. 66.

²⁵⁰ Cour EDH, *affaire Al-Skeini et autres op. cit.* note 110, §149.

²⁵¹ La Cour d'appel du Royaume-Uni avait considéré que : « Contrairement à l'armée turque dans la partie nord de Chypre, les forces militaires britanniques en Irak n'exerçaient aucun contrôle sur l'administration civile du pays (...). A Bassorah, le Royaume-Uni ne détenait aucun pouvoir exécutif, législatif ou judiciaire autre que l'autorité, limitée, conférée à ses forces militaires, et, en sa qualité de puissance occupante, il était tenu de respecter, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur en Irak (art. 43 du règlement de La Haye). Inassimilable à un pouvoir civil, cette autorité tendait seulement au maintien de la sécurité et au soutien de l'administration civile en Irak, ce de plusieurs manières (...) ». Voir Royaume-Uni, Court of Appeal, *affaire Al-Skeini, op. cit.* note 178. Traduction du greffe de la Cour EDH dans l'affaire *Al-Skeini op. cit.* note 110, §124. Citations omises.

²⁵² Cour EDH, [GC], *affaire Jaloud c. Pays-Bas, op. cit.* note 110, § 128.

au sein de la SFIR et *aux fins d'asseoir une autorité et un contrôle sur les personnes qui passaient par ce poste*. Dès lors, la Cour conclut que le décès de M. Azhar Sabah Jaloud est survenu dans le cadre de la « juridiction » des Pays-Bas, (...) »²⁵³.

Ce paragraphe met bien en exergue l'exercice d'un pouvoir public, à savoir celui de rétablir la stabilité et la sécurité en Irak, ce qui suppose en l'espèce le recours à la force armée. La formulation est donc la même que dans l'affaire *Al-Skeini*. Cependant, la Cour EDH va une fois de plus appliquer l'élément de rattachement personnel en plus de l'élément de rattachement spatial²⁵⁴ : d'une part, la Cour EDH juge que les Pays-Bas exercent leur juridiction « dans la limite de [leur] mission au sein de la SFIR »²⁵⁵, qui consiste à rétablir la stabilité et la sécurité *dans le sud-est de l'Irak*, donc sur un territoire. De plus, l'ensemble de l'arrêt expose les responsabilités des Pays-Bas *dans le sud-est de l'Irak*. Cependant, la Cour EDH ajoute l'élément de rattachement personnel, puisqu'elle considère que les Pays-Bas ont « [assis leur autorité et leur contrôle] sur les personnes passant par le poste que leurs forces armées contrôlaient »²⁵⁶. En tout état de cause, la Cour EDH utilise le critère des « prérogatives de puissance publique ».

L'étude de la jurisprudence européenne montre que la notion d'« autorité » au sens de l'article 42 du RH est loin d'être étrangère à l'élément de rattachement spatial. En effet, ces deux notions recouvrent essentiellement la même idée : que l'on parle de « fonctions gouvernementales » en droit de l'occupation militaire ou de « pouvoirs publics », « fonctions exécutives ou judiciaires » ou de « prérogatives de puissance publiques », l'idée est exactement la même : l'on cherche à démontrer que l'Etat a assis, sur un territoire étranger, une *forme d'administration du territoire*, qui se matérialise au travers de fonctions qui peuvent être, dans les deux cas, exécutives, législatives ou judiciaires.

§2. Utilisation de l'élément de rattachement juridictionnel personnel dans les territoires occupés : applicabilité commune certaine

Le raisonnement développé dans ce paragraphe part de la prémisse que l'Etat agit dans un territoire occupé au sens de l'article 42 du RH, aux conditions que nous avons évoqué plus haut²⁵⁷. Après avoir étudié la consécration de l'élément de rattachement personnel dans la jurisprudence relative aux droits de l'homme au travers des notions de « pouvoir », d'« autorité » et de « contrôle » exercé sur un individu (A), nous verrons que cet élément de rattachement ne constitue pas un véritable seuil d'application du DIDH puisqu'il présente un raisonnement circulaire : c'est le fait potentiellement internationalement illicite qui vient fonder l'exercice de juridiction (B). Dans ces conditions, lorsque ce critère est utilisé, il y aura applicabilité commune parfaite entre le droit de l'occupation et le DIDH.

A. La consolidation jurisprudentielle de rattachement: autorité, contrôle ou pouvoir sur un individu

L'élément de rattachement personnel a été consacré tant dans le système européen de protection des droits de l'homme (1) que dans le système interaméricain (2) et dans la jurisprudence des organes des traités onusiens (3).

1. Le système européen de protection des droits de l'homme

Il ne s'agit pas ici de se livrer à un exposé exhaustif de la jurisprudence de la Cour EDH, très fournie en matière de modèle personnel de juridiction, mais plutôt de savoir si les juges de Strasbourg utilisent cet élément dans les situations d'occupation militaire.

²⁵³ *Ibid.*, § 152.

²⁵⁴ En ce sens voir L. RAIBLE, « The Extraterritoriality of the ECHR ... », *op. cit.* note 17, p. 164.

²⁵⁵ Cour EDH, [GC], *affaire Jaloud c. Pays-Bas*, *op. cit.* note 110, § 152.

²⁵⁶ *Ibid.*, § 152.

²⁵⁷ Voir *supra*, note 165 et texte y relatif.

La première affirmation de l'élément de rattachement personnel émane du système européen. Dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, relative à l'occupation du nord de Chypre par les forces armées turques, la Com. EDH pose le principe selon lequel

« (...) les représentants d'un Etat, y compris les agents diplomatiques ou consulaires et les forces armées, non seulement demeurent [sous la juridiction de l'Etat] quand ils sont à l'étranger, mais font que relèvent de la juridiction de cet Etat toute personne et tout bien, dans la mesure où des représentants exercent leur autorité sur ces personnes ou ces biens »²⁵⁸.

Ici, l'exercice de l'autorité des agents de l'Etat *sur des individus ou des biens* fonde l'exercice de juridiction et non le contrôle sur un territoire, quand bien même il est clair que le nord de Chypre est un territoire occupé. La Com. EDH continuera d'utiliser le modèle personnel de juridiction²⁵⁹. Cependant, la Cour EDH va très rapidement le remettre en cause. Dans l'affaire *Bankovic*, la Cour EDH fait fi de l'élément de rattachement personnel, pourtant ancré dans la jurisprudence de la Commission, et ne se concentre que sur l'élément de rattachement spatial. Nous verrons plus bas les raisons de cette omission²⁶⁰. L'on aurait pu croire après cette affaire que la Cour EDH avait abandonné le critère du « contrôle sur un individu ». La jurisprudence ultérieure montre que ce n'est pas le cas.

La première affaire post-*Bankovic* est l'affaire *Issa*. Afin de déterminer si les proches des requérants, exécutés selon eux par les forces armées turques pendant l'opération, relèvent de la juridiction de la Turquie, la Cour avance que « a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State »²⁶¹. La Cour EDH s'appuie sur des décisions de la Com. IADH et du CDH, mais omet la décision *Chypre c. Turquie* de la Com. EDH susmentionnée. Ici encore, l'élément de rattachement personnel semble intervenir de manière subsidiaire, l'élément de rattachement spatial n'ayant pu être retenu²⁶². De plus, la Cour EDH ajoute un élément supplémentaire par rapport à la décision *Chypre c. Turquie* de la Com. EDH de 1975 : pour que l'Etat exerce sa « juridiction », il ne suffit plus que les forces armées exercent leur « autorité » sur l'individu, il faut également qu'elles exercent leur « contrôle ». La Cour EDH conclut que les éléments en sa possession n'établissent pas au-delà de tout doute raisonnable que les forces armées turques étaient présentes dans la zone dans laquelle les individus ont subi des violations de leurs droits garantis par la Conv. EDH. Ainsi, la Cour EDH rejette la requête sur la base des éléments factuels, mais confirme par là même qu'elle continue à utiliser le modèle spatial de juridiction²⁶³.

²⁵⁸ Com. EDH, *affaire Chypre c. Turquie*, *op. cit.* note 103, §8.

²⁵⁹ Voir, par exemple, Com. EDH, *affaire Reinette c. France*, *op. cit.* note 116, "En droit", § 2 : « En ce qui concerne la prise en charge du requérant par les autorités françaises, et sa privation de liberté dans un avion militaire français, la Commission considère qu'à partir du moment de la remise, le requérant relevait effectivement de l'autorité française et donc de la juridiction de ce pays, même si l'autorité s'est, en l'espèce, exercée à l'étranger ».

²⁶⁰ Voir *infra*, pp. 50-51.

²⁶¹ Cour EDH, *affaire Issa et autres c. Turquie*, *op. cit.* note 108, §71.

²⁶² *Ibid.*, §75.

²⁶³ Par la suite, la Cour EDH utilisera l'élément de rattachement personnel à de nombreuses reprises dans des situations ne relevant pas de l'occupation militaire. Voir Cour EDH ; [GC], *affaire Öcalan c. Turquie*, *op. cit.* note 114, § 91 : « le requérant, dès sa remise par les agents kenyans aux agents turcs, s'est effectivement retrouvé sous l'autorité de la Turquie et relevait donc de la « juridiction » de cet Etat ». Voir également Cour EDH, *affaire Pad et autres c. Turquie*, *op. cit.* note 116, §54 : «However, in the instant case, it was not disputed by the parties that the victims of the alleged events came within the jurisdiction of Turkey. While the applicants attached great importance to the prior establishment of the exercise by Turkey of extraterritorial jurisdiction with a view to proving their allegations on the merits, the Court considers that it is not required to determine the exact location of the impugned events, given that the Government had already admitted that the fire discharged from the helicopters had caused the killing of the applicants' relatives, who had been suspected of being terrorists

Dans plusieurs affaires relatives à l'occupation de l'Irak par les Etats de la coalition, la Cour utilise l'élément de rattachement personnel. Dans l'affaire *Saddam Hussein*, la Cour EDH n'endosse pas réellement le critère de rattachement personnel mais accepte la possibilité que la détention d'un individu par un Etat – donc par le biais de ses agents – soit une base pour déterminer l'exercice de juridiction :

« (...) the Court considers that the applicant has not established that he fell within the jurisdiction of the respondent States on any of the bases alleged. The Court considers that he has not demonstrated that those States had jurisdiction on the basis of their control of the territory where the alleged violations took place. *Even if he could have fallen within a State's jurisdiction because of his detention by it, he has not shown that any one of the respondent States had any responsibility for, or any involvement or role in, his arrest and subsequent detention (Issa and Others v. Turkey, (...). This failure to substantiate any such involvement also constitutes a response to his final submission to the effect that the respondent States were responsible for the acts of their military agents abroad* »²⁶⁴.

La Cour EDH vise précisément l'affaire *Issa* et se réfère donc implicitement au critère du « contrôle sur un individu ». Dans l'affaire *Al-Skeini*, la Cour EDH va consacrer l'élément de rattachement personnel. Dans une partie consacrée aux « Principes généraux relatifs à la juridiction au sens de l'article 1 de la Convention », la Cour EDH va notamment rappeler que « la jurisprudence de la Cour montre que, dans certaines circonstances, le recours à la force par des agents d'un Etat opérant hors de son territoire peut faire passer sous la juridiction de cet Etat, au sens de l'article 1, *toute personne se retrouvant ainsi sous le contrôle de ceux-ci* »²⁶⁵. Notons que le « recours à la force » ne vise pas que le recours à la force létale mais recouvre davantage l'idée de coercition²⁶⁶. Et la Cour EDH de conclure, de façon générale, que : « *dès l'instant où l'Etat, par le biais de ses agents, exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction, il pèse sur lui en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention (...)* »²⁶⁷.

En l'espèce, la Cour EDH conclut à l'existence d'un « lien juridictionnel »²⁶⁸ entre les forces armées du Royaume-Uni et les victimes directes en ces termes :

« Il n'est pas contesté que les décès des proches des premier, deuxième, quatrième, cinquième et sixième requérants ont été causés par le fait de soldats britanniques au cours ou dans le contexte d'opérations de sécurité conduites par les forces britanniques à divers endroits de la ville de Bassorah. Il s'ensuit qu'aux fins de l'article 1 de la Convention *un lien juridictionnel rattachait le Royaume-Uni aux défunts dans tous ces cas*. Quant au troisième requérant, son épouse a été tuée lors d'une fusillade entre une patrouille de soldats britanniques et des tireurs inconnus, et on ignore lequel des deux camps a été à l'origine du coup fatal. La Cour considère que, le décès étant survenu au cours d'une opération de sécurité menée par le Royaume-Uni, dans le cadre de laquelle des soldats britanniques qui patrouillaient à proximité

(see, *a contrario*, *Issa and Others*, cited above)». Enfin, voir Cour EDH, [GC], *affaire Medvedyev et autres c. France*, *op. cit.* note 115, §§ 66 et 67 : « un navire de guerre français (...) a été spécialement chargé d'intercepter le *Winner* par les autorités maritimes françaises et qu'à cette fin il a appareillé (...) avec à son bord une équipe des forces spéciales (...). En montant à bord du *Winner*, les militaires français ont du faire usage de leurs armes (...) et, par la suite, ils ont maintenu les membres d'équipage sous leur contrôle exclusif (...). Partant, la Cour considère que, compte tenu de l'existence d'un contrôle absolu et exclusif exercé par la France, au moins *de facto*, sur le *Winner* et son équipage dès l'interception du navire, de manière continue et ininterrompue, les requérants relevaient bien de la juridiction de la France ».

²⁶⁴ Cour EDH, *affaire Saddam Hussein c. Albanie et 20 autres Etats parties*, *op. cit.* note 100, p. 4. Références omises, sauf pour l'affaire *Issa*.

²⁶⁵ Cour EDH, *affaire Al-Skeini et autres op. cit.* note 110, §136.

²⁶⁶ En effet, la Cour EDH vise des jurisprudences relatives à l'arrestation d'individus hors du territoire de l'Etat, comme les affaires *Öcalan*, *op. cit.* note 114, ou *Medvedyev*, *op. cit.* note 266.

²⁶⁷ *Ibid.*, §137.

²⁶⁸ *Ibid.*, §150.

du domicile de l'intéressé sont intervenus dans la fusillade mortelle, *il existait également un lien juridictionnel entre le Royaume-Uni et cette victime* »²⁶⁹.

Nous avons vu que, dans cette affaire, la Cour EDH utilise également l'élément de rattachement spatial. Néanmoins, dans ses conclusions, la Cour EDH utilise la notion de « lien juridictionnel » pour matérialiser le pouvoir que le Royaume-Uni a exercé sur des *individus*. Il n'est donc pas question, dans ces conclusions du moins, de « contrôle sur un territoire ».

Dans l'affaire *Hassan*, qui concernait l'arrestation et la détention d'un ressortissant irakien pendant l'occupation, la Cour EDH rejette l'élément de rattachement spatial au profit de l'élément personnel. La Cour EDH constate que le requérant, « à compter de sa capture par des soldats britanniques (...) jusqu'à son entrée à Camp Bucca », s'est « trouvé physiquement *sous le contrôle et le pouvoir de soldats britanniques*, relevant ainsi de la juridiction du Royaume-Uni »²⁷⁰. La Cour EDH énonce clairement que le Royaume-Uni exerce sa juridiction « par l'effet des principes exposés au paragraphe 136 de l'arrêt *Al-Skeini* »²⁷¹, concernant « l'autorité et le contrôle d'un agent de l'Etat ».

Dans la lignée de l'affaire *Chypre c. Turquie* présentée devant la Com. EDH, l'élément de rattachement personnel est utilisé dans certaines affaires relatives à l'occupation du nord de Chypre par la Turquie. Deux affaires illustrent ce propos : il s'agit des affaires *Isaak* et *Andreou*. La première affaire a trait au décès d'un chypriote d'ethnie grecque dans la zone tampon contrôlée par l'ONU, battu à mort suite à une manifestation dénonçant l'occupation de la zone septentrionale de Chypre par la Turquie. La seconde affaire présente des faits similaires : le lendemain de cette manifestation et après les obsèques de M. Isaak, les manifestants retournent sur le lieu du décès. Alors qu'ils sont retenus par les casques bleus, l'un d'eux, M. Solomou, s'échappe et tente de grimper sur un poteau sur lequel flotte un drapeau turc. Les forces armées turques et les autorités de la République turque de Chypre du Nord (ci-après : « RTCN ») répliquent en ouvrant le feu sur la foule, touchant Mme. Andreou à l'abdomen.

A l'inverse des jurisprudences *Loizidou* et *Chypre c. Turquie*, la Cour EDH ne peut se fonder sur l'élément de rattachement spatial dans ces affaires dans la mesure où les NU exercent un contrôle exclusif et absolu sur la zone tampon dans laquelle le décès est intervenu. Dans la première affaire, la Cour EDH se replie sur la question de savoir si le requérant « came under the authority and/or effective control, and therefore within the jurisdiction, of the respondent State as a result of the acts of the Turkish and "TRNC" soldiers and/or officials »²⁷². La Cour répondra par l'affirmative. Il en va de même pour la seconde affaire, dans laquelle la Cour conclut que « the opening of fire on the crowd from close range, which was the direct and immediate cause of those injuries, was such that the applicant must be regarded as « within [the] jurisdiction » of Turkey (...) »²⁷³. Il est donc clair que la Cour EDH utilise donc l'élément de rattachement personnel, y compris dans des affaires relatives à l'occupation belligérante.

2. Le système interaméricain de protection des droits de l'homme

La Com. IADH va consacrer le modèle personnel de juridiction dans deux affaires rendues le même jour. Dans l'affaire *Coard*, relative à l'occupation de Grenada par les Etats-Unis, la Com. IADH énonce que, bien que la notion de juridiction

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ Cour EDH, affaire *Hassan c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 42, § 76.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² Cour EDH, affaire *Isaak et autres* *op. cit.* note 111, p. 21.

²⁷³ Cour EDH, affaire *Andreou c. Turquie*, *op. cit.* note 111, p. 11.

« (...) most commonly refers to persons within a state's territory, it may, under given circumstances, refer to conduct with an extraterritorial locus where *the person concerned is present in the territory of one state, but subject to the control of another state – usually through the acts of the latter's agents abroad*. In principle, the inquiry turns not on the presumed victim's nationality or presence within a particular geographic area, but on whether, under the specific circumstances, the State observed the rights of a *person subject to its authority and control* »²⁷⁴.

La référence aux « personnes » plutôt qu'au « territoire » témoigne de l'utilisation de l'élément de rattachement personnel dans la détermination de l'application extraterritoriale de la DADDH. Il est intéressant de noter que la Com. IADH utilise de manière interchangeable « subject to [the State's] jurisdiction » et « subject to [the State's] authority and control ».

Dans l'affaire *Alejandre*, la Com. IADH va reprendre mot pour mot sa doctrine *Coard*. La Com. IADH va aller quelque peu plus loin que dans l'affaire *Coard*, en affirmant que

« [t]he fact that the events took place outside Cuban jurisdiction does not limit the Commission's competence *ratione loci*, because, as previously stated, when *agents of a state, whether military or civilian, exercise power and authority over persons* outside national territory, the state's obligation to respect human rights continues – in this case the rights enshrined in the American Declaration »²⁷⁵.

Ce qui est déterminant ici, c'est ce « pouvoir » et cette « autorité » exercé *sur des personnes* (« *over persons* »). Enfin, dans l'affaire *Djamel Ameziane*²⁷⁶, la Com. IADH énonce que la juridiction peut, selon les circonstances, « refer to conduct with an extraterritorial locus where *the person concerned is present in the territory of one State, but subject to the control of another State, usually through the acts of the latter's agents abroad* »²⁷⁷. Et la Com. IADH d'affirmer que la question est de savoir « whether *the alleged victim was subject to the authority and control of the acting State* »²⁷⁸. Appliquant ces principes à l'espèce, la Com. IADH divise l'affaire en trois situations distinctes : l'apprehension du requérant, sa détention dans la base aérienne de Kandahar et sa détention à Guantanamo. Concernant l'arrestation, la Commission énonce que l'acte même de l'arrestation, effectué par des agents des Etats-Unis implique un « exercise of physical power and control over the person »²⁷⁹. Bref, les organes interaméricains de protection des droits de l'homme utilisent donc l'élément de rattachement personnel, y compris dans les situations d'occupation militaire.

3. Les organes des traités onusiens

Afin de conclure à l'application extraterritoriale du PIDCP, le CDH utilise l'élément de rattachement personnel. Ainsi, concernant les opérations militaires extérieures, le CDH affirme que le PIDCP « s'applique (...) à *quiconque se trouve sous le pouvoir ou le contrôle effectif des forces d'un État partie* opérant en dehors de son territoire »²⁸⁰. Dans la mesure où le critère est le contrôle sur un *individu* (« quiconque ») et non sur un *territoire*, l'élément de rattachement choisi par le CDH est l'élément de rattachement personnel.

Cette approche personnelle de la notion de juridiction est suivie par le CDH dans l'examen des rapports périodiques des Etats. Par exemple, lors de l'examen du sixième rapport du Royaume-Uni, le

²⁷⁴ *Ibid.*, §37.

²⁷⁵ Com. IADH, *Alejandre Jr. et al. v. Cuba*, *op. cit.* note 123, § 25.

²⁷⁶ Com. IADH, *Djamel Ameziane v. United States*, *op. cit.* note 124.

²⁷⁷ *Ibid.*, §30.

²⁷⁸ *Ibid.*, §30.

²⁷⁹ *Ibid.*, §31.

²⁸⁰ CDH, *Observation générale No. 31*, *op. cit.* note 12, § 10.

Comité conclut que « [l']État partie devrait affirmer clairement que le Pacte s'applique à *tous les individus soumis à sa juridiction ou à son contrôle* »²⁸¹.

Cette interprétation est corroborée par la jurisprudence quasi-contentieuse du Comité. Dans les affaires *Lopez Burgos* et *Lilian Celiberti de Casariego*, rendues le même jour, le CDH va opter pour le critère de rattachement personnel. Dans les deux cas, le Comité va établir que

« The reference in article 1 of the Optional Protocol to "individuals subject to its jurisdiction" does not affect the above conclusion because the reference in that article is not to the place where the violation occurred, but rather to *the relationship between the individual and the State* in relation to a violation of any of the rights set forth in the Covenant, wherever they occurred »²⁸².

Peu importe le lieu où la violation se matérialise, pourvu qu'il existe une relation entre *l'individu et l'Etat*.

D'autres organes des traités ont suivi l'approche du CDH. Ainsi, le CAT a affirmé dans son Observation générale No. 2 que « la notion de "territoire" à l'article 2 doit s'étendre en outre aux situations dans lesquelles l'État partie exerce, indirectement ou indirectement, de fait ou de droit, *un contrôle sur des détenus* »²⁸³. Cette interprétation ne tombe pas sous le sens, puisqu'en ce qui concerne la CAT, l'Etat s'engage, selon la clause de juridiction de ce traité, à « prend des mesures (...) pour empêcher que des actes de torture soient commis dans *tout territoire sous sa juridiction* »²⁸⁴. La notion de juridiction est donc inextricablement liée à la notion de « territoire ». L'utilisation du modèle personnel de juridiction est directement contraire à la lettre de la clause de juridiction²⁸⁵. Cette interprétation du CAT semble avoir pour finalité de combler un vide juridique : puisqu'un Etat peut commettre des actes contraires à la CAT sur un territoire en dehors de son contrôle – par exemple, dans le cadre du programme de remises extraordinaires de la CIA²⁸⁶ –, l'élément de rattachement personnel permet au UNCAT de connaître de cas de violation dans ce cas particulier. Toujours est-il que l'approche personnelle de la notion de juridiction semble irréconciliable avec la clause de juridiction de la CAT.

B. Le raisonnement circulaire de l'élément de rattachement personnel : le fait internationalement illicite comme élément déclencheur des obligations internationales de l'Etat

La principale critique que l'on peut adresser à l'élément de rattachement personnel – et qui n'est pas des moindres – est que ce critère est interprété de façon circulaire, de telle sorte qu'il ne constitue pas un seuil d'application du DIDH : les organes de protection des droits de l'homme confondent le fait dont l'illicéité internationale est alléguée et l'élément déclencheur des obligations internationales de l'Etat. Ainsi, un même comportement peut à la fois déclencher des obligations internationales découlant des traités relatifs aux droits de l'homme et constituer un fait internationalement illicite.

²⁸¹ CDH, *Observations finales*, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, 6^e rapport périodique, 30 juillet 2008, U.N. Doc. CCPR/C/GBR/CO/6, §14.

²⁸² CDH, *Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay*, *op. cit.* note 132, §§12.1 et 12.2; CDH, *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, *op. cit.* note 133, §§ 10.1 et 10.2.

²⁸³ UNCAT, *Observation générale No. 2*, *op. cit.* note 137, § 16.

²⁸⁴ CAT, art. 2.

²⁸⁵ Comme le relève Marko Milanovic, « [as] a purely textual matter, this interpretation makes very little sense. In fact, it is directly contrary to the text of the treaty; to say that the concept of "territory" includes control over persons is simply mind-boggling ». Voir M. MILANOVIC, *op. cit.* note 96, p. 179.

²⁸⁶ Voir Open Society Justice Initiative, *Globalizing Torture. CIA Secret Detention and Extraordinary Rendition*, 2013

Prenons l'exemple du recours à la force létale : pour les organes de surveillance des traités, les individus sont nécessairement sous l'autorité ou le contrôle de l'Etat puisqu'ils ont été tués par celui-ci. C'est donc le *comportement potentiellement illicite* (ici, le fait de recourir à la force létale) qui sert de base à la détermination de l'exercice de juridiction (ici, le contrôle sur un individu). L'affaire *Alejandro* est emblématique à cet égard : la Com. IADH affirme qu'en abattant un aéronef civil, les forces armées cubaines ont placé les civils à bord de cet avion sous leur juridiction. C'est donc le fait d'abattre l'avion – le comportement potentiellement illicite – qui fonde et déclenche l'application du DIDH. A ce propos, Cerone écrit : « Following this line of reasoning, any intentional infringement by a state of the rights of individuals anywhere would be sufficient to bring those individuals within the jurisdiction of that state for the purpose of applying human rights obligations »²⁸⁷. Affirmer qu'un Etat puisse déclencher l'application de ses obligations internationales en les violant est absurde²⁸⁸.

Dès lors, l'élément de rattachement personnel, en l'absence de toute limitation, ne sert plus aucun but : le simple fait qu'un individu dont les actes sont attribuables à l'Etat adopte un comportement *violant potentiellement le traité* suffit à justifier l'exercice par un Etat de son « pouvoir », de son « autorité » ou de son « contrôle » sur un individu. Dans l'affaire *Bankovic*, la Cour EDH se refuse à adopter une telle « conception causale de la notion de juridiction », car elle rendrait « [superflu] et [dénuée] de toute finalité » la clause de juridiction²⁸⁹ : « l'interprétation donnée par les requérants de la notion de juridiction revient à confondre la question de savoir si un individu « relève de la juridiction » d'un Etat contractant et celle de savoir si l'intéressé peut être réputé victime d'une violation de droits garantis par la Convention »²⁹⁰. Les juges britanniques de la High Court of Justice s'inquiètent également de ce phénomène :

« The decision of the European Court in the *Al-Skeini* case leaves many unanswered questions which will no doubt have to be worked out in later cases. For example, *it is unclear whether, once jurisdiction is understood to rest on the exercise of control over individuals, there is any stopping point short of what the European Court in the Bankovic case saw as the logical conclusion that jurisdiction under Article 1 exists whenever an act attributable to a contracting state has an adverse effect on anyone anywhere in the world* »²⁹¹.

Ce critère de rattachement ne sert donc pas de seuil d'application des traités relatifs aux droits de l'homme. Pour preuve, il n'y a aucun – à notre connaissance – précédent dans lequel les organes de surveillance des traités n'ont *pas* conclu à l'exercice par l'Etat de sa juridiction en appliquant l'élément de rattachement personnel.

§3. Des bénéficiaires du droit de l'occupation militaire et du droit international des droits de l'homme identiques : un individu sous la juridiction de la Puissance occupante est nécessairement « au pouvoir » de celle-ci

Dans les territoires occupés au sens de l'article 42 du RH, un individu « au pouvoir » de la Puissance occupante est nécessairement sous sa juridiction, que celle-ci soit entendue dans son acception spatiale (B) ou territoriale (C).

²⁸⁷ J. CERONE, « Human Dignity in the Line of Fire ... », *op. cit.* note 65, p. 1455.

²⁸⁸ L. RAIBLE, « The Extraterritoriality of the ECHR ... », *op. cit.* note 17, 166: « saying that one can create obligations under the [Conv. EDH] by violating them is simply absurd ».

²⁸⁹ Cour EDH, *affaire Bankovic et autres* *op. cit.* note 86, § 75.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ Royaume-Uni, High Court of Justice, *Serdar Mohammed and others (Appellant) v. Ministry of Defence (Respondent)*, 2 mai 2015, [2014] EWHC 1369 (QB) (ci-après : « l'affaire *Serdar Mohammed* »).

A. Signification et fonction de l'expression « au pouvoir » en droit international humanitaire

Pour que les individus bénéficient de l'application de la CG IV dans les territoires occupés, il ne suffit pas qu'une situation d'occupation militaire au sens de l'article 42 du RH existe : il faut également que ces individus se trouvent « au pouvoir » de la Puissance occupante. L'article 4 de la CG IV dispose que « [s]ont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, *au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante* (...) »²⁹². La fonction de l'expression « au pouvoir » est donc déclencher l'application des dispositions de la CG IV : il s'agit *a priori* d'un critère d'applicabilité.

La CG IV ne précise cependant pas ce que signifie, pour un individu, se trouver « au pouvoir » de la Puissance occupante. A cet effet, le Commentaire Pictet est précieux :

« (...) l'expression au "pouvoir" (...) a un sens extrêmement large. Il ne s'agit pas uniquement du pouvoir direct, comme celui que l'on possède sur un prisonnier. Le simple fait de se trouver (...) sur un territoire occupé implique que l'on se trouve au pouvoir des autorités de la Puissance occupante. Il se peut que l'exercice de ce pouvoir ne se matérialise jamais à l'égard d'une personne protégée. Ainsi, par exemple, il est fort possible qu'un habitant d'un territoire occupé n'ait jamais affaire à la Puissance occupante ou à ses organes. Autrement dit, l'expression "au pouvoir" n'a pas forcément un sens matériel ; elle signifie simplement que la personne se trouve dans un territoire dont la Puissance en question est maîtresse »²⁹³.

Ce passage est riche d'enseignement : le pouvoir n'est pas nécessairement *direct* et *physique*, ce qui signifie qu'il peut n'être que *potentiel*. L'expression « au pouvoir » a donc un sens *immatériel*, selon lequel tout individu se trouvant en territoire occupé est « au pouvoir » de l'Etat. Par exemple, si une patrouille des forces d'occupation rencontre un individu, celui-ci sera automatiquement « au pouvoir » de la Puissance occupante, quand bien même les forces d'occupation n'interagissent pas avec lui. Le TPIY a également opté pour une telle interprétation : l'expression « au pouvoir » « ne doit pas être comprise uniquement au sens physique d'être détenu, mais (...) *indique que le civil se trouve sur un territoire placé sous le contrôle de la partie adverse* »²⁹⁴. Par conséquent, tout individu présent sur un territoire occupé au sens de l'article 42 du RH est considéré « au pouvoir » de la Puissance occupante et bénéficie des dispositions de la CG IV. Il ne s'agit donc pas d'un seuil d'application dans le cadre d'une situation répondant à l'article 42 du RH.

B. Un individu sous la juridiction spatiale de la Puissance occupante est nécessairement « au pouvoir » de celle-ci

En droit international des droits de l'homme, un individu est protégé dans la mesure où l'Etat exerce sa juridiction sur lui. Pour ce qui nous concerne ici, il s'agit de la juridiction spatiale de l'Etat : tout individu se trouvant sur un territoire que l'Etat contrôle effectivement, aux conditions que nous avons étudiées plus haut, est « sous le juridiction de l'Etat ».

Par conséquent, si toute personne qui se trouve sur un territoire occupé est « au pouvoir » de la Puissance occupante et que toute personne qui se trouve sur un territoire sur lequel l'Etat exerce un « contrôle effectif » est une personne sur lequel l'Etat exerce sa « juridiction », alors tout individu « au pouvoir » d'une Puissance occupante est également « sous la juridiction » de l'Etat.

²⁹² CG IV, *op. cit.* note 21, art. 4.

²⁹³ *Commentaire Pictet, op. cit.* note 181, p. 53.

²⁹⁴ TPIY, *Le Procureur c. Zejnir Delalic, et consorts*, Affaire no IT-96-21-T, Jugement, 16 novembre 1998, §246.

C. Un individu sous la juridiction personnelle de la Puissance occupante est nécessairement « au pouvoir » de celle-ci

Comme nous l'avons dit plus haut, tout individu se trouvant sur un territoire répondant à la définition du territoire occupé est un individu « au pouvoir » de la Puissance occupante. De plus, nous venons de le voir, tout comportement de l'Etat violant potentiellement un traité relatif aux droits de l'homme fait que l'individu dont les droits sont garantis par ledit traité est « sous la juridiction » de la Puissance occupante. Le fait de se trouver « sous la juridiction » d'un Etat est donc un critère plus strict que le fait d'être « au pouvoir » puisqu'il exige que la relation de pouvoir entre l'individu agissant au nom de l'Etat et l'individu dont les droits sont garantis par les traités relatifs aux droits de l'homme se matérialise, ce qui n'est pas le cas dans le fait d'être « au pouvoir » de la Puissance occupante.

Par conséquent, chaque fois que l'Etat adopte un comportement violant potentiellement un traité relatif aux droits de l'homme dans une situation répondant à la définition de l'occupation militaire contenue dans l'article 42 du RH, le comportement de l'Etat sera régi à la fois par le droit de l'occupation militaire et par le droit international des droits de l'homme. Encore faut-il déterminer *quels* individus peuvent exercer ce type de « contrôle ».

SECTION 3. L'EXPORTATION DIRECTE DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ETAT DANS LES TERRITOIRES OCCUPES AU TRAVERS DES ORGANES DE JURE DE L'ETAT : DES CRITERES D'ATTRIBUTION IDENTIQUES

Nous avons vu que le droit de l'occupation et le DIDH s'appliquent hors du territoire de l'Etat et nous avons vu quel type de comportement – de « contrôle » – est susceptible de déclencher les obligations internationales de celui-ci. Encore faut-il déterminer *qui* est susceptible, de par son comportement, de déclencher les obligations internationales de l'Etat hors de son territoire.

Ni le DIDH ni le DIH²⁹⁵ ne prévoient de régime d'attribution du comportement d'un individu ou d'un groupe d'individu à l'Etat. Il faudra donc se référer au droit international « plus général »²⁹⁶, à savoir le droit international de la responsabilité de l'Etat. Les règles d'attribution ont été codifiées dans les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite²⁹⁷. Notons que, pour ce qui nous intéresse, la CIJ a affirmé la positivité des articles 4, 5, 7, 8 et 16²⁹⁸.

Les organes d'interprétation du DIDH et du DIH se sont largement écartés du droit international général pour énoncer leurs propres règles d'attribution à l'Etat du comportement *d'acteurs non-étatiques*. Or, la question de l'attribution est fondamentale pour l'application commune du droit de l'occupation et du DIDH : il s'agit de déterminer *qui* est capable d'exporter les obligations de l'Etat hors de son territoire dans des situations d'occupation militaire. Sont-ce uniquement ses forces

²⁹⁵ Nous verrons que le DIH ne fait que spécifier les règles d'attribution du droit international de la responsabilité.

²⁹⁶ Expression tirée du programme de la journée d'étude de la Société française pour le droit international portant sur *La mise en œuvre de la lex specialis dans le droit international contemporain*, tenue à Lille le 16 novembre 2015.

²⁹⁷ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, adopté lors de la 53^e session, 2001, et adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 12 décembre 2001, U.N. Doc. A/RES/56/83. Ci-après les « Articles de la CDI » ou « les Articles ».

²⁹⁸ A. PELLET, « Remarques sur la jurisprudence récente de la CIJ dans le domaine de la responsabilité internationale », in *Perspectives du droit international au 21^e siècle*, Liber Amicorum Professor Christian dominicé, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2012, p. 322.

armées ? Peut-il s'agir du personnel civil ? *Quid* des sociétés militaires privées, largement utilisées lors de l'occupation de l'Irak et de l'Afghanistan ?

En ce qui concerne les *acteurs étatiques*, cependant, les règles du DIH et du DIDH sont conformes au droit international général, et, partant, sont identiques. Par conséquent, les organes *de jure* de l'Etat vont exporter les obligations internationales de l'Etat lorsqu'ils agissent à l'étranger dans les mêmes conditions dans les deux ensembles juridiques. Ainsi, tant les agents de l'Etat (§1) que les personnes qu'il habilite à exercer des prérogatives de puissance publique (§2) et les organes mis à la disposition d'un Etat par un autre Etat (§3) vont exporter les obligations internationales de celui-ci. Tous ces organes engagent la responsabilité de l'Etat dans la mesure où ils agissent en leur qualité d'agents de l'Etat, peu important à cet égard qu'ils agissent hors des prérogatives qui leur sont assignées (§4).

§1. L'attribution du comportement des organes de l'Etat

Après avoir étudié la formulation de la règle d'attribution des agents de l'Etat en droit international de la responsabilité (A), nous verrons que le DIH incorpore cette règle en tant que règle coutumière (B) et que les organes de protection du DIDH incorporent cette règle dans leur jurisprudence (C).

A. La formulation de la règle en droit international de la responsabilité

L'article 4 des Articles de la CDI énonce que l'Etat est responsable du comportement de ses organes :

« Le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat.

Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'Etat»²⁹⁹.

Cette règle d'attribution est simple : les actes ou omission de tout organe de l'Etat sont attribuables à celui-ci, sachant que la détermination de la qualité d'« organe de l'Etat » se fait par référence au droit et à la pratique interne³⁰⁰.

B. L'incorporation de la règle d'attribution du comportement des agents de l'Etat dans le droit international humanitaire

En matière d'attribution du comportement des agents de l'Etat, le DIH dispose d'une spécificité – néanmoins conforme au droit international général – concernant l'attribution des actes des forces armées de l'Etat (1). Néanmoins, cela ne signifie pas que les actes du personnel civil de l'Etat ne lui sont pas attribuables (2), de la même façon que sont attribuables à l'Etat les omissions de tous les agents de celui-ci, qu'ils soient civils ou militaires (3).

1. L'attribution des actes des forces armées de l'Etat, application particulière de l'article 4 des Articles de la Commission du droit international

Le principe de l'attribution à l'Etat des actes et omissions de ses forces est « une application particulière de la règle générale sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite »³⁰¹. Il s'agit donc d'une *lex specialis*. Ce principe est ancien : on le retrouvait déjà à l'article 3 du RH, qui dispose que « [la] Partie belligérante (...) sera responsable de tous les actes commis par les personnes

²⁹⁹ CDI, *Projet d'articles op. cit.* note 298, art. 4.

³⁰⁰ CDI, *Commentaire du Projet d'articles, op. cit.* note 65, commentaire de l'article 4, §11, p. 94.

³⁰¹ J-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *op. cit.* note 53, règle 149, p. 699.

faisant partie de sa force armée »³⁰². Cette règle se retrouve, quasiment mot pour mot, à l'article 91 du PA I³⁰³. La règle 149 de l'étude du CICR reprend également cette règle³⁰⁴. Comme le relève l'étude du CICR, « [les] forces armées sont considérées comme un organe de l'Etat, à l'instar de toute autre instance exerçant des fonctions exécutives, législatives ou judiciaires »³⁰⁵.

2. L'attribution des actes du personnel civil de l'Etat

L'occupation militaire peut se caractériser par l'établissement d'une administration d'occupation, et mettre en scène des acteurs militaires et civils. Or, le RH et le PA I ne se réfèrent qu'aux forces armées de l'Etat. L'étude du CICR sur le DIH coutumier vient palier à cette carence en sa règle 149, selon laquelle « l'Etat est responsable des violations du DIH qui lui sont attribuables, y compris : a) les violations commises par *ses propres organes, y compris ses forces armées* »³⁰⁶. Les auteurs appuient sur le fait qu'« il ressort clairement du principe général de droit international cité ci-dessus [l'article 4 des Articles] que les actes de tous les organes de l'Etat – *qu'ils soient militaires ou civils* – sont attribuables à l'Etat »³⁰⁷.

3. L'attribution des omissions des organes de l'Etat

La règle 149 n'évoque pas de règle relative à l'attribution des omissions. Cette règle, de valeur coutumière, est exposée à l'article 86 du PA I : « un Etat est aussi responsable des omissions commises *par ses organes* lorsqu'ils ont le *devoir d'agir*, comme dans le cas des commandants et autres supérieurs hiérarchiques qui ont la possibilité d'empêcher les crimes de guerre et d'en punir les responsables »³⁰⁸. Cependant, l'article 4 des Articles ne vise pas seulement les commandants et les supérieurs hiérarchiques. Au contraire, « aucune distinction de principe n'est établie entre les faits des "supérieurs hiérarchiques" et ceux des "subordonnés", pour autant qu'ils agissent en leur qualité officielle »³⁰⁹. L'article 4 vise l'organe de l'Etat « quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat »³¹⁰.

A première vue, un conflit pourrait émerger de ces deux dispositions. Il n'en est rien en réalité, puisque l'étude du CICR ne formule pas une règle générale mais donne simplement un exemple d'omission attribuable à l'Etat, comme en témoigne le membre de la phrase « comme dans le cas ... ». L'Etat est donc responsable des omissions de *tous* ses organes lorsqu'ils ont l'« obligation légale d'agir »³¹¹, peu important qu'ils soient des supérieurs hiérarchiques ou non, puisque le soldat le plus bas dans la hiérarchie militaire peut avoir une obligation légale d'agir.

³⁰² RH, *op. cit.* note 19, art. 3.

³⁰³ PA I, *op. cit.* note 24, art. 91 : « La Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées ».

³⁰⁴ J-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *op. cit.* note 53, règles 149, p. 698 : « l'Etat est responsable des violations du DIH qui lui sont attribuables, y compris : a) les violations commises par (...) ses forces armées ».

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 699.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 701. L'art. 86 du PA I se lit comme suit : « Le fait qu'une infraction aux Conventions ou au présent Protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction ».

³⁰⁹ CDI, *Commentaire du Projet d'articles*, *op. cit.* note 65, commentaire de l'article 4, §7, p. 92.

³¹⁰ CDI, *Projet d'articles* *op. cit.* note 298, art. 4.

³¹¹ Concernant l'« obligation légale d'agir », cette condition n'est pas exposée dans les Articles de la CDI. Néanmoins, elle se retrouve nécessairement en droit international de la responsabilité : si l'on attribue à l'Etat

C. L'incorporation de cette règle dans la jurisprudence des organes de protection des droits de l'homme

Les traités relatifs aux droits de l'homme ne prévoient aucune règle d'attribution. Néanmoins, il ressort clairement de la jurisprudence des organes de protection des droits de l'homme que les faits des organes de l'Etat sont attribuables à ce dernier, y compris en période d'occupation militaire.

La première matérialisation de ce critère d'attribution dans une situation d'occupation militaire se trouve dans la décision de la Com. EDH *Chypre c. Turquie*. La Com. EDH énonce que « la responsabilité de l'Etat est engagée dans la mesure où (...) [les] actes et omissions [des agents de l'Etat] (...) portent atteinte à [des] biens ou [des] personnes »³¹². L'on retrouve donc la logique de l'article 2 des Articles de la CDI, selon laquelle l'Etat engage sa responsabilité si (i) un acte ou une omission lui est attribuable et (ii) si l'acte ou l'omission viole une obligation internationale de l'Etat. Cette règle est réaffirmée de manière non-équivoque dans l'affaire *Jaloud*, concernant l'occupation militaire de l'Irak par les Etats de la coalition. Dans cette affaire, la Cour EDH énonce que « [les] faits à l'origine des griefs du requérant résultent d'actes et d'omissions allégués du personnel militaire, des autorités d'enquête et des organes judiciaires des Pays-Bas. Ils sont donc de nature à engager la responsabilité des Pays-Bas »³¹³. Ce critère d'attribution est utilisé dans un très grand nombre d'affaires par la Cour EDH, bien qu'elle ne l'énonce pas toujours explicitement.

Ce critère d'attribution est repris dans le système interaméricain et par les organes des traités. Concernant le système interaméricain, la première formulation de ce critère d'attribution se retrouve dans la jurisprudence *Victor Saldano*, évoquée plus haut. En se fondant sur la jurisprudence de la Com. EDH *Chypre c. Turquie*, la Com. IADH énonce que « a state party to the American Convention may be responsible (...) for the acts and omissions of its agents (...) »³¹⁴. Concernant la DADDH, la Com. IADH aura l'occasion, dans l'affaire *Alejandro*, d'affirmer l'utilisation du critère d'attribution formulé à l'article 4 des Articles de la CDI. La Com. IADH affirme que « when agents of a state, whether military or civilian, exercise power and authority over persons outside national territory, the state's obligation to respect human rights continues »³¹⁵. En plus de l'utilisation du critère de l'article 4 des Articles, cette affaire pose le principe de l'indifférence du caractère civil ou militaire de l'agent. Egalement, dans l'affaire *Coard*, la Com. IADH énonce que la DADDH est applicable de façon extraterritoriale « usually through the acts of the latter's agents abroad »³¹⁶.

Concernant les organes des traités, l'affirmation de l'imputabilité à l'Etat des actes et omissions de ses agents de l'Etat est formulée dans l'Observation générale No. 31. Le paragraphe 4 de cette observation reprend les règles du droit international de la responsabilité de l'Etat :

« Les obligations découlant du Pacte en général et de l'article 2 en particulier s'imposent à tout Etat partie considéré dans son ensemble. Toutes les autorités de l'Etat (pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire), ainsi que les pouvoirs publics et autres instances publiques à quelque échelon que ce soit – national, régional ou local –, sont à même d'engager la responsabilité de l'Etat partie »³¹⁷.

ses omissions en l'absence d'obligation légale d'agir, celui-ci violerait le droit international tous les jours : chaque personne juridique est dans un état constant d'omission.

³¹² Com. EDH, *affaire Chypre c. Turquie*, *op. cit.* note 103, §8.

³¹³ Cour EDH, [GC], *affaire Jaloud c. Pays-Bas*, *op. cit.* note 110, §155.

³¹⁴ Com. IADH, *Victor Saldano v. Argentina*, Report no. 38/99, affaire no. 38/99 du 11 mars 1999, §17.

³¹⁵ *Ibid.*, § 25.

³¹⁶ Com. IADH, *Coard et al. v. United States*, *op. cit.* note 98, §37.

³¹⁷ CDH, *Observation générale No. 31*, *op. cit.* note 12, §4.

Bien que ne se référant pas explicitement à l'article 4 des Articles de la CDI, le CDH est indubitablement inspiré par cette disposition³¹⁸. Cela se vérifie dans la jurisprudence. Les affaires *Lopez Burgos* et *Lilian Celiberti de Casariego* en sont une illustration parlante. Le Comité va établir que « although the arrest and initial detention (...) allegedly took place on foreign territory, the Committee is not barred (...) from considering these allegations (...) inasmuch as these acts were perpetrated by Uruguayan agents acting on foreign soil »³¹⁹. L'utilisation de ce critère d'attribution se retrouve également dans l'examen des rapports périodiques des Etats³²⁰.

§2. L'attribution du comportement d'une personne ou d'une entité habilitée par l'Etat à exercer des prérogatives de puissance publique

Après avoir étudié la formulation de la règle d'attribution du droit international de la responsabilité (A), nous verrons que le DIH incorpore cette règle en tant que règle coutumière (B) et que les organes de protection du DIDH incorporent cette règle dans leur jurisprudence (C).

A. La formulation de la règle en droit international de la responsabilité

Ce critère d'attribution vise à couvrir une situation devenue de plus en plus fréquente au fur et à mesure de la libéralisation des économies, à savoir le transfert de certaines prérogatives de puissance publique vers le secteur privé. Cette règle d'attribution est prévue à l'article 5 des Articles :

« Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'Etat au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international »³²¹.

Il y a deux éléments constitutifs à ce critère d'attribution : il faut (i) que l'Etat autorise une entité³²² ne répondant pas à la définition de l'article 4 – et partant, n'étant pas un organe de l'Etat – et (ii) que celle-ci exerce des « prérogatives de puissance publique ». Tout d'abord, il faut que l'entité soit autorisée « expressément » à exercer de telles prérogatives par « le droit interne »³²³, notion qui semble devoir être interprétée de façon très large. La notion de « prérogatives de puissance publiques » est une notion autonome : ce qui est considéré comme « public » « relève de chaque société, de son histoire et de ses traditions »³²⁴. Puisque ce qui importe est que l'entité soit « autorisée » par l'Etat, il n'est pas nécessaire de prouver que celui-ci exerce un « contrôle » au sens de l'article 8 des Articles de la CDI. En matière d'occupation militaire, ce critère nous intéresse tout particulièrement dans la mesure où les Etats recourent à des entreprises militaires privées dans de telles situations³²⁵.

³¹⁸ Voir, en ce sens, S. OLLESON, *The Impact of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Preliminary Draft, British Institute of International and Comparative Law, p. 16.

³¹⁹ CDH, *Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay*, *op. cit.* note 132, §12.2

³²⁰ Par exemple, concernant le troisième rapport d'Israël, le Comité énonce que « les dispositions du Pacte s'appliquent à la population des territoires occupés, y compris dans la bande de Gaza, en ce qui concerne toute action des autorités ou des agents de l'État partie dans ces territoires qui porte atteinte à l'exercice des droits consacrés par le Pacte (...) ». Voir CDH, *Observation finales*, Israël, 3^e rapport périodique, *op. cit.* note 131, §5.

³²¹ CDI, *Projet d'articles op. cit.* note 298, art. 5.

³²² La définition de l'« entité » est très large. Voir CDI, *Commentaire du Projet d'articles*, *op. cit.* note 65, commentaire de l'art. 5, §§2 et 3, p. 98.

³²³ *Ibid.*, commentaire de l'art. 5, §7, p. 99.

³²⁴ *Ibid.*, §6, p. 99.

³²⁵ En témoigne l'utilisation par les Etats-Unis d'entreprises militaire privées lors de l'occupation de l'Irak et son implication dans le scandale d'Abou Ghraib. Voir O. DELAS et M-L. TOUGAS, « Quelques réflexions entourant la participation de compagnies militaires privées aux conflits armés », *Revue québécoise de droit international*, vol. 19, 2007, pp. 54-55.

B. L'incorporation de cette règle d'attribution dans le droit international humanitaire coutumier

Selon la règle 149 de l'étude sur le DIH coutumier, l'Etat est responsable des violations du DIH qui lui sont attribuables, y compris « les violations commises par des personnes ou des entités qu'il a habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique »³²⁶.

Le DIH ne fait que reprendre le droit international de la responsabilité, en spécifiant que « [l]es États sont responsables des actes des sociétés ou des personnes privées qui sont employées par les forces armées pour accomplir des tâches qui incombent habituellement aux forces armées : les mercenaires ou les sociétés militaires privées sont des exemples de ces personnes ou entités »³²⁷. Il n'est pas évident de comprendre pourquoi l'étude du CICR ne fait référence qu'aux « actes ». Puisqu'en matière d'attribution le DIH coutumier ne fait que reprendre le droit international général, nous considérons que cette règle d'attribution est conforme au droit de la responsabilité de l'Etat.

C. L'incorporation de cette règle dans la jurisprudence des organes de protection des droits de l'homme

Dans l'affaire *Ximenez-Lopez*³²⁸, concernant les mauvais traitements subis par un individu et sa mort subséquente dans un hôpital psychiatrique privé opérant conformément au système de santé publique brésilien, la Cour IADH a dû se pencher sur la question de l'attribution des actes du personnel de cet hôpital privé – qui ne sont donc pas des agents de l'Etat au sens de l'article 4 des Articles de la CDI – à l'Etat. La Cour IADH a jugé que :

« The assumptions of the State's liability for the violation of rights enshrined in the Convention may include both the acts or the failure to act attributable to State bodies or officials, as well as the failure of the State to prevent third parties from impairing the juridical rights protected by human rights. Notwithstanding, between these two extremes of liability is the conduct described in the Resolution of the International Law Commission, *of a person or entity which, though not a state body, is authorized by the State legislation to exercise powers entailing the authority of the State*. Such conduct, either by a natural or legal person, must be deemed to be an act by the State, inasmuch as such person acted in such capacity.

Hence, *the acts performed by any entity, either public or private, which is empowered to act in a State capacity, may be deemed to be acts for which the State is directly liable, as it happens when services are rendered on behalf of the State* »³²⁹.

Et la Cour IADH de conclure, après étude du droit interne, que l'hôpital privé dans lequel le requérant a trouvé la mort était « a private health institution engaged by the State to render mental health services under the coverage of Brazil's Single Health System and operating as a public institution on behalf of the State »³³⁰, et que le Brésil était par conséquent « liable for the conduct of the staff of [the private hospital], which exercised State authority »³³¹.

§3. L'attribution du comportement d'un organe mis à la disposition de l'Etat par un autre Etat

Après avoir étudié la formulation de la règle d'attribution des organes mis à disposition de l'Etat en droit international de la responsabilité (A), nous verrons que le DIDH interprète cette règle conformément au droit international général (B) et que bien que l'étude sur le DIH coutumier ne se

³²⁶ J-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *op. cit.* note 53, règle 149, p. 698.

³²⁷ *Ibid.*, p. 702.

³²⁸ Cour IADH, *Ximenes-Lopes v. Brazil, Merits, Reparations and Costs*, 4 juillet 2006, Series C, No. 149.

³²⁹ *Ibid.*, §§ 86 et 87.

³³⁰ *Ibid.*, § 100.

³³¹ *Ibid.*

réfère pas à cette règle d'attribution, elle doit néanmoins être considérée comme faisant partie intégrante de cet ensemble puisqu'elle appartient au droit international « plus général » (C).

A. La formulation de la règle en droit international de la responsabilité

Selon l'article 6 des Articles, « [l]e comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État, pour autant que cet organe agisse dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État à la disposition duquel il se trouve, est considéré comme un fait du premier État d'après le droit international »³³². Toute la logique de l'article 6 réside dans l'expression « mis à la disposition », qui implique qu'il existe un « lien fonctionnel »³³³ entre l'organe prêté et l'Etat d'accueil. Cela suppose que l'organe prêté agisse « avec le consentement, sous l'autorité et aux fins de l'Etat d'accueil »³³⁴ et encore « en liaison avec l'appareil de [l'Etat d'accueil] et sous la direction et le contrôle exclusifs de celui-ci, et non pas sur les instructions de l'Etat d'envoi »³³⁵.

Il y a deux autres éléments constitutifs à ce critère : d'une part, il faut que l'organe prêté possède le statut d'« organe de l'Etat » d'envoi au sens de l'article 4 des Articles ; d'autre part, il faut que l'organe prêté agisse dans l'exercice de « prérogatives de puissance publique » de l'Etat d'accueil³³⁶.

B. L'interprétation conforme au droit international de la responsabilité des organes de protection des droits de l'homme

La Com. EDH a déjà appliqué ce critère dans deux affaires relatives à l'exercice par la police suisse de pouvoirs délégués au Lichtenstein³³⁷. A cette époque, le Lichtenstein n'était pas partie à la Conv. EDH : il fallait donc, du point de vue des requérants, que le comportement soit attribuable à la Suisse. Dans cette affaire, un traité bilatéral liant la Suisse et le Lichtenstein autorisait la Suisse à exercer au Lichtenstein sa propre compétence en matière de douane et d'immigration, et donc de mener des opérations de police. La Com. EDH a déclaré que puisque les fonctionnaires étaient exclusivement soumis au droit suisse et considérés comme exerçant des prérogatives de puissance publique suisse, il n'étaient pas « mis à la disposition » de l'Etat d'accueil.

Ce critère d'attribution a aussi été appliqué par la Cour EDH dans l'affaire *Jaloud*, concernant l'occupation de l'Irak par les forces de la coalition. Dans cette affaire, la Cour EDH cherche à déterminer si les forces armées néerlandaises peuvent être considérées comme un organe « mis à disposition » des forces armées britanniques en citant l'article 6 des Articles et le commentaire y relatif³³⁸. En effet, les Pays-Bas soutiennent que le Royaume-Uni serait la « nation chef de file » dans le Sud-Est de l'Irak qui commanderait le contingent néerlandais de la *Stabilisation Force in Iraq* (SFIR)³³⁹. La Cour EDH constate que les Pays-Bas ont « accepté le contrôle opérationnel du commandant de la [Division Multinationale Sud-Est], qui était un officier britannique »³⁴⁰, et que les nations autres que les « nations chefs de file » – c'est-à-dire les Etats-Unis et le Royaume-Uni³⁴¹ –

³³² CDI, *Projet d'articles op. cit.* note 298, art. 6.

³³³ CDI, *Commentaire du Projet d'articles, op. cit.* note 65, commentaire de l'art. 6, §4, p. 101.

³³⁴ *Ibid.*, §2, p. 100.

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ Voir supra, note 325 et texte y relatif.

³³⁷ Com. EDH (plén.), *affaires X. et Y. c. Suisse*, décision du 14 juillet 1977, req. n°7289/75 et 7349/76.

³³⁸ Cour EDH, [GC], *affaire Jaloud c. Pays-Bas, op. cit.* note 110, §98.

³³⁹ *Ibid.*, §140.

³⁴⁰ *Ibid.*, §143.

³⁴¹ La résolution 1483 désigne le Royaume-Uni et les Etats-Unis comme les « Puissance occupantes » en l'Irak. Voir Conseil de sécurité, Résolution 1483, adoptée par le Conseil de sécurité à sa 4761^e séance le 22 mai 2003, U.N. Doc. S/RES/1483 (ci-après : « résolution 1483 »), paragraphe 13 de l'introduction.

« recevaient leurs instructions courantes de commandants étrangers »³⁴². Cependant, la Cour EDH se base sur le fait que les Pays-Bas « ont conservé le "plein commandement" sur leur personnel militaire »³⁴³ et que « la définition des grandes orientations – notamment (...) l'élaboration de règles distinctes concernant le recours à la force – demeurerait le domaine réservé de chaque Etat pourvoyeur »³⁴⁴ pour conclure que les forces armées néerlandaises n'étaient pas mises « "à la disposition" d'une puissance étrangère, qu'il s'agisse de l'Irak, du Royaume-Uni, ou d'une quelconque autre puissance »³⁴⁵. La Cour EDH se fonde explicitement sur l'article 6 des Articles de la CDI.

Cette solution est tout à fait conforme au droit international général, puisque la Cour EDH constate que les forces armées néerlandaises continuent d'agir « sur instruction de l'Etat d'envoi »³⁴⁶, ne se trouvant donc pas « sous la direction et le contrôle exclusifs »³⁴⁷ de l'Etat d'accueil.

C. L'absence de référence à cette règle en droit international humanitaire coutumier : recours au droit international « plus général »

Probablement en raison du fait que la CIJ n'ait pas affirmé la positivité de l'article 6, la règle 149 de l'étude du CICR sur le DIH coutumier ne fait aucune mention de l'attribution du comportement d'un organe mis à disposition de l'Etat par un autre Etat. Pourtant, ce critère est tout à fait pertinent en cas de conflit armé, dans lequel un Etat pourrait « prêter » ses forces armées à un autre Etat pour des actions militaires, qui sont par essence des prérogatives de puissance publique. Le commentaire des Articles de la CDI fait expressément référence à ce cas :

« (...) des forces armées peuvent être envoyées sur le territoire d'un autre État pour l'aider dans l'exercice du droit de légitime défense collective ou à d'autres fins. Lorsque les forces en question demeurent sous l'autorité de l'État d'envoi, elles exercent des prérogatives de puissance publique de cet État et non de l'État d'accueil »³⁴⁸.

De plus, ce critère d'attribution est particulièrement intéressant dans le cadre des opérations militaires menées par des coalitions d'Etat et placées sous un commandement militaire commun, cas auquel la CDI fait également référence³⁴⁹.

En tout état de cause, la règle 149 de l'étude du CICR ne font que reprendre le droit international de la responsabilité de l'Etat pour l'appliquer à la situation « spéciale » des conflits armés. Cependant, l'on se trouve ici dans le cas où « la règle spéciale doit se lire et être comprise dans les limites de la règle générale qui en constitue la toile de fond, en tant que développement, mise à jour ou spécification technique de celle-ci »³⁵⁰. La règle 149 constitue à peine une spécification des Articles de la CDI puisque les points b), c) et d) ne font que reprendre le droit international de la responsabilité de l'Etat. La seule règle qui est une spécification du droit international plus général est le point a), concernant l'attribution des actes des forces armées. Il n'y a aucun conflit normatif ici, puisque la règle 149 n'est que silencieuse eu égard à ce critère d'attribution et non contraire à celui-ci. Par conséquent, en vertu du principe *lex specialis*, il convient d'appliquer le droit international plus général en l'absence de règle spécifique. L'article 6 des Articles de la CDI remplace donc les lacunes du DIH.

³⁴² Cour EDH, [GC], *affaire Jaloud c. Pays-Bas*, *op. cit.* note 110, §147.

³⁴³ *Ibid.*, §143.

³⁴⁴ *Ibid.*, §147.

³⁴⁵ *Ibid.*, § 151.

³⁴⁶ CDI, *Commentaire du Projet d'articles*, *op. cit.* note 65, commentaire de l'art. 6, § 2, p. 100.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ *Ibid.*, commentaire de l'article 6, §4, p. 101.

³⁴⁹ *Ibid.*, 6, § 3, p. 101 : « Il se peut aussi que l'organe d'un État agisse sur instructions conjointes de cet État et d'un autre, ou qu'une entité soit un organe mixte de plusieurs États. Dans de tels cas, le comportement en cause est imputable aux deux États en vertu d'autres dispositions du présent chapitre ».

³⁵⁰ CDI, *Rapport sur la fragmentation*, *op. cit.* note 36, § 56, pp. 36-37.

§4. L'inclusion des actes commis *ultra vires*

La règle de droit international général selon laquelle les actes des agents de l'Etat sont attribuables à ce dernier même s'ils sont commis *ultra vires* (A) est reprise tant par le DIH (B) que les organes de protection des droits de l'homme (C).

A. La formulation de la règle en droit international de la responsabilité

Si l'Etat n'est responsable que des faits de ses organes commis « en cette qualité »³⁵¹, c'est-à-dire lorsqu'ils n'agissent pas à titre privé, il est également responsable si l'organe outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions. L'Etat ne saurait donc « se retrancher derrière la considération que selon les dispositions de son droit interne ou les instructions qui ont pu être données à ses organes ou à ses agents, les actions ou omissions de ces derniers n'auraient pas dû se produire ou auraient dû prendre une forme différente »³⁵². Distinguer les actes commis à titre privé des actes commis dans l'exercice de fonctions officielles peut s'avérer délicat. Le Commentaire des Articles énonce que :

« [il] faut distinguer, d'une part, les cas où les fonctionnaires ont agi en leur qualité en tant que telle, bien que de manière illicite ou en violation des instructions reçues, et, d'autre part, les cas où leur comportement est si éloigné du champ de leurs fonctions officielles qu'il devrait être assimilé à celui de personnes privées, non attribuable à l'État »³⁵³.

Il s'agit donc d'une question de degré. La question est de savoir si le comportement a été « mené par des personnes *bénéficiant de prérogatives publiques* »³⁵⁴.

B. La reprise de ce principe en droit international humanitaire

Ce principe est reflété aux articles 3 du RH et 91 du PA I qui énoncent que l'Etat est responsable de « tous actes »³⁵⁵ commis par ses organes, incluant donc les actes violant le droit interne ou les ordres reçus. En ce sens, la Cour suprême fédérale d'Allemagne a déclaré que la responsabilité d'un Etat « comprenait la responsabilité pour les actes de toutes les personnes appartenant aux forces armées, et ceci non seulement lorsque ces personnes commettent des actes qui relèvent de leur domaine de compétence, *mais aussi lorsqu'ils agissent sans instructions ou contrairement aux instructions* »³⁵⁶.

C. La reprise de ce principe en droit international des droits de l'homme

La jurisprudence des organes de protection des droits de l'homme a fait sienne la règle de l'attribution des actes *ultra vires* figurant à l'article 7 des Articles de la CDI. Ainsi, dans l'affaire *Ilascu* la Cour EDH énonce que

« (...) [un] Etat peut aussi être tenu pour responsable *même lorsque ses agents commettent des excès de pouvoir ou ne respectent pas les instructions reçues*. En effet, les autorités d'un Etat assument au regard de la Convention la responsabilité objective de la conduite de leurs subordonnés ; elles ont le devoir de leur imposer leur volonté et ne sauraient se retrancher derrière leur impuissance à la faire respecter »³⁵⁷.

³⁵¹ CDI, *Projet d'articles op. cit.* note 298, art. 7.

³⁵² CDI, *Commentaire du Projet d'articles, op. cit.* note 65, commentaire de l'article 7, §2, p. 104.

³⁵³ *Ibid.*, commentaire de l'article 7, §7, p.107.

³⁵⁴ Tribunal des réclamations Etats-Unis-Iran, *affaire Petrolane, Inc. c. Islamic Republic of Iran* (1991) *Iran-United-States Claims Tribunal Report*, sentence du 25 novembre 1991, vol. 27, p. 92

³⁵⁵ RH, *op. cit.* note 19, art. 3 ; PA I, *op. cit.* note 24, art. 91.

³⁵⁶ Allemagne, Cour suprême fédérale, *affaire Distomo*, 26 juin 2003, §25.

³⁵⁷ Cour EDH, *affaire Ilascu et autres op. cit.* note 67, §319.

Outre-Atlantique, la Cour IADH reprend également l'article 7 des Articles de la CDI. Dans l'affaire *Velasquez Rodriguez*³⁵⁸, la Cour IADH affirme que l'examen de la violation de la CADH

« (...) est indépendante du fait de savoir si l'organe ou le fonctionnaire a contrevenu aux dispositions du droit interne ou outrepassé les limites de son pouvoir : en droit international un État est responsable des faits de ses agents pris en leur qualité officielle et de leurs omissions, même lorsque ces agents agissent hors de la sphère de leur pouvoir ou violent le droit interne»³⁵⁹.

Par conséquent, les faits des agents appartenant formellement à la structure de l'Etat sont attribuables à celui-ci tant qu'ils sont exécutés en leur qualité officielle peu important à cet égard qu'ils outrepassent leur compétence ou non.

CHAPITRE 2. LES ELEMENTS SUSCEPTIBLES D'EXCLURE LE DROIT DE L'OCCUPATION MILITAIRE LE DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME DE LA SPHERE D'APPLICATION COMMUNE

L'analyse des éléments nécessaires à l'existence d'une sphère d'application commune au droit de l'occupation belligérante et au DIDH ne s'arrête pas aux similarités que nous venons de voir. Il existe un certain nombre de différences entre les deux branches du droit qui sont de nature à exclure l'un ou l'autre des ensembles juridiques de la sphère d'application commune. Ces éléments sont souvent le pendant des éléments que nous venons d'étudier dans le premier chapitre.

Ainsi, comme nous l'avons vu précédemment, le droit de l'occupation militaire est d'application *intrinsèquement* extraterritoriale. Il n'en va de même pour le DIDH, dont l'application extraterritoriale a été reconnue par voie prétorienne. En ce sens, il existe un certain nombre d'arguments visant à limiter la portée extraterritoriale du DIDH (section 1). De plus, même si les critères d'applicabilité des deux ensembles juridiques se recoupent en de nombreux points, certains critères d'applicabilité ne se retrouvent que dans l'un des ensembles en non dans l'autre (section 2). Enfin, si tous les organes *de jure* de l'Etat sont susceptibles de déclencher l'application du droit de l'occupation et du DIDH aux mêmes conditions dans les deux ensembles, il n'en va pas de même pour les individus ou groupes d'individus n'appartenant pas formellement à la structure de l'Etat mais dont les comportements peuvent être attribuables à celui-ci (section 3).

SECTION 1. LA LIMITATION DE LA PORTEE EXTRATERRITORIALE DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

La limitation de l'application extraterritoriale des traités à vocation universelle³⁶⁰ et des traités régionaux ne répondent pas à la même logique. En ce qui concerne le PIDCP, traité universel, les arguments en faveur de la limitation de son application extraterritoriale reposent sur une lecture conjonctive de la clause de juridiction qu'il contient (§1). Pour les traités régionaux, la limitation de leur application extraterritoriale repose sur la théorie de l'« espace juridique », selon laquelle ces traités n'opèrent que sur le territoire des Etats parties à l'organisation internationale au sein de laquelle ces traités ont été négociés (§2). Nous verrons que ces théories ne sont plus tenables juridiquement.

³⁵⁸ Cour IADH, *Velasquez Rodriguez v. Honduras, Merits*, 29 juillet 1988, série C, n°4.

³⁵⁹ *Ibid.*, §170.

³⁶⁰ Les traités « à vocation universelle » sont les instruments qui sont susceptibles d'être ratifiés par tout Etat.

§1. La limitation du champ d'application spatiale du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : interprétation conjonctive de la notion de juridiction

La limitation de la portée extraterritoriale du PIDCP repose sur une interprétation conjonctive de l'article 2 paragraphe 1, selon le Pacte ne s'applique qu'aux individus sur le territoire de l'Etat *et* sous sa juridiction. Cependant, cette interprétation est extrêmement minoritaire, tant dans la doctrine³⁶¹ que dans la jurisprudence et dans la pratique des Etats.

Cette interprétation a été défendue par les Etats-Unis et par Israël. Dans leur rapport soumis au CDH en 2006, les Etats-Unis reprennent la position exprimée en 1995 par M. Harper, Conseiller juridique du Département d'Etat, qui, répondant à une question soulevée par un expert du CDH, affirme que :

« Le Pacte n'est pas considéré (...) comme applicable hors du territoire. En général, lorsque le domaine d'application d'un traité n'est pas spécifié, il est censé s'appliquer uniquement dans les limites du territoire de l'une des parties. L'article 2 du Pacte stipule expressément que les états parties s'engagent à respecter et à garantir "à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte". *Ces deux conditions restreignent le domaine d'application du Pacte aux personnes relevant de la compétence des Etats-Unis et qui se trouvent sur le territoire de ce pays* »³⁶².

Il est intéressant de constater que les Etats-Unis sont en train de réviser leur position, sous l'impulsion d'Harold Koh, conseiller juridique du Département d'Etat. Dans un mémorandum daté de 2010 ayant fuité dans la presse, le nouveau conseiller juridique applique de façon minutieuse les règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités pour conclure que « the 1995 Interpretation is *not* compelled by either the language or the negotiating history of the Covenant »³⁶³, que « the 1995 Interpretation is in fact in significant tension with the treaty's language, context, and object and purpose, as well as with interpretations of important U.S. allies, the Human Rights Committee and the [CIJ], and development in related bodies of law »³⁶⁴ et, plus fondamentalement, que « an interpretation of Article 2(1) that is truer to the Covenant's language, context, object and purpose, negotiating history, and subsequent understandings of other States Parties, as well as the interpretations of other international bodies, would provide that in fact, the Covenant *does* impose certain obligations on a State Party's extraterritorial conduct under certain circumstances »³⁶⁵.

Israël a constamment nié l'applicabilité extraterritoriale du PIDCP. Cette vue est exprimée dans la réponse à la liste des points à traiter adoptée par le CDH lors de sa 97^e session (2009) :

« Israel has never made a specific declaration in which it reserved the right to extend the applicability of the Convention with respect to the West Bank or the Gaza Strip. Clearly, in line with basic principles of interpretation of treaty law, and in the absence of such a

³⁶¹ Voir M. J. DENNIS, « Application of Human Rights Treaties Extraterritorially during Times of Armed Conflict and Military Occupation », *A.J.I.L.*, vol. 99, pp. 119-141. M. J. Dennis est l'ancien conseiller juridique des Etats-Unis, ce qui peut expliquer sa position.

³⁶² Voir Etats Unis d'Amérique, 3^e rapport périodique présenté conformément à l'article 40 du PIDCP, 28 novembre 2005, U.N. Doc. CCPR/C/USA/3. Les Etats-Unis développent par la suite une interprétation basée sur la Convention de Vienne sur le droit des traités. Pour une analyse poussée de cette question, voir B. VAN SCHAAK, « The United States' Position on the Extraterritorial Application of Human Rights Obligations: Now is the Time for Change », *Int. L. Stu.*, vol. 90, 2014, pp. 20-65.

³⁶³ Etats-Unis d'Amérique, Département d'Etat, Office of the Legal Adviser, *Memorandum Opinion on the Geographical Scope of the International Covenant of Civil and Political Rights*, 19 octobre 2010 (ci-après : le « Mémorandum sur l'applicabilité extraterritoriale du PIDCP »), p. 4. Italiques dans l'original.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ *Ibid.*

voluntarily-made declaration, the Convention, which is a territorially bound Convention, does not apply, nor was it intended to apply, to areas outside its national territory »³⁶⁶.

Ces interprétations ne sont absolument plus tenables aujourd'hui. Sans rentrer dans les détails du débat, nous nous bornerons à dire qu'une application minutieuse des règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités va clairement à l'encontre de ces interprétations conjonctives »³⁶⁷.

§2. La limitation du champ d'application spatiale des traités régionaux : la théorie de l'« espace juridique »

Les traités régionaux de protection des droits de l'homme ont tous été conclus dans le cadre d'une organisation régionale à laquelle seuls certains Etats peuvent adhérer. Il est donc légitime de s'interroger sur la question de savoir si ces instruments régionaux sont applicables hors de la sphère de compétence de l'organisation régionale (A). Cependant, cette limitation spatiale résiste-t-elle au principe de l'universalité des droits de l'homme (B) ? Appliquer le DIDH dans les territoires occupés ne contrevient-il pas à l'obligation de « respecter les lois en vigueur dans le pays » découlant de l'article 43 du RH, témoignant d'une forme d'« impérialisme des droits de l'homme » (C) ? Nous verrons qu'en tout état de cause, cette théorie a été abandonnée par les organes de surveillance des traités régionaux (D).

A. La formulation de la théorie de l'« espace juridique »

Dans l'affaire *Bankovic*, la Cour EDH va consacrer la théorie de l'« espace juridique » d'application de la Conv. EDH en ces termes :

« (...) la Convention est un traité multilatéral opérant, sous réserve de son article 56, dans un contexte essentiellement régional, et plus particulièrement dans *l'espace juridique des Etats contractants*, dont il est clair que [l'ex-Yougoslavie] ne relève pas. Elle n'a donc pas vocation à s'appliquer partout dans le monde, même à l'égard du comportement des Etats contractants»³⁶⁸.

La Conv. EDH ne s'appliquerait donc pas sur le territoire de [l'ex-Yougoslavie] dans la mesure où cet Etat ne l'a pas ratifié. Ce traité n'a donc vocation à s'appliquer que sur le territoire des Etats partie à cet instrument. L'applicabilité spatiale de la Convention équivaut donc à l'ensemble des territoires des Etats contractants plus l'ensemble des territoires sur lesquels les Etats ont exprimé leur volonté de l'appliquer sur la base de l'article 56³⁶⁹, sachant qu'un Etat ne peut, sur la base de cet article, émettre de réserve à l'applicabilité de la Convention sur son propre territoire³⁷⁰. Notons que cette théorie est propre au système européen de protection des droits de l'homme : la Com. IADH n'a jamais hésité à

³⁶⁶ Israël, Réponses du Gouvernement israélien à la liste des questions à traités en relation avec le troisième rapport périodique d'Israël, UN. Doc. CCPR/C/ISR/Q/3/Add.1, réponse à la question 1.

³⁶⁷ Voir Sir N. RODLEY, « The Extraterritorial Reach and Applicability in Armed Conflict of the International Covenant on Civil and Political Rights: A Rejoinder to Dennis and Surena », *E.H.R.L.R.*, vol. 5, 2009, pp. 628-636; Etats-Unis d'Amérique, *Mémoire sur l'applicabilité extraterritoriale du PIDCP*, *op. cit.* note 364.

³⁶⁸ Cour EDH, *affaire Bankovic et autres op. cit.* note 86, §80.

³⁶⁹ Conv. EDH, *op. cit.* note 47, art. 56 : « Tout Etat peut, au moment de la ratification ou à tout autre moment par la suite, déclarer, par notification adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, que la présente Convention s'appliquera, sous réserve du paragraphe 4 du présent article, à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales ».

³⁷⁰ Voir, par exemple, Cour EDH, *affaire Loizidou (fond)*, *op. cit.* note 67, § 62.

appliquer la DADDH hors de l'espace juridique de l'organisation des Etats américains (ci-après : « OAS »)³⁷¹.

B. La limitation spatiale des instruments régionaux à l'épreuve de l'universalisme des droits de l'homme

La théorie de l'« espace juridique » semble contraire au principe d'universalité. Il convient de s'interroger sur la signification et la valeur du principe de l'universalité en droit positif.

Le premier paragraphe du préambule de la DUDH³⁷² fait une référence directe à ce principe. Ce paragraphe énonce que « la reconnaissance de la dignité *inhérente à tous les membres de la famille humaine* et de leurs *droits égaux* et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde »³⁷³. Dans ce paragraphe, l'accent est mis sur le caractère universel de la dignité humaine, de laquelle découlent les droits de l'homme, mais n'évoque pas expressément le caractère universel des droits en eux-mêmes. Les droits sont qualifiés d'« égaux », ce qui semble signifier que les humains disposent de droits équivalents. Le sixième paragraphe vient éclairer le premier. Celui-ci énonce que « les Etats Membres se sont engagés à assurer, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies, le *respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »³⁷⁴. L'Etat est donc au centre de la réalisation universelle des droits de l'Homme. A ce stade, il faut distinguer l'universalité juridique et l'universalité conceptuelle des droits de l'Homme. Cette dernière est simple à percevoir : le plus petit dénominateur commun à chaque individu est sa dignité, et de cette dignité – « inhérente à tous les membres de la famille humaine »³⁷⁵ – découle un certain nombre de droits. D'un point de vue conceptuel, tous les humains sont donc égaux en droit. Cependant, d'un point de vue positiviste, il n'y a pas d'universalité juridique des droits de l'Homme si les Etats ne ratifient pas les instruments y relatifs. En effet, les droits de l'Homme ne sont ni plus ni moins que des obligations internationales que les Etats s'engagent à respecter. Le huitième paragraphe du préambule est pertinent pour la question qui nous intéresse :

« L'Assemblée générale :

Proclame la présente [DUDH] comme *l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations afin que tous les individus et tous les organes de la société, ayant cette Déclaration constamment à l'esprit, s'efforcent (...) d'en assurer (...) la reconnaissance et l'application universelles et effectives, tant parmi les populations des Etats Membres eux-mêmes que parmi celles des territoires placés sous leur juridiction* »³⁷⁶.

Notons d'emblée que selon ce paragraphe, les Etats doivent tendre au respect universels des droits de l'Homme y compris vis-à-vis des populations ne se trouvant pas sur leur territoire national mais se trouvant sur des territoires placés sous leur juridiction. L'universalité des droits de l'Homme ne saurait donc, par définition, être circonscrite spatialement. Ce que révèle aussi ce paragraphe est que l'application universelle des droits de l'Homme est un *objectif*, le *but* de la consécration internationale des droits de l'Homme.

Revenons aux instruments régionaux : ceux-ci font-ils état du même objectif ? La Conv. EDH vise directement la DUDH, et rappelle que « cette déclaration tend à assurer la reconnaissance et

³⁷¹ Voir Com. IADH, *Alejandro Jr. et al. v. Cuba*, *op. cit.* note 123 (application de la DADDH dans l'espace aérien international) ; Co Com. IADH, *Djamel Ameziane v. United States*, *op. cit.* note 124 (application de la DADDH en Afghanistan).

³⁷² NU, Assemblée générale, *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, adoptée à Paris le 10 décembre 1948, résolution 217 A (III).

³⁷³ *Ibid.*, préambule, §1.

³⁷⁴ *Ibid.*, §6.

³⁷⁵ *Ibid.*, §1.

³⁷⁶ *Ibid.*, §8.

l'application [universelle et effective] des droits qui y sont énoncés »³⁷⁷. Quant au but du Conseil de l'Europe (ci-après : « COE »), celui-ci est de « réaliser une *union plus étroite entre ses membres* »³⁷⁸. Les avancées dans les domaines de compétence du COE ne semblent donc valoir que vis-à-vis de ses Etats membres. Le cinquième paragraphe du préambule énonce que les Etats membres du COE réaffirment « leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix *dans le monde* »³⁷⁹. John Cerone voit dans ce paragraphe un argument en faveur de la non-limitation de l'applicabilité spatiale de cet instrument, puisqu'il énonce que les droits de l'Homme sont le fondement de la paix dans le monde, « not just in the region »³⁸⁰. Cependant, avancer que les droits de l'Homme sont le fondement de la justice et de la paix dans le monde ne semble pas révéler la volonté des Etats de respecter la Conv. EDH « partout dans le monde »³⁸¹, mais plutôt de la rhétorique propre aux droits de l'Homme. L'universalité des droits de l'Homme ne transparait pas de ce paragraphe.

Le préambule de la Conv. EDH révèle par contre que cet instrument s'inscrit dans la droite ligne de la DUDH qui appelait les Etats membres de l'ONU à « développer le respect [des droits et libertés] et d'en assurer (...) *l'application universelles et effectives tant parmi les populations des Etats Membres eux-mêmes que parmi celles des territoires placés sous leur juridiction* ». La Conv. EDH est donc l'une des mesures internationale qu'un certain nombre d'Etats membres des NU ont pris afin d'assurer l'application universelles et effectives des droits de l'Homme.

Quant à la CADH, le langage de l'universalité se retrouve dans son préambule, qui énonce que « les droits fondamentaux de l'homme ne découlent pas de son appartenance à un Etat donné, mais reposent sur les attributs de la personne humaine »³⁸². Dans la même veine, le préambule de la DADDH énonce que « [a]ll men are born free and equal, in dignity and in rights ». Il n'est donc pas question dans ces deux instruments de limiter l'applicabilité *ratione personae* des dispositions, qui s'appliquent à chaque être humain. Comme l'a rappelé la Com. IADH,

« [t]he fundamental rights of the individual are proclaimed in the Americas *on the basis of the principles of equality and nondiscrimination -- "without distinction as to race, nationality, creed or sex."* Given that *individual rights inhere simply by virtue of a person's humanity*, each American State is obliged to uphold the protected rights of any person subject to its jurisdiction »³⁸³.

Il ressort de ce qui précède que la nature régionale de certains instruments n'impacte pas sur les *bénéficiaires des droits garantis* mais découle de la *volonté des Etats d'une région déterminée de mettre en place un régime de protection des droits de l'Homme*. Cette idée apparaît dans le préambule de la Conv. EDH :

« Résolus, en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à *prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle (...)* »³⁸⁴.

Tout porte à croire que l'universalité des droits de l'Homme soit le *but* de leur consécration dans les instruments régionaux, leur *objet* étant la préservation de la dignité humaine. Selon la Convention de

³⁷⁷ Conv. EDH, *op. cit.* note 47, préambule, §3.

³⁷⁸ *Ibid.*, §4.

³⁷⁹ *Ibid.*, §5.

³⁸⁰ J. J. CERONE, « Human Dignity in the Line of Fire ... », *op. cit.* note 65, p. 1493, note 204.

³⁸¹ Cour EDH, *affaire Bankovic et autres op. cit.* note 86, §80.

³⁸² CADH, *op. cit.* note 47, préambule, §3.

³⁸³ Com. IADH, *Coard et al. v. United States, op. cit.* note 98, §37.

³⁸⁴ Conv. EDH, *op. cit.* note 47, préambule, §6.

Vienne, « [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »³⁸⁵. Par conséquent, les instruments régionaux en général et leur clause de juridiction en particulier doivent être interprétés à la lumière du principe de l'universalité des droits de l'Homme. Si les Etats se sont engagés à ce que tout individu puisse, à terme, bénéficier des droits de l'Homme internationalement garantis, il semble évident que les instruments juridiques relatifs aux droits de l'Homme, même régionaux, ne sauraient être circonscrits territorialement puisque cela reviendrait à priver certains individus de cette protection. En ce sens, Yuval Shany écrit que « [a] universalistic approach to jurisdiction tends to require states to undertake all necessary measures – inside or outside their territory – to effectively protect individuals »³⁸⁶. L'on pourrait intégrer ici le raisonnement du CDH qui, bien que s'agissant d'un instrument de portée universelle, énonce que « it would be unconscionable to (...) permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory »³⁸⁷.

C. Application extraterritoriale des droits de l'Homme et obligation de « respecter les lois en vigueur dans le pays » découlant du droit de l'occupation militaire : la question de l'impérialisme des droits de l'Homme

Appliquer un instrument régional de protection des droits de l'Homme sur un territoire extérieur à l'espace dans lequel il a été consacré ne revient-il pas à appliquer des normes culturellement étrangères à des populations n'en voulant pas ? Autrement dit, peut-on parler d'« impérialisme des droits de l'Homme » lorsqu'un Etat exporte ses obligations régionales hors de cet espace ? Cette interrogation fut au cœur des débats entourant l'arrêt *Al-Skeini*. Devant la Cour EDH, le gouvernement britannique soutient que

« (...) le titre de juridiction fondé sur "le contrôle effectif d'un territoire" ne peut s'appliquer qu'au sein de l'espace juridique de la Convention. Hormis le cas du contrôle exercé par la Turquie dans la partie nord de Chypre, la Cour n'aurait appliqué cette exception qu'à l'égard d'une seule région, la Transnistrie, elle aussi située sur le territoire d'un autre Etat contractant. Le Gouvernement estime que toute autre solution risquerait de contraindre l'Etat à imposer des normes culturellement étrangères, en violation du principe de la liberté souveraine des peuples à disposer d'eux-mêmes »³⁸⁸.

Notons d'emblée qu'il est cynique que le Royaume-Uni, intervenu militairement en Irak en violation du droit international, invoque le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes³⁸⁹. Outre ce cas particulier,

³⁸⁵ Convention de Vienne, *op. cit.* note 55, art. 31, §1.

³⁸⁶ Y. SHANY, « Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law », *The Law & Ethics of Human Rights*, vol. 7, p. 48.

³⁸⁷ CDH, *Lilan Celiberti de Casariego v. Uruguay*, *op. cit.* note 133, §10.3.

³⁸⁸ Cour EDH, *affaire Al-Skeini et autres* *op. cit.* note 110, §137.

³⁸⁹ Le juge Bonello expose parfaitement l'inconsistance de la position britannique :

« J'avoue ne pas être très impressionné par la thèse du gouvernement britannique selon laquelle appliquer en Irak les droits tirés de la Convention aurait été synonyme d'"impérialisme des droits de l'homme". Il ne sied guère à un Etat qui, par son impérialisme militaire, s'est invité sur le territoire d'un autre Etat souverain sans l'ombre d'une caution de la part de la communauté internationale de craindre qu'on l'accuse d'avoir exporté l'impérialisme des droits de l'homme dans le camp de l'ennemi vaincu. C'est comme si un Etat arborait ostensiblement son badge du banditisme international et se montrait choqué à l'idée qu'on puisse le soupçonner de défendre les droits de l'homme.

Personnellement, j'aurais davantage respecté ces postures de vierges effarouchées adoptées par certains hommes d'Etat si elles avaient pris la direction opposée. A mes yeux, quiconque se fait le chantre de l'impérialisme militaire tout en faisant preuve de timidité devant les stigmates de l'impérialisme des droits de l'homme ne résiste pas avec suffisamment de force aux sirènes des bas-fonds de l'inconstance politique. J'estime quant à moi que ceux qui exportent la guerre devraient veiller à exporter

quelle place l'argument relatif à l'« impérialisme des droits de l'Homme » revêt-il en droit positif ? La réponse est simple : ce principe n'a aucune valeur juridique. Il ne s'agit que d'un jugement de valeur politique.

Cependant, cet argument pourrait trouver une certaine positivité dans le droit de l'occupation militaire. En effet, la Puissance occupante doit, aux termes de l'article 43 du RH, « respecter les lois en vigueur », sauf « empêchement absolu ». Or, l'importation des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, y compris les instruments régionaux, pourrait amener à ne pas respecter certaines lois locales en vigueur qui seraient contraires à l'instrument régional³⁹⁰. Il semble cependant qu'un consensus doctrinal soit en train de se former autour de cette question. Selon M. Sassoli,

« [t]he occupying power (...) has an obligation to abolish legislation and institutions which contravene international human rights standards. (...) Today, an occupying power has a strong argument that it is 'absolutely prevented' from applying local legislation contrary to international law »³⁹¹.

Toute la question se situe dès lors dans la marge d'appréciation que dispose l'Etat dans la mise en œuvre des obligations découlant du droit des droits de l'homme : si l'Etat doit remplacer les lois locales contraires au DIDH, peut-il pour autant imposer sa vision des droits de l'homme ? Le Commentaire de l'article 64 de la CG IV fournit un argument intéressant en défaveur de la « standardisation » des lois locales avec la conception particulière que la Puissance occupante a des droits de l'homme : selon le Commentaire, « [l]'occupant ne saurait abroger ou suspendre la législation pénale (...) pour la mettre simplement en harmonie avec ses propres conceptions juridiques »³⁹². Cet argument peut être transposé à d'autres domaines que la législation pénale.

Par conséquent, l'importation d'obligations régionales relatives aux droits de l'homme dans les territoires occupés peut, dans une certaine mesure, contrevenir au droit de l'occupation militaire. Un occupant ne saurait imposer sa conception de certaines obligations internationales sans violer l'article 43 du RH.

parallèlement les garanties contre les atrocités de la guerre. Quitte ensuite, si nécessaire, à porter avec courage le sceau de l'infamie d'être taxé d'impérialiste des droits de l'homme ».

Voir Opinion concordante de M. le Juge Bonello sous l'arrêt *Al-Skeini*, §§37-38.

³⁹⁰ Devant la House of Lord, le LJ Brown exprime cette idée dans les termes suivants :

« Voici donc le point essentiel : sauf s'il y exerce véritablement un contrôle effectif, un Etat ne peut espérer reconnaître sur un territoire autre que le sien les droits définis dans la Convention et, à moins que ce territoire ne soit situé dans l'espace du Conseil de l'Europe, il risque de toute manière d'y constater l'incompatibilité de certains des droits conventionnels qu'il est censé reconnaître avec les coutumes de la population locale. J'irais même plus loin. Nul ne conteste que, au cours de la période considérée en l'espèce, le Royaume-Uni avait dans le sud de l'Irak le statut de puissance occupante et était lié, en cette qualité, par les dispositions de la quatrième Convention de Genève et du règlement de La Haye. L'article 43 du règlement de La Haye dispose que l'occupant "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". Les demandeurs soutiennent que l'occupation, au sens de ce texte, implique nécessairement que l'occupant exerce sur le territoire en question un contrôle effectif et que, dès lors, il y reconnaisse l'ensemble des droits et libertés définis par la Convention. Or, même à supposer cet argument fondé, l'occupant a pour obligation non pas d'adopter des lois ou de mettre en place des moyens de les appliquer (par exemple des tribunaux et un système judiciaire) de manière à satisfaire aux exigences de la Convention, mais de respecter "les lois en vigueur". Les droits tirés de la Convention seraient souvent manifestement incompatibles avec les lois du territoire occupé (comme lorsque c'est la charia qui s'applique) ».

Voir Royaume-Uni, House of Lords, *R. (on the application of Al-Skeini) (Appellant) v. Secretary of State for Defence (Respondent)*, 13 juin 2007, [2007] UKHL 26 (ci-après : « affaire *Al-Skeini* »).

³⁹¹ M. SASSOLI, « Legislation and maintenance of public order and civil life by occupying powers », *E.J.I.L.*, vol. 16, 2005, p. 676.

³⁹² *Commentaire Pictet, op. cit.* note 181, p. 360.

D. Abandon de la théorie de l'« espace juridique » et raisonnement circulaire : la détermination de l'« espace juridique » d'application des instruments régionaux au travers de la notion de juridiction

La théorie de l'« espace juridique » ne résistera pas aux affaires post-*Bankovic*. Dès l'affaire *Issa*, la Cour EDH change radicalement de position.

« The Court does not exclude the possibility that, as a consequence of this military action, the respondent State could be considered to have exercised, temporarily, effective overall control of a particular portion of the territory of northern Iraq. Accordingly, if there is a sufficient factual basis for holding that, at the relevant time, the victims were within that specific area, it would follow logically that they were within the jurisdiction of Turkey (and not that of Iraq, which is not a Contracting State and clearly does not fall within the legal space (*espace juridique*) of the Contracting States (see the above-cited *Banković* decision, § 80) »³⁹³.

Autrement dit, la Cour EDH ne fait ni plus ni moins que lier exercice de juridiction et espace juridique de l'application de la Convention : toute zone « sous la juridiction » d'un Etat relève *ipso facto* de l'espace juridique d'application de la Convention. Cette décision présente un raisonnement circulaire évident³⁹⁴ qui revient à vider de tout intérêt la théorie de l'« espace juridique », qui ne sert plus de garde-fou à l'application extraterritoriale de la Conv. EDH. L'affaire *Al-Skeini* vient achever la théorie de l'« espace juridique » :

« La Cour a souligné qu'un Etat contractant qui, par le biais de ses forces armées, occupe le territoire d'un autre doit en principe être tenu pour responsable au regard de la Convention des violations des droits de l'homme qui y sont perpétrées car, sinon, les habitants de ce territoire seraient privés des droits et libertés dont ils jouissaient jusque-là et il y aurait « un vide » dans la protection de ces droits et libertés au sein de « l'espace juridique de la Convention » (*Banković et autres*, décision précitée, § 80). Toutefois, s'il est important d'établir la juridiction de l'Etat occupant dans ce type de cas, cela ne veut pas dire, *a contrario*, que la juridiction au sens de l'article 1 ne puisse jamais exister hors du territoire des Etats membres du Conseil de l'Europe. La Cour n'a jamais appliqué semblable restriction dans sa jurisprudence »³⁹⁵.

Par conséquent, la Conv. EDH peut s'appliquer hors du territoire du COE, en l'occurrence en Irak. Notons la faiblesse de l'argumentaire de la Cour EDH : si cette applicabilité spatiale illimitée de la Convention est possible, c'est parce que la Cour « n'a jamais appliqué semblable restriction dans sa jurisprudence ». L'affaire *Bankovic*, pourtant citée dans le paragraphe que nous venons de citer, vient mettre à mal cette assertion : la Cour EDH a dit auparavant que la « juridiction » ne peut pas exister hors de l'« espace juridique » des Etats contractants. Pourquoi le nier ? Il semble que la Cour EDH tente de taire un revirement de jurisprudence très sensible. En tout état de cause, il est regrettable que les juges de Strasbourg ne s'appuient pas sur le principe d'universalité pour justifier l'abandon de la théorie de l'« espace juridique ».

³⁹³ Cour EDH, affaire *Issa et autres c. Turquie*, op. cit. note 108, §74.

³⁹⁴ J. CERONE, « Human Dignity in the Line of Fire ... », op. cit. note 65, p. 1494.

³⁹⁵ Cour EDH, affaire *Al-Skeini et autres* op. cit. note 110, §140. Citations omises, sauf pour *Bankovic*.

SECTION 2. LES ELEMENTS DE DISSOCIATION ENTRE LES CRITERES D'APPLICABILITE DU DROIT DE L'OCCUPATION MILITAIRE ET DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

L'élément de rattachement spatial et la définition de l'occupation militaire contenue à l'article 42 du RH présentent de fortes similarités mais ne sont pas identiques pour autant : certains éléments peuvent servir à dissocier ces deux seuils d'application du droit de l'occupation et du DIDH (§1). De plus, si l'élément de rattachement personnel, tel qu'il est interprété aujourd'hui, n'est pas un « seuil d'application » à proprement parler, la jurisprudence et la doctrine présentent différents arguments de limiter de cet élément, ce qui exigerait un test supplémentaire (§2). Enfin, il existe des exclusions catégorielles de certaines personnes du statut de « personne protégée » : la CG IV ne s'applique pas à leur égard (§3).

§1. Les facteurs de dissociation de la définition de l'occupation militaire et l'élément de rattachement spatial

Selon la Cour EDH, « le statut de "puissance occupante" au sens de l'article 42 du règlement de La Haye, ou l'absence de ce statut, n'est pas en soi déterminant »³⁹⁶ pour conclure à l'applicabilité de la Conv. EDH. En effet, il est théoriquement possible qu'il y ait une occupation militaire au sens de l'article 42 du RH sans qu'il y ait d'exercice de juridiction spatiale au sens du DIDH (A). A l'inverse, il est possible qu'il y ait exercice de juridiction spatiale sans occupation militaire (B).

A. Occupation militaire sans exercice de juridiction spatiale : l'inapplicabilité du droit international des droits de l'homme

Une même situation factuelle peut-elle être qualifiée d'occupation militaire mais ne pas remplir les critères de l'élément de rattachement spatial ? Il existe trois arguments, plus ou moins convaincants, allant dans ce sens. Tout d'abord, en droit de l'occupation, l'« autorité » de la Puissance occupante n'a pas à être *effectivement exercée* : il suffit que la Puissance occupante soit *en mesure de l'exercer*, ce qui peut soulever des questions eu égard à la jurisprudence des droits de l'homme (1). Nous avons vu que l'exercice de juridiction sur un territoire peut n'être que temporaire : cependant, il se peut que ce critère d'applicabilité soit plus strict que celui que l'on retrouve à l'article 42 du RH, et requiert une présence militaire plus longue que celle admise en droit de l'occupation (2). Enfin, peut-on envisager une situation dans laquelle le Conseil de sécurité des Nations-Unis qualifie une situation d'occupation militaire alors que l'Etat n'exerce pas de « contrôle effectif » sur le territoire au sens du DIDH (3) ?

1. Capacité de la Puissance occupante à exercer l'autorité en droit de l'occupation militaire et exercice de pouvoirs publics en droit international des droits de l'homme : facteur d'exclusion du droit international des droits de l'homme ?

Alors que la capacité à exercer l'autorité au sens de l'article 42 du RH suffit à déclencher l'application de cet instrument (a), des questions subsistent quant à la jurisprudence de la Cour EDH : la capacité d'exercer l'autorité suffit-elle (b) ?

a. La capacité à exercer l'autorité au sens de l'article 42 du Règlement de La Haye suffit à déclencher le droit de l'occupation militaire

La question relative au *niveau d'intensité* d'exercice de l'autorité susceptible de déclencher l'application de l'article 42 du RH a soulevé des débats en DIH. La confusion provient du fait que l'article 42 du RH mêle exercice potentiel (« *en mesure de s'exercer* ») et exercice effectif de l'autorité (« *[l']autorité est établie* »). La question est dès lors de savoir ce que signifie, en pratique, le fait que l'autorité soit « établie et en mesure de s'exercer » au sens de l'article 42 du RH : y a-t-il occupation

³⁹⁶ Cour EDH, [GC], *affaire Jaloud c. Pays-Bas*, *op. cit.* note 110, § 142.

lorsque la Puissance occupante *substitue totalement* son autorité à celle du souverain territorial, ou suffit-il que la Puissance occupante soit *en capacité d'exercer* son autorité en lieu et place du souverain territorial ? Cette question est d'une importance pratique cruciale³⁹⁷.

L'élément générateur du débat se trouve dans l'affaire *RDC c. Ouganda*. Cette affaire avait trait à la présence – consentie au début, puis considérée comme indésirable – de troupes ougandaises sur le territoire congolais, et notamment dans la province de l'Ituri. La CIJ va tenter de déterminer si l'Ouganda occupe certaines parties du territoire congolais. Elle se pose la question en ces termes :

« En vue de parvenir à une conclusion sur la question de savoir si un Etat dont les forces militaires sont présentes sur le territoire d'un autre Etat du fait d'une intervention est une "puissance occupante" au sens où l'entend le *jus in bello*, la Cour examinera tout d'abord s'il existe des éléments de preuve suffisants démontrant que ladite autorité se trouvait effectivement établie et exercée dans les zones en question par l'Etat auteur de l'intervention. La Cour doit en l'espèce s'assurer que *les forces armées ougandaises présentes en RDC n'étaient pas seulement stationnées en tel ou tel endroit, mais qu'elles avaient également substitué leur propre autorité* à celle du Gouvernement congolais »³⁹⁸.

La CIJ « érige la substitution des autorités en élément décisif de la notion d'occupation »³⁹⁹. Cette définition est extrêmement restrictive : elle ne permet pas de qualifier d'occupation militaire une situation dans laquelle les forces armées d'un Etat sont *en position* ou *en capacité* d'exercer leur autorité.

Prenons un exemple afin d'illustrer l'impact pratique de cette interprétation : lorsque l'Allemagne a envahi le Danemark en 1944, l'envahisseur a décidé de laisser le gouvernement danois en place et de ne pas exercer l'autorité sur le territoire. Alors même que les Allemands disposaient d'une suprématie militaire évidente, de telle façon qu'ils étaient *en capacité d'exercer leur autorité* à tout moment, ils *ont choisi de ne pas substituer leur autorité* à celle du souverain. Selon la décision de la CIJ, le territoire danois ne saurait être considéré comme occupé et l'Allemagne n'aurait donc aucune obligation en lien avec le droit de l'occupation⁴⁰⁰. Nous allons voir que l'interprétation de la CIJ « conduit (...) à un rétrécissement indu des critères du droit de l'occupation de guerre tels qu'ils sont interprétés en droit coutumier depuis 1907 »⁴⁰¹. Cette interprétation n'est corroborée ni par la pratique des Etats, ni par les travaux préparatoires de l'article 42 du RH, ni par la jurisprudence internationale. Un seul manuel militaire va dans le sens de l'interprétation de la CIJ : il s'agit du *Law of the Land Warfare* américain, selon lequel :

« Occupation (...) is invasion plus taking firm possession of the enemy territory for the purpose of holding it. (...) It presupposes a hostile invasion, resisted or unresisted, as a result of which the invader has rendered the invaded government incapable of publicly exercising its authority, and that the invader has successfully *substituted its own authority for that of the former government* »⁴⁰².

³⁹⁷ Par exemple, le fait que la population locale résiste à l'occupation, ce qui lui permettrait de contrôler certaines zones pendant un certain temps, met-il fin à l'application du droit de l'occupation belligérante dans ces zones ?

³⁹⁸ CIJ, *affaire RDC c. Ouganda*, *op. cit.* note 2, § 173.

³⁹⁹ V. KOUTROULIS, « L'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* (Congo c. Ouganda) : une lecture restrictive du droit de l'occupation ? », *R.B.D.I.*, 2006/2, p. 709.

⁴⁰⁰ Réunion d'experts du CICR sur l'occupation, *op. cit.* note 100, p. 19.

⁴⁰¹ Opinion dissidente de M. le Juge Koojimans sous l'arrêt *RDC c. Ouganda*, p. 317.

⁴⁰² United States of American, *Field Manual 27-10*, *op. cit.* note 239, pp. 138 et 139.

Bon nombre d'autres manuels vont à l'encontre de la décision de la CIJ : l'idée dominante dans la pratique des Etats est clairement que, pour qu'il y ait occupation militaire, il suffit que la position occupante soit *en position* ou *en capacité* de substituer son autorité à celle du souverain territorial⁴⁰³.

L'étude des travaux préparatoires de l'article 42 du RH révèle que le critère de la substitution a été rejeté à plusieurs reprises par les Etats. Dès les négociations de 1864, le délégué russe propose cette définition de l'occupation : « L'occupation par l'ennemi d'une partie du territoire de l'Etat en guerre avec lui y suspend par le fait même, l'autorité du pouvoir légal de ce dernier et y *substitue l'autorité* du pouvoir militaire de l'Etat occupant »⁴⁰⁴. Cependant, le délégué russe va rapidement revenir sur cette idée. Quelques jours plus tard, il énoncera que « [l']occupation étant une question de fait et non une question de droit, si l'occupant *est en mesure d'exercer son autorité*, il y a occupation véritable ; aussitôt que cette possibilité n'existera plus, l'occupation cessera »⁴⁰⁵. Les plénipotentiaires des Conférences de Bruxelles et de La Haye n'ont donc pas opté pour un modèle de l'occupation basé sur la substitution de l'autorité⁴⁰⁶.

La jurisprudence va également à l'encontre de l'interprétation de la CIJ. Tout d'abord, la CIJ contredit sa jurisprudence antérieure : les juges de La Haye avaient reconnu que le fait qu'Israël ait transféré « à des autorités palestiniennes certains pouvoirs et responsabilités exercées dans le territoire palestinien occupé par ses autorités militaires et son administration civile »⁴⁰⁷ ne changeait rien à la qualification d'Israël comme puissance occupante : « les événements survenus depuis [1967] dans ces territoires (...) n'ont rien changé à cette situation. L'ensemble de ces territoires (y compris Jérusalem-Est) demeurent des territoires occupés et Israël y a conservé la qualité de Puissance occupante »⁴⁰⁸. Par conséquent, la CIJ a jugé qu'Israël demeurait une Puissance occupante même si il n'avait pas *substitué* son autorité à celle du gouvernement local. Dans l'affaire des *Otages*, un tribunal militaire américain

⁴⁰³ Ainsi, le *Operational Law Handbook* énonce que « occupation is a question of fact based on the invader's ability to render the invaded government incapable of exercising public authority ». Voir United States of America, International and Operational Law Department, The Judge Advocate General's Legal Center and School, *Operational Law Handbook*, Charlottesville, Virginia, 2012, p. 177. Dans la même veine, le manuel allemande énonce que « the occupying power must be able to actually exercise its authority. A force invading hostile territory will not be able to substantiate its occupational authority unless *it is capable of enforcing directions issued to the civilian population* ». Voir République fédérale d'Allemagne, Ministère fédéral de la Défense, *Humanitarian Law in Armed Conflicts – Manual*, Août 1992, pp. 60-61, §§526-527. Le manuel des forces armées terrestres américaines va également dans ce sens: « the occupying power must be able to actually exercise its authority. A force invading hostile territory will not be able to substantiate its occupational authority unless *it is capable of enforcing directions issued to the civilian population* ». Voir *United States Army Field Manual*, cité par la R.D.C. dans l'affaire *RDC c. Ouganda*, *op. cit.* note 2, plaidoirie de J. Salmon, procédure orale, compte rendu de l'audience du 11 avril 2005, CR 2005/2, pp. 52-53, §25. Les manuels militaires du Canada, du Royaume-Uni et de la Nouvelle-Zélande vont aussi à l'encontre de la décision de la CIJ lorsqu'ils disposent que, pour qu'il y ait occupation, deux conditions doivent être réunies : « first, that the former government has been rendered incapable of publicly exercising its authority in that area ; and, secondly, that the occupying power *is in a position* to substitute its own authority for that of the former government ». Voir Royaume-Uni, Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, OUP, Oxford, 2004, p.275, §11.3; Canada, Office of the Judge Advocate General, *The Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level*, B-GG-005-027/AF-020, 1999, p. 12-1; Nouvelle-Zélande, New-Zealand Defence Force, Directorate of Legal Services, *Interim Law of Armed Conflict Manual*, pp. 13-3 et suivantes. Le manuel des forces armées italiennes va aussi dans ce sens. Voir V. KOUTROULIS, *op. cit.* note 161, p. 48.

⁴⁰⁴ *Actes de la Conférence de Bruxelles (1874) pour régler par une entente internationale les lois de la guerre*, Bruxelles, Société belge de librairie, 1899, p. 10.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, pp. 185-186.

⁴⁰⁶ Pour une étude complète des travaux préparatoires de l'art. 42 du RH, V. KOUTROULIS, *op. cit.* note 161, pp. 50-55.

⁴⁰⁷ CIJ, Avis sur le *Mur*, *op. cit.* note 13, §77.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, §78.

de Nuremberg va mettre l'accent sur la *capacité* de la Puissance occupante à réaffirmer son autorité sur les parties du territoire dans lesquelles une opposition sporadique s'est formée :

« While it is true that the partisans were able to control sections of these countries at various times, it is established that *the Germans could at any time they desired assume physical control of any part of the country*. The control of the resistance forces was temporary only and not such as would deprive of German Armed Forces of its status of an occupant »⁴⁰⁹.

Par conséquent, l'exercice de l'autorité doit s'analyser en un exercice *potentiel*. La résistance et la perte de contrôle temporaire d'une zone occupée ne met pas fin à l'occupant dans ce territoire si l'occupant est en mesure de reprendre cette zone. Cette idée sera reprise dans le *Field Manual 27-10*:

« In case the occupant evacuates the district or is driven out by the enemy, the occupation ceases. It does not, however, if the occupant, after establishing its authority, moves forward against the enemy, leaving a smaller force to administer the affairs of the district. Nor does the existence of a rebellion or the activity of a guerrilla or paramilitary units in itself cause the occupation to cease, *provided that the occupant could at any time it desired assume physical control of any part of the territory*. If, however, the power of the occupant is effectively displaced for any length of time, its position towards the inhabitants is the same as before the occupation »⁴¹⁰.

Dans l'affaire *Naletilić*, le TPIY abonde en ce sens lorsqu'il énonce que : « la puissance occupante doit être *en mesure de substituer sa propre autorité à celle de la puissance occupée*, désormais incapable de fonctionner publiquement »⁴¹¹. L'on retrouve également cette conception de l'autorité dans la jurisprudence nationale⁴¹², et même dans la jurisprudence relative aux droits de l'homme se prononçant sur la définition de l'occupation⁴¹³.

L'interprétation de la CIJ ne trouve quasiment aucun soutien dans la pratique des Etats, les travaux préparatoires de l'article 42 du RH et la jurisprudence relative à l'occupation. Par conséquent, elle ne saurait, semble-t-il, influencer l'interprétation majoritaire de l'article 42 du RH selon laquelle il suffit que la Puissance occupante soit en capacité d'exercer son autorité.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 56.

⁴¹⁰ United States of American, *Field Manual 27-10*, *op. cit.* note 239, section 360.

⁴¹¹ TPIY, affaire *Naletilić* *op. cit.* note 44, § 217. Les très nombreuses citations du TPIY sont omises.

⁴¹² L'affaire *Tsemel* portait sur le traitement des internés de la prison d'Ansar au sud du Liban, gérée par Israël. La H CJ d'Israël pose le principe suivant :

« The application of Part III of the Hague Regulations and the application of the parallel provisions in the Fourth [Geneva] Convention *do not depend on the establishment of a particular organizational framework in the form of military administration*. The duties and authorities of the military force are established and derived from the mere military control of the area (...). Furthermore, the military force may determine to what degree it exercises its powers of civil administration through its direct delegates, and which areas it leaves in the hand of the former government, whether local or central government officials. Permitting the activities of such governmental authorities does it, *per se*, detract from the factual existence of effective military control over the area and the consequences that ensue there from the laws of war ».

La H CJ d'Israël affirme donc que la mise en place d'une administration dans les territoires occupés n'est pas une condition d'application du RH et de la CG IV, puisque cela permettrait aux forces armées de se défaire de leurs obligations internationales tout en exerçant un contrôle sur un territoire étranger et sur les individus y résidant. Par conséquent, cette décision va à l'encontre de l'interprétation de la CIJ qui requiert précisément la substitution de l'autorité puisqu'elle affirme que l'application du droit de l'occupation militaire ne dépend que du simple contrôle sur la zone. Voir Israël, Haute Cour de Justice, *Tsemel v. Minister of Defence*, *op. cit.* note 193. Traduction non officielle de Y. SHANY, « Faraway, so close ... », *op. cit.* note 165, pp. 10-11.

⁴¹³ Alors que les juges de Strasbourg définissent l'occupation militaire dans les affaires *Chiragov* et *Sargsyan*, ceux-ci énoncent que « [o]n considère qu'un territoire ou une partie d'un territoire est sous occupation militaire lorsque l'on parvient à démontrer que des troupes étrangères y sont présentes et que *ces troupes sont en mesure d'exercer un contrôle effectif* (...) » Voir Cour EDH, [GC], affaire *Chiragov et autres c. Arménie*, *op. cit.* note 4, §96 ; Cour EDH, [GC], affaire *Sargsyan c. Azerbaïdjan*, *op. cit.* note X, §94.

b. La capacité à exercer l'autorité au sens de l'élément de rattachement spatial suffit-elle à déclencher l'application du droit international des droits de l'homme ?

Le critère du « contrôle effectif » au sens du DIDH permet-il un exercice *potentiel* de l'autorité ? La Cour EDH répond par la négative dans l'affaire *Issa*. Rappelons les faits : lors de l'opération « Acier », déclenchée par la Turquie au Kurdistan irakien, environ 35 000 forces armées turques vont mener des opérations « antiterroristes » contre les rebelles du Parti des travailleurs du Kurdistan (ci-après : « PKK »). Avec un bilan de plus de 550 morts, l'on peut avancer sans être contredit que les violences atteignent l'intensité requise pour être qualifiées de CANI⁴¹⁴. Pendant six semaines, la Turquie contrôle une bande large de 250 km et longue de 40 km. Trois civils irakiens sont tués, selon les requérants, par les forces armées turques. La Cour EDH va estimer que la Turquie n'exerce pas de contrôle sur le territoire puisque ses forces armées n'étaient pas présentes sur toute la zone, ne patrouillaient pas constamment sur celle-ci, et n'avaient pas mis en place des points de passages sur les principales lignes de communication⁴¹⁵. L'on pourrait comprendre ce passage comme un refus d'appliquer l'élément de rattachement spatial en raison du fait que les forces armées turques *n'exercent pas réellement* de fonctions gouvernementales sur le territoire, quand bien même elles sont *en capacité de le faire*. Le critère décisif devrait plutôt être que l'Etat soit en capacité de dépêcher ses troupes rapidement pour « make its authority felt in the area concerned »⁴¹⁶, plutôt que de savoir si l'autorité se fait *effectivement* sentir dans la zone en question.

Cette interprétation n'est en réalité qu'un épiphénomène. Le seuil du modèle spatial de juridiction varie, et est parfois assez bas pour considérer que la Cour EDH accepte la simple capacité à exercer le contrôle comme constitutif d'un « contrôle effectif » sur un territoire étranger. Dans l'affaire *Chiragov*, le gouvernement arménien se défend d'avoir la capacité d'exercer un contrôle sur le territoire du Haut-Karabakh : il soutient que sa juridiction « l'Arménie *n'exercerait ni ne pourrait exercer* un contrôle effectif ou la moindre parcelle de sa puissance publique »⁴¹⁷ sur le Haut-Karabakh et les territoires voisins. L'on voit que l'Arménie anticipe sur cet aspect de la jurisprudence de la Cour EDH, non perceptible si l'on s'en tient au vocabulaire utilisé.

L'acceptation de la simple *capacité* à exercer le contrôle est particulièrement visible dans les affaires dans lesquelles l'Etat n'exerce pas de contrôle direct sur le territoire, notamment celles relatives au Haut Karabakh et à la Transnistrie. Dans ces deux situations, les forces armées arméniennes et russes (respectivement) n'exercent pas de missions actives semblables à celles qu'exercent les forces de la coalition en Irak. Partant, la Cour EDH ne peut se fonder sur l'autorité exercée par ces forces armées sur le territoire en cause pour vérifier l'élément de rattachement spatial. Comme elle le relève dans l'affaire *Chiragov*, « il n'existe pas dans le Haut-Karabakh et les territoires avoisinants une situation où des agents de l'Etat arménien exerceraient une autorité et un contrôle sur des individus se trouvant hors des frontières de cet Etat »⁴¹⁸. Certes, la Cour EDH fait ici référence à l'élément de rattachement personnel. Cependant, le contrôle d'un territoire ne serait-il pas l'addition de chaque contrôle exercé par des forces armées sur des individus, de forme variable ? En effet, l'on ne saurait imaginer un contrôle par les forces armées d'un Etat *sur le territoire* d'un autre Etat sans que ces mêmes forces armées exercent un certain type de contrôle, de pouvoir ou d'autorité *sur les individus* présents sur le

⁴¹⁴ Voir Marc SEMO, « Retrait massif des troupes turques d'Irak », Libération, 26 avril 1995. Il demeure néanmoins la question de savoir si la branche armée du PKK peut être considérée comme un « groupe-armé organisé ».

⁴¹⁵ Cour EDH, affaire *Issa et autres c. Turquie*, *op. cit.* note 108, §76.

⁴¹⁶ Réunion d'experts du CICR sur l'occupation, *op. cit.* note 100, p. 17.

⁴¹⁷ Cour EDH, [GC], affaire *Chiragov et autres c. Arménie*, *op. cit.* note 4, §158.

⁴¹⁸ *Ibid.*, §169.

territoire⁴¹⁹. Autrement dit, lorsqu'il y a contrôle sur un territoire, il y a nécessairement contrôle sur des individus, à moins qu'il s'agisse d'un territoire sur lequel il n'y ait personne, auquel le DIDH ne serait pas applicable. Ainsi, l'élément de rattachement spatial n'a aucun sens sans population sur le territoire effectivement contrôlé⁴²⁰.

Tout cela pour dire que l'autorité exercée sur ce territoire n'est pas directe, c'est-à-dire exercée au travers des forces armées⁴²¹. L'autorité exercée sur le territoire n'est que potentielle : ainsi, la Cour EDH « n'estime pas nécessaire de trancher [la] question »⁴²² relative au nombre de soldats arméniens servant en RHK, puisque l'appui militaire de l'Arménie « a été et demeure déterminant pour la conquête et la conservation du contrôle sur les territoires en cause »⁴²³. Ainsi, l'Arménie, indépendamment du fait qu'elle entretient des liens très étroits avec la RHK, n'exerce pas *réellement* d'autorité sur le territoire de la RKH : cet Etat est davantage *en mesure* d'exercer son autorité.

Il en va de même pour l'affaire *Ilascu*, dans laquelle la Cour EDH constate la présence de quelques contingents russes en Transnistrie, dont la majorité ont « été en effet retirées massivement depuis 1992 », ainsi que l'impressionnant arsenal militaire, pour établir que « l'importance militaire du GOR dans la région et son rôle dissuasif subsistent »⁴²⁴. Ici encore, la Russie n'exerce pas directement son autorité sur le territoire transnistrien. Cependant, sa présence militaire place cet Etat *en mesure d'exercer son autorité*. Certes, la Cour EDH ne fait pas de référence explicite dans cette affaire à l'élément de rattachement spatial mais parle de l'« autorité effective, ou tout au moins [de] l'influence décisive » sous laquelle la République moldave de Transnistrie (ci-après : « RMT ») se trouve, et effectue donc à un test d'attribution plus qu'un test de juridiction. Néanmoins, elle se réfère implicitement au contrôle sur un territoire, et notamment au nombre de soldats présents, ce qui est le principal élément constitutif de l'élément de rattachement spatial selon les principes *Al-Skeini*. Ainsi, l'« influence décisive » et l'« autorité décisive » à laquelle fait référence la Cour EDH n'est pas tant l'autorité exercée sur la RMT que celle exercée *sur le territoire* de Transnistrie⁴²⁵ : quel serait l'intérêt de démontrer la présence de forces armées d'un Etat sur le territoire contrôlé par un acteur non-étatique aux fins d'attribution ?

Ces affaires tendent à établir que la *capacité* à exercer l'autorité sur un territoire suffise aux fins de l'établissement d'un « contrôle effectif » sur un territoire.

2. La limitation de l'élément de rattachement spatial à une durée de contrôle minimum

Dans l'affaire *Issa*, la Cour EDH justifie l'absence de « contrôle effectif » des forces armées turques sur le Kurdistan pour un deuxième élément. En distinguant l'affaire *sub lite* aux affaires relatives à l'occupation de Chypre, la Cour avance que sur le territoire chypriote, les forces armées turques étaient présentes « over a very much longer period of time ».

⁴¹⁹ Sous l'arrêt *Al-Skeini*, le Juge Rozakis exprime cette idée de la manière suivante : « [i]l m'est malheureusement impossible de considérer le contrôle effectif sur un territoire comme un titre de juridiction distinct (« autre ») de l'autorité et du contrôle exercés par un agent de l'Etat. A mon sens, le premier relève du second et en constitue un aspect particulier ». Opinion de M. le Juge ROZAKIS sous l'arrêt *Al-Skeini*, p. 83.

⁴²⁰ Comme le relève Léa Raible, « jurisdiction always denotes control over persons and that control over territory merely functions as shorthand ». Voir L. RAIBLE, « The Extraterritoriality of the ECHR ... », *op. cit.* note 17, p. 164. Voir également Samantha BESSON, « The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts To », *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, 2012, p. ??? A VERIFIER.

⁴²¹ Les experts du CICR qualifient la situation régnant au Haut-Karabakh d'occupation militaire indirecte. Nous y reviendrons. Voir Réunion d'experts du CICR sur l'occupation, *op. cit.* note 100, p. 23.

⁴²² Cour EDH, [GC], *affaire Chiragov et autres c. Arménie*, *op. cit.* note 4, §180.

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ Cour EDH, *affaire Ilascu et autres op. cit.* note 67, §387.

⁴²⁵ En ce sens, voir M. MILANOVIC, *op. cit.* note 96, p. 144.

Ainsi, dans la même affaire, la Cour EDH confirme que le contrôle sur le territoire peut être « temporaire », mais semble poser une limite temporelle minimale. Six semaines de présence turques ne seraient pas suffisantes pour fonder l'élément de rattachement spatial. Or, nous l'avons vu, l'article 42 du RH a été appliqué à des périodes bien plus courtes. Cet élément serait de nature à exclure le DIDH de la sphère d'application commune. C'est cependant la seule fois que la Cour EDH tente de limiter le « contrôle effectif » sur un territoire à une durée minimum.

3. La qualification par le Conseil de sécurité des Nations Unies d'une situation d'« occupation militaire » ne répondant pas aux critères du modèle spatial de juridiction

Dans l'affaire *Al-Skeini*, un juge britannique avance qu'il est « quite impossible to hold that the UK, although and occupying power for the purposes of the [RH] and the [CG IV], was in effective control of Basrah City for the purposes of [Conv. EDH] jurisprudence at the material time »⁴²⁶. Selon ce juge, un Etat peut être une Puissance occupante au sens de l'article 42 du RH sans exercer de « contrôle effectif » au sens de la jurisprudence de la Conv. EDH. Cela est dû au fait que la résolution 1483 du Conseil de sécurité reconnaisse *formellement* le Royaume-Uni comme Puissance occupante⁴²⁷, ce que ce juge prend pour acquis. Le Conseil de sécurité peut-il qualifier une situation au regard du DIH ?

Nous verrons plus bas que le Conseil de sécurité est limité dans son action par un certain nombre de règles, notamment des règles du DIH. Sans répéter ce qui sera exposé plus bas, nous nous contenterons de souligner qu'il serait absurde que le Conseil de sécurité puisse qualifier des situations au regard du DIH et du DIDH, au mépris des règles de qualification contenues dans ces régimes : dans ce cas, il n'y aurait aucun intérêt à ce qu'il soit lié par ces règles, puisqu'il pourrait y échapper en jouant sur la qualification des faits déclenchant l'application de celles-ci. Prenons un exemple : le Conseil de sécurité est lié par les normes de *jus cogens* (cf. *infra*) telle que l'interdiction du génocide, règle impérative du droit international par excellence⁴²⁸. Le Conseil de sécurité ne saurait donc autoriser un Etat à commettre un génocide sans commettre d'acte *ultra vires*. Quel serait l'intérêt d'une telle règle s'il pouvait qualifier les faits susceptibles de répondre à la définition du génocide ? Le Conseil de sécurité *doit* être lié par les règles relatives à la qualification juridique des faits.

Par conséquent, le Conseil de sécurité doit se plier à l'article 42 du RH s'il veut qualifier une situation. Si la qualification juridique qu'il entreprend n'est pas conforme à l'article 42 du RH, l'acte juridique de qualification sera considéré *ultra vires* et par conséquent non opposable à l'Etat. Ainsi, s'il est possible qu'une situation qualifiée d'occupation ne réponde pas à l'élément de rattachement personnel, cela dépend uniquement des éléments que nous avons exposé plus haut et non en raison de la volonté du Conseil de sécurité.

B. Exercice de juridiction spatiale sans occupation militaire : la question du consentement à l'occupation

⁴²⁶ Royaume-Uni, Court of Appeal, *affaire Al-Skeini*, *op. cit.* note 178, §§124-125 (Per LJ Brooke).

⁴²⁷ Résolution 1483, *op. cit.* note 342, paragraphe 13 de l'introduction : « Prenant note de la lettre que les Représentants permanents des États-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ont adressée à son Président le 8 mai 2003 (S/2003/538) et reconnaissant les pouvoirs, responsabilités et obligations spécifiques de ces États en tant que puissances occupantes agissant sous un commandement unifié (...), en vertu du droit international applicable ».

⁴²⁸ Voir, en ce sens, TPIY, *Le Procureur c. Zoran Kupreskic et consorts*, jugement, Chambre de première instance II, 14 janvier 2001, IT-95-16, p. 212, §520 : « la plupart des normes du DIH, notamment celles qui prohibent les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité ou le génocide, sont des normes impératives du droit international ou *jus cogens* ». Voir également C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête : 2002)*, (RDC c. Rwanda), arrêt sur la compétence de la Cour et la recevabilité de la requête du 3 février 2006, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 32, §64.

L'occupation militaire est par essence une occupation *belligérante*, ce qui signifie que la présence des forces armées étrangères et l'autorité exercée sur le territoire est *non-consentie*. Comme le relève Tristan Ferraro, « l'existence d'une occupation signifie nécessairement que des forces étrangères *imposent leur volonté* au gouvernement d'un territoire occupé par des *moyens militaires coercitifs* »⁴²⁹. Cet élément constitutif de l'occupation est implicite dans l'article 42 du RH, selon lequel le territoire occupé est « placé de fait sous l'autorité de l'armée *ennemie* »⁴³⁰.

Ce critère permet de distinguer l'occupation belligérante de l'occupation pacifique, qui n'est pas régie par le droit de l'occupation militaire. Il est nécessaire que le consentement soit valide au regard du droit international. Ce critère – comme tous ceux qu'il convient de vérifier pour déterminer l'existence d'une occupation militaire – soulève des interrogations : qui doit consentir ? Est-ce le gouvernement *de jure* ou le gouvernement *de facto*⁴³¹ ? Qu'en est-il si le peuple vivant sur le territoire en question consent à l'occupation alors que le souverain territorial ne consent pas, à l'instar de la situation en Crimée ? Qu'en est-il si l'intervention militaire se fait dans un Etat failli sans gouvernement légal en mesure de consentir ou non à l'occupation ?

Il est évidemment hors du champ de la présente étude que de répondre à ces interrogations. Nous nous bornerons à rappeler quelques remarques générales. Tout d'abord, le mode d'expression du consentement peut être extrêmement varié : le droit international n'est pas formaliste à cet égard. Pour être valide, le comportement doit être accordé par une personne habilitée à le faire au nom de l'Etat⁴³². De plus, le consentement ne doit pas avoir été vicié par la contrainte, ou par tout autre facteur⁴³³.

L'élément de rattachement spatial n'est pas subordonné à l'existence du consentement de l'Etat sur lequel est exercé un contrôle par un autre Etat. Pour preuve, la Cour EDH peut conclure à l'élément de rattachement spatial si un Etat exerce un contrôle sur un territoire étranger « en vertu du consentement, de l'invitation ou de l'acquiescement du gouvernement local »⁴³⁴, mais peut également ne pas le faire : ainsi, la Cour EDH a appliqué l'élément de rattachement spatial à des situations dans lesquelles l'Etat sur le territoire duquel était exercé ce contrôle n'y consentait pas : les affaires chypriotes, transnitriennes, irakiennes et celles relatives au Haut-Karabakh en sont des exemples parlant. Cependant, prenons les opérations militaires actuellement menées par des Etats parti à la Conv. EDH dans des Etats consentant à la présence des forces armées, comme la Libye ou le Mali. Si les critères matériels de l'élément de rattachement spatial sont remplis, la Conv. EDH s'appliquera *via* le modèle spatial de juridiction puisqu'elles sont présentes « en vertu du consentement, de l'invitation ou de l'acquiescement du gouvernement local »⁴³⁵. Dans ce cas, le droit de l'occupation ne s'appliquera pas et sera donc exclu de la sphère commune d'application.

§2. L'élévation du seuil d'application de l'élément de rattachement personnel : vers une applicabilité commune circonstanciée ?

Nous avons vu dans le chapitre 1 que l'élément de rattachement personnel emportait nécessairement une application commune du droit de l'occupation et du DIDH dans les situations répondant à l'article 42 du RH, puisqu'il ne constitue pas un véritable seuil d'application. Cependant, plusieurs tentatives

⁴²⁹ T. FERRARO, « Comment déterminer ... », *op. cit.* note 202, p. 95.

⁴³⁰ RH, *op. cit.* note 19, art. 42.

⁴³¹ Dans la mesure où le droit de l'occupation militaire est gouverné par le principe d'effectivité et repose donc sur une situation de fait, il reviendrait *a priori* au gouvernement *de facto* (celui qui exerce effectivement l'autorité) de consentir ou non à l'occupation.

⁴³² CDI, *Commentaire du Projet d'articles*, *op. cit.* note 65, commentaire de l'art. 20, §4, p.185.

⁴³³ *Ibid.*

⁴³⁴ Cour EDH, *affaire Bankovic et autres* *op. cit.* note 86, § 71.

⁴³⁵ *Ibid.*

jurisprudentielles et doctrinales visent à élever le seuil d'application du modèle personnel de juridiction : si ces théories venaient à être acceptées, elles incluraient un *deuxième seuil d'application au DIDH*, ce qui serait susceptible d'exclure l'application de cette branche du droit dans certaines situations où le droit de l'occupation est applicable. Nous verrons que certaines théories sont plus fondées juridiquement que d'autres. Il a été soutenu que le modèle personnel de juridiction ne devait être limité qu'aux actes non-instantanés de l'Etat (1), où que le contrôle sur un individu devait être « absolu et exclusif », ce qui dénote une confusion entre les tests d'« attribution » et de « juridiction » (2). Le modèle personnel a aussi être interprété comme se limitant au contrôle exercé sur un individu par certains agents ou dans certains endroits, au travers de l'inclusion d'éléments juridiques dans la notion de juridiction (3). Enfin, la théorie de loin la plus convaincante est la limitation du modèle spatial de juridiction aux comportements directs et prévisibles (4).

A. La limitation du modèle personnel de juridiction aux actes non-instantanés

Dans l'affaire *Medvedyev*, la Cour EDH va se livrer à une relecture de l'affaire *Bankovic* et va mettre en lumière un élément crucial : le fait que l'exercice du pouvoir soit *continu* influe sur la détermination de l'exercice de juridiction. Cette affaire concernait la poursuite d'un navire suspecté de transporter une cargaison de drogue par la marine française. Les individus sont arrêtés dans les eaux internationales, enfermés dans l'avant-cale du navire puis ramenés en France pour y être jugés. La croisière dura quatorze jours. La Cour EDH résume une partie de sa jurisprudence comme suit :

« (...) dans son premier arrêt *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), la Cour a jugé que, compte tenu de l'objet et du but de la Convention, une Partie contractante peut voir sa responsabilité engagée lorsque, par suite d'une action militaire – légale ou non –, elle exerce en pratique son contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national, ce qui est toutefois exclu lorsque n'est en cause, comme dans l'affaire *Banković et autres*, qu'un *acte extraterritorial instantané*, le texte de l'article 1 ne s'accommodant pas d'une conception causale de la notion de "juridiction" »⁴³⁶.

La Cour EDH fait donc une distinction entre les actes instantanés, comme les bombardements en cause dans l'affaire *Bankovic*, et les actes qui ne le sont pas. En somme, la Cour EDH juge que la privation de liberté, forme continue d'exercice du pouvoir par excellence, peut déboucher sur l'exercice de juridiction alors que la privation du droit à la vie, qui peut être instantanée, n'entraîne pas d'exercice de juridiction⁴³⁷. A la question de savoir si la France a exercé sa juridiction à l'égard de ces individus, la Cour EDH considère que « compte tenu de l'existence d'un contrôle absolu et exclusif exercé par la France, au moins *de facto*, sur le *Winner* et son équipage dès l'interception du navire, de manière *continue et ininterrompue*, les requérants relevaient bien de la juridiction de la France »⁴³⁸.

A l'inverse, les requérants de l'affaire *Bankovic* se plaignent que les bombardements par l'OTAN de la radio télévisée serbe ont violé le droit à la vie des seize victimes directes. L'on est donc en présence d'un *acte instantané*, et la Cour EDH rejette clairement ce qu'elle appelle l'« interprétation causale de la notion de juridiction ».

Les juridictions anglaises vont également distinguer entre exercice instantané et exercice non instantané de pouvoir. Dans l'affaire *Al-Skeini*, le fils du sixième requérant est décédé dans une prison

⁴³⁶ Cour EDH, [GC], *affaire Medvedyev et autres c. France*, *op. cit.* note 115, §64.

⁴³⁷ Il est intéressant de constater que les deux principaux cas se présentant devant les juridictions en matière d'occupation concernent le droit à la liberté et à la sûreté et le droit à la vie, qui sont les deux situations dans lesquelles le droit applicable pose le plus de problèmes. Voir M. SASSOLI et L. M. OLSON, « The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts », *R.I.C.R.*, vol. 90, 2008.

⁴³⁸ *Ibid.*, § 67.

britannique en Irak durant l'occupation, alors que les cinq premières victimes directes sont décédées au cours de patrouilles. Tant l'Etat et les juridictions britanniques admettent que le fils du sixième requérant est sous la juridiction du Royaume-Uni du fait de sa détention alors que, *Bankovic* à l'appui, les cinq autres victimes directes ne le sont pas⁴³⁹. Cette décision est rendue en 2007, soit antérieurement aux affaires *Pad, Isaak, Solomou, Andreou, Jaloud* ou encore *Pisari* dans lesquelles la Cour EDH a reconnu qu'une privation extraterritoriale du droit à la vie peut entrer dans la « juridiction » d'un Etat. Il en va de même pour la Com. IADH dans l'affaire *Alejandre*.

L'argument des juges britanniques et de la Cour EDH est facilement démontable : comme le relève Marko Milanovic, « from the standpoint of universality, it makes very little sense to say that any state acting extraterritorially may not *detain* arbitrarily, but may, in fact, *kill* arbitrarily »⁴⁴⁰. Françoise Hampson va dans le même sens lorsqu'elle dit à propos de la décision *Isiyok*⁴⁴¹, dans laquelle la violation alléguée résultait d'un bombardement aérien comme dans l'affaire *Bankovic* que « [i]t would seem somewhat strange if whether or not a victim is within the jurisdiction of a State depends on which side of the border the missile falls »⁴⁴². Protéger les individus contre les privations arbitraires de la vie à l'intérieur des frontières de l'Etat mais pas à l'extérieur de celles-ci apparaît directement contraire au principe d'universalité, et, partant, à l'objet et au but des traités de protection des droits de l'Homme.

B. La limitation du modèle personnel de juridiction à l'exercice « absolu et exclusif » du pouvoir : confusion entre « attribution » et « juridiction » ?

Toujours dans l'affaire *Medvedyev*, la Cour EDH prend en considération le caractère « absolu et exclusif »⁴⁴³ du contrôle exercé par la France sur l'équipage du navire arraisonné. Il est difficile de percevoir en quoi cet élément est pertinent pour la détermination de l'exercice de juridiction. En effet, si l'exercice de juridiction était partagé (donc non « absolu » ou « exclusif »), cela poserait le problème de l'attribution du fait supposément illicite, mais ne changerait en rien la *qualité* du pouvoir exercé par les Etats sur les individus. Le caractère absolu ou exclusif du contrôle relève donc de l'identité des individus exerçant le contrôle au nom de l'Etat et non de la qualité du pouvoir exercé en soi.

Le caractère « absolu » du contrôle pourrait être interprété comme signifiant que les individus sous le contrôle de l'Etat ne peuvent y échapper, ce qui est indubitablement le cas de l'affaire *Medvedyev*. Cependant, cela est-il bien différent des requérants de *Bankovic* ? L'on voit mal en quoi ceux-ci pouvaient échapper au « contrôle » exercé sur eux par l'aviation de l'OTAN.

C. L'inclusion d'éléments juridiques dans la notion de « juridiction » : la limitation du modèle personnel de juridiction au contrôle exercé dans des endroits spécifique ou par des agents spécifiques

Une autre façon de limiter le modèle personnel de juridiction consisterait à limiter le contrôle pouvant être exercé à des endroits spécifiques ou à des agents spécifiques. Ainsi, la Cour EDH traite séparément dans les principes *Al-Skeini* l'exercice de juridiction par les agents de l'Etat et par des agents diplomatiques et consulaires – qui sont pourtant des agents de l'Etat. Selon la Cour EDH, « il est clair que la juridiction de l'Etat peut naître des actes des agents diplomatiques ou consulaires présents en territoire étranger conformément aux règles du droit international dès lors que ces agents

⁴³⁹ Royaume-Uni, Court of Appeal, *affaire Al-Skeini*, *op. cit.* note 178, §§107-110 (Per LJ Brooke).

⁴⁴⁰ M. MILANOVIC, *op. cit.* note 96, p. 191. Italiques dans l'original.

⁴⁴¹ Cour EDH, *affaire Isiyok c. Turquie*, décision sur l'admissibilité du 3 avril 1995, req. n°22309/93.

⁴⁴² *Rapport Hampson-Salama*, *op. cit.* note 199, note 94.

⁴⁴³ Cour EDH, [GC], *affaire Medvedyev et autres c. France*, *op. cit.* note 115, §67.

exercent une autorité et un contrôle sur autrui »⁴⁴⁴. La seule différence avec le paragraphe 136 traitant de l'exercice du contrôle par des agents de l'Etat en général est la référence aux *règles du droit international*. Comme nous l'avons vu plus haut, la notion de « juridiction » est purement factuelle et ne tolère donc pas sa limitation par des éléments de droit.

Le modèle personnel de juridiction peut aussi être limité à des lieux spécifiques dans lequel les agents de l'Etat exerceraient leur contrôle. Selon Marko Milanovic,

« (...) one could read *Öcalan* as implying that custody over an individual was insufficient of itself to create jurisdiction, but that *it had to take place in a context where general international law somehow recognizes that states may exceptionally exercise their jurisdiction extraterritorially, e.g. aboard a registered aircraft or in an embassy* »⁴⁴⁵.

C'est par ce moyen que la House of Lords tente de limiter le modèle spatial de juridiction dans l'affaire *Al-Skeini*. Selon Lord Justice (ci-après : « LJ ») Brown, le Royaume-Uni pourrait, à propos de la sixième victime directe (*i.e.* celle décédé en détention dans une base britannique en Irak) « passer pour avoir exercé sa juridiction sur M. Mousa que sur le fondement étroit du titre reconnu comme établi par la *Divisional Court*, essentiellement *par analogie avec l'exception extraterritoriale faite pour les ambassades* »⁴⁴⁶.

Cependant, une fois encore, le recours à des éléments juridiques tels que les règles de droit international général permettant à l'Etat d'étendre son ordre juridique interne hors de ses frontières n'est pas pertinent pour la détermination de l'exercice de juridiction.

D. La limitation du modèle personnel de juridiction aux comportements directs, importants et prévisibles

Pour fonder l'élément de rattachement personnel, les organes de protection des traités ont recours alternativement aux notions de « pouvoir », de « contrôle » et d'« autorité ». Le dénominateur commun à tous ces termes est la notion de « pouvoir » : chacun de ces termes évoque le pouvoir qu'un agent de l'Etat – donc l'Etat lui-même – exerce ou peut exercer sur un individu. C'est l'expression même de la notion de juridiction, entendue en DIDH comme l'exercice d'un pouvoir de fait sur un ou des individus (*cf. supra*). Le problème du concept de « pouvoir », c'est qu'il n'est *pas observable*⁴⁴⁷ : un Etat peut entrer dans une relation de pouvoir avec un individu sans même que ce pouvoir ne soit exercé⁴⁴⁸. Les organes de protection des droits de l'homme utilisent la notion de « pouvoir » de façon interchangeable avec la notion de « contrôle »⁴⁴⁹ et fusionnent donc le *pouvoir* avec son *exercice*. Autrement dit, ces organes fusionnent *l'exercice potentiel du pouvoir* et la *manifestation de l'exercice*

⁴⁴⁴ Cour EDH, *affaire Al-Skeini et autres op. cit.* note 110, §134.

⁴⁴⁵ M. MILANOVIC, *op. cit.* note 96, p. 193.

⁴⁴⁶ Royaume-Uni, House of Lords, *Affaire Al-Skeini, op. cit.* note 391. Cité dans Cour EDH, *affaire Al-Skeini et autres op. cit.* note 110, §88.

⁴⁴⁷ L. RAIBLE, « The Extraterritoriality of the ECHR ... », *op. cit.* note 17, p. 165.

⁴⁴⁸ A ce titre, un parallèle peut être fait avec la notion de « pouvoir » telle qu'entendue en DIH : cette notion est qualifiée dans le Commentaire de la CG IV comme étant immatérielle et potentielle. Voir *supra*, p.

⁴⁴⁹ Prenons un exemple : à la première lecture des affaires *Coard et Alejandre*, l'on pourrait croire que la Com. IADH reprend le même paragraphe de principe concernant l'élément de rattachement personnel. Cependant, dans l'affaire *Alejandre*, la Com. IADH remplace la notion de « contrôle » par la notion de « pouvoir ». Selon J. Cerone, cela pourrait être interprété comme permettant l'application extraterritoriale de la DADDH « in situations where individuals are subject to a State's authority but are not necessarily within its control ». Comme le montre cet arrêt, la distinction entre ces notions est souvent superficielle puisque les organes de protection des droits de l'homme les utilisent, à leur guise, de façon alternative. Ainsi, devant la Cour EDH, un Etat exercera sa juridiction si l'individu se trouve « sous l'autorité ou le contrôle » d'un de ses agents. Voir J. CERONE, «The application of Regional Human Rights Law Beyond Regional Frontiers: the Inter-American Commission on Human Rights and U.S. Activities in Iraq », *A.J.I.L.*, vol. 9, no. 32, 2005.

du pouvoir. Cette confusion rend la notion de «juridiction» « unsuitable as a tool to delineate functions and responsibilities in legal, administrative and military practice »⁴⁵⁰.

Cet élément est au fondement du raisonnement circulaire qui caractérise l'élément de rattachement personnel. Si l'on considère l'exercice de juridiction comme l'élément déclencheur de l'application des traités relatifs aux droits de l'homme – ce qui est, manifestement, la fonction de cette notion – la question cruciale est donc la suivante : est-ce le fait que l'Etat *puisse* commettre un fait internationalement illicite, ou le fait que l'Etat *commette* un fait internationalement illicite qui déclenche l'application des traités ? Yuval Shany formule cette problématique en ces termes :

The key aspect of jurisdiction (...) appertains not to the actual act or omission that was covered by the implicated human rights obligation. *It is about states having the potential (or functional capacity) to comply with or violate [Human Rights] obligations. In other words, the violation and the capacity to violate remain analytically distinct concepts*»⁴⁵¹.

Distinguer entre la potentialité de la survenance d'un fait juridique et la manifestation de ce fait est le seul moyen d'échapper au raisonnement circulaire qui caractérise le modèle personnel de juridiction. Livrons nous à une relecture des affaires *Bankovic* et *Al-Skeini* à l'aune de ce constat : ce n'est pas le *bombardement* de la RTS qui a amené les victimes directes sous la juridiction de l'Etat ayant bombardé le siège de la radio télévisée serbe mais *le choix de le bombarder*. Ce choix a créé entre l'Etat et les victimes directes une relation de pouvoir qui pourtant ne s'est pas encore matérialisée. La preuve que les Etats exerçaient leur juridiction avant le bombardement repose sur le fait que, antérieurement à cet acte, ceux-ci disposaient déjà de certaines obligations au regard du DIDH (par exemple, l'obligation positive de préparer l'attaque de façon à prévenir au maximum les atteintes au droit à la vie⁴⁵²)⁴⁵³. De la même manière, ce n'est pas le fait que les requérants de l'affaire *Al-Skeini* aient été tués qui les fait passer sous la juridiction du Royaume-Uni : le fait qu'ils entrent « dans la ligne de mire d'une arme » les fait passer « sous l'autorité et le contrôle de la personne qui la tient »⁴⁵⁴.

Il pourrait sembler, à première vue, que la distinction entre l'exercice d'un pouvoir de fait et la potentialité de l'exercice d'un tel pouvoir abaisse le seuil d'application du modèle spatial de juridiction. Or, il n'est rien : comme le relève Yuval Shany,

« (...) an extraterritorial projection of power by a state would qualify as encompassing affected individuals within that state's jurisdiction, if and when, *the potential impact of the act or omission in question is direct, significant and foreseeable*. This standard (...) is designed to strike a balance between the universal ideal and the reasonable expectations of states pertaining to the legal consequences of their policies. Although our test *clearly incorporates situations involving actual or planned governmental acts (negative obligations)*, it may also cover certain positive obligations – failures to act or omissions that are potentially tantamount to active measures in their directness of causation, significant impact and foreseeability (...). At the same time, *the test we proposed would release states from the more indirect, insignificant or unexpected harms that may be caused by some of their acts or omissions (e.g. hunger in North Korea or global warming)* »⁴⁵⁵.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 165.

⁴⁵¹ Y. SHANY, « Taking Universality Seriously... », *op. cit.* note 387, pp. 65-66.

⁴⁵² Voir, en ce sens, Cour EDH, *affaire Issaïeva c. Russie*, *op. cit.* note 51, §189 : « La Cour juge évident que lorsque les militaires envisagèrent le déploiement d'avions équipés d'armes de combat lourdes dans un secteur habité ils avaient le devoir de se pencher également sur les risques que semblable méthode emporte inévitablement ».

⁴⁵³ Y. SHANY, « Taking Universality Seriously ... », *op. cit.* note 387, p. 66.

⁴⁵⁴ Opinion de M. le Juge BONELLO sous l'arrêt *Al-Skeini*, *op. cit.* note 110, §28.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 69. Dans le même ordre d'idées, Françoise Hampson et Ibrahim Salama écrivent que

Cette dissociation ajoute donc un élément de limitation – de loin le plus convaincant de tous ceux exposés ici – au modèle personnel de juridiction : l'Etat n'a d'obligation découlant du droit international des droits de l'homme que s'il a le *pouvoir* de violer ou de respecter un droit garanti par ses obligations internationales. Un Etat n'exerce pas sa « juridiction » et n'a donc aucune obligation au regard du droit des droits de l'homme si l'impact potentiel de l'acte ou de l'omission est indirect, insignifiant ou imprévisible.

§3. L'exclusion catégorielle du statut de personne protégée : l'inapplicabilité du droit de l'occupation militaire à certains individus

Le dernier élément susceptible d'exclure l'un des ensembles juridiques de la sphère d'application commune – en l'occurrence, le droit de l'occupation – a trait aux bénéficiaires du droit international. Alors que toute personne sous la juridiction d'un Etat bénéficie du DIDH, toute personne « au pouvoir » de la Puissance occupante ne bénéficie pas automatiquement de la CG IV. Ainsi, tant les personnes protégées par les CG I, II et III (A) que les personnes ayant prêté allégeance à certains Etats (B) ne sont pas des personnes protégées au sens de l'article 4 de la CG IV. Ces individus bénéficieront seulement du DIDH.

A. L'exclusion des personnes protégées par les Conventions de Genève I, II et III

Le quatrième paragraphe de l'article 4 de la CG IV énonce que les individus protégés par les CG I, II et III ne sont pas protégés par la quatrième CG. Il s'agit des forces armées terrestres, maritimes et des prisonniers de guerre. Les dispositions de la CG IV ne leur étant pas applicable, seul le DIDH l'est.

B. Les personnes ayant prêté allégeance à certains Etats

La CG IV s'applique aux personnes protégées se trouvant au pouvoir d'un Etat « dont elles ne sont pas ressortissantes ». Nous avons déjà évoqué plus haut que l'article 4 est l'exemple topique de la prise en considération des intérêts étatiques dans un texte humanitaire⁴⁵⁶. De plus, la CG IV ne s'applique pas aux nationaux d'un Etat neutre ou d'un Etat cobelligérant qui entretient une « représentation diplomatique normale auprès de l'Etat au pouvoir duquel ils se trouvent »⁴⁵⁷.

Cependant, le TPIY a jugé que le lien de nationalité n'était plus représentatif de la réalité, dans la mesure où la plupart des conflits sont des CANI et que la nationalité y joue un rôle mineur en comparaison, par exemple, de l'ethnie ou de la religion. Ainsi, le TPIY a jugé que ces nouveaux conflits

« (...) se caractérisent par l'émergence de nouveaux États pendant le conflit et de ce fait, *les allégeances peuvent tenir plus à l'appartenance ethnique qu'à la nationalité*. Autrement dit, *l'appartenance ethnique peut déterminer l'allégeance à une nation*. Dans ces circonstances, *la condition de nationalité s'avère encore moins adaptée à la détermination du statut de personne protégée*. S'agissant de pareils conflits, *non seulement le texte de la Convention et les travaux qui ont abouti à sa rédaction, mais également, et plus significativement, l'objet et le but de la Convention, suggèrent que le critère déterminant est celui de l'allégeance à une*

(...) ce qui permet de déterminer si un requérant relève de la juridiction d'un État c'est la *relation entre la personne, les agents de l'État et l'acte censé constituer la violation*. Si l'Etat contrôle la perpétration de la violation alléguée et s'il était ou aurait dû être prévisible que le requérant serait victime de cet acte, le requérant relève de la juridiction de l'Etat ».

Voir *Rapport Hampson-Salama*, *op. cit.* note 199, §91.

⁴⁵⁶ Voir *supra*, note. 23 et texte y relatif. TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, Arrêt, Chambre d'appel, 15 juillet 1999, IT-94-1 (ci-après : « l'affaire *Tadic* »), §166.

⁴⁵⁷ CG IV, *op. cit.* note 21, art. 4, §2.

Partie au conflit et partant du contrôle exercé par ladite Partie sur les personnes qui se trouvent sur un territoire donné »⁴⁵⁸.

La Cour pénale internationale (ci-après : « CPI ») a également suivi cette approche⁴⁵⁹. Selon cette interprétation, les individus ayant prêté allégeance à la Puissance occupante ne seront pas protégés par la CG IV. Il semble qu'il en aille de même pour les ressortissants d'Etats neutres et d'Etats cobelligérants se trouvant sur le territoire occupé : ceux-ci ne bénéficieront de la CG IV que s'ils ne prêtent pas allégeance à leurs Etats respectifs⁴⁶⁰.

Par conséquent, dans les cas où la CG IV ne s'applique pas à certaines catégories d'individus, le DIDH sera le seul à s'appliquer.

SECTION 3. L'EXPORTATION INDIRECTE DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ETAT DANS LES TERRITOIRES OCCUPES AU TRAVERS D'ACTEURS NON-ETATIQUES : DES CRITERES D'ATTRIBUTION DISTINCTS

Outre le fait que la portée extraterritoriale du DIDH puisse être limitée et que les critères d'applicabilité des obligations internationales de l'Etat puissent diverger, il existe un troisième élément d'exclusion de la sphère d'application commune : les individus susceptibles de déclencher les obligations internationales de l'Etat dans les territoires occupés peuvent ne pas être les mêmes selon que l'on se place du point de vue du DIH ou du point de vue du DIDH. En effet, les interprètes du DIH et du DIDH ne se fondent pas sur les mêmes critères d'attribution pour imputer le comportement d'un *acteur non-étatique* (c'est-à-dire n'appartenant pas formellement à la structure de l'Etat) à l'Etat. Non seulement leurs interprétations divergent par rapport au droit international de la responsabilité, mais en plus les critères utilisés ne sont pas les mêmes en DIH et en DIDH. Notons que le droit international de la responsabilité permet le recours à des critères d'applicabilité différents de ceux énoncés dans les Articles de la CDI. En effet, l'article 55 des Articles, intitulé « *les specialis* », énonce que « [I]es présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure ou les conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un Etat sont régis par des règles spéciales de droit international »⁴⁶¹. Puisqu'un fait internationalement illicite est composé (i) d'un fait attribuable à l'Etat et (ii) de la violation d'une obligation internationale⁴⁶², il est parfaitement concevable que d'autres critères d'attribution que ceux énoncés dans les Articles soient utilisés⁴⁶³. Il faut néanmoins que ces choix soient justifiés sur la base de considérations juridiques⁴⁶⁴.

Dans le contexte de l'occupation militaire « indirecte », cette divergence d'interprétation soulève un certain nombre de problèmes. L'occupation militaire est dite « indirecte » lorsque les individus

⁴⁵⁸ TPIY, Affaire *Tadic*, *op. cit.* note 458, §166.

⁴⁵⁹ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Ngudjolo Chui*, décision relative à la confirmation des charges, 30 septembre 2008, N°ICC-01/04-01/07, §§289-294.

⁴⁶⁰ CG IV, *op. cit.* note 21, art. 4

⁴⁶¹ CDI, *Projet d'articles op. cit.* note 298, art. 55.

⁴⁶² *Ibid.*, art. 2.

⁴⁶³ Voir CDI, *Commentaire du Projet d'articles*, *op. cit.* note 65, commentaire de l'art. 55, §6, p. 386 : « Le principe énoncé à l'article 55 s'applique à l'ensemble des articles ».

⁴⁶⁴ Il a été soutenu que la Cour EDH pourrait s'écarter des critères d'attribution du droit international de la responsabilité en raison de son appartenance à un système institutionnel circonscrit géographiquement, ou en raison de la qualification de la Conv. EDH d'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen ». Voir CDI, *Rapport sur la fragmentation*, *op. cit.* note 36, p. 108, §211 ; J. M. ROONEY, « The Relationship ... », *op. cit.* note 66, p. 426. Pour la qualification de la Conv. EDH d'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen », voir Cour EDH, *affaire Loizidou (exceptions préliminaires)*, *op. cit.* note 67, §75.

contrôlant effectivement un territoire au sens de l'article 42 du RH ne sont pas des agents de l'Etat mais des groupes armés non-étatiques. Il en va de même dans les cas où le territoire est effectivement contrôlé par des organes de l'Etat mais qu'évolue, sur ce territoire, des individus agissant en connivence avec l'Etat (entreprises militaires privées, milices...). Dans de telles situations, quels sont les critères d'attribution retenus par le DIH et le DIDH ?

Notons qu'en droit international de la responsabilité de l'Etat, le principe général est sans équivoque : « l'Etat n'est jamais responsable des faits de particuliers, car leurs actes ne peuvent lui être attribués »⁴⁶⁵. Cependant, il existe différentes hypothèses dans lesquelles telle imputation peut être effectuée. Il en va ainsi lorsque des acteurs non-étatiques agissent sous la direction et le contrôle de l'Etat (§1), lorsque l'Etat adopte et reconnaît le comportement d'un acteur non-étatique comme étant le sien (§2), ou encore lorsqu'un groupe d'individus est informellement intégré à la structure de l'Etat de façon telle qu'il ne puisse qu'être considéré comme un organe *de facto* de celui-ci (§3). La jurisprudence relative au DIDH voit émerger un quatrième critère : l'Etat peut se voir attribuer le comportement d'acteurs non-étatiques qui agissent avec sa complicité (§4).

§1. L'attribution à l'Etat du comportement d'acteurs non-étatiques agissant sous sa direction ou son contrôle

En droit international de la responsabilité de l'Etat, le comportement de personnes privées est attribuable à l'Etat si celui-ci exerce un « contrôle effectif »⁴⁶⁶ sur les personnes privées (A). Les interprètes du DIH rejettent ce critère et adoptent celui du « contrôle global » (B), alors qu'un flou total entoure la jurisprudence relative aux droits de l'homme, protéiforme et chaotique (C).

A. La formulation de la règle en droit international de la responsabilité et le critère du « contrôle effectif »

Un Etat peut se voir attribuer le comportement d'une personne privée s'il la dirige et la contrôle. L'article 8 des Articles de la CDI, lequel énonce que « [l]e comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat »⁴⁶⁷. Il y a donc deux cas de figure : soit l'individu ou le groupe d'individu agit « sur les instructions » de l'Etat, soit l'individu agit « sur les directives ou le contrôle » de l'Etat. Il est important de garder à l'esprit qu'en vertu du principe d'effectivité, ce qui compte est le *lien réel* entre l'individu et l'Etat. Il s'agit donc d'une question *de fait* et non d'une question *de droit*⁴⁶⁸.

La première alternative ne pose pas de problème majeur, dans la mesure où il suffit de prouver que l'Etat ait « en fait autorisé »⁴⁶⁹ le comportement. La seconde alternative est bien plus complexe : la question qui se pose est celle de savoir quel est le *niveau de contrôle* devant être exercé par un Etat pour que le fait de la personne ou du groupe de personnes lui soit attribuable.

⁴⁶⁵ P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international Public*, 8^e ed., LGDJ, Paris, 2009, p. 869.

⁴⁶⁶ Il est primordial de distinguer le « contrôle effectif » *sur un territoire*, qui est un critère d'applicabilité du droit de l'occupation et du DIDH, du « contrôle effectif » *sur un acteur non-étatique* qui est un critère d'attribution du comportement d'un particulier à l'Etat.

⁴⁶⁷ CDI, *Projet d'articles op. cit.* note 298, art. 8.

⁴⁶⁸ CDI, *Commentaire du Projet d'articles, op. cit.* note 65, commentaire de l'art. 8, § 1, p. 110.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, § 2, p. 110.

Il s'agit de la problématique clé de l'affaire *Nicaragua*⁴⁷⁰. La CIJ devait trancher la question de savoir si les actes des *contras* nicaraguayens, groupe armé non-étatique, pouvaient être imputables aux Etats-Unis. Pour ce faire, il faut « que l'Etat ait le *contrôle effectif* des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en questions se seraient produites »⁴⁷¹. Ce critère suppose « l'émission d'ordres ou d'instructions précises par l'Etat au groupe armé ou le contrôle de l'Etat au cours de chaque opération menée par le groupe »⁴⁷² et ne se satisfait pas des « subsides importants et [des] autres formes d'assistance »⁴⁷³ que peut fournir l'Etat.

Dans l'affaire du *Génocide*⁴⁷⁴, concernant la question de savoir si la Serbie pouvait être tenue pour responsable du génocide de Srebrenica, la CIJ est revenue sur cette question pour confirmer et préciser le « test *Nicaragua* ». Pour la Cour,

« (...) il est nécessaire de démontrer que ce « contrôle effectif » s'exerçait, ou que ces instructions ont été données, à l'occasion de chacune des opérations au cours desquelles les violations alléguées se seraient produites, et non pas en général, à l'égard de l'ensemble des actions menées par les personnes ou groupes de personnes ayant commis lesdites violations »⁴⁷⁵.

Le critère d'attribution de l'article 8 des Articles de la CDI, tel qu'interprété par la CIJ, présente donc deux éléments constitutifs : (i) l'Etat a émis des ordres ou des instructions précises à la personne ou au groupe de personnes ; (ii) ce contrôle doit se matérialiser à l'occasion de chacune des opérations au cours desquelles les violations alléguées se sont produites. Le fait que le groupe armé soit armé ou financé est un indice mais n'emporte pas en soi de « contrôle effectif ».

B. Droit international humanitaire : adoption du critère du « contrôle global » aux dépens du critère du « contrôle effectif »

Le DIH préfère le critère du « contrôle global » à celui du « contrôle effectif » pour deux raisons : le critère d'attribution du « contrôle effectif » est jugé trop strict et donc trop difficile à prouver (a) et compromet la qualification d'ensemble du conflit armé (b). Ces deux problématiques mettent en exergue la nécessité d'adopter un même critère pour les tests d'attribution et de qualification du conflit armé (c).

1. L'adoption du critère du « contrôle global » en raison du caractère trop strict du critère du « contrôle effectif »

Le critère du « contrôle effectif » a été dégagé à l'occasion de conflits armés. Cependant, force est de constater que dans les deux affaires présentées devant la CIJ, le critère du contrôle effectif n'a pas permis d'imputer à l'Etat les actes du groupe armé non-étatique. Certes, cela ne suffit pas en soi à discréditer le critère du « contrôle effectif », mais pousse néanmoins à s'interroger sur le niveau d'exigences de ce critère.

Selon le CICR, ce critère ne peut fondamentalement pas fonctionner avec le DIH. En effet, il est nécessaire de prouver l'émission d'instructions de l'Etat au groupe. Cependant, l'on imagine bien que

⁴⁷⁰ CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt sur le fond du 27 juin 1986, *CIJ Recueil 1986*, p. 14 (ci-après : « affaire *Nicaragua* »).

⁴⁷¹ *Ibid.*, § 115.

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ *Ibid.*, § 62.

⁴⁷⁴ C.I.J., *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt sur le fond du 26 février 2007, *CIJ Recueil*, 2007, p. 43 (ci-après : « affaire du *Génocide* »).

⁴⁷⁵ *Ibid.*, § 400.

si l'Etat a recours à des groupes armés non-étatiques en lieu et place de ses forces armées, c'est parce que les opérations militaires se veulent secrètes. Dès lors, rapporter la preuve de telles instructions semble quasiment impossible⁴⁷⁶. Si ces preuves sont déjà difficiles à rapporter pour un Etat, qui dispose normalement de services de renseignement, ce serait encore plus difficile pour un individu.

Prenant acte de la difficulté de prouver le critère du « contrôle effectif » le TPIY opte pour le critère – bien plus souple – du « contrôle global ». Selon le TPIY,

« (...) il faut établir que [l'Etat] exerce un contrôle global sur le groupe, non seulement en *l'équipant et le finançant*, mais également en *coordonnant ou en prêtant son concours à la planification d'ensemble de ses activités militaires*. Ce n'est qu'à cette condition que la responsabilité internationale de l'Etat pourra être engagée à raison des agissements illégaux du groupe. Il n'est cependant *pas nécessaire d'exiger de plus que l'Etat ait donné, soit au chef du groupe soit à ses membres, des instructions ou directives pour commettre certains actes spécifiques* contraires au droit international »⁴⁷⁷.

Le critère du « contrôle global » est endossé par la CPI⁴⁷⁸. Dans le Commentaire de la CG I de 2016, le CICR reprend la position du TPIY et de la CPI : selon les gardiens des Conventions de Genève, le critère du « contrôle effectif » est « almost impossible to prove because it requires a level of proof that will unlikely be reached »⁴⁷⁹.

Le critère du « contrôle global » présente donc deux éléments constitutifs bien plus simples à prouver que ceux du « contrôle effectif » : (i) l'Etat doit équiper et financer le groupe armé non-étatique ; et (ii) l'Etat doit coordonner ou prêter son concours à la planification d'ensemble des activités militaires du groupe armé non-étatique, sachant que (iii) il n'est pas nécessaire de prouver que l'Etat ait donné des instructions précises lors de chacune des opérations.

2. La compromission de la qualification d'ensemble du conflit armé par l'application du critère du « contrôle effectif »

L'adoption du critère du « contrôle global » s'explique par le fait que les preuves doivent être rapportées pour « chaque opération menée par le groupe »⁴⁸⁰ armé non-étatique. Ainsi, la qualification du conflit *dans son ensemble* dépendrait de la possibilité de prouver que *chaque opération composant le conflit* tombe dans le champ d'application de l'article 8 des Statuts tel qu'interprété par la CIJ. Cela serait purement impossible. Si ce critère était retenu, cela mènerait à la fragmentation d'un même conflit en différentes opérations, parfois qualifiées d'« internationales », parfois de « non-internationales », au gré des preuves disponibles (à supposer qu'il y en ait).

Dans l'affaire du *Génocide*, la CIJ a rejeté vertement le critère du « contrôle global » puisque ce critère étend le champ de la responsabilité de l'Etat « au-delà du principe fondamental qui gouverne le droit de la responsabilité internationale, à savoir qu'un Etat n'est responsable que de son propre

⁴⁷⁶ Par exemple, il est de notoriété publique que lors du second conflit d'Ituri, tant le Congo que l'Ouganda ont eu recours à des milices, sur lesquels ils exerçaient un contrôle. Voir HRW, « Ituri : "Couvert de sang". Violence ciblée sur certaines ethnies dans le Nord-Est de la RDC », juillet 2003. Cependant, dans l'affaire *RDC c. Ouganda*, la CIJ va juger que « les éléments de preuve dont elle dispose ne permettent pas de conclure que ces groupes se trouvaient placés "sous le contrôle" de l'Ouganda ». Voir CIJ, *affaire RDC c. Ouganda*, *op. cit.* note 2, §177.

⁴⁷⁷ TPIY, *Affaire Tadic*, *op. cit.* note 458, § 131.

⁴⁷⁸ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, 20 janvier 2007, ICC-01/04-01/06, §211 : « where a State *does not intervene directly* on the territory of another State through its own troops, the *overall control test* will be used to determine whether armed forces are acting on behalf of the first State ».

⁴⁷⁹ CICR, Commentaire 2016 de la CG I, *op. cit.* note 207, art. 2, note 124.

⁴⁸⁰ *Affaire Nicaragua*, *op. cit.* note 472, §115.

comportement »⁴⁸¹. Cependant, les juges de La Haye acceptent ce critère pour la *qualification de la nature du conflit* au sens du DIH. Ainsi, pour autant que « le critère du "contrôle global" soit utilisé aux fins de déterminer si un conflit armé présente ou non un caractère international (...) il se peut parfaitement qu'il soit pertinent et adéquat »⁴⁸². Notons que, même s'il est clair à la lecture de l'arrêt *Tadic* que le raisonnement du TPIY avait pour finalité la classification du conflit, celui-ci se prononce bel et bien sur le droit international de la responsabilité de l'Etat. En tout état de cause, la CIJ propose une approche conciliatrice, selon laquelle les deux critères peuvent coexister : le critère du « contrôle global » servirait à qualifier la nature du conflit tandis que le critère du « contrôle effectif » servirait à engager la responsabilité de l'Etat pour les actes commis par le groupe armé non-étatique. En d'autres termes, le critère relatif au « degré et [à] la nature de l'implication d'un Etat dans un conflit armé se déroulant sur le territoire d'un autre Etat (...) [pourrait] fort bien (...) être [différent] de ceux qui sont exigés pour que la responsabilité de cet Etat soit engagée à raison de tel acte particulier commis au cours du conflit en cause »⁴⁸³.

Dans le commentaire de 2016 de la CG I, le CICR rejette cette théorie proposée par la CIJ⁴⁸⁴. Selon le CICR, le test du « contrôle global » est le plus approprié – tant pour la qualification du conflit que pour l'attribution d'un acte – puisqu'il « reflects de real relationship between an armed group and a third State, including for the purpose of attribution » Ce constat repose donc sur le principe d'effectivité, selon lequel le droit doit refléter les faits objectifs⁴⁸⁵. La C.P.I. semble avoir rejeté cette approche conciliatrice⁴⁸⁶. Sans que cela soit explicite de ces deux interprètes du DIH, il semble qu'une telle dissociation entre qualification d'un conflit et attribution provoque des incohérences systémiques.

3. La nécessité d'adopter un seul et même critère pour l'attribution d'un fait internationalement illicite et la qualification d'ensemble du conflit armé

La proposition de la CIJ de dissocier le test permettant l'attribuer un acte d'un groupe armé non-étatique à un Etat du test permettant de qualifier un conflit armé d'« international » ou de « non-international » mènerait à une situation incohérente du point de vue du DIH, dans laquelle certains actes seraient régis par le droit des conflits armés internationaux mais ne seraient pas attribuables à l'Etat. Cette situation serait paradoxale et remettrait en cause la structure du DIH : les CAI opposent, par définition, deux Etats⁴⁸⁷, et les règles régissant ces conflits armés sont pensées pour les Etats.

Pour ce qui nous concerne, un groupe armé non-étatique pourrait être qualifié de « Puissance occupante ». S'il existe un CANI entre un Etat et un groupe armé non-étatique contrôlant effectivement une partie du territoire dudit Etat, et qu'un Etat tiers à ce conflit exerce un contrôle

⁴⁸¹ CIJ, *Affaire du Génocide*, *op. cit.* note 476, §406

⁴⁸² *Ibid.*, §404.

⁴⁸³ *Ibid.*, § 405.

⁴⁸⁴ En 2012 déjà, la Réunion d'experts du CICR sur l'occupation militaire retient le critère du contrôle global, sans évoquer le caractère controversé du critère ni expliquer leur choix Seul un expert exprime son scepticisme à l'égard de la notion de « contrôle global ». Réunion d'experts du CICR sur l'occupation, *op. cit.* note 100, p. 23.

⁴⁸⁵ CICR, *Commentaire 2016 de la CG I*, *op. cit.* note 207 art. 2, §80.

⁴⁸⁶ Dans l'affaire *Lubanga*, la CPI applique le critère du « contrôle global » à la fois pour l'imputabilité d'un acte et pour la qualification de la nature du conflit :

As regards the necessary degree of control of another State over an armed group acting on its behalf, the Trial Chamber has concluded that the 'overall control' test is the correct approach. This will determine whether an armed conflict not of an international character may have become internationalised due to the involvement of armed forces acting on behalf of another State ».

Voir CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Jugement, Chambre de première instance I, 14 mars 2012, ICC-01/04-01/06, §541.

⁴⁸⁷ L'art. 2 commun aux CG énonce que « la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes ».

pouvant être qualifié de « global » mais non d'« effectif » sur le groupe armé non-étatique, la conséquence est double : d'une part, le conflit est internationalisé et la situation peut potentiellement être qualifiée d'« occupation militaire » ; d'autre part, les actes du groupes armé non-étatiques n'étant pas attribuables à l'Etat, seul le groupe armé non-étatique sera qualifié de « Puissance occupante ». L'on mesure les conséquences d'une telle qualification⁴⁸⁸. La dissociation des tests permettant l'attribution et la qualification du conflit n'est donc pas possible d'un point de vue logique.

C. L'interprétation protéiforme et chaotique de la jurisprudence internationale relative aux droits de l'homme

La Cour EDH est l'exemple topique d'une juridiction dont la jurisprudence varie au gré des vents. Elle va refuser dans un premier temps d'étudier si l'Etat exerce « en réalité dans le détail un contrôle sur la politique et les actions » de l'entité non-étatique (1), ce qui pourrait faire croire à l'adoption du critère du « contrôle global », avant de rejeter ce dernier (2). La jurisprudence des organes onusiens est également éparse en la matière (3).

1. Le refus opposé par la Cour européenne des droits de l'homme d'étudier si l'Etat exerce « en réalité dans le détail un contrôle sur la politique et les actions » de l'entité non-étatique

Comme nous venons de le voir, les organes d'interprétation du DIH appliquent le critère du « contrôle global ». Or, lorsque le TPIY démontre en quoi « [le] critère dégagé dans l'arrêt *Nicaragua* ne semble pas s'accorder avec la logique du droit de la responsabilité des Etats »⁴⁸⁹, il cite à l'appui de son raisonnement l'affaire *Loizidou* (exceptions préliminaires) de la Cour EDH. Si le vocabulaire utilisé dans l'affaire *Loizidou* est le même que dans l'affaire *Tadic* (« contrôle global »), les cas de figure sont tout à fait différents. Dans l'affaire *Tadic*, il n'est question que de l'attribution des actes de la VRS, la branche armée de la « République des serbes de Bosnie », à la Serbie. Dans l'affaire *Loizidou*, le « contrôle global » est utilisé à la fois comme un critère d'applicabilité extraterritoriale de la Conv. EDH et comme un test permettant de qualifier la RTCN d'« administration locale subordonnée », donc un test d'attribution.

En tout état de cause, la Cour EDH va préciser dans l'arrêt sur le fond le critère qu'elle utilise. Elle affirme qu'« il ne s'impose pas de déterminer si, comme la requérante et le gouvernement chypriote l'avancent, la Turquie exerce en réalité dans le détail un contrôle sur la politique et les actions de la "RTCN" »⁴⁹⁰. Cette position de principe est tout à fait contraire à l'interprétation que la CIJ fait de l'article 8 des Articles de la CDI, que la Cour EDH rejette implicitement : en effet, selon la CIJ, l'article 8 suppose que les « instructions [aient] été données, à l'occasion de chacune des opérations au cours desquelles les violations alléguées se seraient produites, et *non pas en général, à l'égard de l'ensemble des actions menées par les personnes ou groupes de personnes ayant commis lesdites violations* »⁴⁹¹. Si la Cour se refuse à étudier dans le détail le « contrôle sur la politique et les actions » de l'acteur non-étatique, elle se refuse par là même à vérifier que « instructions [aient] été données, à l'occasion de chacune des opérations au cours desquelles les violations alléguées se seraient

⁴⁸⁸ Le groupe armé non-étatique se verra par exemple reconnaître le droit de prélever des impôts, de prononcer des peines capitales et la prérogative de rétablir et d'assurer l'ordre et la vie publics, le tout sur le territoire de l'Etat. Voir respectivement, RH, *op. cit.* note 19, art. 48 ; CG IV, *op. cit.* note 21, art. 68 ; RH, *op. cit.* note 19, art. 43. Dans la même veine, les membres du groupe armé non-étatique pourraient être considérés comme des prisonniers de guerre au sens de l'article 4 de la CG III alors même que cette règle a expressément été rejetée lors des négociations du PA II portant sur les CANI.

⁴⁸⁹ TPIY, Affaire *Tadic*, *op. cit.* note 458, p. 48.

⁴⁹⁰ Cour EDH, affaire *Loizidou c. Turquie*, (fond), *op. cit.* note 67, §56.

⁴⁹¹ CIJ, Affaire du *Génocide*, *op. cit.* note 476, §400.

produites ». Cette affirmation, répétée de façon ininterrompue jusque dans l'affaire *Chiragov*⁴⁹², s'écarte largement du droit international de la responsabilité de l'Etat.

La jurisprudence subséquente, tout particulièrement l'affaire du *Génocide*, va éclairer ce que le TPIY reconnaissait lui-même : l'affaire *Loizidou* « touche au contrôle potentiel d'un État souverain sur une entité étatique, plutôt que sur des forces armées opérant sur le territoire d'un autre État ». Le critère d'attribution le plus adéquat semble être, nous le verrons plus bas, le critère d'attribution du comportement d'un organe *de facto* plus que le contrôle d'un Etat sur le comportement d'une action précise, déterminée, d'une personne ou d'un groupe de personne.

2. L'affaire *Jaloud* et le rejet du critère du « contrôle global »

Si la Cour EDH se contenait de rejeter le critère du « contrôle effectif » et d'adopter celui du « contrôle global », les Etats exporteraient leurs obligations dans les territoires occupés aux mêmes conditions. Cependant, c'est très loin d'être le cas : dans la récente affaire *Jaloud*, la Cour EDH va rejeter le critère du « contrôle global » et procéder à une interprétation conforme au droit international de la responsabilité du critère d'attribution figurant à l'article 8 des Articles de la CDI. Il n'est pas anodin que cet article et le commentaire y relatif soient cités dans la partie consacrée au « droit international pertinent »⁴⁹³. Lorsqu'elle recherche si les forces armées néerlandaises sont placées « sous la direction et le contrôle » des forces armées d'un autre Etat – Royaume-Uni, Etats-Unis ou autre – la Cour EDH observe que les Pays-Bas ont conservé « le plein commandement sur le contingent »⁴⁹⁴. Et la Cour EDH d'affirmer qu'elle ne saurait conclure que « les forces néerlandaise (...) se trouvaient "sous la direction et le contrôle exclusifs" d'un quelconque autre Etat »⁴⁹⁵. En effet, si les Pays-Bas ont conservé le « plein commandement » sur leurs forces armées, il est impossible qu'un autre Etat ait pu donner des instructions lors des opérations au cours desquelles les violations alléguées se sont produites. Il est étrange de constater que la Cour EDH utilise le terme « direction et contrôle *exclusifs* » alors que la CIJ utilise elle le terme « effectif ». Cela pourrait signifier que le fait pour les Pays-Bas de retenir un contrôle *exclusif* sur leurs forces armées implique qu'aucun autre Etat ne puisse exercer simultanément de contrôle *effectif* sur ces forces. Un faible degré de contrôle est possible, puisque, la Cour EDH le relève,

« (...) les forces appartenant à des nations autres que les "nations chefs de file" recevaient leurs instructions courantes de commandants étrangers, mais que la définition des grandes orientations – notamment, dans les limites approuvées sous la forme des règles d'engagement annexées aux protocoles d'entente, l'élaboration de règles distinctes concernant le recours à la force – demeurerait le domaine réservé de chaque État pourvoyeur »⁴⁹⁶.

Il y a donc une certaine ingérence de la part des « nations chefs de file » – Etats Unis et Royaume-Uni⁴⁹⁷ –, mais cette ingérence n'est pas de nature à remettre en cause le contrôle *exclusif* des Pays-Bas sur ses forces armées. Sur la base du critère du « contrôle global » retenu le TPIY, l'on pourrait presque attribuer au Royaume-Uni ou aux Etats-Unis le comportement des forces armées néerlandaise, puisque le fait de donner des « instructions courantes » dénote que ces Etats « [coordonnent] ou (...) [prêtent leur] concours à la planification d'ensemble de ses activités militaire »⁴⁹⁸, ce qui est l'un des deux éléments constitutifs du « contrôle global » au sens de la jurisprudence *Tadic*. Pour peu que les

⁴⁹² Cour EDH, [GC], *affaire Chiragov et autres c. Arménie*, *op. cit.* note 4, §168, citant l'affaire *Catan op. cit.* note 69.

⁴⁹³ Cour EDH, [GC], *affaire Jaloud c. Pays-Bas*, *op. cit.* note 110, §98.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, §149.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, §151.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, §147.

⁴⁹⁷ Résolution 1483, *op. cit.* note 342, paragraphe 13 de l'introduction.

⁴⁹⁸ Pour l'étude du critère du « contrôle global », voir *supra*, note 479 et texte y relatif.

Etats-Unis et le Royaume-Uni aient financé ou équipé les forces armées néerlandaises, les actes de celles-ci pourraient être attribués à ces Etats.

Le plus intéressant est probablement que la Cour EDH cite le paragraphe 406 de l'arrêt de la CIJ sur le *Génocide* qui rejette explicitement le critère du « contrôle global » et confirme le critère du « contrôle effectif »⁴⁹⁹. La Cour EDH rejette donc sans équivoque le critère du « contrôle global ». Au-delà de l'affaire *Jaloud*, la pratique contentieuse corrobore le fait que la Cour EDH ne vérifie jamais que les Etats « [coordonnent] ou (...) [prêtent leur] concours à la planification d'ensemble de ses activités militaire »⁵⁰⁰.

3. La jurisprudence contradictoire des organes des traités

Dans l'examen du septième rapport périodique de la Russie, le CDH s'est penché sur le conflit armé opposant les forces armées ukrainiennes et des groupes armés non-étatiques dans l'est de l'Ukraine ainsi que l'occupation militaire de la Russie⁵⁰¹, avec l'aide de groupes armés non-étatiques, du sud de l'Ossétie. Tout en ne se prononçant pas sur l'implication des forces armées russes dans ces conflits, le CDH va se prononcer sur l'attribution du comportement des autorités de la « République populaire de Donetsk », de la « République populaire de Luhansk » et de l'« Ossétie du Sud » en ces termes :

« The Committee (...) calls on the State party to *ensure* the application of the Covenant in respect of *acts perpetrated by armed groups and proclaimed authorities of the self-proclaimed "Donetsk people's republic", "Luhansk people's republic" and "South Ossetia", to the extent that it already exercises influence over these groups and authorities which amounts to effective control over their activities* »⁵⁰².

Ce passage est contradictoire. D'une part, le CDH semble consacrer « l'exercice d'influence » comme un élément suffisant pour fonder le « contrôle effectif » d'un Etat sur les activités d'un groupe armé non-étatique, ce qui apparaît – est-il besoin de le dire – bien en-deçà du critère du « contrôle effectif » tel qu'envisagé par la CIJ. Ce critère est également bien en-deçà du critère du « contrôle global » au sens de *Tadic*. D'autre part, la Russie n'a que l'obligation de *garantir (ensure)* les droits énoncés dans le Pacte. Certes, les Etats ont un certain nombre d'obligations positives, dont l'obligation de garantir les droits contenus dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme dans les territoires sur lesquels ils exercent leur juridiction. Cependant, si les actes des groupes armés étaient

⁴⁹⁹ CIJ, Affaire du *Génocide*, *op. cit.* note 476, §406 :

« (...) le critère du "contrôle global" présente le défaut majeur d'étendre le champ de la responsabilité des Etats bien au-delà du principe fondamental qui gouverne le droit de la responsabilité internationale, à savoir qu'un Etat n'est responsable que de son propre comportement, c'est-à-dire de celui des personnes qui, à quelque titre que ce soit, agissent en son nom. Tel est le cas des actes accomplis par ses organes officiels, et aussi par des personnes ou entités qui, bien que le droit interne de l'Etat ne les reconnaisse pas formellement comme tels, doivent être assimilés à des organes de l'Etat parce qu'ils se trouvent placés sous sa dépendance totale. En dehors de ces cas, les actes commis par des personnes ou groupes de personnes — qui ne sont ni des organes de l'Etat ni assimilables à de tels organes — ne peuvent engager la responsabilité de l'Etat que si ces actes, à supposer qu'ils soient internationalement illicites, lui sont attribuables en vertu de la norme de droit international coutumier reflétée dans l'article 8 précité (paragraphe 398). Tel est le cas lorsqu'un organe de l'Etat a fourni les instructions, ou donné les directives, sur la base desquelles les auteurs de l'acte illicite ont agi ou lorsqu'il a exercé un contrôle effectif sur l'action au cours de laquelle l'illicéité a été commise. A cet égard, le critère du « contrôle global » est inadapté, car il distend trop, jusqu'à le rompre presque, le lien qui doit exister entre le comportement des organes de l'Etat et la responsabilité internationale de ce dernier ».

⁵⁰⁰ Pour l'étude du critère du « contrôle global ».

⁵⁰¹ En ce sens, voir P. LEACH, « South Ossetia », in *International Law and the Classification of Conflicts* (dir. E. WILMSHURST), OUP, 2012, pp. 331-332.

⁵⁰² CDH, Observations finales, Russie, 7^e rapport périodique, *op. cit.* note 190, §6.

réellement attribuables à la Russie, cet Etat serait également responsable des manquements à l'obligation de *respecter* les droits énoncés dans le PIDCP, ce qui ne ressort pas de ce passage.

En tout état de cause, si un critère d'attribution aussi bas venait à être consacré, grand nombre d'Etats se verraient attribuer le comportement d'acteurs non-étatiques, à tel point que le droit international de la responsabilité en deviendrait inutile pour ce qui concerne l'attribution.

Un autre Comité, le UNCAT, va se livrer à une interprétation conforme de l'article 8 des Articles de la CDI lorsqu'il attribue au Burundi les comportements des milices *Imbonerakure* : ce groupe « aurait été armé et entraîné par les autorités de l'Etat partie et interviendrait en liaison avec la police et les membres du Service national de renseignement dans les arrestations ainsi que de manière autonome dans des actes de répression »⁵⁰³. Cette interprétation semble conforme à la jurisprudence de la CIJ : le groupe *Imbonerakure* est (i) armé et entraîné par l'Etat, ce qui constitue un indice d'exercice du « contrôle effectif » ; (ii) intervient en liaison avec la police et les membres du Service national de renseignement, ce qui dénote de l'émission d'ordres ; et (iii) ce contrôle intervient ainsi au cours d'arrestations : il se matérialise donc à l'occasion de l'opération au cours de laquelle la violation alléguée s'est produite. Dans d'autres cas, le groupe *Imbonerakure* intervient de manière autonome, ce qui suppose que dans ces cas, les actes des *Imbonerakure* ne sont pas attribuables au Burundi.

En conclusion, le défaut évident de cohérence qui caractérise la jurisprudence relative aux droits de l'homme s'oppose à toute tentative de détermination précise du niveau de contrôle nécessaire pour attribuer à l'Etat le comportement des acteurs non-étatiques.

§2. L'attribution à l'Etat du comportement d'acteurs non-étatiques qu'il reconnaît et adopte comme étant le sien

En matière d'attribution à l'Etat du comportement d'acteurs non-étatiques qu'il reconnaît et adopte comme étant le sien, un deuxième cas de figure se présente : alors que les interprètes du DIH semblent se conformer à la règle générale (B) telle qu'interprétée par la CIJ (A), le DIDH adopte lui une position non conforme au droit international de la responsabilité de l'Etat (C).

A. La formulation de la règle en droit international de la responsabilité et son interprétation par la Cour internationale de justice

Selon l'article 11 des Articles de la CDI, un Etat peut être se voir attribuer le comportement d'une personne qui n'est ni l'un de ses organes ni n'agit sous son contrôle ou ses instructions. L'article 11 énonce qu'« [u]n comportement qui n'est pas attribuable à l'Etat selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international si, et dans la mesure où, cet Etat reconnaît et adopte ledit comportement comme sien »⁵⁰⁴.

Il existe peu de précédents dans la jurisprudence. L'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire*⁵⁰⁵ en constitue un : lors de la révolution iranienne de 1979, un groupe de militants prend l'ambassade des Etats-Unis d'assaut et détiennent le personnel américain. Afin d'attribuer les actes de ces personnes privées à l'Iran, la CIJ se base sur le fait que

« [la] politique ainsi annoncée par l'ayatollah Khomeini, consistant à maintenir l'occupation de l'ambassade et la détention des otages afin de faire pression sur le Gouvernement des États-Unis, a été appliquée par d'autres autorités iraniennes et appuyée par elles de façon réitérée

⁵⁰³ UNCAT, *Observation finales, Burundi*, Rapport spécial demandé en vertu de l'article 19, §1 de la CAT, document non édité.

⁵⁰⁴ CDI, *Projet d'articles op. cit.* note 298, art. 11.

⁵⁰⁵ CIJ, *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis c. Iran)*, arrêt sur le fond du 24 mai 1980, CIJ, *Recueil 1980*, p. 3

dans des déclarations faites à diverses occasions. Cette politique a eu pour effet de transformer radicalement la nature juridique de la situation créée par l'occupation de l'ambassade et la détention de membres de son personnel diplomatique et consulaire en otages. *L'ayatollah Khomeini et d'autres organes de l'État iranien ayant approuvé ces faits et décidé de les perpétuer, l'occupation continue de l'ambassade et la détention persistante des otages ont pris le caractère d'actes dudit État* »⁵⁰⁶.

Pour que le comportement soit attribuable à l'État, il n'est pas suffisant que celui-ci « se contente de reconnaître l'existence factuelle du comportement ou exprime oralement son approbation dudit comportement »⁵⁰⁷ : le mot « adopter » signifie « que le comportement est reconnu par l'État comme étant, en fait, *son propre comportement* »⁵⁰⁸. Il y a donc deux éléments constitutifs : (i) le fait de reconnaître le comportement et (ii) le fait de l'adopter. La reconnaissance et l'adoption peut se manifester oralement ou au travers d'un comportement, mais doit être *clair et sans équivoque*⁵⁰⁹.

A. La conformité du droit international humanitaire au droit international de la responsabilité

Selon l'étude du CICR sur le DIH coutumier, ce critère a un caractère coutumier. La règle 149 énonce que l'État est responsable des violations du DIH qui lui sont attribuables, y compris « les violations, commises par des personnes privées ou des groupes, qu'il reconnaît et adopte comme son propre comportement »⁵¹⁰. Cette règle a par exemple été reprise par la chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Tadic*. Selon cette chambre, si l'on ne peut déterminer si un groupe armé non-étatique est un organe *de facto* de l'État, il convient d'établir « whether the unlawful act had been publicly endorsed or approved *ex post facto* by the State at issue »⁵¹¹. L'on retrouve les deux éléments constitutifs évoqués plus haut. Le DIH se conforme donc au droit international de la responsabilité.

B. La non-conformité du droit international des droits de l'homme au droit international général

D'aucuns⁵¹² ont pu considérer que la Cour EDH avait repris ce critère dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, dans laquelle la Cour avait considéré que « si les autorités d'un État contractant approuvent, formellement ou tacitement, les actes de particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention, la responsabilité dudit État peut se trouver engagée au regard de la Convention »⁵¹³.

Cependant, dans cette affaire, la Cour EDH ne reprend qu'un élément – l'approbation – qui ne semble même pas être un élément constitutif du critère figurant à l'article 11 des Articles de la CDI. La CDI exprime sans équivoque qu'« un comportement ne sera pas attribuable à un État en vertu de l'article 11 si cet État se contente de reconnaître l'existence factuelle du comportement ou exprime oralement son approbation dudit comportement »⁵¹⁴. En toute hypothèse, la Cour EDH ne vérifie pas le second élément constitutif de l'article 11, à savoir l'adoption du comportement, ce qui suppose « que le comportement [soit] reconnu par l'État comme étant, en fait, son propre comportement »⁵¹⁵. L'affaire était antérieure à l'adoption des Articles. Néanmoins, la Cour EDH disposait du précédent *Personnel diplomatique et consulaire*, qui utilise des termes que ne reprend pas la Cour EDH comme « caution »,

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 35, § 74.

⁵⁰⁷ CDI, *Commentaire du Projet d'articles*, *op. cit.* note 65, commentaire de l'article 11, §6, p. 128.

⁵⁰⁸ *Ibid.*

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 129.

⁵¹⁰ J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *op. cit.* note 53, règle 149.

⁵¹¹ TPIY, Affaire *Tadic*, *op. cit.* note 458, § 137.

⁵¹² F. FINCK, *L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale : Essai sur la commission d'un fait illicite par un État ou une organisation internationale*, thèse, Strasbourg, 2011.

⁵¹³ Cour EDH, affaire *Chypre c. Turquie*, *op. cit.* note 92, §81.

⁵¹⁴ CDI, *Commentaire du Projet d'articles*, *op. cit.* note 65, commentaire de l'art. 11, §6, p. 129.

⁵¹⁵ *Ibid.*

« le sceau de l’approbation officielle du gouvernement » ou « la décision de perpétuer [ces faits] »⁵¹⁶. Ainsi, les critères utilisés par le DIH et par le DIDH sont différents.

§3. L’attribution à l’Etat du comportement de ses organes de facto

La CIJ a consacré par voie prétorienne un critère d’attribution qui ne se retrouve pas dans les Articles de la CDI : il s’agit de l’attribution à l’Etat du comportement de ses organes *de facto*. Pour cela, il faut démontrer qu’il existe entre l’Etat et l’entité privée un lien de « totale dépendance » (A). Les interprètes du DIH rejettent encore ce critère pour celui du « contrôle global » (B), alors que la Cour EDH adopte le critère de la « haute intégration » qui semble se situer entre le lien de « totale dépendance » et le « contrôle global » en termes d’intensité (C).

A. La formulation de la règle par la Cour internationale de justice au travers du critère du lien de « totale dépendance »

Les bases de la notion d’organe *de facto* ont été posées par la CIJ dans l’arrêt *Nicaragua*. Cependant, la méthodologie empruntée par la CIJ ne permettait pas de distinguer clairement ce critère d’attribution de celui de l’article 8 des Articles de la CDI. L’affaire du *Génocide* sera l’occasion pour la CIJ d’explicitier son raisonnement.

L’espèce avait trait aux événements tragiques de Srebrenica. La CIJ devait déterminer si les actes commis par l’armée serbe de Bosnie (ci-après : « VRS ») pouvaient être attribués à la République fédérale de Yougoslavie. La Cour commence par constater que la VRS n’a pas la qualité d’organe de l’Etat au sens de l’article 4, avant de rechercher si ce groupe armé agissait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de la République fédérale de Yougoslavie⁵¹⁷. Et la CIJ de préciser que cette question ne se confond ni avec la question de savoir si l’entité a le statut d’organe de l’Etat, ni, « malgré certaines apparences, avec celle de savoir si ces personnes devaient être *assimilées en fait à des organes de l’Etat*, même si elles n’avaient pas un tel statut selon le droit interne de celui-ci »⁵¹⁸. La CIJ vient donc introduire la notion d’organe *de fait* « entre le critère institutionnel de l’article 4 et le test *Nicaragua* repris à l’article 8 »⁵¹⁹. Selon ce critère, l’on peut « assimiler à un organe d’un Etat une personne ou une entité à laquelle le droit interne ne confère pas ce statut », si « ces personnes [sont] placées à l’égard de l’Etat dans une situation de *totale dépendance* »⁵²⁰.

Ce lien de « totale dépendance » entre l’Etat et l’entité privée se définit comme « un degré particulièrement élevé de contrôle de l’Etat sur les personnes ou entités en cause »⁵²¹. Ce lien doit être tel que l’entité privée soit « dépourvue de réelle autonomie »⁵²². L’autonomie se vérifie au travers des « liens politiques, militaires et logistiques »⁵²³ entre l’Etat et l’entité privée. La qualification de l’entité privée en « organe *de fait* » de l’Etat a pour conséquence que « *l’ensemble des actes accomplis en cette qualité* [sont] *attribuables à l’Etat* aux fins de la responsabilité internationale »⁵²⁴. Notons néanmoins qu’« une telle assimilation aux organes de l’Etat de personnes ou d’entités auxquelles le droit interne ne confère pas ce statut ne peut que rester exceptionnelle ; elle suppose (...) que soit établi un degré particulièrement élevé de contrôle de l’Etat sur les personnes ou entités en cause (...) »⁵²⁵.

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ CIJ, Affaire du *Génocide*, *op. cit.* note 476, §396.

⁵¹⁸ *Ibid.*, § 397.

⁵¹⁹ A. PELLET, «Remarques sur la jurisprudence récente de la CIJ ... », *op. cit.* note 299, p. 335.

⁵²⁰ CIJ, Affaire du *Génocide*, *op. cit.* note 476, §400.

⁵²¹ *Ibid.*, §393.

⁵²² *Ibid.*, §394.

⁵²³ *Ibid.*

⁵²⁴ *Ibid.*, §397.

⁵²⁵ *Ibid.*, §393.

B. Droit international humanitaire : adoption du critère du « contrôle global » et rejet du critère du lien de « totale dépendance » par le Comité international de la Croix-Rouge

Le CICR va rejeter le critère du lien de « totale dépendance » et va opter pour le critère du « contrôle global », que nous avons exposé plus haut. Comme pour le rejet du critère du « contrôle effectif », le CICR considère que le critère du lien de « totale dépendance » requiert un niveau de preuve trop élevé (1). Ce choix est fondé, une fois encore, sur l'opération de qualification du conflit armé (2).

1. Le critère du lien de « totale dépendance » : un niveau de preuve trop exigeant

De la même façon que le critère du « contrôle effectif », le lien de « totale dépendance » semble très difficile à prouver, puisque ne serait-ce que des « divergences entre les responsables (...) quant à certains choix stratégiques »⁵²⁶ peuvent témoigner « d'une relative mais réelle marge d'autonomie »⁵²⁷ et faire échec à la qualification d'organe *de facto*⁵²⁸.

Le CICR considère que la preuve du lien de « totale dépendance » est encore plus difficile à rapporter que le critère du « contrôle effectif »⁵²⁹, ce qui n'est pas évident : les liens politiques, financiers, militaires et logistiques semblent plus visibles que « l'émission d'ordres ou d'instructions précises (...) »⁵³⁰ lors d'opérations militaires. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le CICR plaide pour le critère du « contrôle global » il est plus simple de prouver le soutien militaire et financier et la planification et l'aide à la préparation des opérations que l'émission d'ordres. Le point d'orgue n'est donc pas tant les *éléments* à rapporter mais plutôt le *niveau de preuve* à fournir. En ce sens, le critère du lien de « totale dépendance » est indubitablement plus strict que celui du « contrôle global », puisqu'il suppose une assimilation complète du groupe armé non-étatique à un organe de l'Etat.

2. L'intérêt de la notion d'organe de facto en droit des conflits armés : l'attribution « en bloc » des comportements

Dans le commentaire de la CG I de 2016, le CICR prend position sur le fait que le critère du « contrôle global » « enables the assessment of the level of control over the *de facto* entity or non-State armed group »⁵³¹. Le critère du « contrôle global » permettrait donc de qualifier un groupe armé non-étatique d'organe *de facto* de l'Etat, transformant le CANI en CAI. Les gardiens des Conventions de Genève se prononcent bien sur une règle de droit international général ayant trait à l'attribution et non simplement à la règle permettant l'opération de qualification du conflit.

Comme nous l'avons vu, la controverse née entre le TPIY et la CIJ sur les notions de « contrôle global » et de « contrôle effectif » a conduit la CIJ à reconnaître que l'opération de qualification et le test d'attribution peuvent être différents. La raison pour laquelle le CICR opte pour le critère du « contrôle global » pour qualifier une entité d'organe *de facto* est évidente : la qualification d'organe *de facto* a pour conséquence que « l'ensemble des actes accomplis en cette qualité [sont] attribuables

⁵²⁶ *Ibid.*, §394.

⁵²⁷ *Ibid.*

⁵²⁸ Notons que l'absence de divergences est cruciale pour la qualification d'un organe *de facto* mais ne l'est pas pour l'attribution du comportement d'un organe l'Etat : telles divergences peuvent également exister entre différents organes d'un Etat, par exemple entre deux ministères, ou même au sein de l'état-major des armées, sans pour autant remettre en cause l'attribution de leur comportement à l'Etat.

⁵²⁹ CICR, Commentaire 2016 de la CG I, *op. cit.* note 207, art. 2, note 124: « A fortiori, the attribution test based on 'total control and dependence' used by the ICJ in 2007 in the Application of the Genocide Convention case and in 1986 in Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case in order to determine the State's responsibility for any internationally wrongful act makes the test for attribution even stricter ».

⁵³⁰ CIJ, Affaire *Nicaragua*, *op. cit.* note 472, §115.

⁵³¹ CICR, Commentaire 2016 de la CG I, *op. cit.* note 207, art. 2, § 271.

à l'Etat aux fins de la responsabilité internationale »⁵³². Dès lors, il n'est nul besoin, à l'inverse du critère du « contrôle effectif » de l'article 8 des Articles de la CDI de qualifier « chaque opération menée par le groupe »⁵³³ : une seule opération suffit pour qualifier l'ensemble du conflit. Associer « contrôle global » et « organe *de facto* » revêt un intérêt particulier en DIH : non seulement la preuve à rapport est relativement simple, mais en plus cette opération permet d'attribuer les responsabilités « en bloc » et de ne recourir qu'à une opération de qualification du conflit⁵³⁴. Cependant, l'interprétation du CICR a pour conséquence de confondre le critère d'attribution de l'article 8 des Articles de la CDI et le critère d'attribution des organes *de fait*, puisqu'un même critère (le « contrôle global ») permet de qualifier juridiquement deux situations factuelles différentes (celle dans laquelle un groupe armé agit en fait sous le contrôle d'un Etat et celle dans laquelle un groupe armé est assimilable à un organe de l'Etat).

C. L'attribution du comportement des « administrations locales subordonnées » en droit international des droits de l'homme : adoption d'un seuil supérieur au « contrôle global » mais inférieur au seuil du lien de « totale dépendance »

Ici encore, la jurisprudence de la Cour EDH est chaotique. Dans un premier temps, la Cour EDH a refusé d'examiner le soutien politique, militaire ou financier apporté par l'Etat sponsor à l'administration locale (1). Cette incohérence va conduire la Cour EDH à considérer ces liens et à consacrer plusieurs critères qu'elle n'explique pas, que sont l'« autorité effective », l'« influence décisive » et l'impossibilité pour l'entité non-étatique de « survivre sans le soutien militaire, économique, financier et politique de l'Etat sponsor » (2). Enfin, les juges de Strasbourg vont consacrer le critère de la « haute dépendance », qui se rapproche du lien de « totale dépendance » tout en n'atteignant pas le niveau d'exigence requis (3).

1. Le refus initial d'examiner le soutien de l'Etat sponsor à l'entité non-étatique

Dans un premier temps, la Cour EDH va refuser d'examiner les liens politiques, militaires économiques et autres entre l'Etat et l'entité non-étatique, rendant donc impossible la détermination d'un lien de « totale dépendance ». Ainsi, dans les affaires relatives à la RTCN – antérieures à l'arrêt de la CIJ sur le *Génocide* –, la Cour de Strasbourg se bornera à relever qu'un « grand nombre de soldats [participent] à des missions actives dans le nord de Chypre »⁵³⁵ pour conclure que la responsabilité de la Turquie « s'étend également aux actes de l'administration locale qui survit grâce à son soutien militaire et autre »⁵³⁶.

Or, comme le relève le Juge Fuad, « [on] ne saurait supposer, sans procéder à une enquête correcte, que la "RTCN" est un régime fantoche dirigé par la Turquie ou une juridiction subordonnée de celle-ci »⁵³⁷. Le Juge Gölcüklü va plus loin et décrit la RTCN comme une « autorité souveraine

⁵³² *Ibid.*, § 397.

⁵³³ CIJ, Affaire *Nicaragua*, *op. cit.* note 472, §115.

⁵³⁴ Le CICR résume sa position comme suit :

« the consequences of the notion of overall control will be decisive insofar as the non-State armed group then becomes subordinated to the intervening State. The members of the armed group become the equivalent of 'agents' of the intervening State under international law. This means that the intervening State becomes a Party to the existing conflict in lieu of the armed group and that *the conflict has become entirely international in nature* ».

CICR, Commentaire 2016 de la CG I, *op. cit.* note 207, art. 2, § 273.

⁵³⁵ Cour EDH, affaire *Loizidou c. Turquie*, (fond), *op. cit.* note 67, § 56. Repris dans *Chypre c. Turquie*, *op. cit.* note 92, §76.

⁵³⁶ Cour EDH, affaire *Chypre c. Turquie*, *op. cit.* note 92, §77.

⁵³⁷ Opinion dissidente du Juge FUAD sous l'arrêt *Chypre c. Turquie*, *ibid.*, §30.

(politiquement et socialement), indépendante et démocratique »⁵³⁸. La Cour EDH ne justifie en rien son allégation selon laquelle la RTCN est une « administration locale *subordonnée* », si ce n'est par le vague critère de la présence de forces armées étatiques. Les juges de Strasbourg confondent, nous l'avons dit plus haut, les concepts d'attribution et de juridiction⁵³⁹.

2. L'avènement des critères de l'« autorité effective », de l'« influence décisive » et de l'impossibilité pour l'entité non-étatique de « survivre sans le soutien militaire, économique, financier et politique » de l'Etat sponsor

Cette incohérence logique va pousser la Cour EDH à prendre en considération le lien entretenu entre l'Etat et l'entité non-étatique. Dans l'exposé des faits de l'affaire *Ilascu* – toujours antérieur à l'affaire sur le *Génocide* –, la Cour EDH décortique les relations politiques, diplomatiques, économiques, militaires et judiciaires entre la RMT et la Russie⁵⁴⁰. Cet examen se poursuit dans la partie de l'arrêt consacrée au droit⁵⁴¹.

Lorsqu'elle applique les principes à l'espèce, la Cour EDH examine les faits antérieurs et les faits ultérieurs à la ratification de la Conv. EDH par la Russie. Concernant l'arrestation des individus, leur remise aux autorités de la RMT et leur courte détention dans des locaux de l'armée russe, faits antérieurs à la ratification, ces actes sont attribuables à la Russie sur le fondement de l'article 4 des Articles de la CDI puisqu'ils sont perpétrés par les forces armées russes. En ce qui concerne les événements ultérieurs à la ratification de la Conv. EDH, c'est-à-dire la détention des individus par les autorités de la RMT dans des locaux de cette entité non-étatique, il est impossible de se fonder sur l'article 4 des Articles de la CDI. La Cour EDH va donc se fonder sur les liens étroits entretenus entre la RMT et la Russie pour conclure que

« [l']ensemble de ces éléments est de nature à prouver que la "RMT", établie en 1991-1992 avec le soutien de la Fédération de Russie et dotée d'organes de pouvoir et d'une administration propres, continue à se trouver sous l'autorité effective, ou tout au moins sous l'influence décisive, de la Fédération de Russie et, en tout état de cause, qu'elle survit grâce au soutien militaire, économique, financier et politique que lui fournit la Fédération de Russie »⁵⁴².

Il s'agit de la première fois que la Cour EDH utilise le soutien de l'Etat sponsor à l'entité non-étatique de façon autonome pour attribuer le comportement d'une telle entité à un Etat. Il faut noter que la Cour EDH dit conclure à l'exercice de sa juridiction par l'Etat, mais elle ne fait ni plus ni moins que déterminer à *qui* le comportement est dû, se livrant donc à un test d'attribution et non un test de juridiction⁵⁴³. Si l'arrêt *Ilascu* n'était pas antérieur à l'affaire relative au *Génocide*, l'on pourrait croire que la Cour EDH reprend et applique certains principes énoncés dans cette affaire.

La première affaire postérieure à l'affaire du *Génocide* dans laquelle la Cour EDH étudie les liens entre l'Etat et l'entité possiblement qualifiable d'organe *de facto* est l'affaire *Catan*. Cette affaire concernait l'adoption par les autorités de la RMT de mesures discriminatoires (l'interdiction de l'utilisation de la langue roumaine) dans les écoles. La Cour EDH a cherché à déterminer si le comportement des autorités de la RMT était attribuable à la Russie. Après avoir rappelé les liens entre la Russie et la RMT exposés dans l'affaire *Ilascu*, la Cour EDH affirme que « la "RMT" n'avait pu

⁵³⁸ Opinion dissidente du Juge GÖLCÜKLÜ sous l'arrêt *Chypre c. Turquie*, *ibid.*, 3).

⁵³⁹ Voir *supra*, note 67 et texte y relatif.

⁵⁴⁰ Cour EDH, affaire *Ilascu et autres op. cit.* note 67, §§137-161.

⁵⁴¹ *Ibid.*, §§379-394.

⁵⁴² *Ibid.*, § 392.

⁵⁴³ Voir *supra*, introduction du chapitre 1, pp. 13-16.

continuer à exister (...) que grâce à l'appui militaire, économique et politique de la Russie »⁵⁴⁴ et conclut que « le degré élevé de dépendance de la "RMT" à l'égard du soutien russe constitue un élément solide permettant de considérer que la Russie exerçait un *contrôle effectif* et une *influence décisive* sur l'administration de la "RMT" »⁵⁴⁵. Cette décision ne saurait être lue indépendamment de l'affaire relative au *Génocide* puisque l'on y retrouve le concept de « dépendance », mais le degré de dépendance exigé n'est pas le même : la CIJ parle de « totale dépendance » alors que la Cour EDH parle de « degré élevé de dépendance ». La référence au « contrôle effectif » fait évidemment penser au critère dégagé dans l'affaire *Nicaragua* et repris dans l'affaire du *Génocide*, mais ne renferme absolument pas les mêmes éléments constitutifs.

Toute la différence avec le droit international général se situe, semble-t-il, dans le fait que la Cour EDH ne prouve pas que la RMT soit « dépourvue de réelle autonomie »⁵⁴⁶ par rapport à la Russie : elle se contente du fait que, sans la Russie, la RMT ne résisterait pas « aux efforts déployés par la Moldova et les acteurs internationaux pour régler le conflit et rétablir la démocratie et la primauté du droit dans la région »⁵⁴⁷. La Cour EDH considère donc les relations entre la Russie et la RMT dans un contexte géopolitique précis, ce qui permet de mettre en lumière un certain degré de dépendance de la RMT à la Russie. Mais la Cour ne démontre pas que la relation entre la Russie et la RMT se caractérise en elle-même, c'est-à-dire *fondamentalement*, par un lien de « totale dépendance » : du point de vue économique, militaire et logistique, la RMT fonctionne parfaitement et rien ne montre qu'elle serait incapable de survivre sans le soutien russe⁵⁴⁸.

3. L'affaire Chiragov et le critère de la « haute intégration » : un critère en-deçà du « lien de totale dépendance »

L'affaire *Chiragov* a trait au conflit arméno-azéri à propos du Haut-Karabakh, région séparatiste située dans la partie orientale de l'Arménie. Les requérants sont des déplacés internes qui ne peuvent plus accéder à leur propriété située dans une région proche du Haut-Karabakh. Dans la partie de l'arrêt consacrée aux faits, la Cour EDH étudie les « relations entre la République d'Arménie et la "République du Haut-Karabakh" »⁵⁴⁹ dans ses aspects militaires, politiques, judiciaires, financiers et autre. Alors qu'elle se prononce sur la « juridiction » de l'Arménie, la Cour EDH énonce que ces liens

« (...) révèlent que la République d'Arménie a exercé sur la "RHK" une *influence importante et déterminante dès le début du conflit dans le Haut-Karabakh*, que les deux entités sont *hautement intégrées dans pratiquement tous les domaines importants* et que cette situation perdure à ce jour. En d'autres termes, la "RHK" et son administration survivent grâce à l'appui militaire, politique, financier et autre que leur apporte l'Arménie, laquelle, dès lors, exerce un *contrôle effectif* sur le Haut-Karabakh et les territoires avoisinants, y compris le district de Latchin. Les faits dénoncés par les requérants relèvent donc de la juridiction de l'Arménie aux fins de l'article 1 de la Convention »⁵⁵⁰.

La Cour EDH mélange totalement l'exercice de juridiction spatiale et l'attribution des actes de la RHK à l'Arménie⁵⁵¹. Le « contrôle effectif » auquel la Cour EDH fait référence renvoie au modèle spatial de

⁵⁴⁴ Cour EDH, *affaire Catan et autres op. cit.* note 69, §122.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ CIJ, *Affaire du Génocide, op. cit.* note 476, §394.

⁵⁴⁷ Cour EDH, *affaire Catan et autres op. cit.* note 69, §122.

⁵⁴⁸ Voir, en ce sens, l'opinion dissidente de M. le Juge KOVLER sous l'arrêt *Ilascu, op. cit.* note 67.

⁵⁴⁹ Cour EDH, [GC], *affaire Chiragov et autres c. Arménie, op. cit.* note 4, §§54-86.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, §186.

⁵⁵¹ Comme le relève la Juge Gyulumyan, en concluant que « les violations alléguées relevaient de la juridiction de la République d'Arménie, la Cour a confondu deux notions de droit international totalement différentes – la juridiction et l'attribution – et elle a créé en pratique un amalgame entre elles ». Opinion dissidente de Mme la Juge GYULUMYAN sous l'arrêt *Chiragov, op. cit.* note 4, p. 105. En ce sens, Marko Milanovic énonce que :

juridiction, c'est-à-dire au « contrôle sur un territoire ». Il s'agit donc de ce que la Cour EDH considère être l'un des deux critères d'applicabilité de la Conv. EDH, qu'elle déduit d'un test d'attribution des actes de la RHK (comme le montre l'utilisation de la préposition « dès lors »)⁵⁵².

En quoi consiste ce test d'attribution ? La Cour EDH examine le soutien économique, militaire, financier, politique, etc. qu'apporte l'Arménie à la RHK. Jusque-là, rien de nouveau. La différence avec les affaires précédentes réside dans le niveau d'intensité requis pour attribuer les comportements de la RHK à l'Arménie. En ce sens, nous exprimons notre respectueux désaccord avec l'assertion de la Juge Gyulumyan, qui considère que la Cour EDH « a indirectement abaissé comme jamais auparavant le seuil de responsabilité des États à raison d'actes commis par des tiers »⁵⁵³. Il semble plutôt que « la Cour s'écarte de ses propres précédents dans la mesure où ce n'est pas un simple soutien ou "influence décisive" de l'Arménie sur les autorités de la "RHK" mais une véritable "intégration" de l'une à l'autre qu'elle va établir »⁵⁵⁴. Ce critère est toujours plus faible que le critère du lien de « totale dépendance », comme le relève la Juge Ziemele⁵⁵⁵ mais il est également plus fort que le critère du « contrôle global » prôné par le CICR : la simple participation financière ou logistique (équipement, formation, etc.) ne suffit pas, puisqu'il faut prouver un certain niveau d'intégration entre les entités, ce qui n'est pas requis par le critère du « contrôle global ».

4. Le point commun avec le droit international humanitaire : attribution « en bloc » des comportements de l'administration locale subordonnée

L'un des points commun aux interprétations du CICR et de la Cour EDH est qu'elles prônent une attribution « en bloc » des comportements de l'entité non-étatique. Nous l'avons vu plus haut, le CICR considère cela nécessaire pour ne pas aboutir à une fragmentation d'un même conflit en plusieurs conflits de nature différente. Cette logique se retrouve en DIDH : à chaque fois que la Cour EDH qualifie une administration locale de « subordonnée » ou, dans le cas de la RHK, de « hautement intégrée », la Cour EDH va attribuer l'ensemble des actes de cette administration locale à l'Etat. La suite des jurisprudences relatives à la Transnistrie (*Ilascu, Catan* et *Ivantoc*) et la suite des affaires relatives à la partie nord de Chypre (*Loizidou, Chypre c. Turquie, Isaak, Solomou* et *Andreou*) confirment cela. Cette logique est empruntée au droit international général⁵⁵⁶.

« (...) the Court seems to think that its jurisdiction analysis – which relates to Armenia's *control over the territory* of Nagorno-Karabakh – suffices for establishing Armenia's responsibility for human rights violations committed by an entity that claims to be independent from Armenia, without examining Armenia's *control over that actor* under the standards established by the International Law Commission and the International Court of Justice, standard which are both stricter and qualitatively different from those applied by the European Court to the jurisdiction issue. This confusion has pervaded the Court's jurisprudence from earlier cases such as *Loizidou, to Ilascu, Catan, and most recently Jaloud* ».

Voir M. MILANOVIC, «The Nagorno-Karabakh Cases», *E.J.I.L. Talk!*, 23 juin 2015, disponible sur [<http://www.ejiltalk.org/the-nagorno-karabakh-cases/>].

⁵⁵² Le DIDH pourrait apprendre du droit de l'occupation : les experts du CICR qualifient la situation du Haut-Karabakh d'« occupation militaire indirecte ». Pour qualifier une telle situation, il faut (i) qu'un groupe armé non-étatique exerce un « contrôle effectif » au sens de l'article 42 du RH sur un territoire et (ii) que les actes de ce groupe armé soient attribuables à un Etat. Il y a donc deux tests et non un comme dans l'affaire *Chiragov*. Voir Réunion d'experts du CICR sur l'occupation, *op. cit.* note 100, p. 23.

⁵⁵³ Opinion dissidente de Mme la Juge GYULUMYAN sous l'arrêt *Chiragov*, *op. cit.* note 4, p. 105.

⁵⁵⁴ J. TAVERNIER, «Le Haut-Karabakh devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *Sentinelles-droit-international.fr*, 27 juin 2015, disponible sur [<http://www.sentinelles-droit-international.fr/?q=content/le-haut-karabakh-devant-la-cour-europ%C3%A9enne-des-droits-de-l%E2%80%99homme>]. Italique et gras dans l'original.

⁵⁵⁵ Opinion en partie concordante de Mme la Juge ZIEMELE sous l'arrêt *Chiragov*, *op. cit.* note 4, §§5-12.

⁵⁵⁶ Voir CIJ, Affaire du *Génocide*, *op. cit.* note 476, § 397.

§4. Droit international des droits de l'homme : vers un critère d'attribution basé sur la complicité ?

La dynamique jurisprudentielle relative aux droits de l'homme se caractérise par une tendance émergente consistant à attribuer à l'Etat les comportements d'entités non-étatiques qui sont perpétrés avec la complicité de l'Etat⁵⁵⁷. Notons que cela est tout à fait différent de l'obligation positive que l'Etat a de protéger les individus contre les atteintes commises par des particuliers, auquel cas l'acte attribué à l'Etat n'est autre que sa propre omission au sens de l'article 4 des Articles de la CDI.

La complicité n'est pas un critère d'attribution au sens des Articles de la CDI. Cependant, il en est fait mention à l'article 16, intitulé « l'aide ou l'assistance dans la commission d'un fait internationalement illicite », qui dispose que :

« L'Etat qui aide ou assiste un autre Etat dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où :

- a) Ledit Etat agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet Etat »⁵⁵⁸.

D'emblée, il convient de distinguer cet article de la tendance qui nous intéresse ici : d'une part, cet article concerne la relation entre deux Etats, alors que nous nous intéressons au lien entretenu entre un Etat et une entité privée ; d'autre part, cet article n'établit pas de critère d'applicabilité mais traite de l'engagement de la responsabilité d'un Etat qui aide ou assiste (*i.e.* qui se rend complice) un autre Etat dans la réalisation d'un fait internationalement illicite.

L'exemple topique de cette tendance peut être trouvé dans l'affaire du *Massacre de Riofrio*⁵⁵⁹. Cette affaire avait trait à l'exécution d'individus par un groupe paramilitaire rendu possible, selon les requérants, par les forces armées colombiennes. La Com. IADH va rechercher si les actes du groupe armé non-étatique, sont attribuables à l'Etat⁵⁶⁰. En faisant appel à divers éléments factuels, la Com. IADH affirme que « the infringement of the rights recognized in the Convention has been *supported or tolerated* by the government »⁵⁶¹. Et la Com. IADH de conclure que

« (...) there is evidence to show that agents of the State *helped to coordinate the massacre, to carry it out, and, as discovered by domestic courts, to cover it up*. Therefore, the only conclusion is that the State is liable for the violations of the American Convention resulting from the acts of commission or omission by its own agents and by private individuals involved in the execution of the victims (...).

(...) the Commission is of the view that the State is *responsible* for the acts of its agents as well as for those perpetrated by individuals *who acted with their complicity to make it possible to carry out and cover up the execution of the victims* (...) »⁵⁶².

La Cour considère que la Colombie est *responsable* des violations commises par un groupe armé non-étatique puisque ses agents se sont rendus complices de cette violation⁵⁶³.

⁵⁵⁷ En ce sens, voir J. CERONE, « Human Dignity in the Line of Fire ... », *op. cit.* note 65, pp. 1460-1462.

⁵⁵⁸ CDI, *Projet d'articles op. cit.* note 298, art. 16.

⁵⁵⁹ Com. IADH, *Massacre de Riofrio*, Report No. 62/01, affaire no. 11.654 du 6 avril 2001.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, §48.

⁵⁶¹ *Ibid.*

⁵⁶² *Ibid.*, §52.

⁵⁶³ L'affaire du *Van blanc* constitue une autre matérialisation de cette tendance dans le système interaméricain : « Unlike domestic criminal law, it is not necessary to determine the perpetrators' culpability or intentionality in order to establish that the rights enshrined in the Convention have been violated, nor is it essential to identify individually the agents to whom the acts of violation are attributed. The sole requirement is to *demonstrate that the State authorities supported or tolerated infringement of the rights recognized in the Convention* ». Voir Cour IADH, *Paniagua-Morales et al. v. Guatemala*, Judgment, 8 Mars 1998, Series C, n°76, §91.

Dans le système européen, l'affaire *Chypre c. Turquie* pose la base de la complicité comme critère d'attribution. La Cour EDH considère que « si les autorités d'un Etat contractant approuvent, formellement ou tacitement, les actes de particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention, la responsabilité dudit Etat peut se trouver engagée au regard de la Convention »⁵⁶⁴. L'on est donc encore loin de la complicité : le critère utilisé ici est plus proche du critère d'attribution à l'Etat du comportement d'une personne privée qu'il reconnaît et adopte comme le sien. Cependant, dans l'affaire *Isaak*⁵⁶⁵, la Cour EDH va préciser qu'il n'y a pas que l'« approbation » qui peut déboucher sur la responsabilité de l'Etat, mais également la « connivence » des autorités⁵⁶⁶. Le sens est radicalement différent : la connivence signifie « participation, entente secrète, intelligence non avouée en vue d'une action ; *complicité* »⁵⁶⁷.

Il s'agissait en l'espèce du décès d'un chypriote d'ethnie grecque dans la zone tampon contrôlée par les NU, suite à une manifestation dénonçant l'occupation du nord de Chypre par les forces armées turques⁵⁶⁸. Dans l'arrêt sur le fond, la Cour EDH va conclure à la violation du droit à la vie par la Turquie, en jugeant que « Anastasios Isaak was killed by, and/or with the tacit agreement of, agents of the respondent State »⁵⁶⁹. Dans cette affaire, c'est la *complicité par omission* des forces armées turques, qui ont permis aux policiers de la RTCN et aux civils armés de pénétrer dans la zone tampon afin d'user de la force contre les manifestants, qui sert comme critère permettant d'attribuer les actes de ces personnes privées à l'Etat. Ce critère a été confirmé dans les affaires relatives à la manifestation qui prit place après la mort de M. Isaak, dans des circonstances parfaitement similaires⁵⁷⁰.

Un autre exemple peut être trouvé dans la jurisprudence *Ilascu*, bien que la Cour EDH considère également le soutien apporté par la Russie aux séparatistes transnistriens. Cependant, il semble que ce soutien « n'a pas joué un rôle décisif pour déterminer la responsabilité de la Russie »⁵⁷¹. La Cour EDH énonce, pour établir la responsabilité de la Russie pour les actes antérieurs à sa ratification de la *Conv. EDH* que

« (...) sont à considérer comme faits générateurs de la responsabilité de la Fédération de Russie non seulement les *actes auxquels des agents de cet Etat ont participé*, comme l'arrestation et la détention des requérants, mais également leur transfert aux mains de la police et du régime transnistrien et, par la suite, les *mauvais traitements qui leur ont été infligés par cette police*, car, en agissant de la sorte, les agents de la Fédération de Russie avaient *pleinement conscience de les remettre à un régime illégal et anticonstitutionnel*.

De surcroît, compte tenu des faits reprochés aux requérants, *les agents du gouvernement russe connaissaient, ou tout au moins auraient dû connaître, le sort qui leur était réservé*.

De l'avis de la Cour, l'ensemble des actes commis par les militaires russes à l'égard des requérants, y compris leur transfert aux mains du régime séparatiste, dans le contexte d'une

⁵⁶⁴ Cour EDH, *affaire Chypre c. Turquie*, *op. cit.* note 92, § 81.

⁵⁶⁵ Cour EDH, *affaire Isaak et autres op. cit.* note 111, p. 20.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 20.

⁵⁶⁷ Définition du dictionnaire Larousse, disponible sur [<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/connivence/18301>]

⁵⁶⁸ La manifestation opposait, d'un côté, des chypriotes d'ethnie grecque ainsi que des internationaux, et, de l'autre côté, des forces armées turques, des policiers de la RTCN ainsi que des membres d'une organisation nationaliste pro-turque, que les forces armées turques ont autorisé à pénétrer dans la zone tampon. Les circonstances du décès ne sont pas claires : alors que les manifestants se jettent des pierres, le côté turque réplique par des coups de feu et charge. M. Isaak est isolé par des policiers de la RTCN et des civils armés et battu à mort.

⁵⁶⁹ Cour EDH, *affaire Isaak et autres op. cit.* note 111, §120.

⁵⁷⁰ Cour EDH, *affaire Solomou et autres c. Turquie*, *op. cit.* note 111, §46 ; Cour EDH, *affaire Andreou c. Turquie*, *op. cit.* note 111, p. 10.

⁵⁷¹ Opinion dissidente de Mme la Juge GYULUMYAN sous l'arrêt *Chiragov et autres c. Arménie*, *op. cit.* note 4, §68.

collaboration des autorités russes avec ce régime illégal, sont de nature à engendrer une responsabilité quant aux conséquences pas trop lointaines des actes de ce régime »⁵⁷².

Si la Russie avait ratifié la Conv. EDH à cette époque, la Cour EDH retiendrait donc la responsabilité de la Russie pour deux actions : (i) l'arrestation, la détention et la remise des requérants aux autorités de la RMT par les forces armées russes (article 4 des Articles de la CDI) et (ii) les mauvais traitements infligés aux requérants *par la police transnistrienne*, qui est pourtant un acteur non-étatique. La Cour EDH se fonde sur deux critères qui s'inscrivent, semble-t-il, dans la droite ligne de l'article 16 des Articles de la CDI : d'une part, l'Etat avait *connaissance* des mauvais traitements qui seraient infligés aux requérants ; d'autre part, l'Etat a collaboré avec les autorités transnistriennes. Et la Cour EDH de conclure que « [compte] tenu de ce qui précède, il importe peu que, depuis le 5 mai 1998, les agents de la Fédération de Russie n'aient *pas participé directement* aux événements dénoncés dans la présente requête »⁵⁷³. Que signifie la participation « indirecte » des agents russes, si ce n'est la complicité ? Il ne s'agit pas du soutien de l'Etat à la RMT puisque le membre de phrase vise précisément « les agents de la Fédération de Russie ». Il n'est donc pas question ici de « contrôle » sur la RMT au sens de l'article 8 des Articles de la CDI mais bien de « collaboration » au sens de l'article 16⁵⁷⁴.

Le critère d'attribution des actes perpétrés par des acteurs non étatiques avec la complicité des agents de l'Etat se retrouve également dans la jurisprudence de la Com. ADHP⁵⁷⁵ et dans certains documents onusiens⁵⁷⁶.

⁵⁷² Cour EDH, *affaire Ilascu et autres op. cit.* note 67, §§384 et 385.

⁵⁷³ *Ibid.*, §393.

⁵⁷⁴ L'affaire *Ivanțoc* confirme la jurisprudence *Ilascu*. Cette affaire est bien connue de la Cour EDH, puisque M. Ivanțoc était déjà l'un des requérants de l'affaire *Ilascu*. La Cour EDH va rechercher si M. Ivanțoc était « sous la juridiction » de la Russie entre 2004, date de l'arrêt *Ilascu*, et juin 2007, date de libération de M. Ivanțoc. Et les juges de Strasbourg de s'interroger sur la question de savoir

(...) whether the Russian Federation's *policy of support for the Transdnistriean separatist regime and collaboration with it* continued beyond the Court's judgment in July 2004, until the applicants' release in June 2007, and if so, whether during this period, *the Russian Federation made any attempts to put an end to the applicants' situation brought about by its agents*⁵⁷⁴.

La Cour EDH s'appuie donc sur le fait que la situation ait été causée par des agents de l'Etat Russe et que la *collaboration* avec cet Etat a continué depuis la date de l'affaire *Ilascu*. Plus important encore, la Cour EDH condamne la Russie sur la base de violations d'obligations *negatives*, telles que l'interdiction de s'ingérer dans la vie privée des requérants. Cependant, cette violation résulte de leur détention par les autorités de la RMT et non par la Fédération de Russie. Il semble donc que les actes des autorités de la RMT soient attribuables à la Russie sur le fondement de la complicité. Cour EDH, affaire *Ivanțoc et autres c. Moldova et Russie*, arrêt du 15 novembre 2011, req. n°23687/05, spéc. §116.

⁵⁷⁵ Com. ADHP, *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, communication 155/96, adoptée lors de la 30e session, 27 octobre 2001, §61: « L'obligation de l'Etat de respecter les droits au logement exige que ce dernier, et de ce fait, tous ses organes et agents, s'abstiennent de mener, *de sponsoriser et de tolérer des pratiques, politiques ou mesures légales violant l'intégrité des individus* ou d'empiéter sur leur liberté d'utiliser ce matériel ou d'autres ressources à leur disposition, d'une manière qu'ils trouvent des plus appropriée pour satisfaire les besoins en logement de l'individu, de la famille, du ménage ou de la communauté ».

⁵⁷⁶ ECOSOC, Rapport du Représentant du Secrétaire général, M. Francis DENG, *Droits de l'Homme, exodes massifs et personnes déplacées*, présenté lors de la 56e session, 11 février 1998, U.N. Doc. E/CN.4/1998/53/Add.1, §30 : « Les excès commis par des acteurs autres que l'Etat n'entraînent généralement pas la responsabilité de l'Etat en vertu des instruments relatifs aux droits de l'homme, à moins qu'ils n'aient été *suscités ou encouragés par le gouvernement concerné ou, au moins, que celui-ci y ait consenti*. Sinon, ces excès sont normalement considérés comme des infractions au droit interne ».

*
* *

Eu égard à ce qui précède, peut-on déterminer le plus petit dénominateur commun à l'application commune du droit de l'occupation belligérante et du DIDH ? Tout d'abord, il semble qu'aucune théorie ne puisse valablement limiter l'application extraterritoriale des droits de l'Homme. Ces théories reposent sur des interprétations des travaux préparatoires, « moyen complémentaire d'interprétation » au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne, et ne sauraient être justifiées eu égard à l'objet et au but des traités et à leur contexte. De plus, elles se placent à contrecourant d'une tendance mondiale. Nous prenons donc pour acquis que, conceptuellement, aucune théorie n'est à même de limiter l'applicabilité extraterritoriale du DIDH. Les seuls arguments pouvant limiter l'applicabilité des droits de l'Homme sont leur seuil d'application. Notons tout d'abord que l'utilisation du modèle personnel de juridiction dans le cas d'une situation factuelle répondant aux exigences de l'article 42 du RH emporte forcément application commune du droit de l'occupation et du DIDH. A chaque fois qu'un Etat exerce son pouvoir, son autorité ou son contrôle sur une « personne protégée » dans un territoire occupé – par exemple, en la détenant –, le comportement de celui-ci sera nécessairement régi par le droit de l'occupation et le DIDH, sauf si l'on en venait à limiter ce critère d'applicabilité par l'un des théories susmentionnées. Quant à l'élément de rattachement spatial, ce critère d'applicabilité entretient des similarités frappantes la définition de l'occupation belligérante, à tel point que l'on pourrait presque établir une présomption d'application du DIDH dans les territoires occupés. Il faut bien évidemment que la présence soit non-consentie afin de conclure à l'applicabilité commune. Il semble que cet élément soit le seul critère évident de dissociation des deux critères d'applicabilité spatiale, les autres n'étant que conjoncturels et non-vérifiés. Enfin, tant le DIH que le DIDH s'accordent pour établir que les forces armées de l'Etat et les autres agents de l'Etat, dont ceux qui lui ont été prêtés par un autre Etat et ceux qu'il a autorité à exercer des prérogatives de puissance publiques sont susceptibles de « contrôler » un territoire ou un individu.

Par conséquent, l'on peut dire qu'il y aura application commune du droit de l'occupation et du DIDH lorsqu'un Etat partie à un traité relatif aux droits de l'homme est en mesure d'exercer, au travers de ses agents, y compris ses forces armées, agissant seuls ou conjointement avec des personnes habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique et/ou des organes d'un autre Etat prêtés au premier, des fonctions de gouvernement sur le territoire d'un autre Etat en l'absence de consentement du souverain territorial, tel exercice témoignant nécessairement d'un contrôle effectif sur un territoire et ses habitants. Cependant, l'état actuel du droit ne permet pas de déterminer avec certitude si le droit de l'occupation et le DIDH seront d'application commune dans les situations d'occupation militaire indirectes, qui constituent aujourd'hui la part la plus importante des situations d'occupation.

L'étude de l'application commune du droit de l'occupation et du DIDH ne saurait s'arrêter aux critères d'applicabilité de ces deux ensembles normatifs : il faut également s'intéresser à la variation de l'intensité d'application de ces deux ensembles.

PARTIE II. LA MODULATION DE L'INTENSITE D'APPLICATION DU DROIT DE L'OCCUPATION MILITAIRE ET DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

L'étude de la sphère d'application commune au droit de l'occupation et au DIDH permet de déterminer un plus petit dénominateur commun à l'application de ces deux ensembles juridiques mais ne permet pas de mettre en relief un certain nombre d'aspérités existant soit au sein de cette sphère d'application commune, soit dans ses environs immédiats. Comme nous l'avons souligné dans l'introduction, notre analyse est guidée par la détermination des situations donnant naissance à des conflits d'obligations découlant du droit de l'occupation et du DIDH.

Or, l'existence d'une sphère d'application commune ne suffit pas à déterminer les situations dans lesquelles vont émerger des conflits d'obligations. Il faut, bien évidemment, qu'il existe des obligations internationales contradictoires ce qui, nous l'avons dit, sort du champ de l'étude. Mais il faut également déterminer *l'intensité* d'application des ensembles juridiques : ainsi, à l'intérieur de la sphère d'application commune ou dans les environs immédiats de celle-ci, il existe des *éléments juridiques* et des *situations juridiques* qui vont *moduler l'intensité d'application des ensembles juridiques*. Dit plus simplement, l'analyse de la partie I permet de déterminer les situations dans lesquelles le droit de l'occupation et le DIDH vont être d'application *pleine et entière*, ce qui signifie qu'*a priori* n'importe quelle obligation découlant de ces deux ensembles juridiques est applicable. S'arrêter à cette première étape équivaudrait à affirmer que les deux branches du droit à l'étude sont toujours applicables dans leur intégralité à une situation donnée. Or, des *éléments juridiques*, dépendant de la volonté de l'Etat ou non, sont de nature à moduler – en réalité, à atténuer – l'intensité d'application des ensembles juridiques (chapitre 1) de la même façon que certaines *situations juridiques* n'emportent pas l'applicabilité pleine et entière des ensembles juridiques mais seulement d'une partie de ceux-ci (chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA MODULATION DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ETAT PAR L'EFFET D'ELEMENTS JURIDIQUES

Il existe deux moyens par lesquels les obligations internationales de l'Etat peuvent être modulées par l'effet d'éléments juridiques. Tout d'abord, tant les traités relatifs à l'occupation que les traités relatifs aux droits de l'homme présentent des clauses de dérogation et de limitation à la disposition de l'Etat, qui font obstacle à l'application pleine et entière de ces deux ensembles juridiques (section 1). De plus, l'autorité normative des résolutions du Conseil de sécurité des NU est également de nature à déroger ou à limiter l'application du droit de l'occupation belligérante et du DIDH (section 2).

SECTION 1. LES CLAUSES DE DEROGATION ET DE LIMITATION EN DROIT DE L'OCCUPATION MILITAIRE ET EN DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

Il est tout à fait intéressant de constater que tant les clauses de dérogation (§1) que les clauses de limitation (§2) contenues dans les traités relatifs à l'occupation militaire et dans les traités relatifs aux droits de l'homme interagissent : il existe une logique de « renvoi croisé » – volontaire ou non – entre ces éléments juridiques qui témoigne de leurs influences mutuelles.

§1. L'influence mutuelle des clauses de dérogation du droit international des droits de l'homme et du droit de l'occupation militaire

En DIDH, les clauses de dérogation suivent la logique d'ensemble du traité et doivent s'accommoder à la situation d'occupation militaire et à son caractère extraterritorial (A). Il n'en va bien évidemment pas de même pour les clauses de dérogation du droit de l'occupation, qui sont pensées pour ces

situations : la Puissance occupante peut déroger au droit de l'occupation par la conclusion d'accords spéciaux avec les autorités locales (B). L'étude des différentes clauses de dérogation permet de mettre en exergue leurs renvois croisés et, par conséquent, leur influence mutuelle (C).

A. Les clauses de dérogation du droit international des droits de l'homme à l'épreuve de l'occupation militaire

Un certain nombre de traités relatifs aux droits de l'homme contiennent des clauses de dérogation aux obligations internationales. Nous nous bornerons ici à étudier les clauses de dérogation de la Conv. EDH, de la CADH et du PIDCP. Après avoir mis en perspective les différentes clauses de dérogation de ces traités (1), nous nous interrogerons sur la question controversée de leur déclenchement dans les situations d'occupation militaire (2). Enfin, nous verrons que le déclenchement des clauses de dérogation dans les situations d'occupation peut créer une incohérence systémique avec l'interprétation que la CIJ a fait de l'obligation pesant sur la Puissance occupante de « respecter les lois en vigueur dans le pays » occupé (3).

1. Analyse comparative des clauses de dérogation aux traités relatifs aux droits de l'homme

La structure des trois clauses de dérogation est la même : le premier paragraphe traite des conditions matérielles de dérogations (a) ; le second paragraphe énonce les obligations internationales auxquels il ne peut être dérogé (b) ; le troisième fait part des conditions formelles à remplir afin de pouvoir valablement déroger aux obligations internationales (c).

a. Les conditions matérielles de dérogation aux traités

Concernant le PIDCP, la clause de dérogation figure à l'article 4. Le premier paragraphe se lit comme suit :

« Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale »⁵⁷⁷.

Celle de la Conv. EDH se trouve à l'article 15, et son premier paragraphe énonce que :

« En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international »⁵⁷⁸.

Enfin, le premier paragraphe de la clause de dérogation de la CADH, qui figure à l'article 27, se lit ainsi :

« En cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un Etat partie, celui-ci pourra, strictement en fonction des exigences du moment, prendre des mesures qui suspendent les obligations contractées en vertu de la présente Convention, pourvu que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations imposées par le Droit international et n'entraînent aucune discrimination fondée

⁵⁷⁷ PIDCP, *op. cit.* note 47, art. 4, §1.

⁵⁷⁸ Conv. EDH, *op. cit.* note 47, art. 15, §1.

uniquement sur des considérations de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale »⁵⁷⁹.

Tant la Conv. EDH que la CADH énoncent que les Etats parties à ces instruments peuvent y déroger en cas de « guerre ». Or, nous l'avons vu plus haut, l'occupation militaire est une situation de conflit armé international, qui pourrait potentiellement entrer dans cette catégorie. Cependant, le PIDCP n'y fait pas mention. L'étude des travaux préparatoires montre cependant que l'idée selon laquelle la guerre serait un motif légitime de dérogation était omniprésente : comme le relève Manfred Nowak, « [t]he original express reference to war was struck in 1952 in order to prevent giving the impression that the United Nations accepted war »⁵⁸⁰. Tant le PIDCP que la Conv. EDH autorisent les dérogations dans le cas de « danger public exceptionnel menaçant la vie de la nation », alors que la CADH autorise de telles dérogations en cas de « danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un Etat », ce qui semble bien plus permissif. Alors que le PIDCP inclut une clause de non-discrimination dans la clause de dérogation, la Conv. EDH n'y fait pas référence. De plus, seul le PIDCP exige que le « danger public exceptionnel menaçant la vie de la nation » soit « proclamé par un acte officiel ».

b. Les obligations internationales auxquelles il peut être dérogé

La Conv. EDH est le traité le plus permissif sur le nombre d'obligations auxquelles il ne peut être dérogé : elles incluent l'interdiction de la torture, l'interdiction de l'esclavage et de la servitude et le principe de non-rétroactivité de la loi pénale⁵⁸¹. De plus, l'article 15 paragraphe 2 énonce une interdiction conditionnelle de dérogation au droit à la vie : il ne peut être dérogé à l'article 2, « sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre »⁵⁸². Aucun Etat n'a jamais dérogé à l'article 2⁵⁸³. Le PIDCP ajoute à cette liste l'interdiction de l'emprisonnement en raison de la non-exécution d'une obligation contractuelle, la reconnaissance de la personnalité juridique et la liberté de pensée, de conscience et de religion. La CADH, le traité le plus restrictif au niveau des dérogations, ajoute à la liste, la protection de la famille, le droit à un nom, les droits de l'enfant, le droit à une nationalité, le droit de participer à la direction des affaires publiques, ainsi que l'ensemble des « garanties indispensables à la protection des droits susvisés »⁵⁸⁴.

c. Les conditions formelles de dérogation aux traités

Chaque Etat qui déroge à l'un de ces trois traités doit en avertir les autres Etats, via le Secrétaire général de l'organisation dépositaire du traité, à savoir le Secrétaire général de l'OAS (CADH), le Secrétaire général du COE (Conv. EDH) et le Secrétaire général des NU (PIDCP). L'Etat doit inclure les dispositions auxquelles il a dérogé (seulement pour la CADH), les motifs de la dérogation et la date de la fin de la suspension de ses obligations internationales. Les dérogations ne sauraient donc être automatiques.

⁵⁷⁹ CADH, *op. cit.* note 47, art. 27, §1.

⁵⁸⁰ M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, 2e ed. révisée, N.P. Engel, 2005, p. 85.

⁵⁸¹ Conv. EDH, *op. cit.* note 47, art. 15, §2.

⁵⁸² *Ibid.* Pour une étude sur les implications de cette insertion, voir M. MILANOVIC, « Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict », in *The Frontiers of Human Rights: Extraterritoriality and its Challenges*, Collected Courses of the Academy of European Law (dir. N. BHUTA), OUP, 2016.

⁵⁸³ La récente dérogation de la Turquie à la Conv. EDH est peut être le premier précédent de dérogation à l'art. 2 de la Convention. La Turquie n'a pas notifié les arts auxquelles elle allait déroger : elle a énoncé que les mesures qui seraient prises en réponse à la tentative du coup d'Etat du 15 juillet 2016 « peuvent impliquer une dérogation aux obligations découlant de la [Conv. EDH] admissibles à l'art. 15 ». Une dérogation à l'art. 2 est donc envisageable.

⁵⁸⁴ CADH, *op. cit.* note 47, art. 27, §2.

2. Les clauses de juridiction peuvent-elles être déclenchées dans les situations d'occupation militaire ?

Cette question soulève en réalité deux interrogations, intimement liées l'une à l'autre : les clauses de dérogations ont-elles une portée extraterritoriale (a) ? L'occupation militaire entre-t-elle dans les conditions matérielles de dérogation (b) ?

a. La portée extraterritoriale des clauses de dérogation

Les clauses de dérogation ne précisent pas si les dérogations peuvent produire un effet hors du territoire de l'Etat partie. Evidemment, l'émergence d'un CANI sur le territoire d'un Etat contractant, d'une catastrophe naturelle ou d'attaques terroristes répétées entrent dans la catégorie des concepts de « guerre » ou de « danger public menaçant l'existence de la nation » et peuvent justifier la dérogation à certaines obligations internationales *sur le territoire de l'Etat contractant*. Cependant, rien dans les clauses de dérogation n'indique que celles-ci peuvent ou ne peuvent pas produire d'effet extraterritorial. Les travaux préparatoires ne sont d'aucune aide à ce sujet : les plénipotentiaires n'ont débattu de cette question.

Qu'en est-il de la pratique des Etats ? En matière de dérogation extraterritoriale, celle-ci est nulle : à la connaissance de l'auteur, aucun Etat n'a jamais enclenché une clause de dérogation en lien avec une opération hors de son territoire.

En revanche, certaines juridictions se sont déjà penchées sur cette question. Dans l'affaire *Al-Jedda* devant la House of Lord, relative à la détention d'un individu par les forces armées britanniques lors de l'occupation de l'Irak, Lord Bingham se positionne comme suit : « [i]t has not been the practice of states to derogate in such situations, and since subsequent practice in the application of a treaty may (under article 31(3)(b) of the Vienna Convention) be taken into account in interpreting the treaty *it seems proper to regard article 15 as inapplicable* »⁵⁸⁵. La pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité, consistant à *ne pas* déroger, suffirait donc à conclure que la clause de dérogation n'est pas d'applicabilité extraterritoriale. Cette interprétation a été récemment réaffirmée par la Cour Suprême britannique⁵⁸⁶.

Lord Bingham se place dans la droite ligne de l'arrêt *Bankovic*. Dans cette affaire, rappelons-le, la Cour EDH adopte une conception extrêmement restrictive de la clause de juridiction et de sa portée extraterritoriale. Alors que les requérants plaident pour l'applicabilité extraterritoriale de la Conv. EDH, ils avancent à l'appui de leur interprétation de la clause de juridiction que « l'article 15 (...) serait (...) privé de sens s'il ne s'appliquait pas également aux situations de guerre ou d'urgence extraterritoriales »⁵⁸⁷. Et la Grande Chambre de rétorquer, sur la base de la « pratique ultérieurement suivie dans l'application d'un traité » que

« (...) la pratique suivie par les Etats contractants dans l'application de la Convention depuis sa ratification montre qu'ils ne redoutaient pas l'engagement de leur responsabilité extraterritoriale dans des contextes analogues à celui de la présente espèce. Si certains Etats contractants ont participé, depuis leur ratification de la Convention, à un certain nombre de missions militaires qui les ont amenés à accomplir des actes extraterritoriaux (notamment dans le Golfe, en Bosnie-Herzégovine et en [ex-Yougoslavie]), *aucun d'eux n'a jamais indiqué par la notification d'une dérogation au titre de l'article 15 de la Convention qu'il considérait que*

⁵⁸⁵ Royaume-Uni, House of Lords, *R. (on the application of Al-Jedda) (Appellant) v. Secretary of State for Defence (Respondent)*, 21 décembre 2007, [2007] UKHL 58 (ci-après : « affaire *Al-Jedda* »).

⁵⁸⁶ Royaume-Uni, Supreme Court, *Smith and others (Appellant) v The Ministry of Defence (Respondent)*, 13 juin 2013, [2013] UKSC, §60.

⁵⁸⁷ Cour EDH, *affaire Bankovic et autres op. cit.* note 86, §49.

les actes extraterritoriaux impliquaient l'exercice d'un pouvoir de juridiction au sens de l'article 1 de la Convention »⁵⁸⁸.

Cette problématique est revenue devant la Grande Chambre dans l'affaire *Hassan*. La Cour EDH a réitéré la solution *Bankovic*. Le paragraphe pertinent mérite d'être cité longuement :

« La Cour doit prendre comme point de départ pour mener son examen sa pratique constante d'interprétation de la Convention à la lumière des règles énoncées dans la Convention de Vienne du 23 mars 1969 sur le droit des traités [*sic*]. (...) s'agissant du critère prévu à l'article 31 § 3 b) de la Convention de Vienne, la Cour a déjà dit qu'une pratique constante de la part des Hautes Parties contractantes, postérieure à la ratification par elles de la Convention, peut passer pour établir leur accord non seulement sur l'interprétation à donner au texte de la Convention mais aussi sur telle ou elle modification de celui-ci (...). La pratique des Hautes Parties contractantes est de ne pas notifier de dérogation à leurs obligations découlant de l'article 5 lorsqu'elles incarcèrent des personnes sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève en période de conflit armé international. En l'espèce, *il ressort effectivement de la pratique des États que ceux-ci n'estiment pas nécessaire de déroger à leurs obligations découlant de l'article 5 pour incarcérer des personnes sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève au cours de conflits armés internationaux* [dans des États non parties à la Convention]. Comme la Cour l'a relevé dans sa décision *Banković et autres c. Belgique et autres*, une série d'États contractants ont participé à un certain nombre de missions militaires hors de leur territoire depuis qu'ils ont ratifié la Convention, mais aucun d'eux n'a jamais émis de dérogation au titre de l'article 15 de la Convention concernant ces activités. (...) Il apparaît en outre que la pratique consistant à ne pas notifier de dérogation au titre de l'article 15 de la Convention aux fins des détentions ordonnées sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève lors de conflits armés internationaux *trouve son pendant dans la pratique des États sur le terrain du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Là aussi, de nombreux États ont interné des personnes en vertu des pouvoirs conférés par les troisième et quatrième Conventions de Genève dans le contexte de conflits armés internationaux postérieurs à la ratification par eux dudit Pacte, mais aucun d'eux n'a, pour ce faire, formulé de dérogation expresse au titre de l'article 4 de cet instrument (...), même après que la Cour internationale de justice eut rendu les avis consultatifs et arrêts susmentionnés, dans lesquels elle précisait bien que les obligations découlant pour les États des instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels ils étaient parties continuaient de s'appliquer en cas de conflit armé international (...) »⁵⁸⁹.

Que penser de cette interprétation de la clause de dérogation selon laquelle celle-ci ne serait pas applicable extra-territorialement en vertu de la pratique ultérieurement suivie dans l'application des traités ?

Ce raisonnement apparaît erroné, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'article 31, §3, c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités ne fait pas seulement référence à la « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité », mais énonce que cette pratique a une finalité particulière : établir « l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ». Or, il n'y a pas une once d'accord entre les parties à la Conv. EDH sur l'interprétation à donner à la clause de dérogation, de la même façon qu'il n'y a pas d'accord sur l'applicabilité extraterritoriale de ce traité⁵⁹⁰.

Le raisonnement de juges européens et britanniques repose sur une prémisse fautive. La pratique dont il est question ici ne repose pas sur une *action* mais sur une *omission*. Or, pour qu'un silence soit constitutif d'une pratique, il faut qu'il soit « éloquent »⁵⁹¹. Et force est de constater que les États

⁵⁸⁸ *Ibid.*, §62.

⁵⁸⁹ Cour EDH, *affaire Hassan c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 42, §101.

⁵⁹⁰ Voir M. MILANOVIC, « Extraterritorial Derogations ... », *op. cit.* note 583, p. 3.

⁵⁹¹ CDI, *Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités*, Préparé par G. NOLTE, Rapporteur spécial lors de la 56^e session, 2013, U.N. Doc. A/CN.4/660, p. 45, §111.

peuvent ne pas avoir invoqué l'article 15 lors d'opération extraterritoriale par le passé pour une multitude de raisons, juridiques ou autres. Par exemple, les Etats pouvaient penser – de bonne foi ou non – que le traité n'était pas applicable dans une situation de conflit armé, de sorte qu'ils n'aient même pas envisagé de recourir à l'article 15⁵⁹². Une autre explication pourrait être que, dans l'incertitude quant à l'applicabilité extraterritoriale de la Conv. EDH, « les Etats ont préféré jouer la carte de la prudence »⁵⁹³. Les Etats auraient aussi pu penser que déroger au traité était tout simplement inutile, « as they could obtain the same result through other means, or that doing so would cost them politically »⁵⁹⁴. En ce sens, la référence à *Bankovic* dans l'affaire *Hassan* est totalement erronée : dans cette affaire, les Etats utilisaient l'absence de dérogations à l'article 15 dans les opérations militaires extérieures « as evidence of their own restrictive understanding of article 1 »⁵⁹⁵. Par conséquent, il s'agit d'une pratique ultérieure *au regard de l'article 1* et non *au regard de l'article 15*⁵⁹⁶. S'il faut que la pratique ultérieure des Etats soit « cohérente, commune et concordante »⁵⁹⁷, force est de constater que cette preuve n'est absolument pas rapportée en l'espèce.

De plus, que penser du renvoi à la pratique des Etats parties au PIDCP de ne pas utiliser la clause de dérogation pour les mesures de détention dans des CAI ? Il semble clair que tirer des conclusions d'une telle analogie est « clairement déplacé »⁵⁹⁸, dans la mesure où le libellé des articles est fondamentalement différent : alors que le PIDCP interdit les détentions « arbitraire », la Conv. EDH dresse une liste limitative de cas dans lesquels les détentions sont autorisées. Le renvoi au caractère « arbitraire » de la détention rend cet article beaucoup plus permissif soit à l'application du principe *lex specialis*, soit à une interprétation harmonieuse de celui-ci avec le DIH (*i.e.* une interprétation du DIDH « à la lumière » du DIH). Comme l'a énoncé la CIJ, « [c]'est (...) à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés (...) qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une *privation arbitraire de la vie* ». Les articles 6 et 9 étant libellés de la même façon – ils interdisent les privations « arbitraires » du droit à la vie et du droit à la sûreté et à la liberté –, l'on peut parfaitement raisonner par analogie. La conséquence de cela est que les Etats parties au PIDCP ont une raison de ne pas déroger à ce droit que n'ont pas les Etats parties à la Conv. EDH : ils savent qu'en cas de CAI, le DIH prendra le pas en tant que *lex specialis*.

Enfin, l'affaire *Hassan* contredit au moins quatre jurisprudences antérieures. Tout d'abord, dans l'affaire *Issaïeva*, la Cour EDH avait refusé d'étudier les normes de DIH – notamment le principe de précaution dans l'attaque – en lien avec des attaques menées par les forces armées russes contre des rebelles tchéchène, dans la mesure où la Russie n'avait pas dérogé à ses obligations en vertu de l'article 15. Dès lors, « l'opération litigieuse doit être appréciée à l'aune d'un *contexte juridique normal* »⁵⁹⁹. De plus, les avis de la CIJ sur le *Mur* et sur la *Licéité* énoncent que « la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, *si ce n'est par l'effet de clauses dérogatoires du type de celle figurant à l'article 4 du pacte international relatif aux*

⁵⁹² P. FRUMER, « Quand droits de l'homme et droit international humanitaire s'emmêlent – Un regard critique sur l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni* », *R.T.D.H.*, vol. 102, 2015, p. 492.

⁵⁹³ *Ibid.*

⁵⁹⁴ M. MILANOVIC, « Extraterritorial Derogations ... », *op. cit.* note 583, p. 3.

⁵⁹⁵ A. SARI, « Derogations from the European Convention on Human Rights in Deployed Operations », Defence Committee written evidence, novembre 2013, §17, disponible sur [http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmdfence/writev/futureops/law10.htm].

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ Opinion en partie dissidente de M. le Juge SPANO, à laquelle se rallient les juges NICOLAOU, BIANKU et KALAYDJIEVA, §13.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, §14.

⁵⁹⁹ Cour EDH, affaire *Issaïeva c. Russie*, *op. cit.* note 51, §191. Notons que l'affaire *Issaïeva* ne concerne pas l'application extraterritoriale de la clause de dérogation puisque le conflit opposant le gouvernement russe aux rebelles tchéchènes est un CANI.

droits civils et politiques »⁶⁰⁰. Notons que l'avis relatif au *Mur* concernait précisément l'application du PIDCP dans les territoires palestiniens occupés, donc de façon extraterritoriale. L'affaire *Hassan* contredit également la jurisprudence de la Cour EDH sur laquelle les juges se fondent, à savoir l'affaire *Bankovic* qui dispose que « l'article 15 lui-même doit se lire à la lumière de la limitation de "jurisdiction" énoncée à l'article 1 de la Convention »⁶⁰¹. En effet, si l'on admet l'application extraterritoriale du DIDH, ce qui est le cas, l'on se doit, selon la jurisprudence *Bankovic*, d'admettre l'applicabilité extraterritoriale des clauses de dérogation. Si l'on prend en considération que la tendance jurisprudentielle est à l'application de plus en plus fréquente des traités hors des frontières de l'Etat contractant, ce besoin devient de plus en plus pressant. Nous nous rangerons à l'avis de M. Sassoli, selon lequel « one cannot simultaneously hold a state accountable because it has a certain level of control abroad and deny it the possibility to derogate »⁶⁰². Cet avis a été entendu par la High Court of Justice britannique dans l'affaire *Serdar Mohammed*. Selon LJ Legatt :

« It cannot be right to interpret jurisdiction under Article 1 as encompassing the exercise of power and control by a state on the territory of another, as the European Court did in the *Al-Skeini* case, unless at the same time Article 15 is interpreted in a way which is consonant with that position and permits derogation to the extent that it is strictly required by the exigencies of the situation »⁶⁰³.

Des voix s'élèvent donc pour consacrer l'application extraterritoriale de la clause de dérogation. Cependant, l'occupation peut-elle remplir les exigences matérielles de ces clauses de dérogation ?

b. Les évènements pouvant survenir en territoires occupés menacent-ils la « survie de la nation » ?

Quand bien même il existe un fondement pour que les clauses de dérogation soient applicables extraterritorialement, reste à savoir si les conditions matérielles seraient remplies dans le cadre d'une occupation de guerre. Le problème n'est pas tant la classification de l'occupation dans les catégories de « guerre » ou de « danger public » ou autre « crise qui menace la sécurité d'un Etat ». Tout le problème réside dans la question de savoir si une occupation militaire, extraterritoriale par nature, « menace l'existence de la nation ». Manfred Nowak nous éclaire sur le sens de cette menace :

« (...) this danger must not only be imagined or simply feared; rather, *the life of the nation* (and not that of a given dictator) *must be actually, directly threatened to an exceptional extent*. Even during an armed conflict measures derogating from the Covenant are allowed only if and to the extent that the situation constitutes a threat to the life of the nation »⁶⁰⁴.

Dans l'affaire *Lawless*, concernant le CANI opposant l'IRA et le Royaume-Uni, la Cour EDH a interprété les termes « en cas de guerre ou en cas de danger exceptionnel menaçant la vie de la nation » comme « une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat »⁶⁰⁵. Il semble, *prima facie*, que l'occupation puisse difficilement entrer dans cette définition : la situation régnant en Irak affecte-t-elle l'ensemble de la population britannique ? Constitue-t-elle une menace pour la vie organisée de la société britannique ? Certainement pas. Cependant, la menace à la survie de la nation pourrait être plus facilement déterminée dans le cas où un Etat occupe un Etat voisin. Par exemple, dans le cas d'Israël, l'on pourrait dire que la situation dans les territoires occupés peut, par moments, menacer la survie de la nation.

⁶⁰⁰ CIJ, Avis sur le *Mur*, *op. cit.* note 13, §103 ; CIJ, Avis sur la *Licéité*, *op. cit.* note 13, p. 240, §25.

⁶⁰¹ Cour EDH, affaire *Bankovic et autres* *op. cit.* note 86, §62.

⁶⁰² M. SASSOLI, «The Role of Human Rights ... », *op. cit.* note 175, p. 66.

⁶⁰³ Royaume-Uni, High Court of Justice, affaire *Serdar Mohammed*, *op. cit.* note 292.

⁶⁰⁴ M. NOWAK, *op. cit.* note 581, pp. 89-90.

⁶⁰⁵ Cour EDH, affaire *Lawless c. Irlande (No. 3)*, arrêt du 1^{er} juillet 1961, req. n°332/57, partie « en droit », §28.

Dans l'affaire *Al-Jedda*, au stade de la House of Lords, Lord Bingham va également avancer que l'occupation militaire extérieure ne peut entrer dans l'exigence de danger « menaçant la vie de la nation » : « It is hard to think that these conditions [*i.e.* les conditions matérielles pour déroger à la Conv. EDH] could ever be met when a state had chosen to conduct an overseas peacekeeping operation, however dangerous the conditions, *from which it could withdraw* »⁶⁰⁶. Dans la même veine, Lord Philips va prendre position sur l'occupation de l'Irak et la possibilité de déroger à la Conv. EDH : « troops were deployed abroad in circumstances falling short of those permitting derogation under article 15 »⁶⁰⁷.

Que penser de ces arguments ? Tout d'abord, le niveau d'exigence pour qu'une situation « menace la vie de la nation » apparait très élevé dans l'interprétation qui en est faite. Cependant, si l'on regarde de plus près, ces principes sont appliqués à des faits présentant des situations bien moins exceptionnelles que la formulation ne le laisse penser.

Avant tout, adressons l'assertion de Lord Bingham selon laquelle les conditions matérielles de l'article 15 ne sont pas remplies puisque les forces armées britanniques peuvent se désengager d'Irak. Il s'agit d'un argument de nature davantage politique que juridique : en effet, n'importe quel Etat peut plier aux arguments du groupe menaçant la vie de la nation pour que la situation ne remplisse plus les conditions de l'article 15. Par exemple, les britanniques auraient pu satisfaire les demandes de l'IRA durant la guerre et, partant, auraient réduit la menace à la vie de la nation⁶⁰⁸, de la même façon que le gouvernement turque pourrait se mettre à la table des négociations avec les séparatistes kurdes et plier à leurs conditions pour que l'article 15 ne soit plus applicable. En d'autres termes, peu importe que la menace à la vie de la nation soit une *fatalité* ou non : si c'était le cas, seules les catastrophes naturelles rentreraient dans cette catégorie.

Quels sont les faits auxquels l'article 15 a été appliqué ? Dans l'affaire *Lawless*, la Cour EDH accepte que la vie de la nation irlandaise soit menacée à partir des faits suivants :

« (...) le fait qu'il existait, sur le territoire de la République d'Irlande, une armée secrète agissant en dehors de l'ordre constitutionnel et usant de la violence pour atteindre ses objectifs; en second lieu, le fait que cette armée opérait également en dehors du territoire de l'État, compromettant ainsi gravement les relations de la République d'Irlande avec le pays voisin; troisièmement, l'aggravation progressive et alarmante des activités terroristes depuis l'automne 1956 et pendant tout le cours du premier semestre de l'année 1957 »⁶⁰⁹.

Dans l'affaire *Aksoy c. Turquie*, concernant le CANI opposant le gouvernement central turque et la section armée du PKK, la Cour EDH va confirmer la dérogation à la Conv. EDH car « l'ampleur et les effets particuliers de l'activité terroriste du PKK dans le Sud-Est de la Turquie ont indubitablement créé, dans la région concernée, un "danger public menaçant la vie de la nation" »⁶¹⁰.

Le Royaume-Uni a dérogé à la Conv. EDH après les attentats du 11 septembre 2001. Cet Etat a instauré un régime de détention dont il était évident qu'il n'était pas conforme à l'article 5 de la Conv. EDH. Par conséquent, ils ont choisi d'y déroger. La Cour de Strasbourg s'estime « [f]rappée par le fait que le Royaume-Uni a été le seul Etat contractant à avoir dérogé à la Convention pour riposter à la menace d'Al-Qaida, alors pourtant que d'autres Etats y ont été confrontés »⁶¹¹. Cependant,

⁶⁰⁶ Royaume-Uni, House of Lords, *affaire Al-Jedda*, *op. cit.* note 586.

⁶⁰⁷ Royaume-Uni, Supreme Court, *affaire Smith*, *op. cit.* note 588, §§59-60.

⁶⁰⁸ M. MILANOVIC, « Extraterritorial Derogations ... », *op. cit.* note 583, p. 19.

⁶⁰⁹ Cour EDH, *affaire Lawless c. Irlande (No. 3)*, *op. cit.* note 606, partie « en droit », §28.

⁶¹⁰ Cour EDH, *affaire Aksoy c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996, req. n°21987/93, §70.

⁶¹¹ Cour EDH, *affaire A. et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 19 février 2009, req. n°3455/05, §177.

« (...) la Cour n'en reconnaît pas moins que chaque gouvernement, garant de la sécurité de la population dont il a la charge, demeure libre d'apprécier par lui-même les faits à la lumière des informations qu'il détient. L'opinion de l'exécutif et du Parlement britannique importe donc en la matière, et il convient d'accorder un grand poids à celle des juridictions internes, qui sont mieux placées pour évaluer les éléments de preuve relatifs à l'existence d'un danger »⁶¹².

Résumons : la Cour EDH autorise les Etats à déroger pour des menaces se matérialisant seulement sur une portion de leur territoire⁶¹³. Elle autorise également les Etats à déroger alors qu'il n'y a eu *aucune attaque armée sur leur sol*, simplement des menaces⁶¹⁴. Enfin, le niveau de violence à atteindre, quand violence il y a, demeure assez faible et se cantonne à des attaques terroristes. Bref, que valent ces situations face aux horreurs de l'Irak et de l'Afghanistan et au haut niveau de résistance des groupes armés locaux ?⁶¹⁵ Il peut clairement y avoir une situation de « danger exceptionnel » ou de « menace à la sécurité de l'Etat » dans un territoire occupé.

La seule question qui nous reste à traiter est la suivante : de quelle « nation » parle-t-on ? Il est évident que le texte des clauses de dérogation évoque la nation de l'Etat qui déroge. Il sera donc nécessaire, s'il l'on souhaite consacrer l'applicabilité extraterritoriale des clauses de dérogation de forcer le langage de ces clauses. Nous rejoignons les avis de Marko Milanovic, de M. Sassoli et de Justice Legatt : selon Marko Milanovic, il faudrait ajuster la dernière phrase de la jurisprudence *Lawless* de cette façon : « une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté à l'égard de laquelle la Conv. EDH est appliquée », au lieu de « composant l'Etat »⁶¹⁶. Pour Justice Legatt, le terme « guerre ou danger public menaçant la vie de la nation » doit inclure, dans le contexte d'une opération militaire extérieure, « a war or other emergency threatening the life of the nation on whose territory the relevant act take place »⁶¹⁷. Enfin, pour M. Sassoli, l'Etat peut déroger à ses obligations si une situation est considérée comme « threatening the life of the [occupied] nation »⁶¹⁸.

3. L'incohérence systémique résultant de la dérogation de l'Etat à ses obligations et de l'obligation de respecter les traités en vigueur sur le territoire de l'Etat occupé

L'article 43 du RH énonce 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 »⁶¹⁹. A quels ensembles normatifs font référence les « lois en vigueur dans le pays » ? Ce membre de phrase peut-il être considéré comme incluant les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ? Dans l'affaire *RDC c. Ouganda*, la CIJ a tranché en ce sens :

« Cette obligation [*i.e.* l'obligation de l'article 43 du RH] comprend le devoir de veiller au respect des règles applicables du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, de protéger les habitants du territoire occupé contre les actes de violence et de ne pas tolérer de tels actes de la part d'une quelconque tierce partie »⁶²⁰.

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ Cour EDH, *affaire Aksoy c. Turquie*, *op. cit.* note 611, §70.

⁶¹⁴ Cour EDH, *affaire A. et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 612, §177.

⁶¹⁵ Concernant l'Irak, voir le Rapport AITKEN. Forces armées britanniques, « The Aitken Report : An Investigation into Cases of Deliberate Abuse and Unlawful Killing in Iraq in 2003 and 2004 », 25 January 2008, pp. 6-10.

⁶¹⁶ M. MILANOVIC, « Extraterritorial Derogations ... », *op. cit.* note 583, p. 18.

⁶¹⁷ Royaume-Uni, High Court of Justice, *affaire Serdar Mohammed*, *op. cit.* note 292, §§155-156.

⁶¹⁸ M. SASSOLI, « Legislation and maintenance ... », *op. cit.* note 392, p. 667.

⁶¹⁹ RH, *op. cit.* note 19, art. 43.

⁶²⁰ CIJ, *affaire RDC c. Ouganda*, *op. cit.* note 2, §178.

Par conséquent, les instruments relatifs aux droits de l'homme auxquels l'Etat occupé est partie sont opposables à la Puissance occupante *via* l'article 43 du RH. Notons d'emblée que cette situation n'est pas celle qui nous occupe dans cette étude : nous cherchons à déterminer les conditions dans lesquelles la Puissance *exporte ses propres obligations* dans les territoires occupés. Cependant, si l'on accepte qu'un Etat puisse déroger à ses obligations dans les territoires occupés, ce qui n'est pas évident vu ce qui précède, il devra néanmoins respecter les obligations de la Puissance occupée.

Imaginons une situation dans laquelle tant la Puissance occupante que la Puissance occupée sont des Etats parties au PIDCP et que l'Etat occupé n'a pas dérogé à ses obligations, alors que la Puissance occupante a dérogé à certaines de ses obligations. Il y aurait un conflit normatif évident : d'une part, la dérogation de l'Etat l'autorise à ne pas respecter une obligation internationale. D'autre part, une jurisprudence de la CIJ oblige cet Etat à respecter cette même obligation internationale au travers de l'article 43 du RH.

B. La dérogation au droit de l'occupation militaire par accord spécial

Les dispositions du droit de l'occupation militaire permettant d'y déroger sont peu connues, peu étudiées car, somme toute, peu utilisées. Cependant, eu égard à ce que nous venons de voir précédemment, elles méritent que l'on s'y attarde. L'article 7 de la CG IV énonce la possibilité de déroger au droit de l'occupation par accord spécial de la façon suivante :

« En dehors des accords expressément prévus par [d'autres articles des CG], les Hautes Parties contractantes pourront conclure d'autres accords spéciaux sur toute question qu'il leur paraîtrait opportun de régler particulièrement. *Aucun accord spécial ne pourra porter préjudice à la situation des personnes protégées, telle qu'elle est réglée par la présente Convention, ni restreindre les droits que celle-ci leur accorde* »⁶²¹.

De plus, l'article 47 CG IV spécifie que :

« Les personnes protégées qui se trouvent dans un territoire occupé *ne seront privées, en aucun cas ni d'aucune manière, du bénéfice de la présente Convention, soit en vertu d'un changement quelconque intervenu du fait de l'occupation dans les institutions ou le gouvernement du territoire en question, soit par un accord passé entre les autorités du territoire occupé et la Puissance occupante, soit encore en raison de l'annexion par cette dernière de tout ou partie du territoire occupé* »⁶²².

Il est donc possible de déroger par accord spécial au droit de l'occupation dans les limites de ces deux dispositions. Quelles sont ces limites ? Les articles 7 et 47 de la CG IV imposent deux limites : (i) que l'accord spécial ne porte pas préjudice à la situation des personnes protégées (articles 7 de la CG IV et 47) et (ii) que l'accord spécial ne restreigne pas les droits accordés par la CG IV aux personnes protégées (article 7 de la CG IV).

L'article 47 est une application particulière de l'article 6/6/6/7 commun⁶²³. Cela dit, cet article est bien plus restrictif que l'article 7 de la CG IV, comme l'indique l'expression « en aucun cas ni d'aucune manière ». Sans reprendre l'étude exhaustive des travaux préparatoire, qui a été fait ailleurs⁶²⁴, nous nous bornerons à constater que « le terme "bénéfice" utilisé dans l'article 47 doit être lu comme incluant les deux critères de l'article 7 »⁶²⁵ que nous venons d'évoquer. En bref, il ne peut être dérogé

⁶²¹ CG I, *op. cit.* note 158, art. 6 ; CG II, , *op. cit.* note 158, art. 6 ; CG III, *op. cit.* note 158, art. 6 ; CG IV, *op. cit.* note 21, art. 7.

⁶²² CG IV, *op. cit.* note 21, art. 47.

⁶²³ *Commentaire Pictet, op. cit.* note 181, p. 295.

⁶²⁴ V. KOUTROULIS, *op. cit.* note 161, p. 246.

⁶²⁵ *Ibid.*

à « la totalité des garanties que la Convention procure aux personnes protégées »⁶²⁶. Cependant, cette interdiction n'est pas absolue : « dans des circonstances où continuer à appliquer une disposition de la Convention aurait des conséquences nuisibles pour les personnes protégées, il serait envisageable de déroger à la stricte application de la disposition en question, en recourant au critère du "préjudice" »⁶²⁷.

C. Le renvoi croisé des clauses de sauvegarde aux dérogations des obligations internationales

L'influence mutuelle des clauses de dérogation réside dans le fait que l'Etat, à supposer qu'il le puisse, ne peut déroger dans des situations d'occupation militaire en deçà du standard minimum imposé par le droit de l'occupation (1). A l'inverse, la Puissance occupante peut déroger au droit de l'occupation par accord spécial en imposant des standards de protection individuelle plus élevés, tels que ceux que l'on retrouve en DIDH (2).

1. Le droit de l'occupation militaire comme standard minimum applicable en cas de dérogation au droit international des droits de l'homme dans les situations d'occupation militaire

S'il est un point commun aux trois clauses de dérogation que nous avons vu plus haut, il s'agit des clauses de sauvegarde : toutes les trois n'autorisent les dérogations que dans la mesure où celles-ci sont compatibles avec les autres obligations internationales de l'Etat. Evidemment, une telle clause de sauvegarde inclut « en particulier les règles du DIH »⁶²⁸. C'est précisément pour prendre en considération le droit des conflits armés que cette clause a été insérée, sur demande des Etats-Unis⁶²⁹.

Quelle est la conséquence d'une telle clause ? Puisque « [l]'article 4 du Pacte ne saurait être interprété comme justifiant une dérogation aux dispositions du Pacte si une telle dérogation doit entraîner un manquement à d'autres obligations internationales incombant à l'Etat concerné »⁶³⁰, les clauses de dérogation ont pour effet de niveler le DIDH par le haut au travers du droit de l'occupation militaire. Autrement dit, le droit de l'occupation militaire constitue, dans le cas où un Etat déroge à ses obligations, « a floor below which human rights law could not be derogated from »⁶³¹.

Prenons un exemple : l'article 75 du PA I, applicable en cas d'occupation militaire⁶³², reprend un certain nombre de normes du DIDH concernant notamment le droit à un procès équitable. Ainsi, cet article énonce que :

« Toute personne arrêtée, détenue ou internée pour des actes en relation avec le conflit armé sera informée sans retard, dans une langue qu'elle comprend, des raisons pour lesquelles ces mesures ont été prises. Sauf en cas d'arrestation ou de détention du chef d'une infraction pénale, cette personne sera libérée dans les plus brefs délais possibles et, en tout cas, dès que les circonstances justifiant l'arrestation, la détention ou l'internement auront cessé d'exister »⁶³³.

Or, les normes du DIDH énonçant cette obligation sont au nombre des obligations auxquelles il peut être dérogé. Par conséquent, en vertu de la clause de sauvegarde des clauses de dérogation, même si un Etat déroge au droit à la sûreté et à la liberté dans une situation d'occupation militaire, il devra néanmoins respecter l'article 75 du PA I, qui nivelle donc le DIDH par le haut.

⁶²⁶ *Commentaire Pictet, op. cit.* note 181, p. 77-78.

⁶²⁷ V. KOUTROULIS, *op. cit.* note 161, p. 247.

⁶²⁸ CDH, *Observation générale No. 29 – Etats d'urgence (art. 4)*, adoptée le 31 août 2001, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, §9.

⁶²⁹ M. MILANOVIC, « Extraterritorial Derogations ... », *op. cit.* note 583, p. 7.

⁶³⁰ CDH, *Observation générale No. 29, op. cit.* note 629, §9.

⁶³¹ M. MILANOVIC, « Extraterritorial Derogations ... », *op. cit.* note 583, p. 6.

⁶³² L'art. 1er du PA I énonce que « [l]e présent Protocole (...) s'applique dans les situations prévues par l'art. 2 commun à ces Conventions », et, partant, aux situations d'occupation militaire.

⁶³³ PA I, *op. cit.* note 24, art. 75.

Il devrait être possible de déterminer un ensemble de droits intangibles en situation d'occupation militaire, en prenant l'ensemble des droits auxquels il peut être dérogé et en les tempérant avec des règles minimums du droit de l'occupation belligérante.

2. La dérogation au droit de l'occupation militaire par l'imposition d'un standard de protection individuelle supérieur issu du droit international des droits de l'homme

Souvenons-nous que, aux termes de l'article 43, dont la structure est proche des articles 7 et 47 de la CG IV, la Puissance occupante peut ne pas respecter les lois en vigueur si celles-ci sont contraire au DIDH⁶³⁴. Dès lors, comme le relève Vaïos Koutroulis, « [u]ne telle interprétation sera parfaitement transposable aux articles 7 et 47 de la [CG IV] »⁶³⁵. Ainsi, si l'on reprend le critère du « préjudice » à la population civile des articles 7 et 47 énoncés plus haut, l'on peut soutenir qu'il peut être dérogé à certaines normes du droit de l'occupation par accord spécial si cette dérogation intervient en faveur d'une norme plus protectrice du DIDH. Cela ne serait pas préjudiciable à la population civile⁶³⁶.

Cependant, il est évidemment à craindre que les Etats n'utilisent leur « marge nationale d'appréciation » dans la mise en œuvre du DIDH – ou, tout du moins, du droit de la Conv. EDH – pour imposer un certain nombre de valeurs dans l'Etat occupé, au prétexte que cela n'est pas préjudiciable à la population civile, et, au contraire, favorable. Ce cas sort largement du sujet entrepris ici.

Prenons un exemple – le seul que nous avons trouvé – dans lequel l'influence du DIDH sur le droit de l'occupation pourrait être ressentie. L'article 5 de la CG IV énonce que la Puissance occupante peut priver un individu de son droit de communication dans la mesure où il fait l'objet d'une « suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de la Puissance occupante »⁶³⁷. Une telle privation ne peut intervenir que « dans les cas où la sécurité militaire l'exige absolument »⁶³⁸. Si une telle personne est privée de son droit de communication et qu'elle fait l'objet de poursuite – ce qui est fort probable, puisque la sécurité militaire est menacée – la CG IV impose à la Puissance occupante l'obligation de ne pas la priver de son « droit à un procès équitable et régulier tel qu'il est prévu par la présente Convention »⁶³⁹. Bien que régime du droit à un procès équitables applicable dans les situations d'occupation (articles 17 à 75 de la CG IV) ait un certain nombre de points communs avec le régime du droit à un procès équitable tel qu'on le connaît en DIDH⁶⁴⁰, ce dernier est néanmoins plus protecteur, notamment en ce qui concerne le droit à l'égalité des armes dont on peut douter qu'il soit mis à mal par un régime d'exception. Il semble que le régime du DIDH, plus favorable à l'accusé et donc non « préjudiciable » à celui-ci, puisse servir de fondement pour déroger au sens des articles 7 et 47 de la CG IV à l'obligation de ne pas priver l'individu dont il est question ici de son droit à un procès équitable.

§2. Les influences mutuelles des clauses de limitation du droit international des droits de l'homme et du droit de l'occupation militaire

Puisque tant le droit de l'occupation que le DIDH reposent sur un compromis⁶⁴¹, certaines obligations de l'Etat qui bénéficient aux individus sont susceptibles d'être limitées. Après avoir analysé les

⁶³⁴ M. SASSOLI, « Legislation and maintenance ... », *op. cit.* note 392, p. 676.

⁶³⁵ V. KOUTROULIS, *op. cit.* note 161, pp. 250-251.

⁶³⁶ *Ibid.*

⁶³⁷ CG IV, *op. cit.* note 21, art. 5, §2.

⁶³⁸ *Ibid.*

⁶³⁹ CG IV, *op. cit.* note 21, art. 5, §3.

⁶⁴⁰ Voir PIDCP, *op. cit.* note 47, art. 14, Conv. EDH, *op. cit.* note 47, art. 6 ; CADH, *op. cit.* note 47, art. 8.

⁶⁴¹ Voir *supra*, introduction, p. 9, spc. note 51.

clauses de limitation que l'on retrouve dans les deux branches du droit à l'étude (A), nous confronterons les clauses de limitation du DIDH au caractère extraterritorial de l'occupation militaire (B). Puis, nous verrons que le droit de l'occupation et du DIDH s'influencent mutuellement en ce qui concerne les limitations aux obligations internationales (C).

A. Les clauses de limitation en droit de l'occupation militaire et en droit international des droits de l'homme

Certaines des obligations auxquelles l'Etat peut déroger comportent des clauses de limitation des obligations qui lui incombent. Sans se livrer à une typologie exhaustive des droits susceptibles d'être limités, nous énoncerons les *fondements* permettant une telle dérogation.

En DIDH, la limitation des obligations internationales de l'Etat découle du compromis au fondement des droits de l'homme entre les libertés individuelles et les nécessités imposées par la vie en société. La limitation à un droit doit toujours être prévue par la loi. Les motifs de limitation des obligations internationales de l'Etat sont extrêmement variés : elles vont de la protection de la moralité et de la santé publique au bien-être économique du pays, en passant par l'intérêt de la justice, la protection des droits et libertés fondamentaux d'autrui, de l'intérêt public ou social jusqu'à – ce qui nous intéresse davantage – la protection de l'ordre public, de la sûreté publique et de la sécurité nationale, la prévention des infractions pénales, l'intégrité territoriale, la protection contre la divulgation d'informations confidentielles. Ces motifs recourent en partie, nous le verrons plus bas, les clauses de limitation des obligations du droit de l'occupation.

En ce qui concerne cette seconde branche du droit, les limitations des obligations de la Puissance occupante découlent du compromis entre la sécurité de la Puissance occupante et la protection de la population vivant sous l'occupation. Contrairement au DIDH, le droit de l'occupation militaire ne connaît que deux motifs de limitation : les raisons militaires et la sécurité de la Puissance occupante. Seule l'intensité varie. Du plus intense au moins intense, certaines obligations pourront être limitées pour des cas où la sécurité militaire l'exige absolument⁶⁴², pour d'impérieuses raisons militaires⁶⁴³, pour d'impérieuses considérations de sécurité⁶⁴⁴, lorsqu'il résulte de circonstances graves et critiques que la sécurité de la Puissance occupante est exposée à une menace organisée⁶⁴⁵, ou lorsqu'il existe une menace pour la sécurité de la Puissance occupante⁶⁴⁶.

Avant d'étudier ce que ces clauses ont de commun, interrogeons-nous sur la portée extraterritoriale des clauses de limitation du DIDH.

B. Les clauses de dérogation à l'épreuve du caractère extraterritorial de l'occupation militaire

La formulation des clauses de limitation des obligations se prête bien plus à leur application extraterritoriale que les clauses de dérogation : aucune référence générale n'est faite à la « survie de la nation » qui bloque, du moins en termes textuels, l'application extraterritoriale des clauses de dérogation. Etudions les conditions de limitation.

Tout d'abord, il faut que les limitations soient prévues par la loi. Bien évidemment, la notion de « loi » est une notion autonome qui ne se cantonne pas à la conception formelle qu'a tel ou tel pays de la « loi » selon son droit interne. Il suffit qu'un acte juridique soit suffisamment accessible, précis et

⁶⁴² CG IV, *op. cit.* note 21, art. 5.

⁶⁴³ *Ibid.*, art. 49.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, art. 62, 63 et 78.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, art. 75.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, articles 64 et 74 ; PA I, *op. cit.* note 24, art. 63, §3.

prévisible⁶⁴⁷. Or, les forces occupantes se dotent souvent d'une administration d'occupation qui adopte des normes juridiques pouvant satisfaire à la qualité de la loi au sens du DIDH. Il en va ainsi, par exemple, des directives de l'APC.

Pour certains motifs de limitation, il est clair que les situations qu'ils prévoient peuvent tout à fait se matérialiser dans les territoires occupés : une Puissance occupante pourrait vouloir limiter ses obligations pour des raisons d'ordre public, de santé publique, d'intérêt de la justice, de protection d'information confidentielles ou de prévention du crime. L'on pourrait également imaginer que des conflits entre droits des individus surviennent dans les territoires occupés et que la Puissance occupante veuille limiter les droits de certains individus car ils portent atteinte aux droits d'autres individus.

Cependant, d'autres motifs posent quelques problèmes. Qu'en est-il, par exemple, de l'« intégrité territoriale » ? Selon l'article 10 de la Conv. EDH, ce motif permet de limiter la liberté d'expression. Les travaux préparatoires montrent que cette expression a été ajoutée au projet d'article par un Comité d'expert et soutenue par la Turquie. Le Danemark a insisté pour que l'« intégrité territoriale » ne soit pas perçue comme un moyen de limiter le droit à la liberté d'expression des minorités nationale, notamment de faire valoir leur aspiration par des moyens démocratiques⁶⁴⁸. Il est clair que cette limitation se réfère uniquement au territoire de l'Etat. En tout état de cause, la notion d'« intégrité territoriale » est inextricablement liée à la notion de « souveraineté ». Or, il est notoire que l'occupation militaire n'emporte aucun titre sur le territoire occupé. Cette clause de limitation ne serait donc pas applicable en territoires occupés.

Dans la même veine, qu'en est-il des restrictions en raison de la sécurité nationale ? L'on se confronte à un problème similaire que celui rencontré plus haut, lorsque nous avons traité de l'extraterritorialité de la clause de dérogation : le terme « national » renvoie à la nation, c'est-à-dire à l'Etat dans son ensemble. Les travaux préparatoires ne sont d'aucune aide à cet égard. Il semble néanmoins que la clause de limitation relative à la « sécurité publique » puisse être applicable dans les territoires occupés, puisque la seule puissance « publique » – ou, du moins, celle qui dispose du pouvoir de décision en dernier ressort – est la Puissance occupante.

Dans le cas de la Conv. EDH, il est nécessaire que la limitation soit « nécessaire dans une société démocratique ». Or, par définition, l'occupation militaire n'est pas une situation démocratique : c'est même la négation de celle-ci, puisque le peuple ne peut choisir son gouvernement. En ce sens, l'occupation militaire fait obstacle au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes⁶⁴⁹. Selon nous, remplacer « société démocratique » par « territoire occupé » est un choix satisfaisant : l'on conserve le principe de proportionnalité tout en l'adaptant à la situation auquel il s'applique. Nous ne reviendrons pas sur les dangers de la confusion entre le principe de proportionnalité tel qu'entendu en DIDH et le principe de proportionnalité tel qu'entendu en DIH⁶⁵⁰.

Par conséquent, les éléments qui précèdent tendent à montrer que les clauses de limitation peuvent s'appliquer dans les territoires occupés. Il n'existe d'obstacles juridiques à cela que pour certaines clauses, et il semble, comme nous l'avons dit plus haut, que l'applicabilité *ratione loci* des instruments relatifs aux droits de l'homme doit être corrélée à l'applicabilité *ratione loci* des clauses de limitation et de dérogation.

⁶⁴⁷ Cour EDH, *affaire Sunday Times c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 avril 1979, req. n°6538/74, §49.

⁶⁴⁸ Commission européenne des droits de l'homme, *Travaux préparatoires de l'art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme*, DH (56) 15, 1956, p. 13.

⁶⁴⁹ M. SASSOLI, « Legislation and maintenance ... », *op. cit.* note 392, p. 677-678.

⁶⁵⁰ Voir *supra*, note 51.

C. Les influences mutuelles du droit de l'occupation et du droit international des droits de l'Homme eu égard aux limitations

Il est intéressant de constater que la limitation du DIDH sur la base du maintien de l'ordre public renvoie à l'obligation positive de restaurer et maintenir l'ordre public sur le territoire occupé (1). De plus, le fait que la Puissance occupante puisse limiter les droits pour des raisons liées à sa sécurité sur la base du droit de l'occupation renvoie aux limitations du DIDH sur la base de la « sécurité publique » (2).

1. Limitation des droits de l'homme sur la base du maintien de l'ordre public et obligation de restaurer et maintenir l'ordre public en droit de l'occupation

Selon l'article 43 du RH, la Puissance occupante a l'obligation de « rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre (...) [public] »⁶⁵¹. Il incombe donc à l'occupant de mettre tous les moyens en œuvre pour restaurer l'ordre public. Il s'agit d'une obligation de moyen et non d'une obligation de résultat. Comment cette obligation interagit-elle avec la clause de limitation des obligations relatives aux droits de l'homme ?

Notons tout d'abord que l'obligation de rétablir l'ordre public énoncée à l'article 43 du RH ne trouve pas son équivalent en DIDH. L'obligation s'y rapprochant le plus est l'obligation positive de protéger la vie à l'égard des menaces que peuvent constituer les comportements de personnes privées⁶⁵².

Puisque la restauration de l'ordre public est une obligation aux termes de l'article 43 du RH, il semble évident que certaines obligations découlant du DIDH puissent être limitées afin d'y parvenir. Sur ce point, le droit de l'occupation militaire vient fournir la justification dont le DIDH a besoin, et légitime la restriction de droits de l'homme sur la base de la protection de l'ordre public.

Pour donner corps à cette assertion, imaginons que des médias, qui exercent donc leur liberté d'expression, publient des appels à se rebeller contre une portion de la population, par exemple parce qu'elle collabore avec la Puissance occupante. Des troubles à l'ordre public émergent du fait de cet appel. La Puissance occupante aura donc l'obligation de rétablir l'ordre public sur la base de l'article 43 du RH, et pourra également limiter la liberté d'expression dudit média sur la base, par exemple, de l'article 19 du PIDCP – mais cela est vrai également pour les articles 10 de la Conv. EDH et 13, §2, b) de la CADH – puisque celui-ci incite les troubles à l'ordre public. Par conséquent, un même fait générateur peut avoir des consonances juridiques tant en DIDH qu'en droit de l'occupation belligérante.

2. Sécurité publique et sécurité de la Puissance occupante

La même logique s'applique pour la limitation des obligations internationales de l'Etat sur la base de motifs sécuritaires. Un certain nombre d'obligations du droit de l'occupation que nous avons vues plus haut peuvent être limités si la Puissance occupante craint pour sa sécurité. La sécurité publique est également un élément de limitation de certaines obligations du DIDH.

Ainsi, par exemple, si une personne protégée vivant sous l'occupation reçoit des colis de l'extérieur, cela tombe tant sous le coup de l'article 62 de la CG IV⁶⁵³ que du droit au secret de la correspondance

⁶⁵¹ RH, *op. cit.* note 19, art. 43.

⁶⁵² Cour EDH, *affaire Osman c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 octobre 1998, req. n°23452/94, §116.

⁶⁵³ CG IV, *op. cit.* note 21, art. 62 : « les personnes protégées qui se trouvent en territoire occupé pourront recevoir les envois individuels de secours qui leur seraient adressés ».

de l'article 8 de la Conv. EDH⁶⁵⁴. Cependant, s'il est allégué que ces colis contiennent du matériel susceptible de porter préjudice à la Puissance occupante, par exemple des armes, ce droit pourra être limité pour des « raisons impérieuses de sécurité » (article 62 de la CG IV) et pour des motifs de « sécurité publique » (article 8 de la Conv. EDH). De façon plus générale, la Puissance occupante peut

« (...) soumettre la population du territoire occupé à des dispositions qui sont indispensables pour (...) assurer (...) la sécurité soit de la Puissance occupante, soit des membres et des biens des forces ou de l'administration d'occupation ainsi que des établissements et des lignes de communications utilisés par elle »⁶⁵⁵.

Cette clause, dont il peut être allégué qu'elle constitue une *lex specialis* par rapport à l'article 43 du RH⁶⁵⁶, est clairement liée aux clauses de limitation du DIDH. En DIDH, l'Etat peut tout à fait édicter des dispositions qui sont contraires *prima facie* à ses obligations internationales, mais qui, en raison de motifs sécuritaires, s'y conforment. En droit de l'occupation, le principe est, selon l'article 43 du RH, que la Puissance occupante doit respecter les lois en vigueur. Cependant, il peut limiter cette obligation pour des raisons sécuritaires. Par conséquent, le DIDH et le droit de l'occupation trouvent ici un terrain d'entente.

Prenons un exemple : si la Puissance occupante ne respecte pas les lois en vigueur relatives à la libre circulation des personnes en limitant celles-ci, cette mesure est *prima facie* contraire tant à l'article 43 du RH qu'à l'article 2 du Protocole n°4 à la Conv. EDH, l'article 12 du PIDCP ou à l'article 22 de la CADH. Cependant, dès lors que la Puissance occupante invoque des raisons sécuritaires, celles-ci seront de nature à justifier une telle mesure tant sous l'angle de l'article 64 de la CG IV car elles sont « indispensables pour assurer la sécurité » et sous l'angle des instruments du DIDH précités car ceux-ci prévoient la limitation du droit de libre circulation pour des raisons de sécurité ou de sûreté.

Par conséquent, ici encore, une même mesure *a priori* contraire au DIDH et au droit de l'occupation peut se justifier au travers des clauses de limitation de ces deux régimes.

SECTION 2. LES LIMITATIONS ET LES DEROGATIONS AU DROIT DE L'OCCUPATION MILITAIRE ET AU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME PAR LE CONSEIL DE SECURITE DES NATIONS-UNIES

L'Etat n'a pas le monopole de l'initiative de la modulation de l'intensité d'application de ses obligations. En effet, le Conseil de sécurité peut imposer sa volonté aux Etats et moduler l'intensité d'application des obligations des Etats : la valeur normative des résolutions prises sur la base du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies le lui permet, bien que son pouvoir législatif ne soit pas illimité (§1). Cette autorité normative peut être utilisée afin de moduler les obligations de l'Etat découlant du droit de l'occupation et du DIDH (§2). Notons que le Conseil de sécurité peut soit exacerber et renforcer les obligations internationales de l'Etat, *i.e.* rendre celles-ci plus strictes, mais il peut également les limiter ou autoriser des dérogations. Seul la seconde hypothèse sera envisagée ici.

§1. La valeur normative des résolutions prises sur la base du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies et les limites à l'action du Conseil de sécurité

Les résolutions du Conseil de sécurité prises sur la base du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies prévalent sur les autres obligations internationales en cas de conflit normatif avec celles-ci (A). Cela ne signifie pas pour autant que l'action du Conseil de sécurité ne souffre d'aucunes limites (B).

⁶⁵⁴ Conv. EDH, *op. cit.* note 47, art. 8, §1 : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

⁶⁵⁵ CG IV, *op. cit.* note 21, art. 64, §2.

⁶⁵⁶ M. SASSOLI, « Legislation and maintenance ... », *op. cit.* note 392X, p. 670.

A. La prévalence des résolutions du Conseil de sécurité en cas de conflit d'obligation avec d'autres normes internationales

Le principe selon lequel les résolutions du Conseil de sécurité prises sur la base du Chapitre VII prévalent sur les autres obligations en cas de conflit d'obligation est bien connu et nous nous contenterons d'en rappeler les fondements. L'article 25 de la Charte des Nations Unies énonce que « [les] Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte »⁶⁵⁷. Cet article donne une force contraignante aux résolutions du Conseil de sécurité, qui sont par conséquent opposables aux Etats membres de l'ONU.

L'article 103 de la Charte sert de règle de conflit de loi dans le cas où une résolution du Conseil de sécurité prise sur la base du Chapitre VII entre en conflit avec une autre obligation internationale : « [e]n cas de conflit entre les obligations des Membres des NU en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront »⁶⁵⁸. La portée de cet article est débattu, mais nous retiendront qu'il est généralement admis que les résolutions du Conseil de sécurité prises sur la base du Chapitre VII prévalent sur les autres obligations internationales, tant conventionnelles que coutumières⁶⁵⁹.

B. Les limites à l'action du Conseil de sécurité

L'action du Conseil de sécurité est limitée par des dispositions internes à l'ordre juridique dans lequel il évolue, c'est-à-dire par la Charte des Nations Unies, traité constitutif de l'Organisation (1). De plus, son action est limitée par des dispositions externes, à savoir les normes impératives du droit international (*jus cogens*) (2).

1. Limitation interne à l'action du Conseil de sécurité : les dispositions de la Charte des Nations Unies

L'article 24 paragraphe 2 de la Charte constitutive de l'ONU énonce que le Conseil de sécurité, dans l'accomplissement de ses devoirs (*i.e.* le maintien de la paix et de la sécurité internationales⁶⁶⁰), doit agir « conformément aux buts et principes des Nations Unies »⁶⁶¹. En ce sens, la CIJ a énoncé que « le caractère politique d'un organe ne peut le soustraire à l'observation des dispositions conventionnelles qui le régissent, lorsque celles-ci constituent des limites à son pouvoir ou des critères à son jugement »⁶⁶². Dans la même veine, le TPIY affirme que « ni la lettre ni l'esprit de la Charte ne conçoivent le Conseil de sécurité comme *legibus solutus* (échappant à la loi) »⁶⁶³.

Pour les buts et principes des Nations-Unies qui intéressent notre cas, nous retiendrons les suivants :

« 1. Maintenir la paix et la sécurité internationales et à cette fin : prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écarter les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix, et réaliser, par des moyens pacifiques,

⁶⁵⁷ Charte des Nations Unies, *op. cit.* note 6, art. 25.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, article 103.

⁶⁵⁹ L'article 103 fait expressément mention des « accords internationaux ». Pour ce qui est de la coutume, la CDI a considéré que « [v]u le caractère de certaines dispositions de la Charte, la nature constitutionnelle de la Charte et la pratique établie des États et des organes de l'ONU, les obligations résultant de la Charte peuvent aussi prévaloir sur le droit international coutumier en cas de divergence ». Voir CDI, *Rapport de la Commission du droit international*, 58^e session, 2006, U.N. Doc. A/61/10 (ci-après : « le rapport de 2006 »), p. 440, §35.

⁶⁶⁰ Charte des Nations Unies, *op. cit.* note 6, art. 24, §1.

⁶⁶¹ *Ibid.*, article 24, §2.

⁶⁶² CIJ, *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, avis consultatif, 28 mai 1948, *CIJ Recueil 1947-1948*, p. 64.

⁶⁶³ TPIY, *Appel Tadic*, *op. cit.* note 28, §28.

conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix;

(...)

2. Réaliser la coopération internationale en *résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion (...)* »⁶⁶⁴.

Il existe donc deux limitations internes au système de la Charte des Nations-Unies : d'une part, les vagues « principes de la justice et du droit international » et, d'autre part, le développement et l'encouragement au « respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ». Pour certains, le paragraphe 3 de l'article 1 ne constitue pas une limite à l'action du Conseil de sécurité, puisque la formulation « réaliser la coopération internationale (...) en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme » serait « une formule trop permissive pour en faire la base légale des limites aux actions du Conseil »⁶⁶⁵. Il est vrai que la formulation est très vague, et, pour ainsi dire, assez faible. Cependant, il faut garder à l'esprit que l'obligation faite au Conseil de sécurité de respecter le but des NU visé au paragraphe 3 de l'article 1 provient de l'article 24 qui lui est très clair sur l'interdiction pesant sur le Conseil : celui-ci « agit conformément aux buts et aux principes de Nations-Unies ». L'organe exécutif de l'ONU n'a d'autre choix que d'agir conformément au but relatif à la réalisation de la coopération internationale : « cette obligation est impérative et les limites sont clairement marquées »⁶⁶⁶. Cet article ne fait aucune distinction entre les différents buts de l'organisation. Or, le meilleur moyen de contrevenir au but visant à développer et encourager les droits de l'homme n'est-il pas précisément de violer ou d'autoriser la violation de ceux-ci ?

Quel est le contenu des « principes du droit international » ? Notons tout d'abord que cette expression est différente de l'expression « principes généraux de droit » présente à l'article 38 du Statut de la CIJ. Elle ne fait donc pas référence aux sources formelles du droit. Elle est également différente de l'expression « principes généraux du droit international », dont il n'existe au demeurant aucune définition généralement acceptée⁶⁶⁷. Bref, cette expression semble être une expression *sui generis*, une clause ouverte, presque une clause de style. Néanmoins, il est clair que cette expression a une fonction précise, qui est de limiter l'action d'un Conseil de sécurité. Tant la doctrine que les travaux préparatoires vont dans ce sens⁶⁶⁸. Cette expression semble englober dans son champ d'application un certain nombre de règles coutumières n'ayant pas pour autant atteint le statut de norme de *jus cogens*, comme par exemple les « principes intransgressibles du droit international coutumier »⁶⁶⁹.

⁶⁶⁴ Charte des Nations Unies, *op. cit.* note 6, art. 1, §§ 1 et 3.

⁶⁶⁵ V. KOUTROULIS, *op. cit.* note 161, p. 102

⁶⁶⁶ Opinion dissidente de M. le Juge WEERAMANTRY sous l'affaire *Lockerbie*. Voir CIJ, *Question d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident de Lockerbie* (Libye c. Royaume-Uni), ordonnance, 14 avril 1992, *CIJ Recueil 1992*, pp. 170 ss.

⁶⁶⁷ D. CARREAU et F. MARRELLA, *Droit international*, 11^e ed., Paris, Pedone, 2012, pp. 326-327

⁶⁶⁸ V. KOUTROULIS, *op. cit.* note 161, pp. 102-105.

⁶⁶⁹ Cette expression a été consacrée par la CIJ, lorsqu'elle énonce que les méthodes de combats sont soumises à un ensemble de principe, et que le principe de l'interdiction des maux superflus ou le principe de distinction dans l'attaque constituent des « principes intransgressibles du droit international coutumier ». Voir CIJ, *Avis sur la Licéité*, *op. cit.* note 13, §75.

2. Limitation externe à l'action du Conseil de sécurité : les normes impératives du droit international

Les normes impératives du droit international général, ou norme de *jus cogens*, sont les normes « [acceptées] et [reconnues] par la communauté internationale dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère »⁶⁷⁰. Il ne fait aucun doute que l'action du Conseil de sécurité est limitée par de telles normes. La CDI relève que : « [c]omme les normes impératives lient aussi les organisations internationales, il est évident que pas plus que les États celles-ci ne pourraient invoquer une circonstance excluant l'illicéité en cas d'inexécution d'une obligation découlant d'une norme impérative »⁶⁷¹.

Il convient donc de s'interroger sur la question de savoir si, en tenant compte de ces limites, le Conseil de sécurité peut moduler les obligations des États découlant du droit de l'occupation et du DIDH dans les situations d'occupation militaire.

§2. La modulation des obligations de l'Etat par l'effet des résolutions du Conseil de sécurité prises sur la base du Chapitre VII

Nous n'aborderons pas ici la problématique du mandat des forces de maintien de la paix, qui résulte d'une résolution du Conseil de sécurité prise sur la base du Chapitre VII et de leur sujétion au droit de l'occupation et au DIDH. Nous nous bornerons à étudier la problématique de l'impact de ces résolutions sur les obligations *de l'Etat*. Après avoir étudié les normes du droit de l'occupation et du DIDH qui limitent l'action du Conseil de sécurité (A), nous donnerons deux exemples de limitation de ces deux ensembles juridiques par l'effet d'une résolution prise sur la base du Chapitre VII, tous deux relatifs à l'occupation de l'Irak par les États de la coalition (B).

A. Les normes du droit de l'occupation militaire et du droit international des droits de l'homme limitant l'action du Conseil de sécurité

La jurisprudence internationale, et tout particulièrement la CIJ, s'est montrée réticente à consacrer le caractère impératif des normes de droit international. En ce qui concerne le droit de l'occupation, il est clair que *l'ensemble* du droit de l'occupation militaire ne fait pas partie des normes impératives du droit international, et que l'ensemble de cet branche du droit n'entre pas dans la catégorie des « principes du droit international ».

Il est délicat de trancher, *in abstracto*, pour l'appartenance de telle ou telle règle aux catégories susmentionnées, qu'il s'agisse des normes impératives, des principes intransgressibles du droit international coutumier ou de principe du droit international. Il faut catégoriser. En ce sens, il nous semble que les normes reflétant l'objet et le but du DIH ne peuvent être limitées par le Conseil de sécurité. Ainsi, les normes à objectif strictement humanitaire entrent au moins dans la catégorie des principes intransgressibles du droit international. Cela ressort de l'avis de la CIJ sur la *Licéité* : les règles fondamentales de la distinction entre civils et combattants et de l'interdiction des maux superflus sont des « principes intransgressibles du droit international coutumier »⁶⁷². Cette idée est reprise par le Projet de Déclaration relative aux normes et principes fondamentaux régissant l'adoption et l'application des sanctions et d'autres mesures de coercition, qui énonce que « [l']adoption de décisions sur l'imposition de sanctions et leur application ne doivent pas créer de situations dans

⁶⁷⁰ Convention de Vienne, *op. cit.* note 55, art. 53.

⁶⁷¹ CDI, *Rapport de 2006*, *op. cit.* note 660, p. 287, §3.

⁶⁷² CIJ, *Avis sur la Licéité*, *op. cit.* note 13, §75.

lesquelles les sanctions causeraient des souffrances inutiles à la population civile »⁶⁷³. Cela ne signifie pas, semble-t-il que ces règles soit des normes impératives du droit international, mais elles entrent à minima dans la limitation interne de l'action du Conseil de sécurité.

Robert Kolb va dans le même sens : pour lui, les dérogations au DIH « could operate only with respect to specific rules of [DIH] *that are not of a fundamentally humanitarian nature* »⁶⁷⁴. Cette assertion est à mettre en perspective avec le fait que les Etats ne peuvent émettre de réserves allant à l'encontre du but et de l'objet d'un traité⁶⁷⁵. L'objet et le but humanitaire des traités de DIH constituent ce minimum, ce « principe intransgressible de droit international coutumier » auquel l'on ne peut déroger, le Conseil de sécurité des NU y compris.

Un parallèle peut être fait avec les limites aux dérogations au droit de l'occupation par accord spécial que nous avons vu plus haut : l'on ne saurait déroger au droit de l'occupation par accord spécial si cela porte préjudice aux personnes protégées par la CG IV. Il est question ici des règles purement *humanitaire*, qui incarnent le but et l'objet des CG.

En ce qui concerne le DIDH, il faut rappeler que cette branche du droit repose sur un compromis entre liberté individuelle et nécessité de vie en société, ce qui peut nécessiter le recours à des mesures sécuritaires. En ce sens, la responsabilité du Conseil de sécurité de maintenir la paix et la sécurité internationale est l'une des deux extrémités de ce compromis. Un document présenté à l'Assemblée générale par le Comité spécial de la Charte des Nations Unies et du raffermissement du rôle de l'Organisation le résume parfaitement :

« Les décisions relatives aux sanctions ne doivent pas créer des situations où seraient violés les droits fondamentaux, *qui demeurent imprescriptibles même en état d'urgence*, en premier lieu le droit à la vie, le droit de ne pas souffrir de la faim, le droit à des services efficaces de santé publique et de soins de santé pour tous »⁶⁷⁶.

La liste des droits « qui demeurent imprescriptibles même en état d'urgence » laisse cependant à désirer : l'interdiction de la torture serait un meilleur exemple, semble-t-il, que le « droit à ne pas mourir de faim », qui n'est inscrit nulle part dans les traités relatifs aux droits de l'homme. Il n'en demeure pas moins que l'action du Conseil de sécurité devrait au moins être limitée par les obligations insusceptibles de dérogation. Puisque ces obligations sont différentes dans chaque traité, cela nous amène forcément à l'étude du droit international coutumier, et plus particulièrement des normes impératives du droit international.

Un certain nombre de normes du DIDH ont valeur de *jus cogens*. Il s'agit notamment de normes auxquelles l'Etat ne peut déroger sur la base des clauses de dérogation contenues dans les traités. Ainsi, l'interdiction de la torture⁶⁷⁷, obligation internationale non-dérogeable tant sur la base du

⁶⁷³ Comité spécial de la Charte des Nations Unies et du raffermissement du rôle de l'Organisation, *Déclaration relative aux normes et principes fondamentaux régissant l'adoption et l'application des sanctions et d'autres mesures de coercition*, document de travail révisé présenté par la Fédération de Russie, 17 mars 2004, U.N. Doc A/AC.182/L.114/Rev.1, §15.

⁶⁷⁴ R. KOLB, « Occupation in Iraq since 2003 and the powers of the Security Council », *R.I.C.R.*, vol. 90, 2008, p. 33

⁶⁷⁵ Convention de Vienne, *op. cit.* note 55, art. 19, c).

⁶⁷⁶ Comité spécial de la Charte des Nations Unies et du raffermissement du rôle de l'Organisation, *op. cit.* note 674, §14.

⁶⁷⁷ CourEDH, *affaire Demir et Baykara c. Turquie*, arrêt du 12 novembre 2008, req. n°34503/97, §73 : « la Cour, dans son arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, a constaté, à partir de textes universels (l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les articles 2 et 4 de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants) et de leur interprétation par des juridictions pénales internationales (le jugement du 10 décembre 1998 rendu par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en l'affaire *Furundzija*) ou

PIDCP, de la Conv. EDH, de la CADH et du CAT, fait partie des normes limitant l'action du Conseil de sécurité. En ce sens, le Conseil ne pourrait autoriser un Etat à pratiquer la torture, même en justifiant de sa responsabilité de maintenir la paix et la sécurité internationale.

En revanche, il apparaît que le Conseil de sécurité puisse autoriser les Etats à limiter certaines normes n'ayant pas valeur de *jus cogens*, sur la base du compromis entre sécurité et libertés individuelles. Si la lutte contre le terrorisme requiert des mesures limitant les libertés individuelles, et que le Conseil de sécurité se fait le relais de telles mesures – qui prennent donc la force normative de l'article 103 de la Charte – les normes dérogeables du DIDH pourrait très bien être déplacé sur le fondement de l'impératif que constitue le maintien de la paix et de la sécurité internationales.

B. Deux exemples de limitation du droit de l'occupation et du droit international des droits de l'homme par l'effet de résolutions du Conseil de sécurité : l'occupation de l'Irak

L'occupation de l'Irak a été marquée, d'un point de vue juridique, par l'impact des résolutions du Conseil de sécurité sur l'intensité des obligations applicables – comme s'il se rattrapait de n'avoir pas autorisé l'intervention militaire des Etats de la coalition en premier lieu. Ainsi, la résolution 1483 autorise la réforme des institutions économiques irakiennes et déroge au droit de l'occupation (1). La résolution 1546⁶⁷⁸ a été adoptée dans le but d'autoriser les Etats à utiliser un certains nombres de mesures pour lutter contre l'insurrection en Irak, et notamment par l'internement préventif (2).

1. La résolution 1483 autorisant la réforme des institutions économiques irakiennes : la dérogation aux obligations relatives au droit de l'occupation

La résolution 1483 fut adoptée quelques jours après que George W. Bush ait proclamé la fin des opérations de combat en Irak et le début de l'occupation. Cependant, en vertu du principe d'effectivité, cela ne signifie pas que l'occupation ait réellement commencé à cette période ni que le droit de l'occupation n'était pas applicable auparavant, notamment à la phase d'invasion⁶⁷⁹.

Cette résolution prise sur la base du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies répond au souhait des Puissances occupant l'Irak de réformer les institutions politiques et économiques du pays sur un modèle libéral-démocrate. Cette résolution ne peut se lire sans prendre en considération la directive No. 39 de l'APC⁶⁸⁰, qui prévoit un changement radical du droit de l'investissement en Irak. Cette directive libéralise l'économie irakienne à un degré qui n'a jamais été vu auparavant : les étrangers peuvent acquérir des sociétés irakiennes sans avoir à reverser leurs profits dans l'économie locale, ce qui a toujours été prohibé par la constitution irakienne, qui réservait ce privilège aux citoyens de pays arabes⁶⁸¹. De tels changements sont clairement contraires au droit de l'occupation puisque la Puissance occupante a l'obligation générale, posée à l'article 43 du RH, de rétablir et d'assurer l'ordre et la vie publics tout en « respectant les lois en vigueur dans le pays », sauf en cas d'« empêchement absolu ».

nationales (l'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire ex parte Pinochet (No. 3)), l'existence d'une *norme impérative de droit international ou jus cogens quant à l'interdiction de la torture*, qu'elle a incorporée à sa jurisprudence dans ce domaine »

⁶⁷⁸ NU, Conseil de sécurité, *Résolution 1546 (2004)*, adoptée par le Conseil de sécurité à sa 4987^e séance, 8 juin 2004, U.N. Doc. S/RES/1546 (ci-après : « Résolution 1546 »).

⁶⁷⁹ Voir *infra*, pp. 127 ss.

⁶⁸⁰ APC, *Order No. 39, Foreign Investment (Amended by Order 46)*, CPA/ORD/19 September 2003/39.

⁶⁸¹ Voir M. ZWANENBURG, « Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the law of occupation », *R.I.C.R.*, vol. 86, 2004, p. 757.

Il est évident que tel changement de législation n'était pas « nécessaire » pour « maintenir l'ordre et la vie publics », et encore moins « absolument nécessaire »⁶⁸².

Dans son premier considérant, la résolution « [a]ppelle les États Membres et les organisations concernées à aider le peuple iraquien dans les efforts qu'il déploie pour réformer ses institutions et reconstruire le pays (...) »⁶⁸³. De plus, cette résolution « demande » à l'APC « de promouvoir le bien-être de la population iraquienne en assurant une administration efficace du territoire », et ce « conformément aux dispositions pertinentes du droit international »⁶⁸⁴. S'ensuit une longue liste de mesure, principalement économiques, visant à réformer l'Irak. Un grand nombre de représentants des Etats impliqués en Irak considèrent cette résolution comme une autorisation explicite du Conseil de sécurité à réformer l'Irak, et, par conséquent, à déroger à l'article 43 du RH⁶⁸⁵.

La question de savoir si le Conseil de sécurité a effectivement dérogé au droit de l'occupation militaire est débattue⁶⁸⁶. Pour ce qui nous concerne, nous retiendrons que de tels changements de nature économiques ne portent pas préjudice à la protection des personnes protégées ; ils ne sont *a priori* contraires à aucune norme de *jus cogens* ; et ne semblent pas contraires aux « principes du droit international ». Bref, la résolution 1483 ne va pas à l'encontre du but et de l'objet des CG et ne porte pas atteinte à l'objectif humanitaire de ces traités. Il semble que dans ce cas, le droit de l'occupation militaire ne limite pas l'action du Conseil de sécurité, qui peut moduler l'intensité d'application de celui-ci.

2. La résolution 1546 et l'internement préventif : la dérogation aux obligations relatives aux droits de l'homme

La résolution 1586 « habilite » la force multinationale d'occupation de l'Irak à « prendre toutes les mesures nécessaires pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Iraq conformément aux lettres qui figurent en annexe à la présente (...) notamment en ce qui concerne la prévention du terrorisme et la dissuasion des terroristes »⁶⁸⁷. Dans les lettres attachées à la résolution figure celle du Département d'Etat américain, qui considère que parmi les activités visant à contribuer au maintien de la sécurité et à assurer la protection des forces figure « l'internement si nécessaire pour des raisons impératives de sécurité ». Cette disposition reprend l'article 78 de la CG IV, qui autorise les détentions préventives pour d'« impérieuses raisons de sécurité ». Le droit d'exercer des recours contre la décision d'internement est prévu par l'article 78⁶⁸⁸. Sans se prononcer sur le conflit d'obligation pouvant naître de l'article 78 et du droit à la liberté et à la sûreté, nous retiendrons que cette résolution, si elle était interprétée comme autorisant une dérogation au DIDH, serait contraire au DIDH : tous les

⁶⁸² En ce sens, voir M. SASSOLI, « Legislation and maintenance ... », *op. cit.* note 392, p. 679.

⁶⁸³ Résolution 1483, *op. cit.* note 342, §1.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, §4.

⁶⁸⁵ Voir M. ZWANEMBURG, *op. cit.* note 682, pp. 757-758.

⁶⁸⁶ Comparer les positions de M. ZWANEMBURG, *op. cit.* note 682, pp. 765-767, et de A. ORAKHELASHVILI, « The Post-War Settlement in Iraq : The UN Security Council Resolution 1483 (2003) and General International Law », *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 8, 2003, p. 307.

⁶⁸⁷ Lettre des Etats-Unis au Conseil de sécurité attachée à la Résolution 1546, *op. cit.* note 679.

⁶⁸⁸ CG IV, *op. cit.* note 21, art. 78, §2 : « Les décisions relatives à la résidence forcée ou à l'internement seront prises suivant une procédure régulière qui devra être fixée par la Puissance occupante, conformément aux dispositions de la présente Convention. Cette procédure doit prévoir le droit d'appel des intéressés. Il sera statué au sujet de cet appel dans le plus bref délai possible. Si les décisions sont maintenues, elles seront l'objet d'une révision périodique, si possible semestrielle, par les soins d'un organisme compétent constitué par ladite Puissance ».

instruments internationaux interdisent la détention administrative (c'est-à-dire la détention qui n'intervient pas dans le but de poursuites pénales), sauf dans des cas tout à fait extrêmes⁶⁸⁹.

La résolution 1546 pourrait donc être vue comme dérogeant au DIDH, puisqu'elle est prise sur la base du Chapitre VII, et revêt donc la force juridique de l'article 103 de la Charte. La Cour EDH a considéré que cette résolution ne dérogeait pas au DIDH dans la mesure où le Conseil de sécurité n'a pas employé « un langage clair et explicite »⁶⁹⁰ autorisant les Etats à prendre des mesures qui dérogeraient au DIDH. Si l'on avait considéré que cette résolution dérogeait au DIDH, Le Conseil de sécurité aurait-il agi *ultra vires* ?

Le droit à la liberté et à la sûreté est une obligation à laquelle l'Etat peut déroger. Il existe cependant une tendance à la consécration du caractère non-dérogeable du droit d'habeas corpus⁶⁹¹, mais le droit d'habeas corpus n'est pas réellement mis à mal par cette disposition : c'est davantage le caractère *préventif* de la détention qui pose problème. Puisque l'Etat peut déroger au droit à la liberté et à la sûreté et donc détenir préventivement des individus, rien n'empêche le Conseil de sécurité de faire de même. Cependant, il sera nécessaire, dans de tels cas, que le cadre juridique mis en place par le Conseil de sécurité soit précis, pour qu'il remplace de façon efficiente le cadre du DIDH. Il semble qu'en ce qui concerne les obligations dérogeables, le Conseil de sécurité puisse moduler l'intensité de leur application, dans la stricte mesure où cela vise un but légitime, comme celui de « rétablir et de maintenir la paix et la sécurité internationales ». Il faudra dans tous les cas que cette mesure respecte le principe de proportionnalité du DIDH.

⁶⁸⁹ Voir par exemple CDH, *Observation générale No. 35, Article 9 (Liberté et sécurité de la personne)*, 16 décembre 2014, U.N. Doc. CCPR/C/GC/35, §15 : « Dans la mesure où les États parties imposent une détention pour raisons de sécurité (parfois appelée détention administrative ou internement administratif) *sans lien avec l'ouverture de poursuites pénales*, le Comité considère que *cette forme de détention emporte de graves risques de privation arbitraire de liberté. Une telle détention équivaut généralement à une détention arbitraire étant donné que d'autres dispositifs efficaces, notamment le système de justice pénale, sont disponibles pour faire face à la menace*. Si, dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, une *menace immédiate, directe et inévitable* est invoquée pour justifier la détention d'une personne considérée comme présentant une telle menace la charge de la preuve incombe à l'État partie, qui *doit montrer que la menace émane de l'individu visé et qu'aucune autre mesure ne peut être prise, et cette charge augmente avec la durée de la détention*. L'État partie doit aussi montrer que la détention ne dure pas plus de temps qu'il n'est absolument nécessaire, que la durée totale de la détention possible est limitée et que les garanties prévues à l'article 9 sont pleinement respectées dans tous les cas. Un réexamen rapide et régulier par un tribunal ou un autre organe répondant aux mêmes critères d'indépendance et d'impartialité que les organes judiciaires est nécessaire pour garantir le respect de ces conditions, de même que l'accès à un conseil indépendant, de préférence choisi par le détenu, et la communication au détenu, au minimum, de la nature des preuves sur lesquelles la décision est fondée ».

⁶⁹⁰ Cour EDH, *affaire Al-Jedda c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 110, §102.

⁶⁹¹ Voir Cour IADH, *Avis consultatif, Habeas Corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2), 25(1), and 7(6) American Convention on Human Rights)*, 30 janvier 1987, OC-8/87.

CHAPITRE 2. LA MODULATION DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ETAT DANS CERTAINES SITUATIONS JURIDIQUES

De la même façon que des éléments juridiques à la disposition des Etats ou d'autres sujets du droit international peuvent servir à moduler l'intensité d'application des obligations internationales des Etats de sorte que certains pans de ces ensembles juridiques ne s'appliquent pas, certaines situations juridiques impactent sur l'intensité d'application des obligations internationales. Dans ces cas, les deux ensembles juridiques à l'étude vont n'être que partiellement applicables.

Nous avons fait plusieurs fois référence au fait que le droit de l'occupation et le DIDH disposent de plusieurs seuils d'application, plus ou moins exigeant en termes d'intensité. Cette affirmation va prendre tout son sens lorsque l'on appliquera le droit de l'occupation et le DIDH aux phases d'invasion du territoire et aux situations post-occupation (section 1). De plus, nous avons largement insisté sur le fait que l'application du DIDH aux situations d'occupation militaire devait être réaliste : ne pas aller au-delà de ce qui peut être raisonnablement attendu d'un Etat dans un contexte extraterritorial de belligérance, mais ne pas non plus donner carte blanche aux Etats pour agir comme bon leur semble dans de tels contextes. Ici encore, cette assertion va prendre sens lorsque l'on confrontera les obligations positives de l'Etat à la réalité conflictuelle et extraterritoriale de l'occupation militaire (section 2).

SECTION 1. LA MODULATION DES OBLIGATIONS DE L'ETAT DANS LA PHASE D'INVASION ET LES PHASES POST-OCCUPATION

L'application des obligations internationales de l'Etat à la phase d'invasion (§1) et aux phases post-occupation (§2) montre que le droit de l'occupation militaire et le DIDH s'adaptent à ces phases dont l'intensité tombe en deçà du seuil d'application « classique » du droit de l'occupation figurant à l'article 42 du RH.

§1. La modulation des obligations découlant du droit de l'occupation militaire et du droit international des droits de l'homme à la phase d'invasion

L'existence de deux seuils d'application distincts au RH et à la CG IV permet l'applicabilité de certaines obligations à la phase d'invasion (A). De la même façon, les critères d'applicabilité du DIDH – élément de rattachement spatial et élément de rattachement personnel – disposent de deux seuils d'application différents, ce qui permet également d'appliquer certaines obligations à la phase d'invasion (B).

A. La dissociation du seuil d'application du Règlement de La Haye de 1907 et du seuil d'application de la quatrième Convention de Genève : applicabilité de certaines obligations à la phase d'invasion

Nous avons vu plus haut que l'article 154 de la CG IV pose le principe de complémentarité entre cet instrument et le RH. Cependant, cette disposition est muette sur les modalités d'exercice de cette complémentarité : comment ces deux ensembles de normes s'agencent-ils ?

Malgré le titre de la section III du titre III (« Territoires occupés »), qui ne permet pas à lui seul d'introduire un champ d'application différencié du reste de la Convention (1), la section III du RH et la section III du titre III de la CG IV disposent de deux seuils d'application distincts. Nous ne reviendrons pas sur le seuil d'application du RH, étudié plus haut. Une interprétation de la CG IV à l'aune de son objet et de son but (2), ainsi qu'une étude de la jurisprudence et de la pratique des Etats et du CICR (3) permet de s'en convaincre. Enfin, nous verrons que l'application de la Section III du

Titre III de la CG IV à la phase d'invasion suppose l'adoption d'une approche fonctionnelle, afin de respecter le principe de l'effectivité irriguant le DIH (4).

1. La référence aux « Territoires occupés » dans le titre de la section III ne permet pas de déroger au champ d'application normal de la quatrième Convention de Genève

La CG IV s'applique en cas de CAI ou d'occupation au sens de l'article 2 (applicabilité *ratione materiae*) et à l'égard des « personnes protégées » au sens de l'article 4 (applicabilité *ratione personae*). Ces deux articles constituent le champ d'application « par défaut » de la CG IV.

A chaque fois que les Etats ont voulu introduire un champ d'application distinct du champ d'application normal de la CG IV, ils l'ont fait de manière explicite⁶⁹² : ainsi, l'article 13, intitulé « Champ d'application du Titre II », énonce que « [l]es dispositions du présent titre visent l'ensemble des populations des pays en conflit, sans aucune distinction défavorable, notamment de race, de nationalité, de religion ou d'opinions politiques et tendent à atténuer les souffrances engendrées par la guerre »⁶⁹³. Le champ d'application du Titre II est donc plus protecteur des populations civiles que le champ d'application du Titre III, puisque ce dernier ensemble normatif discrimine les « personnes protégées » en fonction des liens que leur Etat de nationalité entretient avec les belligérants. L'article 4 l'énonce lui-même : « [l]es dispositions du Titre II ont toutefois un champ d'application plus étendu, défini à l'article 13 »⁶⁹⁴.

Concernant le Titre III, aucune dérogation de la sorte n'a été incluse afin d'échapper au « champ d'application normal » de la CG IV. Certes, celle-ci s'applique en cas d'« occupation », dont la définition figure à l'article 42 du RH. Cela veut-il pour autant dire que ne s'applique *que* en cas d'occupation au sens de l'article 42 du RH ?

D'un point de vue fonctionnel, certaines normes semblent pouvoir s'appliquer hors du cas prévu à l'article 42 du RH sans que cela débouche sur une situation déraisonnable dans laquelle la Puissance occupante serait soumise à des obligations dont elle ne saurait s'acquitter. L'approche fonctionnelle se caractérise par la fixation d'un seuil d'applicabilité à chaque obligation à laquelle l'Etat doit se conformer si le fait social que la norme a pour *fonction* de réguler se matérialise, peu important l'applicabilité du régime dans son ensemble. Il en va ainsi de l'article 49, §1⁶⁹⁵, concernant l'interdiction des transferts forcés et des déportations : l'on pourrait parfaitement imaginer que des forces d'invasion, n'exerçant pas de « contrôle effectif » sur le territoire adverse au sens de l'article 42 du RH, puissent se livrer à des transferts forcés ou des déportations de personnes protégées. Il en va de même pour l'interdiction de l'enrôlement dans les forces armées de personnes protégées prévue à l'article 51, §1⁶⁹⁶ : une telle situation de fait pourrait parfaitement survenir sans que les forces d'invasion n'exercent de « contrôle effectif » sur le territoire. Dans ces deux cas précis, faut-il limiter l'application de la CG IV à la situation d'« occupation » telle qu'entendue par le RH ?

Certes, l'on pourrait soutenir que l'interdiction générale de la contrainte physique ou morale prévue à l'article 31 – donc dans la section I du titre III, intitulée « Dispositions communes aux territoires des parties au conflit et aux territoires occupés » – pourrait être interprétée comme englobant l'interdiction

⁶⁹² V. KOUTROULIS, *op. cit.* note 161, p. 60.

⁶⁹³ CG IV, *op. cit.* note 21, art. 13.

⁶⁹⁴ CG IV, *op. cit.* note 21, art. 4.

⁶⁹⁵ CG IV, *op. cit.* note 21, art. 49, §1 : « Les transferts forcés, en masse ou individuels, ainsi que les déportations de personnes protégées hors du territoire occupé dans le territoire de la Puissance occupante ou dans celui de tout autre état, occupé ou non, sont interdits, quel qu'en soit le motif ».

⁶⁹⁶ CG IV, *op. cit.* note 21, art. 41, §1 : « La Puissance occupante ne pourra pas astreindre des personnes protégées à servir dans ses forces armées ou auxiliaires. Toute pression ou propagande tendant à des engagements volontaires est prohibée ».

des transferts forcés et des déportations (article 49, §1) et l'interdiction de l'enrôlement forcé (article 51, §1). Cependant, ni la pratique des Etats, ni l'étude du CICR sur le DIH coutumier ne vont dans ce sens⁶⁹⁷. La démonstration de l'application différenciée du RH et de la CG IV conserve donc son utilité.

2. L'objet et le but de la quatrième Convention de Genève : la protection maximale des civils dans les conflits armés

La CG IV est la première convention internationale protégeant directement la population civile dans les situations de conflit armé. Le but et l'objet de cette convention unique plaide en faveur de l'application aux phases d'invasion des normes pouvant être appliquées dans ces situations qui ne rentrent pas dans la définition de l'article 42 du RH, puisqu'« il est dans l'esprit des quatre conventions [de Genève] que les Etats les appliquent le plus largement possible »⁶⁹⁸. En ce sens, le TPIY énonce que le DIH est une « branche réaliste du droit, basée sur la notion d'efficacité et visant autant que possible à dissuader quiconque de contrevenir à ses règles »⁶⁹⁹. Plus précisément, lorsqu'il interprète l'article 4 à la lumière de son objet et de son but, le tribunal conclut que cet article « vise à assurer la protection maximale aux civils »⁷⁰⁰. Le Commentaire du CICR avance que « (...) les Conventions sont faites avant tout pour protéger les individus et non pas pour servir les intérêts des Etats »⁷⁰¹. Nous avons également déjà vu que la CIJ a énoncé que « les auteurs de la quatrième convention de Genève ont cherché à assurer la protection des personnes civiles en temps de guerre indépendamment du statut des territoires occupés (...) »⁷⁰². Bref, l'objet et le but de la CG IV est la protection *maximale* des civils dans les conflits armés. Par conséquent, « [r]estreindre la notion d'occupation dans les CG à une définition basée exclusivement sur le contrôle effectif limiterait la protection et irait ainsi à l'encontre de l'objet même des Conventions »⁷⁰³.

Pour M. Sassoli, si l'on considère que le territoire envahi n'est pas considéré comme un « territoire occupé » au sens de la Section III, l'on ne saurait justifier, eu égard à l'objet et au but de la CG IV, que des civils protégés qui tombent au pouvoir des forces d'invasion sur le territoire envahi ne soient protégés ni contre la torture, ni contrôle le viol, la prise d'otages ou les peines collectives. En effet, chacune de ces interdictions appartient à la Section I et s'applique donc seulement aux territoires des parties au conflit et au territoire occupé et non au territoire envahi⁷⁰⁴.

3. La pratique des Etats et du Comité international de la Croix-Rouge et la jurisprudence internationale

Les Etats semblent peu enclins à accepter l'application de règles de la section III du titre III à des situations n'atteignant pas le niveau requis par l'article 42 du RH. Cependant, il existe certains manuels militaires envisageant l'application de ces dispositions aux territoires envahis. Ainsi, le manuel suisse introduit une nouvelle notion, celle de « territoire momentanément occupé »⁷⁰⁵ qui sont soit les territoires étrangers occupés « pendant une période très brève » ; soit « les territoires à

⁶⁹⁷ V. KOUTROULIS, *op. cit.* note 161, pp. 61-62.

⁶⁹⁸ Premier rapport du Comité spécial à la Commission mixte, *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, tome II-B, Berne, Département politique fédéral, p.103.

⁶⁹⁹ TPIY, *Affaire Tadic*, *op. cit.* note 458, §96.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, §168.

⁷⁰¹ *Commentaire Pictet*, *op. cit.* note 181, p. 27.

⁷⁰² CIJ, *Avis sur le Mur*, *op. cit.* note 13, §95.

⁷⁰³ V. KOUTROULIS, *op. cit.* note 161, p. 63.

⁷⁰⁴ M. SASSOLI, « Plaidoyer pour Pictet et pour les habitants des territoires envahis : arguments en faveur de l'applicabilité de la Quatrième Convention de Genève pendant la phase d'invasion », *R.I.C.R.*, vol. 94, 2012, p. 47.

⁷⁰⁵ Manuel des forces armées suisses, *Lois et coutumes de la Guerre (Extrait et commentaire)*, Règlement 51.7/IIIf, Armée suisse, 1^{er} septembre 1987, art. 152, p. 42.

plusieurs reprises occupés et abandonnés au cours des combats ». Sur ces territoires, non seulement le titre II de la CG IV (« Dispositions communes aux territoires des parties au conflit et aux territoires occupés ») est applicable, mais les articles 59 et 61 de la CG IV relatifs aux secours (appartenant donc au Titre III « Territoires occupés ») susmentionnés le sont également. Un manuel belge considère que l'article 51 susmentionné est applicable à des situations n'entrant pas dans la définition de l'occupation militaire de l'article 42 du RH⁷⁰⁶.

Concernant la pratique du CICR, cette organisation considère – n'en soyons pas surpris – qu'il existe bien deux seuils d'application au droit de l'occupation. Le Professeur Daniel Thürer, un membre du CICR, résume la position des gardiens des Conventions de Genève en lien avec cette problématique, telle qu'appliquée lors de l'occupation de l'Irak par les Etats de la Coalition, de la façon suivante :

« The [CICR] took [a] pragmatic position as for determining whether a situation amounted to occupation. While, strictly speaking, the armed forces of some of these States were probably not “exercising authority” over territory within the meaning of Article 42 of the Hague Regulations, they could find themselves in a situation where they could be *exercising control over protected persons, and in interacting with these persons, would have to respect the laws of occupation*. Therefore, in order to maximise the protection of individuals, the [CICR] also issued a memorandum to these States recalling their obligations under the law of occupation»⁷⁰⁷.

Le CICR considère donc que le droit de l'occupation doit être respecté dès lors que l'envahisseur « interagit avec des personnes protégées », dans le but d'assurer une protection maximale à celle-ci. Cette prise de position est conforme au but et à l'objet de la CG IV.

Le TPIY s'est fait le champion de l'interprétation extensive des dispositions relatives à l'occupation dans la CG IV et a reconnu l'existence de deux seuils d'application en droit de l'occupation. Le TPIY s'appuie sur la « théorie Pictet », énoncée dans le Commentaire de l'article 6 de la CG IV, selon lequel

« [l]a Convention devra s'appliquer dès lors que des troupes seront en territoire étranger et en contact avec la population civile. (...) Dans tous les cas d'occupation, qu'elle s'effectue par la force ou sans rencontrer de résistance, l'application aux individus, c'est-à-dire aux personnes protégées, intervient au fur et à mesure que celles-ci se trouvent au pouvoir de la Puissance occupante.

Il résulte de ce que nous venons de dire que par le mot « occupation » l'article se réfère à une notion plus large que celle qui fait l'objet de l'article 42 du [RH]. Pour les individus, l'application de la IVe Convention de Genève est indépendante de l'existence d'un état d'occupation au sens de cet article 42. Les rapports entre la population civile d'un territoire et la troupe qui avance sur ce territoire, en combattant ou non, sont régis par la présente Convention. Il n'y a pas de période intermédiaire entre ce que l'on pourrait appeler la phase d'invasion et l'installation d'un régime d'occupation stable »⁷⁰⁸.

Et la Chambre de reconnaître que

« [l]'application du régime de l'occupation à des "individus", c'est-à-dire des civils protégés par la [CG IV], n'exige donc pas que la puissance occupante exerce une autorité effective. S'agissant des droits de ces individus, l'état d'occupation existe dès lors qu'ils se trouvent "au pouvoir de la puissance occupante". Si tel n'était pas le cas, les civils bénéficieraient d'une protection moindre que celle à laquelle ils auraient droit une fois établie l'occupation »⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶ Forces armées belges, Etat-major général, *Droit de la guerre, Dossier d'instruction pour soldat*, JS3 (non daté), p. 14.

⁷⁰⁷ D. THÜRER, « Current Challenges to the Law of Occupation », *Actes du Colloque de Bruges, Les défis contemporains au droit de l'occupation*, 20-21 octobre 2005, p. 15.

⁷⁰⁸ *Commentaire Pictet*, op. cit. note 181, pp. 66-67.

⁷⁰⁹ TPIY, affaire *Naletilić* op. cit. note 44, §221.

La Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Éthiopie offre un exemple pratique de l'application de certaines obligations du droit de l'occupation à la phase d'invasion. L'affaire concernait la présence militaire éthiopienne dans la ville de Teseny pendant deux périodes : entre le 28 mai et le 4 juin 2000, et entre le 14 et la 19 juin de la même année. La Commission s'interroge sur l'applicabilité du droit de l'occupation à ces deux courtes périodes de présence militaire et affirme que :

« (...) the Ethiopian military presence was more transitory in most town and villages on the Western Front than it was on the Central Front, where the Commission found Ethiopia to be an occupying power. The Commission also recognizes that not all of the obligations of Section III of Part III of Geneva Convention IV (the section that deals with occupied territories) can reasonably be applied to an armed force anticipating combat and present in the area only for a few days. Nevertheless, a State is obligated by the remainder of that Convention and by customary international humanitarian law to take appropriate measures to protection enemy civilians and civilian property present within areas under the control of its armed forces »⁷¹⁰.

Il est intéressant de noter que l'idée selon laquelle l'envahisseur puisse être lié par certaines obligations du droit de l'occupation alors même qu'il n'exerce pas de contrôle effectif au sens de l'article 42 du RH n'est pas nouvelle. Cette problématique apparaissait déjà dans les débats de la Conférence de la Paix de 1899. Ainsi, le délégué allemand énonce que « l'article 42 donne une définition quasi-juridique du terme "occupation", mais dans la plupart des articles suivants les mots "occupé, occupant, occupation" sont employés dans un sens plus large, militairement pour ainsi dire, qui comprend en même temps l'envahissement et l'occupation »⁷¹¹. De plus, dans le rapport de la 5^e séance de la Conférence plénière, une observation générale a été faite « au sujet de tous les articles qui sont comprises dans la Section III » : « les restrictions, imposées à la liberté d'action de l'occupation, s'appliquent à fortiori à l'envahisseur, alors qu'il n'y aurait pas encore *occupation* au sens de l'article 42 »⁷¹².

Par conséquent, certaines normes du droit de l'occupation peuvent s'appliquer à la phase d'invasion. Comme le relevait déjà Jean Pictet en 1958,

« [m]ême une patrouille qui pénétrerait en territoire ennemi, sans avoir l'intention de s'y maintenir, doit respecter la Convention à l'égard des personnes civiles qu'elle rencontrerait. Elle ne saurait par exemple emmener avec elle des personnes civiles en se retirant. Un tel acte serait en contradiction avec l'article 49, qui prohibe les déportations et les transferts forcés hors du territoire occupé. Il en va de même pour les raids qui seraient faits sur le territoire de l'ennemi ou sur ses côtes. La Convention est formelle : toutes les personnes qui se trouvent au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes sont des personnes protégées. Il n'y a pas de lacune dans le système établi par la Convention »⁷¹³.

⁷¹⁰ Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Éthiopie, *Front occidental, Bombardements aériens et demandes assimilées – Réclamations de l'Erythrée no. 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26, op. cit.* note 194, pp. 7-8, §§23-24.

⁷¹¹ Cité dans A. MECHELYNCK, *La Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre d'après des Actes et Documents des Conférences de Bruxelles de 1874 et de La Haye de 1899 et 1907*, Gand, Ad. Hoste, 1915, p. 425.

⁷¹² Pays-Bas, Ministère des Affaires étrangères, Conférence plénière, cinquième séance, 5 juillet 1899, Annexe 1 au Procès-verbal de la séance du 5 juillet no. 5, Rapport à la Conférence, *Actes de la Conférence internationale de la Paix, La Haye, 18 mai – 18 juillet 1899*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1907, p. 30.

⁷¹³ *Commentaire Pictet, op. cit.* note 181, p. 67.

4. La modulation des obligations de l'Etat dans la phase d'invasion: une approche fonctionnelle dictée par le principe d'effectivité

Nous l'avons déjà dit, le DIH repose sur le principe d'effectivité selon lequel l'applicabilité du DIH ne dépend que des faits, son application devant refléter ceux-ci. Marten Zwanenburg relève avec justesse qu'« [i]l y a lieu de s'interroger sur la compatibilité de la théorie de Pictet avec le principe de l'effectivité »⁷¹⁴, car cette théorie « pourrait conduire à une situation dans laquelle une Puissance occupante se trouve dans l'impossibilité matérielle de remplir les obligations qui lui incombent »⁷¹⁵. Il faut donc adopter une approche fonctionnelle, selon laquelle il faut distinguer entre « d'une part, les dispositions du droit de l'occupation qui sont applicables dès l'invasion et celles qui entrent en jeu après qu'un degré plus élevé de contrôle soit établi »⁷¹⁶. C'est ici que se matérialise la modulation des obligations de la Puissance occupante en raison de la situation juridique qu'est l'invasion d'un territoire.

Sans nous livrer à une étude exhaustive des dispositions de la Section III du Titre III de la CG IV⁷¹⁷, il est clair des obligations négatives telles que l'interdiction des déportations et des transferts forcés, ou l'interdiction de l'enrôlement peuvent et doivent être respectées dès le début de l'invasion. Comme le relève M. Sassoli, « il semblerait absurde qu'aucune règle de la IV^e Convention n'interdise la déportation de civils durant la phase d'invasion, mais que la déportation soit totalement prohibée une fois que l'invasion a débouché sur l'occupation »⁷¹⁸. A l'inverse, l'on peut imaginer que l'interdiction faite à la Puissance occupante de modifier le statut des fonctionnaires ou des magistrats⁷¹⁹, ou la possibilité pour celle-ci de légiférer dans le territoire occupé⁷²⁰ supposent un niveau de contrôle territorial plus important.

Certains experts du CICR proposent deux classifications des obligations à respecter dès la phase de l'invasion, en fonction de la nature de l'obligation : ils distinguent les obligations positives des obligations négatives et les droits relatifs à l'individu des normes relatives à la gouvernance. Lors de la réunion d'experts, l'une des propositions fut que l'envahisseur ne devait respecter que les obligations négatives protégeant l'individu, alors que [the] fulfilment of positive and governance-related duties would be based on the level of control exerted, the constraints prevailing in a situation of invasion, and the resources at the foreign forces' disposal »⁷²¹. La classification, en général, compromet le principe d'effectivité puisque le juriste serait tenté de l'appliquer aveuglément, sans prendre en considération la situation factuelle. Néanmoins, l'idée est là : il est réaliste d'appliquer certaines catégories d'obligations à la phase d'invasion.

⁷¹⁴ M. ZWANENBURG, « Contre la théorie Pictet », *R.I.C.R.*, vol. 94, 2012, p. 37.

⁷¹⁵ *Ibid.*

⁷¹⁶ V. KOUTROULIS, *op. cit.* note 161, p. 70. Voir également M. SASSOLI, « The Concept and the Beginning of Occupation », *The 1949 Geneva Convention: A Commentary* (dir. A. CLAPHAM, P. GAETA et M. SASSOLI), OUP, 2015, pp. 41-47.

⁷¹⁷ M. SIEGRIST, *The Functional Beginning of Belligerent Occupation*, The Graduate Institute, Genève, eCahiers, No 7, avril 2011, pp. 35-77, disponible sur [<http://iheid.revues.org/75?lang=en>] (dernière consultation le 20 août 2016).

⁷¹⁸ M. SASSOLI, « Plaidoyer pour Pictet ... », *op. cit.* note 706, p. 48.

⁷¹⁹ CG IV, *op. cit.* note 21, art. 54, §1 : « Il est interdit à la Puissance occupante de modifier le statut des fonctionnaires ou des magistrats du territoire occupé ou de prendre à leur égard des sanctions ou des mesures quelconques de coercition ou de discrimination parce qu'ils s'abstiendraient d'exercer leurs fonctions pour des considérations de conscience ».

⁷²⁰ *Ibid.*, art. 64, §2 : « La Puissance occupante pourra toutefois soumettre la population du territoire occupé à des dispositions qui sont indispensables pour lui permettre de remplir ses obligations découlant de la présente Convention, et d'assurer l'administration régulière du territoire ainsi que la sécurité soit de la Puissance occupante, soit des membres et des biens des forces ou de l'administration d'occupation ainsi que des établissements et des lignes de communications utilisés par elle ».

⁷²¹ Réunion d'experts du CICR sur l'occupation, *op. cit.* note 100, p. 25.

B. Élément de rattachement spatial et élément de rattachement personnel : deux seuils d'application différents permettant l'applicabilité de certaines obligations à la phase d'invasion

De la même façon que le droit de l'occupation militaire, le DIDH dispose de deux seuils d'application différents. Nous avons vu plus haut que l'élément de rattachement personnel, tel qu'il est interprété à l'heure actuelle, ne fait pas office de seuil d'application au DIDH puisqu'il permet en réalité l'application de cet ensemble juridique en toutes circonstances. En revanche, l'élément de rattachement spatial consiste en un véritable test avec un certain nombre d'éléments constitutifs que nous avons étudié plus haut. Dans quelle mesure peut-il y avoir application commune du droit de l'occupation belligérante et du DIDH dans la phase d'invasion ?

Puisque « [l]a question de savoir si un Etat contractant exerce ou non un contrôle effectif sur un territoire hors de ses frontières est une question de fait »⁷²², de la même façon que l'occupation militaire est une question de fait, il est évident que le modèle spatial de juridiction se confronte aux mêmes problèmes que le droit de l'occupation – à savoir l'existence de « zones grises ». Ces « zones grises » peuvent résulter d'un niveau d'intensité de contrôle dont l'on ne sait pas s'il débouche sur un contrôle effectif du territoire, ce qui serait le cas pour certaines incursions rapides et avec peu de moyens sur un territoire étranger. Une « zone grise » pourrait également résulter des moyens de contrôle d'un territoire. Par exemple, la question de savoir si un Etat peut contrôler effectivement un territoire étranger en n'étant présent que dans son espace aérien peut se poser, comme en témoigne l'affaire *Bankovic*, relative à l'« intervention d'humanité » de l'OTAN. en Serbie.

Du point de vue de l'élément de rattachement spatial (1), l'adoption d'une approche fonctionnelle au début de l'application est impossible en raison du principe européen selon lequel le « contrôle effectif » sur un territoire déclenche l'application de « la totalité des droits matériels » de la Conv. EDH. Cependant, un recours au modèle personnel de juridiction permettrait l'applicabilité de certaines normes à la phase d'invasion (2).

1. Convention européenne des droits de l'homme : l'impossibilité d'adopter une approche fonctionnelle de l'élément de rattachement spatial en raison de l'application de la « totalité des droits matériels » du traité

Le problème particulier du modèle spatial de juridiction est qu'il fait obligation à l'Etat « de reconnaître sur le territoire en question [*i.e.* le territoire effectivement contrôlé] la totalité des droits matériels énoncés dans la Convention et dans les Protocoles additionnels qu'il a ratifiés »⁷²³. Dès lors, une approche fonctionnelle du type de celle développée par le CICR au regard du droit de l'occupation est impossible, puisque la Cour EDH ne connaît que deux alternatives : soit l'ensemble des droits matériels sont applicables, soit aucun ne l'est. Les requérants de l'affaire *Bankovic* avaient tenté de faire accepter par la Cour EDH une telle approche fonctionnelle. Ils considèrent que l'exercice de leur juridiction par les Etats

« (...) peut se déterminer à partir d'une adaptation des critères du « contrôle effectif » dégagés par la Cour dans les arrêts *Loizidou* précités (*exceptions préliminaires* et *fond*), de sorte que l'étendue de l'obligation positive procédant de l'article 1 de la Convention de reconnaître les droits consacrés par celle-ci serait proportionnée à l'ampleur du contrôle effectivement exercé. Ils estiment que cette conception de la notion de juridiction au sens de l'article 1 est de nature à fournir à la Cour des critères exploitables pour le traitement des plaintes pouvant naître à l'avenir de situations comparables.

⁷²² Cour EDH, affaire *Catan et autres op. cit.* note 69, §107.

⁷²³ Cour EDH, affaire *Al-Skeini et autres op. cit.* note 110, §138.

Ainsi, lorsque la Cour, dans les arrêts Loizidou précités (*exceptions préliminaires et fond*), jugea que les forces turques exerçaient un contrôle effectif sur la partie nord de Chypre, il était juste de considérer que la Turquie avait l'obligation de garantir le respect sur le territoire en question de l'ensemble des droits consacrés par la Convention. *En revanche, lorsque les Etats défendeurs frappent une cible située en dehors de leur territoire, ils ne sont pas tenus à l'impossible (assurer le respect de l'éventail complet des droits reconnus par la Convention), mais ils doivent être jugés responsables des violations des droits garantis par la Convention dont ils avaient la possibilité d'assurer le respect dans la situation en cause* »⁷²⁴.

La Cour EDH va rejeter cette interprétation de l'article 1, sur la base du fait que l'application des droits de la Conv. EDH ne sauraient être « fractionnée et adaptée en fonction des circonstances particulières de l'acte extraterritorial en cause »⁷²⁵ en se fondant sur l'article 19 de la Conv. EDH, lien qui est loin d'être évident : cet article n'a trait qu'à la compétence de la Cour EDH pour appliquer la Conv. EDH et ses protocoles, et non à l'applicabilité de la Conv. EDH⁷²⁶. Le fait que la Conv. EDH établisse une Cour EDH pour appliquer la Conv. EDH et ses protocoles n'implique en rien que la Cour EDH doive appliquer l'ensemble de la Convention à chaque situation qu'elle a à traiter.

Par conséquent, lorsque le modèle spatial de juridiction sert à fonder l'applicabilité de la Conv. EDH, les juges de Strasbourg se refusent à adopter une approche fonctionnelle. Il semble donc que, dans la phase d'invasion précédant une occupation militaire, seule une partie du droit de l'occupation s'applique. Cependant, le modèle personnel de juridiction permet une applicabilité commune de certaines dispositions dans la phase d'invasion

2. Applicabilité de certaines obligations à la phase d'invasion en cas de recours à l'élément de rattachement personnel

Certains organes de protection des droits de l'homme semblent vérifier en premier l'élément de rattachement personnel, puis, à titre subsidiaire, l'élément de rattachement spatial. Il en va ainsi pour la Cour EDH et pour le UNCAT. Nous avons vu plus haut que le UNCAT estime que « la notion de "territoire" à l'article 2 doit s'étendre en outre aux situations dans lesquelles l'État partie exerce, indirectement ou indirectement, de fait ou de droit, un contrôle sur des détenus »⁷²⁷, alors même que la clause de juridiction énonce expressément que la CAT s'applique aux territoires sous la juridiction de l'État. Ainsi, si les forces d'invasion détiennent des individus alors qu'ils n'exercent pas de « contrôle effectif » – notion qui permet de déclencher l'applicabilité de la CAT⁷²⁸ – sur le territoire, la CAT pourra s'appliquer grâce au recours à l'élément de rattachement personnel.

La Cour EDH suit une approche similaire : dans l'affaire *Issa*, relative à l'« Opération Acier » menée par les forces armées turques au Kurdistan irakien, les juges de Strasbourg vont rechercher si les forces armées turques exercent un contrôle effectif sur une portion du territoire nord-irakien, et si les victimes directes se trouvaient dans cette zone au moment de la violation alléguée. Sur la base des éléments de preuve disponible, la Cour EDH va juger que « it does not appear that Turkey exercised effective overall control of the entire area of northern Iraq »⁷²⁹. La Cour aurait pu arrêter son raisonnement ici,

⁷²⁴ Cour EDH, *affaire Bankovic et autres op. cit.* note 86, §§46-47.

⁷²⁵ *Ibid.*, §75.

⁷²⁶ Conv. EDH, *op. cit.* note 47, art. 19 : « Afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses protocoles, il est institué une Cour européenne des droits de l'homme, ci-dessous nommée « la Cour ». Elle fonctionne de façon permanente ».

⁷²⁷ UNCAT, *Observation générale No. 2, op. cit.* note 137, §16.

⁷²⁸ *Ibid.* : « le "territoire" s'étend à toutes les régions sur lesquelles l'État partie exerce de fait ou de droit, directement ou indirectement, en tout ou en partie, un *contrôle effectif*, conformément au droit international ».

⁷²⁹ Cour EDH, *affaire Issa et autres c. Turquie, op. cit.* note 108, §75.

mais va considérer « the essential question »⁷³⁰, à savoir « whether at the relevant time Turkish troops conducted operations in the area where the killings took place »⁷³¹. Il n'y a qu'une seule explication possible à ce raisonnement: la Cour EDH recherche si elle peut conclure au modèle personnel de juridiction, qui figure dans l'exposé des principes applicables à l'exercice de juridiction.

Il en va de même pour les affaires *Isaak* et *Solomou* : les victimes ne se trouvent pas sur un territoire effectivement contrôlé par la Turquie ou la RTCN, mais dans une zone tampon des NU. Il est donc impossible d'utiliser l'élément de rattachement spatial. La Cour EDH se penche donc sur l'étude de l'élément de rattachement personnel, qui permet dans chacun de ces trois arrêts de fonder l'exercice de sa juridiction par la Turquie⁷³². La preuve la plus flagrante de l'utilisation subsidiaire et « passe partout » de l'élément de rattachement personnel réside dans l'affaire *Andreou*, dans lequel la Cour EDH énonce que

« In these circumstances, even though the applicant sustained her injuries in territory over which Turkey exercised no control, the opening of fire on the crowd from close range, which was the direct and immediate cause of those injuries, was such that the applicant must be regarded as “within [the] jurisdiction” of Turkey within the meaning of Article 1 and that the responsibility of the respondent State under the Convention is in consequence engaged »⁷³³.

Or, selon les principes *Al-Skeini* énoncent que « dès l'instant où l'Etat, par le biais de ses agents, exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction, il pèse sur lui en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention *qui concernent son cas* », c'est-à-dire que « les droits découlant de la Convention peuvent être "fractionnés et adaptés" »⁷³⁴. L'on voit tout l'intérêt de l'élément de rattachement personnel dans les phases d'invasion : il permet d'appliquer *une partie des obligations* découlant des instruments relatifs aux droits de l'homme. C'est ici qu'émerge la modulation des obligations : dans les situations d'invasion, les Etats ne doivent respecter qu'une partie des obligations de la Conv. EDH, à savoir celles qui concernent le cas particulier de la victime alléguée.

§2. La modulation des obligations découlant du droit de l'occupation militaire et du droit international des droits de l'homme dans la phase post-occupation

Comprendre que l'intensité d'application du droit de l'occupation et du DIDH peut être modulée dans les phases post-occupation requiert de déterminer au préalable la fin de l'application du droit de l'occupation (A). Ensuite seulement nous serons aptes à mesurer la modulation des obligations dans les phases de retrait des troupes et l'applicabilité de certaines obligations « résiduelles » (B).

A. La détermination de la fin de l'application du droit de l'occupation

De la même façon que la détermination du début de l'occupation, déterminer la fin de l'occupation est un exercice complexe, principalement car la fin de l'occupation n'est pas la même selon que l'on prend comme référentiel de RH (1) ou la CG IV (2).

⁷³⁰ *Ibid.*, §76.

⁷³¹ *Ibid.*

⁷³² Cour EDH, *affaire Isaak et autres op. cit.* note 111, p. 21 : «In the present case, the Court must therefore ascertain whether Anastassios Isaak came under the authority and/or effective control, and therefore within the jurisdiction, of the respondent State as a result of the acts of the Turkish and «TRNC» soldiers and/or officials» ; Cour EDH, *affaire Solomou et autres c. Turquie, op. cit.* note 111, §49 : »In the present case, the Court must therefore ascertain whether Mr Solomou came under the authority and/or effective control, and therefore within the jurisdiction, of the respondent State as a result of the acts of the Turkish and «TRNC» soldiers and/or officials».

⁷³³ Cour EDH, *affaire Andreou c. Turquie, op. cit.* note 111, p. 11.

⁷³⁴ Cour EDH, *affaire Al-Skeini et autres op. cit.* note 110, req. no. 55721/07, §137.

1. La fin de l'occupation selon le Règlement de La Haye

Selon le deuxième paragraphe de l'article 42 du RH, l'occupation « ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer »⁷³⁵. Même s'il n'est pas fait mention du critère permettant de déterminer la fin de l'occupation, l'étude des travaux préparatoires montre clairement que les délégués s'accordaient sur le principe sous-tendant ce deuxième paragraphe : il n'y a d'occupation qu'aussi longtemps que l'autorité est effectivement exercée⁷³⁶.

Il est communément admis que l'occupation cesse d'exister au sens de l'article 42 du RH lorsque ses éléments constitutifs ne sont plus vérifiés⁷³⁷. Autrement dit, si les forces armées étrangères ne sont plus présentes, ou n'exercent plus d'autorité en lieu et place du souverain territorial, ou encore si le souverain territorial donne un consentement valide à la présence des forces armées, il n'y aura plus d'occupation militaire au sens de l'article 42 du RH.

Notons que la recrudescence sporadique d'actes de rébellion emportant des succès temporaires n'est pas à même de mettre fin à l'occupation. C'est ce qu'a jugé un tribunal militaire américain dans la célèbre affaire des *Otages* :

« It is clear that the German armed forces were able to maintain control of Greece and Yugoslavia until they evacuated them in the fall of 1944. While it is true that the partisans were able to control sections of these countries at various times, *it is established that the Germans could at any time they desired assume physical control of any part of the country. The control of the resistance forces was temporary only and not such as would deprive the German armed forces of its status of an occupant* »⁷³⁸.

Ce tribunal pose donc le critère de la capacité de la Puissance occupante à rétablir son contrôle sur les zones contestées comme le critère de la continuation d'une situation d'occupation au sens de l'article 42 du RH. Le TPIY endosse cette assertion dans l'affaire *Naletilić* : « le statut du territoire occupé n'est pas remis en cause par une résistance locale sporadique, même couronnée de succès »⁷³⁹. A l'inverse, une forte résistance sur une zone importante peut être de nature à requalifier la situation⁷⁴⁰.

2. La fin de l'occupation selon la quatrième Convention de Genève et le premier Protocole additionnel

Les traités postérieurs au RH ont des dispositions qui prévoient explicitement la fin de l'application du droit de l'occupation. Les paragraphes 2 à 4 de l'article 6 de la CG IV énoncent que :

« Sur le territoire des Parties au conflit, l'application de la Convention cessera à la fin générale des opérations militaires.

⁷³⁵ RH, *op. cit.* note 19, art. 42, §2.

⁷³⁶ V. KOUTROULIS, *op. cit.* note 161, p. 157.

⁷³⁷ Voir, parmi beaucoup d'autres, R. KOLB et S. VITE, *op. cit.* note 31, p. 378 ; T. FERRARO, « Comment déterminer ... », *op. cit.* note 202, p. 98 ; V. KOUTROULIS, *op. cit.* note 161, p. 157 ; Réunion d'experts du CICR sur l'occupation, *op. cit.* note 100, p. 28 ; voir également CIJ, CIJ, *affaire RDC c. Ouganda*, *op. cit.* note 2, §§172-173.

⁷³⁸ Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg, *Affaire des Otages*, *op. cit.* note 200, p. 56.

⁷³⁹ *Ibid.*, § 217.

⁷⁴⁰ L'affaire des *Einsatzgruppen* offre un précédent de fin de l'occupation à raison de la reprise des hostilités : « The record shows that in many of the areas where the Einsatzgruppen operated, the so-called partisans had wrested considerable territory from the German occupant, and that military combat action of some dimensions was required to reoccupy those areas. In belligerent occupation the occupying power does not hold enemy territory by virtue of any legal right. On the contrary, it merely exercises a precarious and temporary actual control ». Voir, en ce sens, Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Etats-Unis d'Amérique v. Otto Ohlendorf et al.*, *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Nations War Crimes Commission, vol. IV, 1950, p. 492.

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

Les personnes protégées, dont la libération, le rapatriement ou l'établissement auront lieu après ces délais resteront dans l'intervalle au bénéfice de la présente Convention »⁷⁴¹.

Le principe est donc que la CG IV cesse de s'appliquer « à la fin générale des opérations militaires », c'est-à-dire lorsque le conflit armé prend fin (deuxième paragraphe). Le paragraphe 4 pose une exception à la règle générale, en ce qui concerne les prisonniers de guerre et les internés civils, que nous n'étudierons pas. Seul le paragraphe 3, qui pose un principe et une exception à la fin de l'application du droit de l'occupation, nous intéresse. Le principe, tiré du second membre de phrase, est que l'occupation cesse un an après la « fin générale des opérations militaires ». L'exception consiste en la continuation de l'application du droit de l'occupation après la fin générale des opérations militaires, seulement si la Puissance occupante continue d'exercer des fonctions de gouvernement dans le territoire occupé. Dans ce cas, seuls certains articles s'appliquent⁷⁴².

La « fin générale des opérations militaires » ne nécessite pas la conclusion d'un traité de paix. En effet, conformément au principe d'effectivité, la cessation des hostilités suffit puisqu'elle reflète la réalité de la situation objective.

Que faire de la règle selon laquelle la CG IV cesse de s'appliquer « un an » après la fin générale des opérations militaires ?

Notons tout d'abord que cette règle a été remplacée par l'adoption du PA I qui dispose en son article 3, intitulé « Début et fin de l'application » que :

« (...) l'application des Conventions et du présent Protocole cesse, sur le territoire des Parties au conflit, à la fin générale des opérations militaires et, *dans le cas des territoires occupés, à la fin de l'occupation*, sauf, dans les deux cas, pour les catégories de personnes dont la libération définitive, le rapatriement ou l'établissement ont lieu ultérieurement. Ces personnes continuent à bénéficier des dispositions pertinentes des Conventions et du présent Protocole jusqu'à leur libération définitive, leur rapatriement ou leur établissement »⁷⁴³.

Le PA I ne reprend que l'exception évoquée ci-dessus relative aux prisonniers de guerre et aux internés civils et pas celle relative à la règle d'« un an ». Par conséquent, pour les 174 Etats parties au PA I, et en vertu du principe *lex posterior derogat legi priori*, la fin de l'application du droit de l'occupation cesse « à la fin de l'occupation ». La « fin de l'occupation » renvoie au critère de la fin de l'occupation de l'article 42 du RH dont nous avons fait part plus haut.

Que faire des Etats qui n'ont pas ratifié le PA I, à l'instar des Etats-Unis et Israël ? A moins que la règle de la « fin de l'occupation » ait acquis une valeur coutumière, il est impossible de leur opposer celle-ci. Cette règle n'apparaît nulle part dans l'étude du CICR sur le DIH coutumier. De plus, dans le cas d'Israël, la CIJ a appliqué la « règle d'un an » à l'occupation des territoires palestiniens occupés. Selon la CIJ :

⁷⁴¹ CG IV, *op. cit.* note 21, art. 6, §§ 2 à 4.

⁷⁴² En réalité, la majorité des dispositions de la CG IV relatives à l'occupation continuent de s'appliquer, puisque 23 des 32 articles du Titre III de la Section III (« Territoires occupés ») et 7 des 8 articles de la Section I du Titre III (« Dispositions communes aux territoires des parties au conflit et aux territoires occupés »).

⁷⁴³ PA I, *op. cit.* note 24, art. 3, § b).

« La quatrième convention de Genève distingue, elle aussi, entre les dispositions applicables lors des opérations militaires ayant conduit à l'occupation et celles qui demeurent applicables pendant toute la durée de l'occupation.

Les opérations militaires qui conduisirent en 1967 à l'occupation de la Cisjordanie ayant pris fin depuis longtemps, seuls les articles de la quatrième convention de Genève visés au troisième alinéa de l'article 6 demeurent applicables dans ce territoire occupé »⁷⁴⁴.

Les juges de La Haye estampillent donc du sceau de leur autorité la « règle d'un an ». Cependant, il semble que cette règle, arbitraire par nature, ne cadre pas avec la structure générale du DIH ni avec la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité. Sans exposer l'ensemble des arguments démontrant son obsolescence⁷⁴⁵, nous relèverons quelques éléments allant dans ce sens.

Cette règle émane d'un amendement américain, lequel soutenait que l'occupation se caractérise par un retour progressif des fonctions du gouvernement aux autorités locales, en invoquant les exemples de l'occupation de l'Allemagne et du Japon par les Alliés⁷⁴⁶. Ainsi, les Etats-Unis ont tenté – avec succès – de se soustraire à certaines obligations internationales dans le cas de figure qui leur était propre après la seconde guerre mondiale. Il s'agit donc d'une règle casuistique qui ne reflète absolument pas la réalité de l'occupation post-seconde guerre mondiale. En ce sens, cette règle est contraire au principe d'effectivité qui sous-tend le DIH : pourquoi un an ? Pour quoi pas deux, ou trois ? Cette règle est l'exemple topique d'une règle arbitraire. La pratique postérieure a montré que les Puissances occupantes prennent bien plus d'un an pour transférer à nouveau les fonctions de gouvernement au souverain local : appliquer cette règle au cas des territoires palestiniens occupés par Israël est un « beau cas d'ironie juridique »⁷⁴⁷. L'étude des normes incluses et des normes exclues par l'article 6 montre également que cette règle ne s'accorde pas avec l'applicabilité *ratione temporis* de certaines dispositions de la CG IV⁷⁴⁸. Enfin, l'étude de la « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité » montre que les Etats qui n'ont pas ratifié le PA I et qui sont donc liés par la « règle d'un an » ne s'en prévalent pas, et que, bien au contraire, ils acceptent la règle de la « fin de l'occupation » comme la règle déterminante⁷⁴⁹. Même Israël ne s'est pas prévalu de la « règle d'un an » devant la CIJ. *In fine*, seuls deux Etats ont une position peu claire à l'égard de la « règle d'un an » : les îles Marshall et Niue. Cependant, toute révérence gardée par ailleurs, il est difficile de considérer ces Etats comme des Etats « particulièrement intéressés »⁷⁵⁰ par la naissance d'une règle coutumière remplaçant la « règle d'un an » et contraire à celle-ci.

Par conséquent, nous prenons pour acquis que « l'article 6 [paragraphe 3] ne saurait en aucune manière être utilisé en tant que norme de référence pour déterminer la fin d'une occupation »⁷⁵¹, et que la fin de l'occupation se détermine « en miroir », au travers des mêmes critères qui servent à déterminer l'existence d'une occupation belligérante⁷⁵².

⁷⁴⁴ CIJ, Avis sur le *Mur*, *op. cit.* note 13, §125.

⁷⁴⁵ De tels arguments peuvent être trouvés dans V. KOUTROULIS, *op. cit.* note 161, pp. 170-179 et dans O. BEN-NAFTALI, « "A la recherche du temps perdu" : Rethinking Art. 6 of the Fourth Geneva Convention in the Light of the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion », *Isr.L.Rev.*, vol. 38, pp. 211-229.

⁷⁴⁶ V. KOUTROULIS, *op. cit.* note 161, p. 166.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 174, note 590.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 172.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, pp. 175-179.

⁷⁵⁰ Au sens de CIJ, *Affaire du Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, arrêt sur le fond du 20 février 1969, *C.I.J Recueil 1969*, p. 43, §73.

⁷⁵¹ T. FERRARO, « Comment déterminer ... », *op. cit.* note 202, p. 98.

⁷⁵² En ce sens, voir Réunion d'experts du CICR sur l'occupation, *op. cit.* note 100, pp. 28-31.

B. La modulation des obligations de l'Etat dans la phase de retrait des troupes et la notion de responsabilités résiduelles

Avant d'analyser la notion nouvelle de « responsabilités résiduelles » (2), nous étudierons l'applicabilité de certaines obligations à la phase de retrait des troupes (1).

1. L'applicabilité de certaines obligations à la phase de retrait des troupes

Nous opérerons comme nous l'avons fait jusque-là : le seuil d'application de la CG IV permet l'applicabilité de certaines obligations à la phase de retrait (1), ce que permet également l'élément de rattachement personnel en DIDH (2).

a. L'applicabilité de certaines obligations de la quatrième Convention de Genève à la phase de retrait des troupes

De la même façon que le droit de l'occupation peut être partiellement applicable à la phase d'invasion, certaines obligations peuvent s'appliquer à la phase de retrait des troupes d'un territoire occupé. Nous ne reviendrons pas sur le fait que le RH et la CG IV disposent de deux seuils d'application distincts, ni sur l'intérêt d'adopter une approche fonctionnelle de l'application du droit de l'occupation.

Une majorité des opinions doctrinales tend à démontrer que dans la mesure où, durant la phase de retrait d'un territoire, des individus puissent toujours se trouver « au pouvoir » de la Puissance occupante, la CG IV demeure applicable dans une certaine mesure.

Ainsi, la Puissance occupante ne pourra pas se livrer à des déportations ou des transferts forcés de personnes protégées par la CG IV lors du retrait de ses troupes, de la même façon qu'elle ne peut le faire lors de la phase d'invasion.

L'une des critiques récurrente adressée à l'approche fonctionnelle consiste dans le fait que cette approche ne prend en compte que les *personnes* et non les *biens*⁷⁵³. Ainsi, l'article 4 de la CG IV, qui sert de fondement à la théorie de la dissociation des seuils d'application de la CG IV, ne fait référence qu'aux personnes. Ainsi, la pratique de la terre brûlée à laquelle fait référence Vaios Koutroulis⁷⁵⁴ ne semble pas être comprise parmi les normes qui sont applicables à la phase de retrait des troupes, puisqu'il n'existe pas, dans la CG IV, de « biens protégés ». Il est intéressant, concernant cet exemple précis, de constater que le commentaire de l'article 53⁷⁵⁵, sous le coup duquel peut tomber l'interdiction de la politique de la « terre brûlée »⁷⁵⁶, définit cette pratique comme « la destruction systématique de régions entières *par un occupant qui se retire devant l'ennemi* »⁷⁵⁷. Pictet, on le sait, était bien au fait des controverses relatives à l'application du droit de l'occupation à la phase d'invasion. Or, ici, il énonce explicitement que la pratique de la « terre brûlée » tombe sous le coup de l'article 53. Une certaine pratique d'invocation de l'article 53 de la CG à la phase de retrait existe : tel a été le cas lors du retrait des forces armées irakiennes du Koweït, suite au lancement de l'opération

⁷⁵³ M. ZWANENBURG, « Contre la théorie Pictet », *op. cit.* note 715, p. 36, Dr. Zwanenburg écrit : « Accepter la théorie de Pictet (...) soulèverait aussi la question de savoir s'il faut faire une distinction entre les personnes et les biens en ce qui concerne les situations dans lesquelles ils sont protégés ».

⁷⁵⁴ V. KOUTROULIS, *op. cit.* note 161, p. 181.

⁷⁵⁵ CG IV, *op. cit.* note 21, art. 53 : « Il est interdit à la Puissance occupante de détruire des biens mobiliers ou immobiliers, appartenant individuellement ou collectivement à des personnes privées, à l'état ou à des collectivités publiques, à des organisations sociales ou coopératives, sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires ».

⁷⁵⁶ En ce sens, voir R. ZEDALIS, « Burning of the Kuwaiti Oilfields and the Laws of War », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 24, 1991, pp. 711-755.
Commentaire Pictet, op. cit. note 181, p. 325.

« Tempête du désert » par les Etats-Unis. Dans une lettre adressée au président du Conseil de sécurité, les Etats-Unis invoquaient l'article 53 comme l'un des violations commises par l'Irak au Koweït⁷⁵⁸.

Plus étonnant, les Etats-Unis invoquent l'article 55 du RH⁷⁵⁹, sous le coup duquel peut également tomber – avec un peu d'imagination – la politique de la « terre brûlée ». Il existe en effet une certaine pratique d'application du RH à la phase de retrait, ce qui n'est pas le cas pour la phase d'invasion. Ainsi, la CIJ⁷⁶⁰ et un certain nombre de manuels militaires⁷⁶¹ considèrent que même l'article 42 du RH est applicable à la phase de retrait des troupes. Cette interprétation semble contraire à la lettre de l'article 42 du RH, selon lequel l'exercice d'autorité sur le territoire – donc de « fonctions gouvernementales – par le biais de forces armées et en l'absence de consentement du souverain territorial sont les éléments clés de son application. Si l'un vient à manquer – comme, en l'espèce, l'exercice de fonctions gouvernementales – le RH n'est plus applicable dans son ensemble.

Bref, il semble que les biens ne soient pas protégés dans la phase de retrait par la CG IV, excepté peut être l'article 53 et la pratique de la « terre brûlée ». Dans ce cas, le droit de la conduite des hostilités prendra le pas pour protéger les biens civils, notamment les articles 52 à 56 du PA I.

b. L'application de certaines obligations du droit international des droits de l'homme au travers de l'élément de rattachement personnel

Ici encore, la logique est la même que pour la phase d'invasion. Il est probable que lors de la phase de retrait des troupes, l'on ne puisse considérer que la Puissance anciennement occupante exerce un « contrôle effectif » aux fins de l'établissement du modèle spatial de juridiction.

Dès lors, le recours au modèle personnel de juridiction s'impose. Si un agent de l'Etat, par exemple un membre des forces armées, ou tout autre individu ou groupe d'individus dont les actes sont attribuables à l'Etat (sociétés militaires privées, etc.), exerce son pouvoir, son autorité ou son contrôle sur des individus protégés par le droit international, il devra respecter les obligations internationales souscrites par son Etat.

2. Les responsabilités résiduelles de la Puissance occupante

Qu'en est-il lorsque l'ancienne Puissance occupant n'exerce plus de « contrôle effectif » au sens de l'article 42 du RH parce qu'elle n'est plus présente sur ce territoire mais qu'elle « [conserve] des éléments essentiels d'autorité ou d'autres fonctions de gouvernement importantes caractéristiques des pouvoirs d'une puissance occupante »⁷⁶² ?

Il est intéressant de noter que lors de la Réunion d'experts du CICR, certains experts ont directement évoqués que le droit de l'occupation ne pouvait être « fractionné et adapté », pour reprendre l'expression de l'affaire *Bankovic*. Selon eux, le droit de l'occupation est un « package deal » et

⁷⁵⁸ Etats-Unis, *Lettre datée du 19 mars 1993, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent adjoint des Etats-Unis d'Amérique auprès de l'ONU*, U.N. Doc. S/25441, 19 mars 1993, p. 17.

⁷⁵⁹ RH, *op. cit.* note 19, art. 55 : « L'Etat occupant ne se considérera que comme administrateur et usufruitier des édifices publics, immeubles, forêts et exploitations agricoles appartenant à l'Etat ennemi et se trouvant dans le pays occupé. Il devra sauvegarder le fonds de ces propriétés et les administrer conformément aux règles de l'usufruit ».

⁷⁶⁰ CIJ, *affaire RDC c. Ouganda*, *op. cit.* note 2, pp. 228, 231, 254 et 255, §§ 167, 178-179. La CIJ retient comme date de fin de l'occupation ougandaise la fin de retrait *définitif* des forces armées, et non la perte de « contrôle effectif » sur le territoire.

⁷⁶¹ Canada, Office of the Judge Advocate General, *The Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level*, *op. cit.* note 405, p. 12-2; Etats-Unis, International and Operational Law Department, The Judge Advocate's Legal Center and School, *Operational Law Handbook* (dir. D. I. GRIMES, J. RAWCLIFF et J. SMITH), 2006, p. 30; Royaume-Uni, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, *op. cit.* note 405, p. 277, §11.7.

⁷⁶² T. FERRARO, « Comment déterminer ... », *op. cit.* note 202, p. 99.

refusent le fait que la Puissance occupante puise « pick and choose » parmi les dispositions du droit de l'occupation⁷⁶³. Nous leur opposerons donc la fameuse réponse de LJ Sedley au gouvernement britannique qui défend que le DIDH n'est pas applicable en Irak parce qu'il n'est pas en mesure de le mettre en œuvre : « it is not an answer to say that the UK, because it is unable to guarantee everything, is required to guarantee nothing »⁷⁶⁴.

Il existe une certaine pratique eu égard à la théorie des responsabilités résiduelles de la Puissance occupante, tout particulièrement en ce qui concerne la bande de Gaza. Nous avons vu plus haut⁷⁶⁵ que ce territoire ne peut plus être considéré comme occupé au sens du droit de l'occupation. Cependant, Israël conserve des prérogatives importantes *qui justifiaient, avant le retrait des forces armées israéliennes, l'exercice d'un « contrôle effectif*. Cet élément est déterminant : si un Etat exerce des « fonctions de gouvernements » sur un territoire qui déclenche, forces armées à l'appui, le droit de l'occupation, et qu'il continue de les exercer même après le retrait, les obligations correspondantes du droit de l'occupation sont-elles toujours applicables⁷⁶⁶ ? Une base juridique pour une telle théorie peut être trouvée à l'article 6, §3 de la CG IV⁷⁶⁷ qui divise les obligations en fonction de la « règle d'un an ». Il semble que la *ratio* de cet article soit qu'il pèse des obligations sur la Puissance occupante aussi longtemps qu'elle exerce des « fonctions de gouvernement ». Or, la fourniture de biens de première nécessité comme l'électricité n'est-elle pas justement une fonction propre de l'Etat ?

Cette situation juridique s'est présentée devant la Cour suprême israélienne dans l'affaire *Bassiouni*⁷⁶⁸. Cette affaire avait trait à l'arrêt de la fourniture d'électricité et de pétrole par Israël dans la bande de Gaza en 2007, justifié selon le gouvernement israélien par la prise de pouvoir du Hamas et la recrudescence des tirs de roquettes et de mortier. Ces sanctions économiques étaient-elles régies par le droit de l'occupation ? La Cour commence par constater qu'Israël n'exerce plus de « contrôle effectif » sur Gaza depuis le retrait des forces en septembre 2005 et n'occupe donc pas ce territoire. Israël n'a donc plus d'obligation de rétablir et d'assurer l'ordre et la vie publiques à Gaza sous l'angle de l'article 43. Et la Cour suprême de juger que :

« In the circumstances which have been created, the main duties of the State of Israel relating to the residents of the Gaza Strip are derived from (...) *the extent of the State of Israel's control over the border crossings between it and the Gaza Strip*, as well as from *the relations which has been created between Israel and the territory of the Gaza Strip after the years of Israeli military rule in the area*, as a result of which *the Gaza Strip has now become almost completely dependent upon supply of electricity by Israel* »⁷⁶⁹.

Puisque Gaza est dépendant d'Israël en ce qui concerne la fourniture l'électricité, Israël a encore certaines obligations sur la base de droit de l'occupation durant ce *vacuum* d'autorité. Or, précisément, le but du droit de l'occupation est de transférer les pouvoirs et les responsabilités du souverain territorial à l'occupant⁷⁷⁰. La source des obligations de ce dernier réside donc, selon l'article 42 du RH, dans le fait que le souverain territorial n'est pas en mesure de les exercer. Ne pourrait-on pas

⁷⁶³ Réunion d'experts du CICR sur l'occupation, *op. cit.* note 100, p. 32.

⁷⁶⁴ Royaume-Uni, Court of Appeal, *affaire Al-Skeini*, *op. cit.* note 178. §197 (Per LJ Sedley).

⁷⁶⁵ Voir *supra*, pp. 37-39.

⁷⁶⁶ Réunion d'experts du CICR sur l'occupation, *op. cit.* note 100, p. 32; T. FERRARO, « Comment déterminer... », *op. cit.* note 202, p. 99.

⁷⁶⁷ En ce sens, voir Réunion d'experts du CICR sur l'occupation, *op. cit.* note 100, p. 32

⁷⁶⁸ Israël, Haute Cour de Justice, *Jaber Al-Bassiouni Ahmed et al. c. Premier ministre et al.*, 27 janvier 2008, HCJ 9132/07.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, §12.

⁷⁷⁰ L'art. 43 commence par « l'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra ... ».

considérer que l'occupant continue d'avoir certaines obligations lorsqu'il contrôle toujours les conditions de la reprise en main de ses prérogatives par le souverain territorial ?

La principale faiblesse de ce jugement est qu'il ne précise pas quelles sont les sources normatives d'obligation pour Israël⁷⁷¹. Selon le Pr. Shany, il pourrait s'agir de la Clause de Martens ou même de l'équité, ce qui montre la faiblesse des bases juridiques de cette théorie⁷⁷². Les droits de l'homme pourraient-ils être partiellement applicables dans ces circonstances ?

Puisque plus aucun agent de l'Etat ou tout autre individu dont les actes sont attribuables à l'Etat ne sont présents sur le territoire anciennement occupé, il ne peut y avoir ni contrôle effectif d'un territoire ni pouvoir, autorité ou contrôle exercé sur des individus dans de tels territoires. Par conséquent, ni le modèle personnel ni le modèle spatial de juridiction ne sont applicables. Yuval Shany fait appel à l'arrêt *Ilascu* pour fonder l'applicabilité du DIDH à la bande de Gaza, sur le fondement qu'Israël exerce une « influence décisive » sur les habitants de Gaza. Cependant, nous l'avons vu plus haut, la Cour EDH utilise le critère de l'influence décisive pour attribuer les actes de la RMT à la Russie. Ce n'est pas un critère d'applicabilité du traité. Dans le cas de Gaza, l'acte potentiellement illicite a lieu sur le territoire de l'Etat contractant, et il n'est donc pas question d'applicabilité extraterritoriale du DIDH à proprement parler. Simplement, un acte exercé par un Etat sur un territoire peut avoir des répercussions extraterritoriales, comme c'est le cas d'Israël. Ces faits semblent donc relever davantage de la logique *Soering*⁷⁷³, selon laquelle un Etat ne peut se livrer sur son territoire à des actes (en l'espèce, une extradition vers les Etats-Unis) si les répercussions de celui-ci à l'étranger violent des obligations énoncées dans l'instrument de référence (en l'espèce, la mise à mort du requérant, constitutif d'un mauvais traitement). En ce sens, il faudrait démontrer que la décision israélienne de ne plus fournir d'électricité et de pétrole à Gaza (acte territorial) a des répercussions sur les droits des gazaouis (effet extraterritorial).

SECTION 2. LES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ETAT A L'EPREUVE DE LA REALITE CONFLICTUELLE ET EXTRATERRITORIALE DE L'OCCUPATION MILITAIRE

La question à laquelle nous allons tenter de répondre dans cette partie est la suivante : peut-on assigner un seuil d'application différent aux obligations négatives et aux obligations positives du fait qu'elles ont pour vocation à s'appliquer en dehors du territoire de l'Etat ? Autrement dit, y a-t-il des caractéristiques objectives de l'occupation militaire qui sont susceptibles d'influer sur l'applicabilité des obligations de l'Etat ? Il est clair que certaines obligations sont applicables en toutes circonstances dans les situations d'occupation (§1). D'autres obligations, les obligations *positives*, peuvent-elles être modulées en fonction de situations d'exception telles que l'occupation militaire (§2).

§1. Les obligations internationales applicables en toutes circonstances

Les obligations applicables en toutes circonstances dans les territoires occupés sont les obligations, positives comme négatives, découlant du droit de l'occupation (A) et les obligations négatives du DIDH (B).

⁷⁷¹ Y. SHANY, « The Law Applicable to Non-Occupied Gaza... », *op. cit.* note 217, p. 16.

⁷⁷² *Ibid.*, p. 17.

⁷⁷³ Cour EDH, *affaire Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, req. n°14038/88.

A. Les obligations positives et négatives du droit de l'occupation militaire

Il va sans dire que la réalité conflictuelle de l'occupation ou son caractère extraterritorial n'influe en rien sur les obligations internationales de l'Etat découlant du droit de l'occupation, qu'elles soient positives ou négatives. En effet, ce corps de règles est spécialement créé pour les situations militaires et épouse donc la réalité de l'occupation, en vertu du principe d'effectivité sous-tendant le DIH en général et le droit de l'occupation en particulier.

Le seul impact qu'une résistance violente à l'occupation puisse avoir, c'est le déclenchement, selon certaines conditions que nous n'étudierons pas ici⁷⁷⁴, du droit de la conduite des hostilités.

B. Les obligations négatives du droit international des droits de l'homme

Il est communément admis que toutes les obligations relatives aux droits civils et politiques sont des obligations au moins négatives, c'est-à-dire que l'Etat doit s'abstenir de les violer. Cependant, certains traités n'énoncent pas explicitement cette obligation négative. Ainsi, la Conv. EDH énoncent que les Etats contractant « reconnaissent » à toute personne sous leurs juridictions les droits et libertés énoncés dans la Conv. EDH⁷⁷⁵. Dans sa version anglaise, l'article 1 de la Conv. EDH énonce que les Etats doivent « secure » ces droits. Ni dans l'une ni dans l'autre version linguistique il n'est écrit que les Etats doivent *respecter* ces droits, et donc s'abstenir de les violer. Il en va de même pour la CAT : les Etats s'engagent à « prévenir » les actes de torture. Rien n'indique qu'ils s'engagent à ne pas violer l'interdiction de commettre des actes de torture⁷⁷⁶. A l'inverse, l'article 2, §1 du PIDCP et l'article 1 de la CADH énoncent que les Etats « s'engagent à *respecter* » les droits à tous les individus relevant de leur compétence (« jurisdiction » en anglais). Ici, l'obligation négative apparaît clairement. Cependant, en ce qui concerne la Conv. EDH et la CAT, la pratique des organes de surveillance de ces traités est sans équivoque : aucun Etat ne peut porter atteinte aux interdictions qu'ils comportent sans commettre un fait internationalement illicite. Quel intérêt ces traités auraient-ils autrement ? Si les Etats ont l'obligation de respecter les obligations internationales, il s'agit d'une obligation *négative*. Par conséquent, seul un *acte* peut violer une obligation négative. Les omissions doivent s'analyser sous l'angle des obligations d'agir (*obligations positives*), ce que nous verrons plus bas.

La question qui nous intéresse ici est la suivante : le caractère négatif de ces obligations peut-il servir de base juridique pour atténuer leur applicabilité dans des situations d'occupation militaire ?

La pratique jurisprudentielle démontre que, bien au contraire, les obligations négatives demeurent en tout lieu, y compris dans les territoires occupés. Lorsqu'elle conclut à l'applicabilité du PIDCP dans les territoires palestiniens occupés, la CIJ prend soin de préciser que « le [PIDCP] est applicable aux *actes* d'un Etat agissant dans l'exercice de sa compétence [« jurisdiction » en anglais] en dehors de son propre territoire »⁷⁷⁷. Les juges de La Haye ne font référence qu'aux *actes* de l'Etat et non aux *omissions* de celui-ci. Ils semblent par conséquent exclure l'applicabilité des obligations positives de l'Etat dans les territoires occupés⁷⁷⁸. Lorsqu'un seul mot peut changer la nature des obligations qui s'exportent dans les territoires occupés, la traduction est particulièrement importante. Ainsi, la CIJ s'écarte de la version anglaise des observations finales du CDH concernant Israël, dans lesquelles le Comité affirme que

⁷⁷⁴ Voir, par exemple, S. VITE, « Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités », *R.I.C.R.*, vol. 91, 2009, pp. 27-64.

⁷⁷⁵ Conv. EDH, *op. cit.* note 47, art. 1.

⁷⁷⁶ CAT, *op. cit.* note 56, art. 2, §1.

⁷⁷⁷ CIJ, Avis sur le *Mur*, *op. cit.* note 13, §111.

⁷⁷⁸ En ce sens, voir J. CERONE, « Human Dignity in the Line of Fire ... », *op. cit.* note 65, pp. 1498-1499.

« (...) the provisions of the Covenant apply to the benefit of the population of the Occupied Territories, for all conduct by the State party's authorities or agents in those territories that affect the enjoyment of rights enshrined in the Covenant and fall within the ambit of State responsibility of Israel under the principles of public international law »⁷⁷⁹.

Cependant, la version française des observations finales fait bien référence aux « actes accomplis par les autorités ou les agents de l'Etat partie »⁷⁸⁰ dans les territoires occupés, excluant donc l'applicabilité des omissions et, partant, les obligations positives de l'Etat.

Dans le système interaméricain des droits de l'homme, les organes de surveillance de l'application des instruments internationaux adoptent la posture de la CIJ. Dès l'affaire *Alejandro*, la Com. IADH affirme que « when agents of a state, whether military or civilian, exercise power and authority over persons outside national territory, the state's obligation to respect human rights continues »⁷⁸¹. Il n'est question ici que de respecter les droits de l'homme. Il semble donc que les obligations négatives de l'Etat soient applicables hors de son territoire, ce qui n'est pas le cas des obligations positives.

A l'appui de la consécration de l'élément de rattachement personnel, la Cour EDH a énoncé dans l'affaire *Issa* que « [a]ccountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory »⁷⁸². Cette affaire s'inscrit donc dans la même lignée que la jurisprudence de la Com. IADH et de la CIJ dans l'affaire du *Mur* : le vocabulaire employé (« perpétration ») implique uniquement la violation d'obligations négatives.

La jurisprudence relative aux droits de l'homme semble unanime : les obligations négatives de l'Etat sont applicable n'importe où dans le monde, que l'on ait recours au modèle personnel ou au modèle spatial de juridiction. Comme le relève le LJ Sedley dans l'affaire *Al-Skeini* relative à l'occupation de l'Irak « it is not an answer to say that the UK, because it is unable to guarantee everything, is required to guarantee nothing »⁷⁸³. Les obligations négatives découlant du DIDH sont la *minima ratio* des obligations opposables à l'Etat dans les situations d'extraterritorialité en général et d'occupation militaire en particulier. Comment pourrait-on considérer que les obligations de ne pas se livrer à des actes de torture, ou de ne pas exécuter sommairement un individu ne soient pas applicables dans les situations d'occupation militaire ? Si les agents de l'Etat contrôlent au moins une chose, ce sont bien leurs actes, qu'ils agissent à l'étranger ou sur leur propre sol. Les obligations qui posent réellement problème dans les situations d'occupation militaire sont les obligations positives.

§2. L'atténuation de certaines obligations positives découlant du droit international des droits de l'homme dans les situations d'occupation militaire

Afin de bien appréhender la problématique qui nous intéresse, il est nécessaire de rappeler le fondement et la typologie (du moins, l'une des typologies possible) des obligations positives (A). A partir de ce rappel, nous constaterons que les obligations positives sont affectées par la réalité conflictuelle et extraterritoriale de l'occupation militaire (B).

⁷⁷⁹ CDH, *Observations finales*, Israël, deuxième rapport périodique, 21 août 2003, U.N. Doc. CCPR/CO/78/ISR, §11 (version anglaise).

⁷⁸⁰ *Ibid.*, version française.

⁷⁸¹ Com. IADH, *Alejandro Jr. et al. v. Cuba*, *op. cit.* note 123, §25.

⁷⁸² Cour EDH, *affaire Issa et autres c. Turquie*, *op. cit.* note 108, §71

⁷⁸³ Royaume-Uni, Court of Appeal, *affaire Al-Skeini*, *op. cit.* note 178. §197 (Per LJ Sedley).

A. Fondement et typologie des obligations positives

Les obligations positives sont les obligations d'agir dans une situation donnée. Ainsi, les omissions des agents de l'Etat peuvent donner naissance à certaines obligations dans la mesure où ceux-ci avaient l'obligation d'agir. Il existe autant de fondements juridiques aux obligations positives qu'il y a de clauses de juridiction.

En ce qui concerne le PIDCP, le fondement des obligations positives se trouve dans la lettre même de la clause de juridiction : les Etats « s'engagent à respecter *et à garantir* » les droits énoncés dans le Pacte⁷⁸⁴. Comme le CDH l'énonce lui-même, cette obligation est « à la fois négative et positive » : les Etats doivent « s'abstenir de violer les droits reconnus par le Pacte »⁷⁸⁵ mais également « prendre des mesures d'ordre législatif, judiciaire, administratif, éducatif et autres appropriées pour s'acquitter de leurs obligations juridiques »⁷⁸⁶.

Il en va de même pour la CADH : les obligations positives trouvent leur fondement juridique dans la clause de juridiction. Selon l'article 1 de cette Convention, les Etats s'engagent « à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention *et à en garantir le libre et plein exercice* »⁷⁸⁷.

Comme nous l'avons vu plus haut, la clause de juridiction contenue à l'article 1^{er} de la Conv. EDH énonce que les Etats « reconnaissent » les droits énoncés dans la Conv. EDH à tous les individus soumis à leur juridiction. Le vocabulaire utilisé n'est donc pas aussi explicite que dans le cas du PIDCP ou de la CADH. La première référence aux obligations positives remonte à l'affaire de la *Linguistique belge*⁷⁸⁸, dans laquelle la Cour EDH énonce que le droit à l'instruction « serait vide de sens s'il n'impliquait pas, pour ses titulaires, *le droit de recevoir* un enseignement dans la langue nationale ou dans une des langues nationales, selon le cas »⁷⁸⁹. Ainsi, « [m]algré [la] formulation négative » de cette disposition [*i.e.* le droit à l'éducation], « [o]n ne saurait [déduire de celle-ci] que l'Etat n'ait aucune *obligation positive* d'assurer le respect de ce droit »⁷⁹⁰. Le fondement des obligations positives ne sera explicité que plus tard dans la jurisprudence de la Cour EDH. Dans l'affaire *Airey*, la Cour EDH énonce que la Conv. EDH « a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »⁷⁹¹. C'est donc le principe d'effectivité, qui soutient le droit de la Conv. EDH, qui sert de fondement à l'interprétation de l'article 1 comme impliquant un certain nombre d'obligations positives opposables à l'Etat.

L'on peut diviser les obligations positives en deux catégories. La première catégorie concerne les obligations positives attachées aux obligations négatives, sans lesquelles les obligations négatives ne seraient pas effectives. Ces obligations positives sont intimement liées à la possibilité pour des individus ou groupes d'individus dont les comportements sont attribuables à l'Etat de violer les obligations internationales de l'Etat. Ainsi, l'Etat est dans l'obligation de prévenir les violations des obligations relatives aux droits de l'homme qui pourraient être commises par ses agents ou tout autre individu dont les actes lui sont attribuables ; l'Etat a également l'obligation, en cas de violation d'une obligation négative par ses agents ou tout autre individu dont les actes lui sont attribuables, d'enquêter

⁷⁸⁴ PIDCP, *op. cit.* note 47, art. 2, §1.

⁷⁸⁵ CDH, *Observation générale No. 31, op. cit.* note 12, §6.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, §7.

⁷⁸⁷ CADH, *op. cit.* note 47, art. 1.

⁷⁸⁸ Cour EDH, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, arrêt sur le fond du 23 juillet 1968, req. n°1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, partie sur l'« [i]nterprétation retenue par la Cour », §3.

⁷⁹⁰ *Ibid.*

⁷⁹¹ Cour EDH, *affaire Airey c. Irlande*, arrêt sur le fond du 9 octobre 1979, req. n°6289/73, §24.

sur ces violations, de punir les auteurs, d'offrir un recours adéquat à la victime de la violation, et de la réparer⁷⁹².

La seconde catégorie d'obligation positive à trait à la protection des individus dont les droits sont garantis par le droit international contre les atteintes à ces droits que pourraient commettre d'autres personnes privées. L'on parle d'obligation positive « à effet horizontal ». La Com. IADH énonce cette obligation positive en ces termes :

« (...) in principle, any violation of rights recognized by the Convention carried out by an act of public authority or by persons who use their position of authority is imputable to the State. However, *this does not define all the circumstances in which a State is obligated to prevent, investigate and punish human rights violations*, nor all the cases in which the State might be found responsible for an infringement of those rights. *An illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State (for example, because it is the act of a private person or because the person responsible has not been identified) can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to prevent the violation or to respond to it as required by the Convention* »⁷⁹³.

Les Etats ont donc une obligation de *due diligence* eu égard aux actes des particuliers susceptibles de porter atteintes aux droits individuels. Le CDH énonce dans son observation générale No. 31 que

« (...) les États parties ne pourront pleinement s'acquitter de leurs obligations positives (...) de garantir les droits reconnus dans le Pacte que si les individus sont protégés par l'État non seulement contre les violations de ces droits par ses agents, *mais aussi contre des actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, qui entraveraient l'exercice des droits énoncés dans le Pacte* »⁷⁹⁴.

La jurisprudence de la Cour EDH fait également référence à ces obligations positives « à effet horizontal » :

« Nul ne conteste que l'obligation de l'Etat à cet égard va au-delà du devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations. Aussi *les comparants acceptent-ils que l'article 2 de la Convention puisse, dans certaines circonstances bien définies, mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui* »⁷⁹⁵.

B. L'influence de la réalité conflictuelle de l'occupation militaire sur les obligations positives de l'Etat découlant du droit international des droits de l'homme

Dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, la Cour EDH a affirmé que « sous l'angle de l'article 1 de la Convention, force est de considérer que la "jurisdiction" de la Turquie vaut pour la totalité des droits matériels énoncés dans la Convention et les Protocoles additionnels qu'elle a ratifiés »⁷⁹⁶. Nous verrons que cette assertion vaut indéniablement pour les obligations positives attachées aux obligations négatives (1), mais que les obligations positives à effet horizontal nécessitent un seuil d'application plus élevé pour être applicable extraterritorialement, à savoir le contrôle sur un territoire, comme celui qu'exerce la Turquie dans la zone septentrionale de Chypre (2). Enfin, nous confronterons ce seuil d'application plus élevé aux situations d'occupation militaire, et plus

⁷⁹² CDH, *Observation générale No. 31, op. cit.* note 12, §15.

⁷⁹³ Cour IADH, affaire *Velasquez Rodriguez v. Honduras, op. cit.* note 359, §172.

⁷⁹⁴ CDH, *Observations générale No. 31, op. cit.* note 12, §8.

⁷⁹⁵ Cour EDH, affaire *Osman c. Royaume-Uni, op. cit.* note 653, §115.

⁷⁹⁶ Cour EDH, affaire *Chypre c. Turquie, op. cit.* note 92, § 77.

précisément à l'obligation faite à la Puissance occupante et découlant de l'article 43 du RH de rétablir et d'assurer l'ordre publics dans les territoires occupés (3).

1. Les obligations positives attachées aux obligations négatives : une applicabilité pleine et entière ?

En ce qui concerne les obligations positives sans lesquelles les obligations négatives seraient, pour reprendre les mots de la Cour EDH, « théoriques et illusoirs »⁷⁹⁷, il semble qu'elles s'appliquent de façon coextensive avec les obligations négatives. En d'autres termes, il semble qu'elles ne soient que leur prolongement logique.

En effet, la Cour EDH a déjà jugé que « l'obligation procédurale découlant de l'article 2 [*i.e.* le droit à la vie] continue de s'appliquer même si les conditions de sécurité sont difficiles, y compris dans un contexte de conflit armé »⁷⁹⁸. Ainsi, « ni la fréquence des violents conflits armés ni le grand nombre de victimes n'a d'incidence sur l'obligation, découlant de l'article 2, d'effectuer une enquête efficace et indépendante sur les décès survenus lors d'affrontements »⁷⁹⁹. Par conséquent, cette obligation positive demeure applicable dans les territoires occupés. Cependant, peut-on attendre la même prestation de l'Etat dans les territoires qu'il occupe que sur son propre territoire ?

Prenons comme exemple l'obligation positive d'enquête en cas de recours à la force meurtrière par un agent de l'Etat. Pour qu'elle se conforme au standard international, cette enquête doit être déclenchée immédiatement par l'Etat et de son propre chef ; elle doit être effective, c'est-à-dire qu'elle doit permettre de déterminer si le recours à la force était justifié ou non et d'identifier et de sanctionner les responsables⁸⁰⁰ ; elle doit être indépendante et rapide ; elle doit être transparente, c'est-à-dire que le public doit avoir un droit de regard suffisant sur l'enquête ; enfin, l'enquête doit associer les proches de la victime. Ces exigences peuvent être difficiles à remplir dans les territoires occupés. La Cour EDH l'a elle-même constaté :

« A l'évidence, il se peut que, si le décès au sujet duquel l'article 2 impose une enquête survient dans un contexte de violences généralisées, de conflit armé ou d'insurrection, les investigateurs rencontrent des obstacles et que (...) des contraintes précises imposent le recours à des mesures d'enquête moins efficaces ou retardent les recherches »⁸⁰¹.

La Cour EDH va donc tempérer cette obligation : les Etats doivent prendre « toutes les mesures raisonnables, de manière à ce qu'une enquête effective et indépendante soit conduite »⁸⁰². Il semble donc que le critère de ce que l'on peut raisonnablement attendre d'un Etat puisse varier selon les circonstances, et en particulier dans les situations d'occupation militaire. C'est ici que se matérialise la modulation des obligations de l'Etat dans les territoires occupés. Si même cette obligation positive peut être modulée, il semble clair que les obligations positives « à effet horizontal » se doivent également d'être modulées dans le contexte d'une occupation.

2. Obligations positives à effet horizontal : vers un seuil d'application nécessitant un contrôle sur le territoire ?

Il y a quinze années, il eût été impossible de penser que l'on puisse dissocier les seuils d'application des obligations découlant du DIDH. En effet, la jurisprudence *Bankovic* faisait obstacle à cela, puisque selon les juges de Strasbourg, « le texte de l'article 1 n'offre aucun appui à l'argument des requérants

⁷⁹⁷ Cour EDH, *affaire Airey c. Irlande*, *op. cit.* note 791, §24.

⁷⁹⁸ Cour EDH, *affaire Al-Skeini et autres op. cit.* note 110, req. no. 55721/07, §164.

⁷⁹⁹ Cour EDH, *affaire Güleç c. Turquie*, arrêt du 27 juillet 1998, req. 21593/93, §81.

⁸⁰⁰ Notons qu'il s'agit d'une obligation de moyen et non de résultat. Voir Cour EDH, *affaire Al-Skeini et autres op. cit.* note 110, §166.

⁸⁰¹ Cour EDH, *affaire Al-Skeini et autres op. cit.* note 110, §164.

⁸⁰² *Ibid.*

selon lequel l'obligation positive que fait cette disposition aux Etats contractants de reconnaître [les droits de la Conv. EDH] peut être fractionnée et adaptée en fonction des circonstances particulières de l'acte extraterritorial en cause »⁸⁰³.

Cependant, comme le relève John Cerone, « this proposition does indeed seem unreasonable. To hold states responsible for extraterritorial consequences of their conduct that was neither intended nor foreseeable seems both unworkable and unrealistic, particularly in the context of positive obligations »⁸⁰⁴ et encore plus eu égard aux obligations positives « à effet horizontal ».

Constant ce précédent difficile à concilier avec une application raisonnée des droits de l'homme hors du territoire de l'Etat contractant, la Cour EDH est revenue sur cette jurisprudence. Ainsi, dans l'affaire *Ilascu*, les juges de Strasbourg ont considéré que l'absence d'emprise territoriale du gouvernement moldave sur la Transnistrie due à une « situation de fait contraignante » avait pour conséquence de « réduire la portée de [la] juridiction »⁸⁰⁵ de la Moldova. Partant, la Cour EDH n'examine « l'engagement souscrit par l'Etat contractant » qu'« [à] la lumière des obligations positives de l'Etat »⁸⁰⁶. Cette obligation positive consiste en l'utilisation de tous les moyens légaux et diplomatiques disponibles dans le but « d'essayer de continuer à garantir la jouissance des droits et libertés »⁸⁰⁷.

Bref, ce qui nous importe ici est que l'absence de contrôle sur un territoire soit susceptible de moduler les obligations – ici, négatives – de l'Etat. Cependant, nous sommes dans le cas où c'est l'Etat territorial qui n'est pas capable d'exercer de contrôle sur une portion de son territoire, ce qui conduit à la non-opposabilité de ses obligations négatives. Qu'en est-il dans le cas où l'Etat qui exporte ses obligations ne le fait que *via* le modèle personnel de juridiction, le modèle spatial ne pouvant être prouvé ? Autrement dit, un Etat exerçant sa juridiction au travers de l'autorité, du pouvoir ou du contrôle d'un de ses agents sur un individu (modèle personnel de juridiction) peut-il avoir les mêmes obligations positives à effet horizontal qu'un Etat exerçant un contrôle sur un territoire (modèle spatial de juridiction) ?

Plusieurs auteurs considèrent que dans le cas où un traité relatif aux droits de l'homme est applicable au travers du modèle personnel de juridiction, les Etats n'ont aucune obligation positive à effet horizontal. Pour Marko Milanovic, les obligations positives « which flow from the state's duty to secure or ensure human rights or prevent violations thereof – say prevent private violence or discrimination – require a threshold that sets out the limits of realistic compliance ». Ce seuil d'intensité plus élevé consiste selon lui en l'exerce spatial de juridiction, c'est-à-dire le contrôle sur un territoire⁸⁰⁸. Il en va de même pour John Cerone, selon qui

« (...) where there is only a limited connection between a state and an individual, the state would not be required to undertake the same degree of positive action, if any, to protect that individual's right as it would if the individual were subject to a broader degree of control by the state, such as in situation of territorial occupation »⁸⁰⁹.

Il semble qu'il existe une différence de vue entre ces deux auteurs : alors que Marko Milanovic considère que seules les obligations positives à effet horizontal requièrent un seuil d'application plus élevé, John Cerone ne distingue pas entre les différentes obligations positives et semble donc avancer

⁸⁰³ Cour EDH, *affaire Bankovic et autres op. cit.* note 86, §75.

⁸⁰⁴ J. CERONE, « Human Dignity in the Line of Fire ... », *op. cit.* note 65, p.1502.

⁸⁰⁵ Cour EDH, *affaire Ilascu et autres op. cit.* note 67, §333.

⁸⁰⁶ *Ibid.*

⁸⁰⁷ *Ibid.*

⁸⁰⁸ M. MILANOVIC, *op. cit.* note 96, p. 216.

⁸⁰⁹ J. CERONE, « Human Dignity in the Line of Fire ... », *op. cit.* note 65, p. 1505.

que toutes les obligations positives requièrent un contrôle sur le territoire pour être applicables. Cependant, ces auteurs s'accordent sur le fait que cette dissociation des seuils d'application est motivée par le fait que l'obligation positive à effet horizontal soit être interprétée « de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif »⁸¹⁰. Cette modulation de l'obligation, qui ne s'applique qu'aux obligations à effet horizontal, montre que John Cerone parle en réalité de ces obligations précises et non des obligations positives attachées aux obligations négatives. Il le fait savoir implicitement, lorsqu'il énonce que les obligations positives peuvent également être modulées dans le système interaméricain des droits de l'homme : « [s]imilar reasoning is implicit in the jurisprudence of human rights mechanisms finding that the obligation to ensure rights *against violations by private actors* is bounded by a scope of reasonableness »⁸¹¹, citant l'obligation de *due diligence* affirmée dans l'affaire *Velasquez-Rodriguez*. Il n'y a donc pas, semble-t-il de différence de vue entre ces deux auteurs : seules les obligations positives à effet horizontal requièrent un seuil d'application plus élevé.

En toute hypothèse, ces deux auteurs s'accordent sur le fait que les obligations négatives sont applicables même en l'absence de contrôle sur le territoire, ce à quoi nous adhérons pleinement (*cf. supra*).

Prenons un exemple afin d'illustrer cette modulation des obligations de l'Etat. Il semble qu'en ce moment, des forces spéciales françaises, italiennes, britanniques et américaines soient engagées dans des opérations secrètes en Libye contre l'EI⁸¹². Ces forces spéciales peuvent exercer leur contrôle, leur pouvoir ou leur autorité sur des individus, qu'ils soient des civils protégés au sens de la CG IV ou des civils participant directement aux hostilités. Par conséquent, un Etat peut exercer sa juridiction au titre de l'autorité, du pouvoir ou du contrôle exercé par ces forces spéciales sur des individus hors de son territoire (modèle personnel de juridiction) et déclencher l'application du DIDH. Il pèse donc sur ces forces spéciales l'ensemble des obligations négatives des traités relatifs aux droits de l'homme, tels que l'obligation de ne pas se livrer à des actes de torture ou l'obligation de ne pas exécuter sommairement des individus. Il pèse également sur l'Etat une obligation positive d'enquêter sur les allégations de violations des droits de l'homme commises par ces forces spéciales⁸¹³ : cette obligation positive est une obligation de moyen et non de résultat, et est limitée par ce qui est « raisonnable » en fonction des circonstances de l'espèce. Ainsi, la collecte de preuves *in situ* peut s'avérer compliquée en raison de la situation de violence sur le terrain. Cette obligation positive demeure néanmoins. Qu'en est-il de l'applicabilité d'obligations positives à effet horizontal ? Imaginons que des civils se livrent à des actes de violence à l'encontre d'autres civils. Les forces spéciales auraient-elles l'obligation de prévenir ces atteintes aux droits de l'homme, ou d'enquêter sur celles-ci ? Dans la mesure où ces forces spéciales exercent leur juridiction sur des *individus* et non sur un *territoire*, les actes de violence privée sont commis hors de la juridiction de l'Etat : celui-ci n'a donc aucune obligation positive à effet horizontal. En revanche, si l'Etat contrôle effectivement le territoire sur

⁸¹⁰ Cour EDH, *affaire Osman c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 653, §116.

⁸¹¹ J. CERONE, « Human Dignity in the Line of Fire ... », *op. cit.* note 65, p. 1505.

⁸¹² Voir Reuters, « French Special Forces Waging 'Secret War' in Libya: Report », 24 février 2016; The telegraph, « British Special Forces Destroyed Islamic State trucks in Libya, say Local Troops », 26 mai 2006; DefenceNews, « Italy Reportedly Sends Special Forces to Libya », 11 août 2016; The Washington Times, « Special Ops Teams Deployed to Libya in Campaign against Islamic State », 16 mai 2016.

⁸¹³ Comme le relève le juge Bonello : « Hors de son territoire, un Etat contractant est tenu d'assurer le respect de tous les droits de l'homme *qu'il est en mesure de garantir*. Il est tout à fait possible d'envisager des situations où un Etat contractant, en sa qualité de puissance occupante, aura parfaitement le pouvoir de ne pas perpétrer d'actes de torture ou d'exécutions sommaires, de punir les auteurs de pareils faits et d'en indemniser les victimes, mais où il ne détiendra pas le degré d'autorité et de contrôle nécessaire pour garantir à tous le droit à l'instruction ou le droit à des élections libres et justes ». Opinion concordante de M. le Juge Bonello sous l'arrêt *Al-Skeini*, *op. cit.* note 110, §32.

lequel ces actes de violence privée surgissent (modèle spatial de juridiction), il sera tenu de les prévenir et d'enquêter sur les éventuelles atteintes aux droits de l'homme commises par des personnes privées. Les obligations positives à effet horizontal seraient donc applicables dans cette dernière situation.

Notons d'emblée qu'une telle distinction peut s'avérer arbitraire et ne pas refléter la réalité, et par offrir par conséquent une protection sous-optimale aux individus. C'est la critique que formule Yuval Shany à l'endroit des théories des Pr. Milanovic et Cerone⁸¹⁴. Le Pr. Shany milite pour une approche *fonctionnelle* de la notion de juridiction, ce qui signifie que l'Etat doit respecter hors de son territoire les *normes de DIDH lorsqu'il est en mesure de le faire*. Autrement dit, l'on ne parle presque plus de l'applicabilité d'ensembles juridiques mais de l'applicabilité de normes juridiques. L'approche fonctionnelle, nous l'avons vu, suppose la fixation d'un seuil d'applicabilité à chaque obligation, négative ou positive, à laquelle l'Etat doit se conformer si le fait social que la norme a pour *fonction* de réguler se matérialise⁸¹⁵.

Bref, notons que la dissociation entre le seuil d'application des obligations négatives et des obligations positives qui y sont attachées et le seuil d'application des obligations positives à effet horizontal a des limites que certains ensembles factuels peuvent mettre à mal. Pour revenir à nos forces spéciales opérant en Libye, imaginons que celles-ci détiennent deux individus ne serait-ce que pendant quelques heures dans un bâtiment. Les forces spéciales exercent donc leur contrôle sur ces individus, et l'Etat exerce sa juridiction selon le modèle personnel. Si l'un des deux détenus tue l'autre, l'acte de violence est commis par une personne privée sur une autre personne privée, mais tant la victime que l'auteur du meurtre se trouvent sous la juridiction de l'Etat. Peut-on dire que les forces spéciales n'avaient aucune obligation positive – dont l'effet est horizontal, puisqu'elle intervient dans la relation entre deux individus – de prévenir cet acte de violence ? Il semble que si, puisque le meurtre s'est déroulé sous la juridiction de l'Etat, même conçue personnellement. Cet exemple montre les limites de la division catégorielle et catégorique entre les différentes obligations positives.

Le Comité des droits de l'homme va à l'encontre des théories de Cerone et Milanovic. Dans le projet d'observation générale No. 36 relative au droit à la vie, le Comité avance que « States parties *must respect and protect the lives of individuals residing in territories, which are under their effective control, such as occupied territories* »⁸¹⁶. L'obligation de « protéger » fait indéniablement référence aux obligations positives à effet horizontal.

Un troisième auteur se range à l'argument selon lequel certaines obligations positives requièrent un seuil d'application plus élevé. Tant l'identité son identité que la qualité en laquelle il écrit poussent à le citer ici : il s'agit d'Harold Koh, le conseiller juridique du Département d'Etat américain. Selon lui, lorsqu'un Etat exerce son autorité ou contrôle effectif sur un individu ou sur un contexte, il doit *respecter* ses obligations découlant du PIDCP. Il n'a donc que des obligations négatives⁸¹⁷. Cependant, lorsque des individus sont sur le territoire de l'Etat *et* sous sa juridiction, l'Etat est « obligated to

⁸¹⁴ Y. SHANY, « Taking Universality Seriously ... », *op. cit.* note 387, p. 48.

⁸¹⁵ La principale critique que l'on peut émettre à l'égard des théories fonctionnalistes est que cette approche, très libérale, laisse l'Etat décider en dernier ressort de l'applicabilité des normes. En effet, si un Etat ne se donne pas les moyens de remplir une obligation, celle-ci sera inapplicable. Par exemple, un Etat qui limite l'envoi de troupes ou de matériel en territoire étranger pour une opération militaire ne sera pas en mesure de remplir certaines obligations positives : le fait social pourrait se matérialiser, mais ne déclencherait pas pour autant l'applicabilité de ces obligations positives puisqu'elles seraient déraisonnables, eu égard aux moyens humains ou technologiques disponibles. Le raisonnement est donc circulaire.

⁸¹⁶ CDH, *Draft General Comment No. 36*, *op. cit.* note 130, §62.

⁸¹⁷ Etats-Unis d'Amérique, *Mémorandum sur l'applicabilité extraterritoriale du PIDCP*, *op. cit.* note 364, p. 49-50.

affirmatively *ensure* Covenant rights to that individual »⁸¹⁸. Selon cet auteur, les obligations positives ne sont donc pas susceptibles d'être appliquées hors du territoire de l'Etat. Cependant, qu'en est-il réellement lorsque l'Etat acquière un contrôle sur un territoire étranger assimilable au contrôle qu'il exerce sur son propre territoire, comme lors des situations d'occupation militaire ?

3. Obligations positives à effet horizontal et obligation de rétablir et d'assurer l'ordre et la vie publics en droit de l'occupation militaire

Notons d'emblée que dans les situations d'occupation militaire, les Etats exercent un contrôle effectif sur le territoire au sens de l'article 42 du RH. Nous avons vu plus haut les similarités entre les deux tests de « contrôle effectif » existant en DIDH et en droit de l'occupation, et l'on peut raisonnablement s'attendre à ce que dans les cas d'occupation, les obligations positives à effet horizontal soient applicables simplement à raison du contrôle exercé sur le territoire⁸¹⁹.

Un second argument milite en cette faveur. En effet, l'article 43 du RH énonce 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 »⁸²⁰. La question qui nous intéresse ici est la suivante : l'obligation positive de rétablir l'ordre et la vie publics découlant de l'article 43 du RH est-elle de nature à confirmer le caractère raisonnable de l'applicabilité des obligations positives à effet horizontal dans les territoires occupés ?

Tout d'abord, il est clair que l'obligation de l'article 43 du RH est une obligation positive, puisque la Puissance occupante doit « prendre toutes les mesures (...) en vue de ... »⁸²¹. De plus, cette obligation est une obligation de moyen et non de résultat, comme le dénotent les expressions « toutes les mesures qui dépendent de lui » et « autant qu'il est possible »⁸²². Il semble clair que, selon cette disposition, la Puissance occupante se doit d'intervenir dans le cas d'émeutes ou de pillages survenant dans les territoires occupés et impliquant uniquement des personnes privées. Autrement dit, la Puissance occupante est investie de pouvoirs de police qu'elle se doit d'exercer. Il s'agit, en ce sens, d'une obligation positive à effet horizontal. Cette assertion est confirmée par l'interprétation qu'en a fait la CIJ dans l'affaire *RDC c. Ouganda* : l'article 43 « comprend le devoir de (...) protéger les habitants du territoire occupé contre les actes de violences et de ne pas tolérer de tels actes de la part d'une quelconque tierce partie »⁸²³. En somme, l'article 43 du RH contient quasiment exactement la même obligation positive à effet horizontal que le droit à la vie.

Prenons un exemple illustrant que l'obligation positive contenue dans l'article 43 du RH et l'obligation positive de prévenir les actes de violence privée se recourent.

Après la chute du régime baathiste et dès les premiers jours de l'occupation, l'anarchie règne en Irak : Amnesty International recense de nombreux pillages de biens publics et privés ainsi que de nombreux crimes commis par des individus, souvent au moyen d'armes à feu⁸²⁴. Une partie de la population se livre à une redistribution sauvage des richesses du pays. Cela est dû à la fois à l'effondrement des institutions locales, mais également au nombre largement insuffisant de soldats présents sur place ainsi qu'à leur équipement et entraînement limité en matière de maintien de l'ordre. Dans certains quartiers,

⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 50. Italiques dans l'original.

⁸¹⁹ En ce sens, voir J. CERONE, « Human Dignity in the Line of Fire ... », *op. cit.* note 65, p. 1502.

⁸²⁰ RH, *op. cit.* note 19, art. 43.

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² En ce sens, voir M. SASSOLI, « Legislation and maintenance ... », *op. cit.* note 392, p. 664.

⁸²³ CIJ, affaire *RDC c. Ouganda*, *op. cit.* note 2, p. 231, §178.

⁸²⁴ Amnesty International, *Iraq : The need for security*, (2003), (14/143/2003) ; Amnesty International, *Iraq: Looting, Lawlessness and Humanitarian Consequences* (2003) (MDE 14/083/2003)

les soldats ont délibérément refusé d'intervenir, arguant qu'ils n'avaient « *no order to intervene* »⁸²⁵ ou acceptant tacitement le pillage comme « *a venting of anti-Saddam anger* »⁸²⁶. Les rapports pointent également que des efforts considérables ont été faits pour rétablir des commissariats de police, des tribunaux et de prisons le plus rapidement possible.

D'une part, les Puissances occupantes avaient l'obligation – de moyen, rappelons-le – de rétablir et d'assurer l'ordre public, dans la mesure de ce qu'autorise le DIDH⁸²⁷. Du fait du contrôle effectif exercé sur le territoire, les Puissances occupantes avaient également l'obligation positive à effet horizontal – de moyen également – de prévenir les violations des droits de l'homme intervenant entre particuliers. Cet exemple montre que les deux obligations positives se recoupent et milite en faveur de l'application des obligations positives à effet horizontal dans les situations d'occupation militaire. L'hypothèse avancée ici est renforcée par le fait que l'article 27 de la CG IV impose à la Puissance occupante l'obligation positive de protéger les personnes protégées « contre tout acte de violence ou d'intimidation »⁸²⁸.

Résumons : il ne fait pas l'ombre d'un doute que les obligations positives à effet horizontal soient applicables dans les territoires occupés. Cependant, celles-ci seront modulées dans les situations de violence et de résurgence de la violence pouvant se matérialiser dans les territoires occupés puisqu'elles doivent être interprétées « de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif »⁸²⁹. Il semble toutefois que, le droit de l'occupation constituant les normes minimum applicables, les obligations positives découlant du DIDH ne peuvent aller en deçà de ce que prescrit le droit de l'occupation, en l'occurrence l'article 43 du RH.

*
* *

Les obligations découlant du droit de l'occupation pourront donc, dans certaines circonstances, être atténuées ou, au contraire, exacerbées. Dans une perspective d'émergence de conflits d'obligation, ce constat est primordial : tout d'abord, quand bien même la situation factuelle matérialise une sphère d'application commune du droit de l'occupation et du DIDH, il peut ne pas y avoir de conflits normatifs, par exemple si l'Etat a dérogé à ses obligations ; d'autre part, même en dehors de la sphère d'application commune, certaines obligations découlant des deux ensembles juridiques peuvent se superposer, comme c'est le cas dans la phase d'invasion d'un territoire.

L'étude de la modulation de l'intensité d'application du droit de l'occupation et du DIDH permet de nuancer l'affirmation selon laquelle les droits de l'Homme demeurent applicables dans les situations d'occupation militaire, au travers de l'adaptation des droits de l'Homme à cette situation d'exception. Cette seconde partie est sûrement celle qui soulève le plus de défis et de controverses dans l'interprétation du droit : certains éléments modulant l'application du droit de l'occupation et du DIDH sont extrêmement controversés, à l'image des « responsabilités résiduelles » de la Puissance occupante ou des dérogations extraterritoriales aux traités relatifs aux droits de l'Homme. En même temps, c'est au travers de la modulation des obligations que va se jouer l'applicabilité réaliste des droits de l'Homme aux situations d'exception que nous prônons ici.

⁸²⁵ M. SASSOLI, « Legislation and maintenance ... », *op. cit.* note 392, pp. 664-665.

⁸²⁶ Amnesty International, *Iraq: Looting, Lawlessness and Humanitarian Consequences*, *op. cit.* note 824.

⁸²⁷ M M. SASSOLI, « Legislation and maintenance ... », *op. cit.* note 392, pp. 665-666.

⁸²⁸ CG IV, *op. cit.* note 21, art. 27.

⁸²⁹ Cour EDH, *affaire Osman c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 653, §116.

*
* *

Alors que la première partie de cette étude démontre qu'il est très hautement probable que le DIDH s'applique de façon coextensive avec le droit de l'occupation militaire, la seconde partie nuance ce propos : dans différents cas de figure, les obligations internationales pourront être atténuées. Les droits de l'Homme, en tant que projet juridique idéaliste visant à l'universalisme, se doivent d'être appliqués de façon réaliste aux situations d'exception que constituent les occupations militaires, sans quoi ils seront entachés d'un discrédit déjà grandissant. Ainsi, la conclusion principale de cette analyse est qu'il est nécessaire d'importer en DIDH le principe d'effectivité du DIH : le droit doit épouser la réalité factuelle et objective des comportements sociaux qu'il est censé réguler. C'est en réalité une remarque générale sur l'interprétation du droit : l'interprète du droit ne doit pas anticiper outre mesure sur les comportements sociaux à naître, sans quoi on lui opposera animosité et irrespect ; cependant, il ne doit pas non plus refuser d'appliquer le droit à des comportements sociaux déjà présents, sous peine de rendre le droit existant obsolète. Dans les deux cas, l'interprète dissocierait la régulation d'un comportement et l'existence objective de celui-ci. Transposé à la situation qui nous intéresse, ce raisonnement signifie que l'interprète du droit devrait en tout temps prendre en considération la réalité de la relation entre la Puissance occupante et les individus vivant sous l'occupation afin de trancher un différend.

L'un des fondements du principe d'effectivité repose sur la distinction entre *jus ad bellum* et *jus in bello* : « le droit international n'opère aucune distinction entre un occupant légal et un occupant illégal lorsqu'il s'agit des devoirs respectifs de l'occupant et de la population en territoire occupé »⁸³⁰. Ainsi, la mise en œuvre du DIH repose sur un principe fondamental : celui de la neutralité, comme en témoignent les Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge⁸³¹. En revanche, le DIDH se préoccupe de telles considérations, par exemple lorsqu'un organe de protection recherche si une mesure poursuit un « but légitime ». La légitimité n'a pas sa place en droit des conflits armés. Il est fondamental que les organes de surveillance des droits de l'Homme n'entrent pas dans les controverses relatives à la légalité d'une occupation militaire au regard du droit international⁸³², sous peine de frustrer l'occupant illégal et de rendre moins probable la mise en œuvre de la décision judiciaire qui sera rendue. Une telle prise de position pourrait se faire *in fine* au détriment des populations vivant sous l'occupation. Les organes de protection des droits de l'Homme devraient adopter une « politique judiciaire » de compromis entre les velléités universalistes des uns et le réalisme conservateur des autres.

La suite logique de cette analyse serait de basculer du plan des régimes juridiques au plan des normes juridiques et d'étudier les conflits normatifs émergeant de la sphère d'application commune et leurs modes de résolution. L'occupant peut-il détenir préventivement un individu sans ouvrir de poursuites

⁸³⁰ Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg, Affaire des *Otages*, *op. cit.* note 200, p. 56. Également, Daniel Thürer énonce que « the lawfulness of occupation is not regulated by international humanitarian law and does not affect the application of the law of occupation ». Voir D. THÜRER, « Current Challenges ... », *op. cit.* note 708, p. 10.

⁸³¹ Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *Statuts du mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge*, adoptés par la XXVe Conférence internationale de la Croix-Rouge à Genève en 1986 et amendés en 1995 et 2006, préambule : « Afin de garder la confiance de tous, le Mouvement s'abstient de prendre part aux hostilités et, en tout temps, aux controverses d'ordre politique, racial, religieux et idéologique. »

⁸³² En ce sens, voir W. SCHABAS, « *Lex Specialis?* Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, And the Conundrum of *Jus ad Bellum* », *Isr. L. Rev.*, vol. 40, 2007, pp. 592-613.

pénales à son encontre, simplement car il menace sa sécurité ? Peut-il recourir à la force létale contre un individu du simple fait que celui-ci exerce une fonction de combat continue au sein d'un groupe armé non-étatique, quand bien même il ne poserait pas de menace imminente à la vie d'autrui ? Dans ces deux cas de figure, le DIH et le DIDH offrent des réponses contradictoires, surtout dans les situations d'occupation militaire. Sans donner de méthodes de résolution de ces conflits normatifs, l'analyse qui précède a le mérite de poser le cadre juridique préalable à leur émergence : l'applicabilité de deux ensembles juridiques différents à une même situation.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

I. Sources juridiques

A. Conventions internationales

Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, signé à La Haye le 18 octobre 1907, entré en vigueur le 26 janvier 1910

Convention relative à l'esclavage, adoptée à Genève le 25 septembre 1926, entrée en vigueur le 9 mars 1927

Convention n°29 concernant le travail forcé ou obligatoire, adoptée à Genève le 28 juin 1930, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1932

Charte des Nations Unies, adoptée à San Francisco le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945

Statut de la Cour internationale de justice, adopté à San Francisco le 26 juin 1945, entré en vigueur le 24 octobre 1945

Convention de Genève (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, adoptée le 12 août 1949 à Genève, entrée en vigueur le 21 octobre 1950

Convention de Genève (II) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées sur mer, adoptée le 12 août 1949 à Genève, entrée en vigueur le 21 octobre 1950

Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre, adoptée le 12 août 1949 à Genève, entrée en vigueur le 21 octobre 1950

Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, adoptée le 12 août 1949 à Genève, entrée en vigueur le 21 octobre 1950

Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, adoptée à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 18 mai 1954, STE n°009

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée à New York le 7 mars 1966, entrée en vigueur le 12 mars 1969, *R.T.N.U.*, vol. 660, p. 195

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté à New York le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, *R.T.N.U.*, vol. 999, p. 171

Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée le 23 mai 1969 à Vienne et entrée en vigueur le 27 janvier 1980

Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée à San José le 22 novembre 1969, entrée en vigueur le 18 juillet 1978

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, adopté à Genève le 8 juin 1977, entré en vigueur le 7 décembre 1978

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non-internationaux, adopté à Genève le 8 juin 1977, entré en vigueur le 7 décembre 1978

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 22 juin 2006, *R.T.N.U.*, vol. 1465, p. 85

Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, *R.T.N.U.*, vol. 1577, p. 3

Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée le 20 décembre 2006 à New York, entrée en vigueur le 23 décembre 2010, *R.T.N.U.* vol. 2716, p. 3

B. Résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies

Nations Unies, Conseil de sécurité, *Résolution 1483 (2003)*, adoptée par le Conseil de sécurité à sa 4761^e séance, 22 mai 2003, U.N. Doc. S/RES/1483

Nations Unies, Conseil de sécurité, *Résolution 1546 (2004)*, adoptée par le Conseil de sécurité à sa 4987^e séance, 8 juin 2004, U.N. Doc. S/RES/1546

C. Actes concertés non-conventionnels

Nations Unies, Assemblée générale, Déclaration universelle des droits de l'Homme, adoptée à Paris le 10 décembre 1948, résolution 217 A (III)

Conférence de Bruxelles de 1874, Projet de Déclaration internationale concernant les lois et les coutumes de la guerre, adoptée à Bruxelles le 27 août 1874, Actes de la Conférence de Bruxelles, Bruxelles, F.Hayez, 1874, pp. 297-305 et pp. 307-308

Conférence internationale américaine, Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme, adoptée à la Neuvième Conférence Internationale Américaine, Bogota, Colombie, 1948

D. Jurisprudence

1. Jurisprudence internationale

a. Cour internationale de justice

(i) Affaires contentieuses

CIJ, *Affaire du Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, arrêt sur le fond du 20 février 1969, *C.I.J Recueil 1969*, p. 3

CIJ, *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis c. Iran)*, arrêt sur le fond du 24 mai 1980, *CIJ, Recueil 1980*, p. 3

CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt sur le fond du 27 juin 1986, *CIJ Recueil 1986*, p. 14

CIJ, *Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident de Lockerbie (Libye c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, *CIJ Recueil 1992*, p. 3

CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt sur le fond du 19 décembre 2005, *CIJ Recueil 2005*, p. 168

C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête : 2002)*, (RDC c. Rwanda), arrêt sur la compétence de la Cour et la recevabilité de la requête du 3 février 2006, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 6

C.I.J., *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt sur le fond du 26 février 2007, *CIJ Recueil, 2007*, p. 43

(ii) Avis consultatifs

CIJ, *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, avis consultatif du 28 mai 1948, *CIJ Recueil 1947-1948*, p. 57

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 du 21 juin 1971, *CIJ, Recueil 1971*, p. 16

CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Recueil 1996*, p. 226

CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans les territoires palestiniens occupés*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Recueil C.I.J. Recueil 2004*, p. 136.

b. Cour pénale internationale

CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Ngudjolo Chui*, décision sur la confirmation des charges, 30 septembre 2008, ICC-01/04-01/07

CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, 20 janvier 2007, ICC-01/04-01/06

CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Jugement, Chambre de première instance I, 14 mars 2012, ICC-01/04-01/06

c. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, IT-94-1

TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalic, et consorts*, Jugement, 16 novembre 1998, IT-96-21-T

TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, Arrêt, Chambre d'appel, 15 juillet 1999, IT-94-1

TPIY, *Le Procureur c. Zoran Kupreskic et consorts*, Jugement, Chambre de première instance II, 14 janvier 200, IT-95-16

TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinovic*, Jugement, Chambre de première instance, 31 mars 2003, IT-98-34

d. Système européen des protection des droits de l'homme

(i) Commission européenne des droits de l'homme

Com. EDH, *affaire Chypre c. Turquie*, décision du 26 mai 1975, req. nos. 6780/74 et 6950/75

Com. EDH [plén.], *affaires X. et Y. c. Suisse*, décision du 14 juillet 1977, req. n°7289/75 et 7349/76

Com. EDH, *affaire Reinette c. France*, décision sur la recevabilité du 2 octobre 1989, req. no. 14009/88

(ii) Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH, *affaire Lawless c. Irlande (No. 3)*, arrêt du 1^{er} juillet 1961, req. n°332/57

Cour EDH, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, arrêt sur le fond du 23 juillet 1968, req. n°1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64

Cour EDH, *affaire Sunday Times c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 avril 1979, req. n°6538/74

Cour EDH, *affaire Airey c. Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, req. n°6289/73

Cour EDH, [plén.], *affaire Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, req. n°14038/88

Cour EDH, *affaire Güleç c. Turquie*, arrêt du 27 juillet 1998, req. 21593/93

Cour EDH, *affaire Loizidou c. Turquie*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 23 mars 1995, req. n°15318/89

Cour EDH, *affaire Aksoy c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996, req. n°21987/93

Cour EDH, *affaire Loizidou c. Turquie*, arrêt sur le fond du 18 décembre 1996, req. n°15318/89

Cour EDH, *affaire Osman c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 octobre 1998, req. n°23452/94

Cour EDH, [GC], *affaire Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres Etats parties*, décision sur la recevabilité du 12 décembre 2001, req. no. 52207/99

Cour EDH, [GC], *affaire Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, arrêt du 8 juillet 2004, req. n°48787/99

Cour EDH, *affaire Issa et autres c. Turquie*, arrêt du 16 novembre 2004, req. no. 31821

Cour EDH, *affaire Issaïeva c. Russie*, arrêt du 24 février 2005, req. n°57950/00

Cour EDH, [GC], *affaire Öcalan c. Turquie*, arrêt du 12 mai 2005, req. no. 46221/99

Cour EDH, *affaire Saddam Hussein c. Albanie et 20 autres Etats parties*, décision sur la recevabilité du 14 mars 2006, req. n°23276/06

Cour EDH, *affaire Pad et autres c. Turquie*, décision sur la recevabilité du 28 juin 2007, req. no. 60167/00

Cour EDH, *affaire Andreou c. Turquie*, décision sur la recevabilité du 3 juin 2008, req. n°45653/99

Cour EDH, *affaire Isaak et autres c. Turquie*, décision sur la recevabilité du 24 juin 2008, req. n°44587/98

Cour EDH, *affaire Demir et Baykara c. Turquie*, arrêt du 12 novembre 2008, req. n°34503/97

Cour EDH, *affaire A. et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 19 février 2009, req. n°3455/05

Cour EDH, *affaire Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, décision sur la recevabilité du 30 juin 2009, req. no. 61498/08

Cour EDH, [GC], *affaire Medvedyev et autres c. France*, arrêt du 29 mars 2010, req. no. 3394/03

Cour EDH, [GC], *affaire Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 2011, req. no. 55721/07

Cour EDH, [GC], *affaire Al-Jedda c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 2011, req. no. 27021/08

Cour EDH, *affaire Ivanțoc et autres c. Moldova et Russie*, arrêt du 15 novembre 2011, req. n°23687/05

Cour EDH, *affaire Géorgie c. Russie (II)*, décision sur la recevabilité du 13 décembre 2011, req. n°38263/08

Cour EDH, [GC], *affaire Catan et autres c. Moldova et Russie*, arrêt du 19 octobre 2012, req. n°43370/04, 8252/05 et 18454/06

Cour EDH, *affaire Chagos Islanders c. Royaume-Uni*, décision sur la recevabilité du 11 décembre 2012, req. n°35622/04

Cour EDH, [GC], *affaire Hassan c. Royaume-Uni*, arrêt du 16 septembre 2014, req. no. 29750/09

Cour EDH, [GC], *affaire Jaloud c. Pays-Bas*, arrêt du 20 novembre 2014, req. 47708/08

Cour EDH, *affaire Pisari c. Moldova et Russie*, arrêt du 21 avril 2015, req. n°42139/12

Cour EDH, [GC], *affaire Chiragov et autres c. Arménie*, arrêt du 16 juin 2015, req. n°13216/05

Cour EDH, [GC], *affaire Sargsyan c. Azerbaïdjan*, arrêt du 16 juin 2015, req. n°40167/06

e. Système interaméricain de protection des droits de l'homme

(i) Commission interaméricaine des droits de l'homme

Cour IADH, Avis consultatif, *Habeas Corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2), 25(1), and 7(6) American Convention on Human Rights)*, 30 janvier 1987, OC-8/87

Com. IADH, *Salas et al. v. United States*, Décision sur l'admissibilité du 14 octobre 1993, Report no. 31/93, affaire no. 10573

Com. IADH, *Victor Saldano v. Argentina*, Report no. 38/99, affaire no. 38/99 du 11 mars 1999

Com. IADH, *Coard et al. v. United States*, Report no. 109/99, affaire no. 10.951 du 29 septembre 1999

Com. IADH, *Alejandro Jr. et al. v. Cuba*, Report no. 86/99, affaire no. 11.589 du 29 septembre 1999

Com. IADH, *Massacre de Riofrio*, Report No. 62/01, affaire no. 11.654 du 6 avril 2001

Com. IADH, *Djamel Ameziane v. United States*, Report no. 17/12, case no. P-900-08 du 20 mars 2012

(ii) Cour interaméricaine des droits de l'homme

Cour IADH, *Paniagua-Morales et al. v. Guatemala, Judgment*, 8 Mars 1998, Series C, n°76

Cour IADH, *affaire Velasquez Rodriguez v. Honduras, Merits*, 29 juillet 1988, série C, n°4

Cour IADH, *case of Ximenes-Lopes v. Brazil, Merits, Reparations and Costs*, 4 juillet 2006, Series C, No. 149

d. Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

Com. ADHP, *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, communication no. 155/96, adoptée lors de la 30e session, 27 octobre 2001

e. Organes des traités

(i) Comité des droits de l'homme

- **Observations générales**

CDH, *Observations générale No. 31 – La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte*, adoptée le 29 mars 2004, U.N. Doc. CCPT/C/21/Rev.1/Add.13

CDH, *Observation générale No. 29 – Etats d’urgence (art. 4)*, adoptée le 31 août 2001, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11

CDH, *Observation générale No. 35 – Article 9 (Liberté et sécurité de la personne)*, adoptée le 16 décembre 2014, U.N. Doc. CCPR/C/GC/35

CDH, *Draft General Comment No. 36 – Art. 6 : Right to Life*, 115th session, Draft prepared by Y. SHANY and Sir N. RODLEY, Rapporteurs, U.N. Doc. CCPR/C/GC/R.36/Rev.2

- **Observations finales**

CDH, *Observations finales*, Israël, rapport initial, 18 août 1998, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.93

CDH, *Observations finales*, Etats-Unis d’Amérique, 4^e rapport périodique, 18 décembre 2006, U.N. Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1

CDH, *Observations finales*, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d’Irlande du Nord, 6^e rapport périodique, 30 juillet 2008, U.N. Doc. CCPR/C/GBR/CO/6

CDH, *Observation finales*, Israël, 3^e rapport périodique, 3 septembre 2010, 2010, U.N. Doc. CCPR/C/ISR/CO/3

CDH, *Observations finales*, Russie, 7^e rapport périodique, 28 avril 2015, U.N. Doc. CCPR/C/RUS/CO/7

- **Communications individuelles**

CDH, *Sergio Euben Lopez Burgos c. Uruguay*, 29 juillet 1981, Communication No. R.12/52

CDH, *Lilan Celiberti de Casariego c. Uruguay*, 29 juillet 1981, Communication No. R.13/56

(ii) Comité des droits économiques, sociaux et culturels

CoDESC, *Observations finales*, Israël, rapport initial, 4 décembre 1998, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.27

(iii) Comité contre la torture

- **Observations générales**

UNCAT, *Observation générale n°2, Application de l’art. 2 par les Etats parties*, adoptée le 24 janvier 2008, U.N. Doc. CAT/C/GC/2

- **Observations finales**

UNCAT, *Observations finales*, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d’Irlande du Nord, 4^e rapport périodique, 10 décembre 2004, U.N. Doc. CAT/C/CR/33/3

UNCAT, *Observations finales*, Israël, 4^e rapport périodique, 23 juin 2009, U.N. Doc. CAT/C/ISR/CO/4, §§ 11-12.

UNCAT, *Observation finales, Burundi*, Rapport spécial demandé en vertu de l’article 19, §1 de la CAT, document non édité

f. Tribunaux militaires américains de Nuremberg

Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg, *Etats-Unis d’Amérique v. Wilhelm List et al.*, *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Nations War Crimes Commission, Vol. VIII, 1949

Tribunal militaire américain à Nuremberg, *Etats-Unis d’Amérique v. Otto Ohlendorf et al.*, *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Nations War Crimes Commission, vol. IV, 1950

2. Sentences arbitrales

Tribunal des réclamations Etats-Unis-Iran, *affaire Petrolane, Inc. c. Islamic Republic of Iran* (1991) *Iran-United-States Claims Tribunal Report*, sentence du 25 novembre 1991, vol. 27, p. 64

Commission des réclamations entre l’Érythrée et l’Éthiopie, *Front Central – Réclamations de l’Érythrée 2* (Érythrée/Éthiopie), sentence partielle, 28 avril 2004

Commission des réclamations entre l’Érythrée et l’Éthiopie, *Front occidental, Bombardements aériens et demandes assimilées – Réclamations de l’Érythrée No. 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26* (Érythrée/Éthiopie), sentence partielle, 19 décembre 2005

3. Jurisprudence nationale

a. République fédérale d'Allemagne

Allemagne, Cour suprême fédérale, *affaire Distomo*, 26 juin 2003

b. Canada

Canada, Court of Appeal of Ottawa, Ontario, *Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Association v. Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces, Minister of National Defence and Attorney General of Canada*, 12 mars 2008, 2008 FC 336

c. Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord

Royaume-Uni, Court of Appeal, *R. (on the application of Al-Skeini) (Appellant) v. Secretary of State for Defence (Respondent)*, 21 décembre 2005, [2005] EWCA Civ. 1609

Royaume-Uni, House of Lords, *R. (on the application of Al-Skeini) (Appellant) v. Secretary of State for Defence (Respondent)*, 13 juin 2007, [2007] UKHL 26

Royaume-Uni, House of Lords, *R. (on the application of Al-Skeini) (Appellant) v. Secretary of State for Defence (Respondent)*, 21 décembre 2007, [2007] UKHL 58

Royaume-Uni, Supreme Court, *Smith and others (Appellant) v The Ministry of Defence (Respondent)*, 13 juin 2013, [2013] UKSC 41

Royaume-Uni, High Court of Justice, *Serdar Mohammed and others (Appellant) v. Ministry of Defence (Respondent)*, 2 mai 2015, [2014] EWHC 1369 (QB)

d. Israël

Israël, Haute Cour de Justice, *Abd Al Nasser Al Aziz et al. v. Commander of the IDF Forces in the West Bank et al.*, 10 avril 1988, HCJ 785/87, HCJ 845/87 et HCJ 27/88,

Israël, Haute Cour de Justice, *Tsemel v. Minister of Defence*, 28 janvier 1993, HCJ 5976/92

Israël, Haute Cour de Justice, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israël and the Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2056/04, 30 juin 2004

Israël, Haute Cour de Justice, *Jaber Al-Bassiouni Ahmed et al. v. Premier ministre et al.*, 27 janvier 2008, HCJ 9132/07

II. Documents d'organisations internationales et d'organisations non-gouvernementales

A. Documents des Nations Unies

1. Conseil économique et social

ECOSOC, Rapport du Représentant du Secrétaire général, M. Francis DENG, *Droits de l'Homme, exodes massifs et personnes déplacées*, présenté lors de la 56^e session, 11 février 1998, U.N. Doc. E/CN.4/1998/53/Add.1

2. Commission du droit international

CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, adopté lors de la 53^e session, 2001, et adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 12 décembre 2001, U.N. Doc. A/RES/56/83

CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, adopté lors de la 53^e session, 2001, *Ann. C.D.I.*, 2001, vol. II (2).

CDI, *Rapport de la Commission du droit international*, 58^e session, 2006, U.N. Doc. A/61/10

CDI, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'étude de la CDI préparé par Martti Koskeniemi, adopté lors de la 58^e session, 2006, U.N. Doc. A/CN.4/L.682

CDI, *Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités*, Préparé par G. NOLTE, Rapporteur spécial lors de la 56^e session, 2013, U.N. Doc. A/CN.4/660

3. Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme

Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, *Administration de la justice, Etat de droit et démocratie, Document de travail sur les relations entre droits de l'homme et droit international humanitaire*, présenté par Françoise HAMPSON et Ibrahim SALAMA, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/14

4. Comité spécial de la Charte des Nations Unies et du raffermissement du rôle de l'Organisation

Comité spécial de la Charte des Nations Unies et du raffermissement du rôle de l'Organisation, *Déclaration relative aux normes et principes fondamentaux régissant l'adoption et l'application des sanctions et d'autres mesures de coercition*, document de travail révisé présenté par la Fédération de Russie, 17 mars 2004, U.N. Doc A/AC.182/L.114/Rev.1

B. Documents du Comité international de la Croix-Rouge

CICR, J. PICTET, *Commentaire – La Convention de Genève relative au traitement à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 1958

Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *Statuts du mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge*, adoptés par la XXVe Conférence internationale de la Croix-Rouge à Genève en 1986 et amendés en 1995 et 2006

CICR, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport, XXXIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, octobre 2011, 31C/11/5.1.2.

CICR, *Report on the expert meeting on « Occupation and other forms of administration of foreign territory »*, Mars 2012

CIIR, *Commentaire – La Convention de Genève relative à l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 2016

C. Organisations non-gouvernementales

Institut de droit International, *Manuel des lois de la guerre sur terre*, Oxford, 9 septembre 1880, adopté le 9 août 1913, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol.26 (1913), pp.610-640, art. 41.

HRW, « Ituri : "Couvert de sang". Violence ciblée sur certaines ethnies dans le Nord-Est de la RDC », juillet 2003

Amnesty International, *Iraq: The need for security*, 2003, 14/143/2003

Amnesty International, *Iraq: Looting, Lawlessness and Humanitarian Consequences*, 2003, MDE 14/083/2003

HRW, *Israel: 'Disengagement' Will Not End Gaza Occupation*, 28 octobre 2004

Gisha, *Disengaged Occupiers: the Legal Status of Gaza*, position paper, January 2007

Open Society Justice Initiative, *Globalizing Torture. CIA Secret Detention and Extraordinary Rendition*, 2013

III. Documents nationaux

A. Autorité provisoire de la coalition

APC, *Regulation No. 1, The Coalition Provisional Authority*, CPA/REG/16 May 2003/01

APC, *Order No. 39, Foreign Investment (Amended by Order 46)*, CPA/ORD/19 September 2003/39

B. Belgique

Belgique, Ministère des Affaires étrangères, *Actes de la Conférence de Bruxelles (1874) pour régler par une entente internationale les lois de la guerre*, Bruxelles, Société belge de librairie, 1899

Belgique, Forces armées, *Droit de la guerre, Dossier d'instruction pour soldat*, JS3, Etat-major général, (non daté)

C. Canada

Canada, Office of the Judge Advocate General, *The Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level*, B-GG-005-027/AF-020, 1999

D. Etats-Unis d'Amérique

Etats Unis d'Amérique, *Department of the Army, Field Manual 27-10: The Law of Land Warfare*, Washington, D.C., juillet 1956

Etats-Unis, *Lettre datée du 19 mars 1993, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent adjoint des Etats-Unis d'Amérique auprès de l'ONU*, U.N. Doc. S/25441, 19 mars 1993

Etats Unis d'Amérique, 3^e rapport périodique présenté conformément à l'article 40 du PIDCP, 28 novembre 2005, U.N. Doc. CCPR/C/USA/3

Etats Unis d'Amérique, International and Operational Law Department, The Judge Advocate's Legal Center and School, *Operational Law Handbook* (dir. D. I. GRIMES, J. RAWCLIFF et J. SMITH), 2006

Etats Unis d'Amérique, Département d'Etat, Office of the Legal Adviser, *Memorandum Opinion on the Geographical Scope of the International Covenant of Civil and Political Rights*, 19 octobre 2010

Etats Unis d'Amérique, 4^e rapport périodique présenté conformément à l'article 40 du PIDCP, 22 mai 2012, CCPR/C/USA/4.

Etats Unis d'Amérique, International and Operational Law Department, The Judge Advocate General's Legal Center and School, *Operational Law Handbook*, 2012, Charlottesville, Virginia

E. Israël

Israël, 4^e rapport de l'Etat partie présenté conformément à l'article 40 du PIDCP, 12 décembre 2013, U.N. Doc. CCPR/C/ISR/4

Israël, Réponses du Gouvernement israélien à la liste des questions à traités en relation avec le troisième rapport périodique d'Israël, UN. Doc. CCPR/C/ISR/Q/3/Add.1

F. Nouvelle-Zélande

Nouvelle-Zélande, New-Zealand Defence Force, Directorate of Legal Services, *Interim Law of Armed Conflict Manual*

G. Organisation de Libération de la Palestine

Organisation de Libération de la Palestine, Negotiation Affairs Department, *The Israel « Disengagement » Plan : Gaza Still Occupied*, Septembre 2005

H. Pays-Bas

Pays-Bas, Ministère des Affaires étrangères, Conférence plénière, cinquième séance, 5 juillet 1899, Annexe 1 au Procès-verbal de la séance du 5 juillet no. 5, Rapport à la Conférence, *Actes de la Conférence internationale de la Paix, La Haye, 18 mai – 18 juillet 1899*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1907

I. République fédérale d'Allemagne

République fédérale d'Allemagne, Ministère fédéral de la Défense, *Humanitarian Law in Armed Conflicts – Manual*, Août 1992

J. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Royaume-Uni, Ministère de la Défense, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, OUP, Oxford, 2004

Forces armées britanniques, « The Aitken Report : An Investigation into Cases of Deliberate Abuse and Unlawful Killing in Iraq in 2003 and 2004 », 25 January 2008

Premier rapport du Comité spécial à la Commission mixte, *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, tome II-B, Berne, Département politique fédéral

K. Suisse

Suisse, Manuel des forces armées suisses, *Lois et coutumes de la Guerre (Extrait et commentaire)*, Règlement 51.7/II, Armée suisse, 1^{er} septembre 1987

III. Doctrine

A. Manuels, monographies et thèses

- BENVENISTI, E., *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, 1993
- BENVENISTI, E., *The International Law of Occupation*, 2^e ed., Princeton University Press, 2004
- CARREAU, D. – MARRELLA, F., *Droit international*, 11^e ed., Pedone, Paris, 2012
- DAILLIER, P. – FORTEAU, M. – PELLET, A., *Droit international Public*, 8^e ed., LGDJ, Paris, 2009
- DINSTEIN, Y., *The International Law of Belligerent Occupation*, CUP, Cambridge, 2009
- FINCK, F., *L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale : Essai sur la commission d'un fait illicite par un Etat ou une organisation internationale*, thèse, Strasbourg, 2011
- HENCKAERTS, J-M. – DOSWALD-BECK, L., *Droit international humanitaire coutumier, Volume I: Règles*, Bruylant, 2006
- JENNINGS, R. – WATTS, A., *Oppenheim's International Law*, 9e ed., Longman, 1992
- KOLB, R. – VITE, S., *Le droit de l'occupation militaire. Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruylant, 2009
- KOUTROULIS, V., *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation militaire*, Pedone, Paris, 2011
- MECHELYNCK, A., *La Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre d'après des Actes et Documents des Conférences de Bruxelles de 1874 et de La Haye de 1899 et 1907*, Ad. Hoste, Gand, 1915
- MERON, T., *The Humanization of International Law*, The Hague Academy of International Law Monograph, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2006
- MILANOVIC, M., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles, and Policy*, OUP, Oxford, 2011
- NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, 2e ed. révisée, N.P. Engel, 2005
- OBERLEITNER, G., *Human Rights in Armed Conflicts. Law, Practice, Policy*, CUP, Cambridge, 2015
- VON JHERING, R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, A. Mareacq, 2^e ed., Aîné, Paris, 1880

B. Articles

- AMANN, A-M., « Jurisdictional, Preliminary and Procedural Concerns », in *Benchbook on International Law, A.S.I.L.*, 2014
- BECKER, A., « Les dilemmes de la protection des civils des territoires occupés : l'exemple précurseur de la Première Guerre mondiale », *R.I.C.R.*, vol. 94, 2012, pp. 55-72
- BEN-NAFTALI, O., « "A la recherche du temps perdu": Rethinking Art. 6 of the Fourth Geneva Convention in the Light of the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion », *I.L.R.*, vol. 38, pp. 211-229
- BEN-NAFTALI, O. – MICHAELI, K., « "We Must Not Make a Scarecrow of the Law": A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings », *Cornell International Law Journal*, vol. 36, 2003-2004, pp. 233-192.
- BESSON, S., « The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts To », *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, 2012, pp. 857-884

- BOTHE, M., « Effective Control: A situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation », Annexe 1, CICR, Report on the expert meeting on «Occupation and other forms of administration of foreign territory», Mars 2012, pp. 36-40
- BOTHE, M., « Le contrôle effectif pendant l'invasion : un regard pragmatique sur le seuil d'application du droit de l'occupation », *R.I.C.R.*, vol. 94, 2012, pp. 40-44
- BURGOGUE-LARSEN, L., « L'internationalisation du dialogue des juges », in *Le dialogue des juges – Mélanges en hommage à B. Genevois*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 95-130
- CAMPANELLI, D., « The law of military occupation put to the test of human rights law », *R.I.C.R.*, vol. 90, 2008, p. 653-668
- CERONE, J., « The Application of Regional Human Rights Law Beyond Regional Frontiers: the Inter-American Commission on Human Rights and U.S. Activities in Iraq », *A.S.I.L. Insight*, 2005.
- CERONE, J., « Human Dignity in the Line of Fire: The Application of International Human Rights Law During Armed Conflict, Occupation and Peace Operations », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 39, 2006, pp. 1447-1510
- CLEVELAND, S. H., « Embedded International Law and the Constitution Abroad », *Columbia Law Review*, vol. 110, 2010, pp. 225-287
- CLAPHAM, A., « Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations », *R.I.C.R.*, vol. 88, 2006, pp. 491-523
- CLARK, J-P., « Explaining Ugandan Intervention in Congo: Evidence and Interpretations », *The Journal of Modern African Studies*, vol. 39, 2001, pp. 261-287
- DELAS, O. – TOUGAS, M-L., « Quelques réflexions entourant la participation de compagnies militaires privées aux conflits armés », *Revue québécoise de droit international*, vol. 19, 2007, pp. 49-62
- DENNIS, M. J., « Application of Human Rights Treaties Extraterritorially during Times of Armed Conflict and Military Occupation », *A.J.I.L.*, vol. 99, pp. 119-141
- DROEGE, C., « The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situation of Armed Conflict », *Isr. L. Rev.*, vol. 40, pp. 310-357
- DUBOUT, E. – TOUZE, S., « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques* (dir. E. DUBOUT et S. TOUZE), Pedone, Paris 2010, pp. 11-35
- FERRARO, T., « Comment déterminer le début et la fin de l'occupation au sens du droit international humanitaire », *R.I.C.R.* vol. 94, 2012, pp. 73-106
- FRWEIN, J. A., « The Relationship between Human Rights Regimes and Regimes of Belligerent Occupation », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 28, 1998, pp. 1-16.
- FRUMER, P. « Quand droits de l'homme et droit international humanitaire s'emmêlent – Un regard critique sur l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni* », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, vol. 102, 2015, pp. 481-507
- GEIß, R., « Russia's Annexation of Crimea: The Mills of International Law Grind Slowly but They Do Grind », *Int. L. Stu.*, vol. 91, pp. 425-449
- GROSS, A. M., « Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation? », *E.J.I.L.*, vol. 18, 2007, pp. 1-35
- HAMPSON, F., « Using International Human Rights Machinery to Enforce the International Law of Armed Conflicts », *Revue de Droit militaire et de Droit de la Guerre*, vol. 119, 1992, p. 117
- KOLB, R., « Occupation in Iraq since 2003 and the powers of the Security Council », *R.I.C.R.*, vol. 90, 2008, pp. 29-50
- KOUTROULIS, V., « L'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* (Congo c. Ouganda) : une lecture restrictive du droit de l'occupation ? », *Revue belge de droit international*, 2006, pp. 703-741

- KRETZMER, D., « The Law of Belligerent Occupation in the Supreme Court of Israel », *R.I.C.R.*, vol. 94, 2012, pp. 207-236
- LEACH, P. « South Ossetia », in *International Law and the Classification of Conflicts* (ed. E. WILMSHURST), OUP, 2012, pp. 317-355
- MERON, T., « Extraterritoriality of Human Rights Treaties », *A.J.I.L.*, vol. 89, 1995, pp. 78-82
- MILANOVIC, M., « Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict », in *The Frontiers of Human Rights: Extraterritoriality and its Challenges*, Collected Courses of the Academy of European Law (dir. N. BHUTA), O.U.P., 2016 (à paraître)
- MILANOVIC, M., « From Compromise to Principle: Clarifying the concept of state jurisdiction in human rights treaties », *H.R.L.R.*, Vol. 8, 2008, pp. 411-448
- O'KEEFE, R., « Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: A Commentary », *R.B.D.I.*, vol. 37, pp. 92-154
- A. ORAKHELASHVILI, « The Post-War Settlement in Iraq: The UN Security Council Resolution 1483 (2003) and General International Law », *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 8, 2003, pp. 307-314
- PELLET, A. « Remarques sur la jurisprudence récente de la CIJ dans le domaine de la responsabilité internationale », in *Perspectives du droit international au 21^e siècle*, Liber Amicorum Professor Christian dominicé, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2012, pp. 321-345
- RAMSDEN, M., « British Air Strikes against ISIS in Syria: Legal Issues under the European Convention on Human Rights », *E.H.R.L.R.*, issue 2, 2016, pp. 151-160
- RAIBLE, L., « The Extraterritoriality of the ECHR: Why *Jaloud* and *Pisari* Should be Read as Game Changers », *E.H.R.L.R.*, issue 2, 2016, pp. 161-168
- REEVES, S. R. – WALLACE, D. « The Combatant Status of the "Little Green Men" and Other Participants in the Ukraine Conflict », *Int. L. Stu.*, vol. 91, pp. 361-401
- ROBERT, A., « What is military occupation? », *British Yearbook of International Law*, vol. 55, 1984, pp. 249-305
- RODLEY, N., « The Extraterritorial Reach and Applicability in Armed Conflict of the International Covenant on Civil and Political Rights: A Rejoinder to Dennis and Surena », *E.H.R.L.R.*, vol. 5, 2009, pp. 628-636
- ROONEY, J. M., « The Relationship between Jurisdiction and Attribution after *Jaloud v. Netherlands* », *Netherland International Law Review*, vol. 62, 2015, pp. 407-428
- RYNGAERT, C., « The concept of jurisdiction in international law », in *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, OUP, 2015, pp. 50-75
- SASSOLI, M. – OLSON, L. M., « The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts », *R.I.C.R.*, vol. 90, 2008, pp. 599-627
- SASSOLI, M., « Legislation and maintenance of public order and civil life by occupying powers », *E.J.I.L.*, vol. 16, 2005, pp. 661-694
- SASSOLI, M., « Plaidoyer pour Pictet et pour les habitants des territoires envahis : arguments en faveur de l'applicabilité de la Quatrième Convention de Genève pendant la phase d'invasion », *R.I.C.R.*, vol. 94, 2012, pp. 46-64
- SASSOLI, M., « The Concept and the Beginning of Occupation », *The 1949 Geneva Convention: A Commentary* (dir. A. CLAPHAM, A. GAETA et M. SASSOLI), O.U.P., 2015
- SASSOLI, M., « The Role of Human Rights and International Humanitarian Law in New Types of Armed Conflicts », in O. BEN-NAFTALI, *International Humanitarian Law and International Human Rights Law – Pas de Deux*, O.U.P., 2011, pp. 34-94
- SCHABAS, W., « Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, And the Conundrum of *Jus ad Bellum* », *Isr. L. Rev.*, vol. 40, 2007, pp. 592-613

SHANY, Y., « Faraway, so close: The Legal Status of Gaza After Israel's Disengagement », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 8, pp. 369-383

SHANY, Y., « Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law », *The Law & Ethics of Human Rights*, vol. 7, pp. 47-71

SHANY, Y., « The Law Applicable to Non-Occupied Gaza : A Comment on *Bassiouni v. Prime Minister of Israel* », Research Paper No. 13-09, The Hebrew University of Jerusalem, 2009

THÜRER, D., « Current Challenges to the Law of Occupation », *Actes du Colloque de Bruges, Les défis contemporains au droit de l'occupation*, 20-21 octobre 2005, pp. 9-25

VAN SCHAAK, B., « The United States' Position on the Extraterritorial Application of Human Rights Obligations: Now is the Time for Change », *Int. L. Stu.*, vol. 90, 2014, pp. 20-65

WARREN, M., « Belligerent Occupation », in *U.S. Military Operations and the Law* (dir. G. S. CORN, S. R. REEVES & R. VANLANDINGHAM), OUP, 2015 (à paraître)

WILDE, R., « Triggering State Obligations Extraterritorially: The Spatial Test in Certain Human Rights Treaties », in *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Toward a New Merger in International Law?*, (dir. R. ARNOLD et N. QUENIVET), Martinus Nijhoff, La Haye, 2008, pp. 133-153

WILDE, R., « Triggering State Obligations Extraterritorially: The Spatial Test in certain Human Rights Treaties », *Isr. L. Rev.*, vol. 40, 2007, pp. 503-526

ZEDALIS, R., « Burning of the Kuwaiti Oilfields and the Laws of War », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 24, 1991, pp. 711-755

ZWANENBURG, M., « Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the law of occupation », *R.I.C.R.*, vol. 86, 2004, pp. 745-769

ZWANENBURG, M., « Contre la théorie Pictet », *R.I.C.R.*, vol. 94, 2012, pp. 33-39

C. Sites internet

MILANOVIC, M., « The Nagorno-Karabakh Cases », *E.J.I.L. Talk!*, 23 juin 2015, disponible sur [<http://www.ejiltalk.org/the-nagorno-karabakh-cases/>]

OLLESON, S., « The Impact of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts », Preliminary Draft, British Institute of International and Comparative Law, disponible sur [http://www.biicl.org/files/3107_impactofthearticlesonstate_responsibilitypreliminarydraftfinal.pdf]

SARI, A., « Derogations from the European Convention on Human Rights in Deployed Operations », Defence Committee written evidence, novembre 2013, disponible sur [<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmdfence/writev/futureops/law10.htm>]

SIEGRIST, M., *The Functional Beginning of Belligerent Occupation*, The Graduate Institute, Genève, eCahiers, No 7, avril 2011, pp. 35-77, disponible sur [<http://iheid.revues.org/75?lang=en>] (dernière consultation le 20 août 2016)

TAVERNIER, J., « Le Haut-Karabakh devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *Sentinelle-droit-international.fr*, 27 juin 2015, disponible sur [<http://www.sentinelle-droit-international.fr/?q=content/le-haut-karabakh-devant-la-cour-europ%C3%A9enne-des-droits-de-l%E2%80%99homme>]