

Occupation transformative et impulsion unilatéraliste

Gregory H. Fox*

Gregory H. Fox est professeur de droit et directeur du Programme d'études juridiques internationales de la Faculté de droit de l'Université d'État Wayne, à Detroit (États-Unis).

Résumé

L'occupation de l'Irak en 2003 a suscité un important débat entre les juristes. Une occupation pouvait-elle être « transformative » ? N'était-il pas traditionnellement interdit à l'occupant de modifier de manière substantielle l'infrastructure juridique ou politique de l'État dont il contrôlait le territoire ? L'expérience irakienne a conduit certains commentateurs à affirmer que, d'une part, ce « principe conservationniste » avait été peu observé dans la pratique et que, d'autre part, une occupation à des fins de transformation était en accord avec plusieurs tendances importantes du droit international moderne. Ces tendances incluraient notamment la reconstruction, sur une base libérale et démocratique, des États sortant d'un conflit, l'application extraterritoriale des obligations conventionnelles relatives aux droits de l'homme et le déclin des conceptions abstraites de la souveraineté territoriale. L'auteur du présent article estime que ces prises de position sont très excessives. La pratique des Puissances occupantes ne confirme pas la thèse selon laquelle les transformations libérales démocratiques sont répandues. Par ailleurs, il n'a jamais été allégué que les traités relatifs aux droits de l'homme exigeaient que les États parties légifèrent dans les territoires d'autres États. Plus important encore, le principe conservationniste joue un rôle capital en imposant des limites à l'appropriation unilatérale par l'occupant des pouvoirs législatifs de l'État subordonné. Certes, les actions de transformation post-conflit ont constitué l'une des caractéristiques

* La version originale en anglais de cet article est publiée sous le titre « Transformative occupation and the unilateralist impulse », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, N° 885, printemps 2012, pp. 237-266.

de l'ordre juridique de l'après guerre froide, mais ces actions ont été menées de manière collective, le plus souvent par le biais du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Autoriser les occupants à renverser cette tendance en réfutant toute nécessité d'approbation collective des « réformes » entreprises dans les États occupés équivaudrait à valider un unilatéralisme anachronique. Une telle démarche irait à l'encontre de la multilatéralisation de tous les aspects des conflits armés, évidente dans tous les domaines, bien plus que dans la seule reconstruction post-conflit.

Mots-clés : occupation transformative, principe conservacionniste, pouvoir législatif, article 43 du Règlement de La Haye, application extraterritoriale des droits de l'homme.



Peu de temps après le début de l'occupation de l'Irak par les États-Unis et le Royaume-Uni, en avril 2003, un ambitieux programme de réforme a été annoncé par les gouvernements de ces deux pays. L'autorité gouvernante des occupants, appelée « Autorité provisoire de la coalition » (*Coalition Provisional Authority / CPA*), s'est déclarée investie de « tous les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire nécessaires » en Irak, afin de faire progresser les « efforts en vue de rétablir et d'établir les institutions nationales et locales d'un gouvernement représentatif, et de faciliter le redressement économique, ainsi qu'une reconstruction et un développement durables »¹. Pendant les quatorze mois suivants, la CPA s'est attachée à atteindre ces objectifs et les décrets qu'elle a promulgués ont modifié fondamentalement les institutions juridiques, politiques, militaires et économiques irakiennes². À ne considérer que le droit écrit de l'Irak, l'on pourrait conclure qu'en à peine plus d'une année, le pays a été transformé et que, d'un État autoritaire doté d'un parti unique et d'une économie centralement planifiée, il était devenu une démocratie libérale possédant l'un des systèmes de libre marché les plus permissifs au monde.

Les réformes irakiennes ont placé les spécialistes du droit international devant un dilemme. En effet, elles ont représenté un défi direct pour le droit traditionnel de l'occupation belligérante (ou « occupation de guerre »). Tel que codifié dans le Règlement de La Haye de 1907 et dans la IV^e Convention de Genève

1 Autorité provisoire de la Coalition, « Coalition Provisional Authority Regulation Number 1 », 16 mai 2003, CPA/REG/16 mai 2003/01, sec. 1(2), disponible sur : <http://www.iraqcoalition.org/regulations/> [traduction CICR]. Toutes les références internet ont été consultées en mars 2012.

2 États-Unis, Special Inspector-General for Iraq Reconstruction, *Hard Lessons: The Iraq Reconstruction Experience*, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C., 2009, p. 326 : « [l']Autorité provisoire de la Coalition a adopté une approche maximaliste de la reconstruction ; elle a élaboré des plans visant à transformer tous les aspects de la société irakienne, du système bancaire au Code de la route » [traduction CICR] ; E. Anthony Wayne, Assistant Secretary for Economic and Business Affairs, Testimony Before the Senate Banking Sub-Committee on International Trade and Finance, 11 février 2004, disponible sur : <http://2001-2009.state.gov/e/eeb/rls/rm/29288.htm> : « [l']assistance des États-Unis a pour fondement et pour but la réforme de la société et de l'économie irakiennes. Le nouvel Irak, prospère, pacifique, doit être un pays de démocratie et de libre entreprise, pleinement intégré dans la communauté des nations » [traduction CICR]. Pour une description détaillée des réformes opérées par la CPA, voir Gregory H. Fox, « The occupation of Iraq », dans *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 36, N° 2, 2005, p. 197.

de 1949, le droit de l'occupation présente les Puissances occupantes comme de simples dépositaires de l'autorité, non investies de la compétence législative des souverains *de jure* qui ont été chassés du pouvoir³. Dans une formule célèbre, le Règlement de La Haye demande aux occupants de respecter les lois en vigueur dans le pays « sauf empêchement absolu »⁴. Ce « principe conservateur », qui limite le pouvoir législatif de l'occupant, marque une frontière critique entre l'occupation et l'annexion⁵. Ne disposant pas de droits souverains illimités sur le territoire, les occupants ne jouissent que d'un pouvoir législatif réduit, à l'inverse de ce qui se passerait, selon toute vraisemblance, en cas d'annexion. Néanmoins, l'annexion est profondément antithétique au droit international contemporain⁶. Ainsi, selon l'approche traditionnelle, parler d'« occupation réformatrice » est quasiment un oxymore. Selon les termes mêmes employés à la veille de l'invasion de l'Irak par le Procureur général du Royaume-Uni, « il ne serait pas légal de réformer profondément les structures gouvernementales et administratives » du pays⁷.

Cela ne signifie pas qu'un occupant ne dispose d'aucune autorité en matière législative. Cette autorité peut être parfois assez étendue et permettre d'apporter de nombreux changements au droit local ; toutefois, la capacité de légiférer doit être en rapport avec le caractère temporaire de l'occupation. Certaines réformes peuvent être considérées nécessaires pour pouvoir s'acquitter de tâches relevant de l'administration de l'occupation ou pour éviter que l'occupant ne doive mettre en œuvre des lois locales portant atteinte aux droits de l'homme. Dans cette optique, les réformes constituent les conséquences inévitables de l'exercice, même à titre temporaire de l'autorité politique de l'occupant. En d'autres mots, de telles réformes sont essentielles pour que l'occupation soit à la fois effective et respectueuse des droits de l'homme. Il existe même un argument plausible selon lequel une occupation qui se prolonge pendant de nombreuses années (lire : l'occupation israélienne) exige parfois des réformes plus vastes, étant donné que, comme Adam Roberts le relève, « [a]u cours d'une occupation prolongée, de nombreux problèmes pratiques peuvent surgir et être tels qu'il est impossible de les résoudre par de simples mesures temporaires, dictées par le souhait de préserver

3 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, La Haye, 18 octobre 1907 (ci-après Règlement de La Haye), art. 43 ; Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Genève, 12 août 1949, art. 64.

4 Le texte de l'article 43 du Règlement de La Haye est le suivant : « 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 » (italiques ajoutées).

5 Gregory H. Fox, *Humanitarian Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 233-237.

6 Voir, d'une manière générale, Sharon Korman, *The Right of Conquest: The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

7 John Kampfner, « Blair was told it would be illegal to occupy Iraq », dans *New Statesman*, mai 2003, pp. 16-17 (reprenant le texte d'une note adressée le 26 mars 2003 au Premier ministre par Lord Peter Goldsmith, alors Procureur Général du Royaume-Uni) [traduction CICR].

le *statu quo ante bellum* »⁸. Il n'est pas possible pour autant de justifier – au motif qu'elles sont indispensables pour assurer une administration efficace pendant l'occupation – des réformes explicitement conçues pour subsister après la fin de l'occupation ou pour régler des problèmes sans rapport avec les préoccupations immédiates de l'occupant en termes de sécurité ou de gouvernance. Au contraire, comme l'écrit Nehal Bhuta, l'occupation à caractère transformatif tire sa légitimité « de la promesse de l'ordre à venir »⁹. Une telle occupation – là encore, si l'on s'en tient à l'approche traditionnelle – s'approprie le pouvoir législatif réservé de fait à un gouvernement choisi au niveau local pour accéder au pouvoir après le départ de l'occupant¹⁰.

Cela dit, la transformation de l'Irak n'était pas dépourvue de racines normatives¹¹. Les réformes conduites en Irak ont paru concorder avec nombre de tendances importantes du droit international contemporain. Ces réformes ont en effet explicitement promu les droits de l'homme et la gouvernance démocratique; elles ont cherché à apporter la stabilité politique à un État qui sortait d'un conflit armé et de longues années de régime autoritaire (un ensemble de tâches qui sont aujourd'hui régulièrement entreprises par les Nations Unies et diverses organisations régionales); enfin, elles se sont attachées à ouvrir l'économie irakienne à l'investissement étranger et à lui permettre une plus grande intégration dans l'économie mondiale. Plus généralement, ces réformes ont paru correspondre à la trajectoire suivie par le droit de l'occupation qui, au début, était un moyen de réaliser les objectifs militaires des puissances européennes (sauf dans le cas d'opérations menées hors de l'Europe chrétienne), mais a ensuite évolué, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, au point de constituer aujourd'hui une « Charte des droits » des habitants de tous les territoires occupés¹². Enfin, les réformes irakiennes ont paru confirmer une observation courante: pendant la plus grande partie de son histoire, le principe conservateur a été bien peu

8 Adam Roberts, « Prolonged Military Occupation: the Israeli-occupied territories since 1967 », dans *American Journal of International Law*, Vol. 84, N° 1, 1990, p. 52 [traduction CICR].

9 Nehal Bhuta, « The antinomies of transformative occupation », dans *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 4, 2005, p. 737 (en italiques dans l'original) [traduction CICR].

10 Même la Cour suprême d'Israël, qui a pourtant régulièrement approuvé les changements apportés aux lois en vigueur dans les territoires palestiniens, a reconnu l'illégitimité des réformes orientées vers l'avenir. Dans l'affaire *Elon Moreh*, la Cour a jugé qu'« [a]ucun gouvernement militaire ne peut, pour servir ses buts militaires, créer dans sa zone des états de fait qui, dès l'origine, sont destinés à subsister dans cette zone même après la fin du régime militaire, alors que l'on ignore quel sera le destin du territoire après la fin du régime militaire ». Dossier HCJ 390/79, *Dweikat et al. c. Gouvernement d'Israël et al.*, 1979, 34(1) PD 1, 22 [traduction CICR].

11 Pour un effort créatif visant à caractériser la transformation de l'Irak non pas comme un changement de régime, mais comme un sous-produit de réformes légitimes en rapport avec la sécurité, voir Michael N. Schmitt et Charles H.B. Garraway, « Occupation policy in Iraq and international law », dans Harvey Langholtz, Boris Kondoch et Alan Wells (éd.), *International Peacekeeping: The Yearbook of International Peace Operations*, Vol. 9, N° 54, 2004, pp. 27 et 36, (« [i] peut arriver que la démocratisation soit un sous-produit fortuit de mesures de sécurité valables, comme cela s'est passé dans le cas qui nous occupe ») [traduction CICR].

12 Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, 1993, p. 105; Grant T. Harris, « The era of multilateral occupation », dans *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 24, N° 1, 2006, pp. 15-19; N. Bhuta, *op. cit.*, note 9, pp. 728-729.

souvent honoré ; il a d'ailleurs été si souvent ignoré et bafoué que ses prescriptions se reflètent peu dans la pratique des États de ces dernières décennies¹³. En ce sens, le mépris flagrant de la CPA est venu simplement affirmer l'anachronisme du principe conservateur, à une époque où la réforme externe des institutions nationales – particulièrement quand il s'agit d'introduire la démocratie libérale – constitue une pratique courante et largement acceptée¹⁴.

Chacun de ces arguments a figuré en bonne place dans les commentaires savants que le droit de l'occupation a abondamment suscités dans les années qui ont suivi l'invasion de l'Irak¹⁵. Le professeur Adam Roberts a été le premier à parler d'occupation transformative (« *transformative occupation* ») pour décrire la situation en Irak, ainsi que d'autres situations d'occupation « ayant eu pour but déclaré (qu'il ait été réellement atteint ou non) de transformer des États en déliquescence ou se sont trouvés sous la coupe d'un régime tyrannique »¹⁶. Une grande partie des commentateurs ont reconnu le caractère inédit de l'occupation transformative. À la différence d'innovations précédentes (telles que les dispositions de la IV^e Convention de Genève visant à protéger la population des

13 N. Bhuta, *op. cit.*, note 9, p. 734; Major Brevin C. Parsons, « Moving the law of occupation into the twenty-first century », dans *Naval Law Review*, Vol. 57, 2009, N° 1, pp. 14-15.

14 Comme l'a déclaré un conseiller juridique de l'Autorité provisoire de la coalition, « [a]u minimum ... quel qu'ait été en 1907 le sens de l'article 43 [du Règlement de La Haye], ce droit coutumier paraît avoir été dépassé par l'histoire et par les nouvelles normes relatives à la construction de l'État dans les États faillis ou sortant d'un conflit ». Brett H. McGurk, « Revisiting the law of nation building: Iraq in transition », dans *Virginia Journal of International Law*, 2004-2005, Vol. 45, pp. 451 et 459 [traduction CICR].

15 Outre les ouvrages déjà cités, la littérature inclut Ralph Wilde, « Complementing occupation law? Selective judicial treatment of the suitability of human rights norms », dans *Israel Law Review*, Vol. 42, N° 1, 2009, pp. 80-100; Eyal Benvenisti, « The origins of the concept of belligerent occupation », dans *Law and History Review*, Vol. 26, N° 3, 2008, pp. 621-648; Noemi Gal-Or, « Suspending sovereignty: reassessing the interlocking of occupation, failed and fragile state, responsibility to protect, and international trusteeship (Lessons from Lebanon) », dans *Israel Law Review*, Vol. 41, 2008, pp. 302-330; Kenneth Watkin, « Maintaining law and order during occupation: breaking the normative chains », dans *Israel Law Review*, Vol. 41, 2008, pp. 175-200; Aeyal M. Gross, « Human proportions: are human rights the emperor's new clothes of the international law of occupation? », dans *European Journal of International Law*, Vol. 18, N° 1, 2007, pp. 1-35; Hamada Zahawi, « Redefining the laws of occupation in the wake of Operation Iraqi 'Freedom' », dans *California Law Review*, Vol. 95, N° 6, 2007, pp. 2295-2352; Ebrahim Afsah, « Limits and limitations of power: the continued relevance of occupation law », dans *German Law Journal*, Vol. 7, N° 6, 2006, pp. 563-590; John Cerone, « Human dignity in the line of fire: the application of international human rights law during armed conflict, occupation, and peace operations », dans *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 39, 2006, pp. 1447-1510; Steven R. Ratner, « Foreign occupation and international territorial administration », dans *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 4, 2005, pp. 695-719; Marco Sassòli, « Legislation and maintenance of public order and civil life by occupying powers », dans *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 4, 2005, pp. 661-694; David W. Glazier, « Ignorance is not bliss: the law of belligerent occupation and the U.S. invasion of Iraq », dans *Rutgers Law Review*, Vol. 58, N° 1, 2005, pp. 121-194; Marten Zwanenburg, « Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the law of occupation », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, N° 856, 2004, pp. 745-769; Bartram S. Brown, « Intervention, self-determination, democracy and the residual responsibilities of the occupying power in Iraq », dans *UC Davis Journal of International Law & Policy*, Vol. 11, N° 1, 2004, pp. 23-73; Mahmoud Hmoud, « The use of force against Iraq: occupation and Security Council Resolution 1483 », dans *Cornell International Law Journal*, Vol. 36, N° 03, 2004, pp. 435-454.

16 Adam Roberts, « Transformative military occupation: applying the laws of war and human rights », dans *American Journal of International Law*, Vol. 100, N° 3, 2006, p. 580 [traduction CICR].

États occupés contre les déprédations commises par les occupants), l'occupation transformative cherchait à légitimer des mesures prises dans le cadre de réformes législatives et constitutionnelles dans le but *de renforcer les droits existants*. L'occupation transformative a donc été vue comme permettant à un État de *s'éloigner* de systèmes politiques répressifs fermés pour *se rapprocher* de systèmes démocratiques qui adhèrent plus rigoureusement aux standards internationaux en matière de gouvernance et de droits individuels. Certes, vues sous cet angle, les politiques compensatoires représentées par le principe conservationniste paraissent avoir bien peu de poids. Il est logique de conserver le droit existant quand les actes de répression ou même les pillages constitueraient l'alternative. Par contre, quand l'alternative réside dans une meilleure protection des droits de l'homme et dans l'introduction de politiques démocratiques, ce même principe apparaît régressif, voire anachronique.

Ce sont là des arguments très convaincants. Je tenterai pourtant de démontrer dans le présent article qu'ils sont presque tous exagérés, et même de façon très excessive dans certains cas. Le caractère outrancier de l'abandon annoncé du principe conservationniste influence beaucoup l'appréciation des attentes normatives changeantes de ceux qui le critiquent. Considérées isolément, ces thèses pourraient laisser entendre que ce principe ne survit que grâce à un lien ténu avec les hypothèses politiques, les doctrines qui l'entourent et les impératifs factuels du droit international actuel. Je tiens cependant à faire valoir que le principe conservationniste garde une utilité cruciale dans le droit contemporain. Cette utilité est si importante que, me semble-t-il, la présomption que ce principe ne va pas disparaître ni même être remplacé par une nouvelle doctrine (celle de l'occupation transformative) devrait prévaloir. Le caractère exagéré des critiques formulées à l'encontre du principe conservationniste suggère que cette présomption n'a pas été réfutée de manière convaincante.

Certes, il serait difficile de nier qu'en matière d'occupation, les attentes ont radicalement changé. Bien qu'étant des acteurs extérieurs, les occupants ne peuvent pas être indifférents au sort des populations des territoires occupés. Ils ne peuvent donc pas prétendre que leur contrôle n'est rien de plus qu'une opportunité d'engager une négociation avec le régime déchu quant aux conditions de son retour au pouvoir. L'époque est terminée où l'occupation constituait, pour les élites politiques, un moyen de conserver leurs prérogatives (et cela vaut pour quasiment tous les aspects des conflits armés). Cependant, dire que les occupants doivent s'abstenir de négliger ou de maltraiter les populations des territoires occupés est une chose ; leur permettre de devenir des agents de révolutions constitutionnelles (comme cela s'est effectivement passé en Irak) en est une autre. Une telle tâche ne peut pas être laissée à la discrétion unilatérale d'un seul État.

En résumé, mes arguments sont les suivants. L'une des principales avancées de la période d'après guerre froide a été de se rapprocher de l'un des buts de la Charte des Nations Unies : la multilatéralisation des conflits armés. En particulier, la reconstruction d'États sortant d'un conflit est aujourd'hui un élément qui apparaît régulièrement dans les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. En assumant

le rôle d'agent de changement dans les sociétés sortant d'un conflit, le Conseil de sécurité a exécuté une « fonction de tri » essentielle : d'une part, il a *légitimé l'implication collective* dans des affaires relevant de la gestion des affaires publiques et des relations sociales, qui sont au cœur même des prérogatives internes des États ; d'autre part, il a *dé légitimé les efforts unilatéraux* déployés aux mêmes fins. Le fait d'inclure dans la doctrine le concept d'occupation transformative menace d'annuler cette légitimité durement acquise, car cela n'aurait d'autre effet que de donner davantage de pouvoir aux États occupants qui interviennent de manière *unilatérale*.

Une démarche aussi coûteuse (quels qu'en soient les effets bénéfiques présumés) ne devrait être envisagée qu'après avoir obtenu la preuve claire et convaincante que le principe conservateur s'est complètement érodé. Or, il ne semble pas qu'une telle preuve ait été apportée. Alors que, plus généralement, le droit de l'occupation a souvent été bafoué, l'Irak constitue le seul exemple d'occupation transformative libérale et démocratique depuis la fin de la guerre froide. Il est vrai que certains voudraient faire figurer les missions multilatérales de maintien de la paix sur la liste des situations d'occupation transformative – ainsi, cette pratique récente apparaîtrait assez courante et largement acceptée. Cependant, il y a très peu de chances qu'une convergence ait lieu entre les deux types de projets transformatifs (multilatéraux et unilatéraux), sachant que les premiers ont, pour la plupart, vu le jour dans le seul but de délégitimer les seconds. Enfin, alors que leur applicabilité extraterritoriale est aujourd'hui de plus en plus largement acceptée, les traités relatifs aux droits de l'homme ne prévoient un mandat pour les changements législatifs que dans un nombre restreint de circonstances. Ces circonstances n'ont encore jamais été prises en compte par une instance judiciaire internationale ou par un organisme chargé du suivi des traités et, à ce jour, aucune de ces instances n'a établi qu'une action extraterritoriale dans le domaine législatif était autorisée par les instruments relatifs aux droits de l'homme.

Le défi posé au droit de l'occupation : mieux cerner le problème

Le défi que l'occupation transformative représente pour le principe conservateur est assez différent des problèmes précédemment rencontrés par le droit de l'occupation. Une grande partie des commentaires sur cette nouvelle forme d'occupation ne rend pas compte de cette distinction. Ils décrivent l'érosion progressive des normes relatives à l'occupation au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, culminant avec la transformation totale de l'Irak en 2003. Si ce pays tient une place si importante dans les analyses, c'est précisément parce que l'occupation de l'Irak est liée à ces antécédents.

La IV^e Convention de Genève (et son élaboration dans le Protocole additionnel I) a constitué la dernière innovation majeure du droit de l'occupation. Selon une assertion célèbre, le droit de Genève constitue une « Charte des

droits» des habitants des territoires occupés¹⁷. Après deux guerres mondiales au cours desquelles les occupants avaient commis des atrocités généralisées et avaient tenté d'infléchir le droit local pour servir leurs propres intérêts, la priorité évidente pour les rédacteurs du traité consistait à renforcer la protection des droits individuels dans les territoires occupés¹⁸. Cet objectif a bien été atteint. Visant à combler les insuffisances du droit de La Haye, les nombreuses limitations imposées par la IV^e Convention portaient de l'hypothèse que l'occupant était, à tout le moins, peu soucieux du bien-être des individus¹⁹. Néanmoins, le fait qu'une occupation ait un but transformatif n'implique pas que l'occupant cherche à subordonner les institutions, les ressources et la population locales à ses propres buts égoïstes. L'occupant est plutôt considéré comme tentant de *renforcer* les droits individuels et de construire et consolider les institutions locales, tout en accroissant la capacité de l'État occupé à exploiter et à tirer profit de ses ressources naturelles (ou tout au moins comme tentant de le faire). Cela tient au fait que la réforme du territoire sous occupation est un élément central à la fois dans la décision initiale de l'occupant de recourir à la force (*jus ad bellum*) et dans la manière dont il se comporte après avoir pris le contrôle du territoire (*jus in bello*). En d'autres termes, un occupant ayant des visées transformatives ne poursuit pas un objectif purement géostratégique dans son emploi de la force (l'occupation n'étant en ce cas que l'une des phases du conflit armé). Au lieu de cela, la transformation *accomplit* l'objectif de l'occupant, qui relève du *jus ad bellum*. La crainte traditionnelle de voir un occupant subordonner les droits existant dans le territoire à des objectifs militaires plus larges est donc en grande partie absente. Adam Roberts relève ce changement de raisonnement dans un article qui fait autorité :

[p]our dire les choses très simplement, le postulat traditionnel des lois de la guerre est que des « mauvais » occupants (ou potentiellement mauvais)

17 E. Benvenisti, *op. cit.*, note 12, p. 105.

18 Theodor Meron, « The humanization of humanitarian law », dans *American Journal of International Law*, Vol. 94, N° 2, 2000, p. 245 : « [a] IV^e Convention de Genève reflète le besoin qui était ressenti de renforcer la protection des individus et des populations, spécialement dans les territoires occupés » [traduction CICR]. Dans son introduction du commentaire sur les nouvelles normes relatives à l'occupation, Jean Pictet a résumé de la manière suivante l'histoire récente qui avait conduit à l'adoption de la IV^e Convention : « [a]u cours de la Seconde Guerre mondiale, des populations entières avaient été soustraites à l'application du droit de l'occupation et étaient donc privées des garanties que ce droit comporte et livrées au pouvoir discrétionnaire de la Puissance occupante ». Jean S. Pictet (éd.), *Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire, Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Comité international de la Croix-Rouge (CICR), Genève, 1956, art. 47, pp. 293-294.

19 Les dispositions visant à protéger les droits de la population civile figurent en divers endroits de la IV^e Convention de Genève. Elles incluent la protection contre la discrimination (art. 27), les atteintes à l'honneur et à la dignité (art. 27), la contrainte physique ou morale (art. 31), les souffrances physiques (art. 32), les peines collectives (art. 33), l'intimidation, les représailles, la prise d'otages ou le pillage (art. 33 et 34), les transferts forcés, en masse ou individuels (art. 49), l'obligation de servir dans les forces armées de l'occupant (art. 51), la destruction des biens personnels (art. 53), la modification du statut des magistrats ou autres fonctionnaires (art. 54), les atteintes au libre exercice de la religion (art. 58), l'exécution d'une personne protégée âgée de moins de 18 ans (art. 68), les poursuites *ex post facto* (art. 70), le non-respect des garanties de procès régulier dans les procédures pénales (art. 71) et, enfin, contre les conditions de détention inhumaines (art. 76).

occupent un « bon » pays (ou tout au moins un pays qui est doté d'un système juridique raisonnable opérant pour le bien des habitants). Ces dernières années, en particulier dans certains États démocratiques occidentaux, diverses écoles de pensée ont été basées sur l'idée inverse, simplement résumée de la façon suivante : des bons occupants occupent un mauvais pays (ou tout au moins un pays qui est doté d'un système législatif et d'un gouvernement mal intentionnés)²⁰.

Roberts a entièrement raison d'écrire que le fait de séparer les occupants « bien intentionnés » des occupants « mal intentionnés » est une distinction simplifiée et imprécise, mais elle est néanmoins nécessaire. Une occupation prédatrice (« mal intentionnée ») est en contradiction avec une grande partie du droit de Genève en vigueur. Une occupation transformative (« bien intentionnée ») peut facilement être vue comme presque entièrement en accord avec les normes de Genève axées sur la protection des droits. Premièrement, un occupant ayant des visées transformatives ne commet aucune violation des dispositions renforçant les droits, qui sont un trait caractéristique de l'ère juridique instaurée par la IV^e Convention de Genève. Les objectifs de l'occupant consistent, au contraire, à renforcer les droits. Deuxièmement, une transformation complète des institutions juridiques et politiques constitue une action tournée vers l'avenir. Son objectif premier ne consiste pas à limiter la propension de l'occupant à violer les lois : il s'agit au contraire de créer de nouvelles institutions qui permettront à la culture politique locale de progresser de façon permanente après la fin de l'occupation. Si le droit de Genève est effectivement axé sur les personnes, et non pas sur l'État en tant que tel²¹, il ne devrait présenter aucun obstacle à la consolidation de l'institutionnalisation de la protection des droits de l'homme pendant la période qui suit la fin de l'occupation.

Troisièmement, l'occupation transformative prend pour modèle non pas les actes égoïstes d'occupants prédateurs mais les missions multilatérales de reconstruction post-conflit qui se sont multipliées au cours des vingt dernières années²². Ces missions visent à éviter la reprise des hostilités en instaurant un système politique inclusif et pluraliste dans les États sortant d'un conflit. Les anciens adversaires ne peuvent coexister pacifiquement que s'ils peuvent raisonnablement espérer que leurs opinions seront reflétées dans la politique nationale. Le seul système capable de leur donner une telle assurance est la démocratie pluraliste. Les missions ont donc soutenu une large gamme d'initiatives (de type majoritaire et contre-majoritaire) destinées à transformer les anciens ennemis militaires en rivaux politiques. Condensée dans la formule « la consolidation de l'État en

20 A. Roberts, *op. cit.*, note 16, p. 601 [traduction CICR].

21 J. S. Pictet, *op. cit.*, note 18, art. 47, p. 295 : « le texte [de la IV^e Convention de Genève] est de caractère essentiellement humanitaire : il vise à sauvegarder la personne humaine et non à protéger l'État comme tel dans ses institutions politiques et son Gouvernement ».

22 Voir, par exemple, Major Breven C. Parsons, *op. cit.*, note 13, pp. 15 et 16. L'auteur décrit les opérations de l'ONU qui visent la refondation d'une nation comme étant des « occupations transformatives » ayant « un impact important sur le droit de l'occupation actuel » [traduction CICR].

tant que fondement de la consolidation de la paix», cette conception est aussi largement en accord avec le droit de Genève²³.

Sous un tel éclairage, le plaidoyer en faveur de l'occupation transformative paraît fort convaincant. Une occupation de ce type ne se heurte à aucune des interdictions figurant dans le droit de Genève mais, au contraire, cherche à promouvoir les valeurs consacrées dans ce corpus juridique. L'on serait donc tenté de conclure que, au pire, en dehors du principe conservacionniste, le droit de l'occupation contemporain ne traite tout simplement pas de l'occupation transformative. Aucune autre disposition de la IV^e Convention de Genève n'empêche un occupant de *renforcer* la protection des droits de l'homme par rapport à leur état antérieur. Quant au principe conservacionniste, il paraît déconnecté des tendances importantes apparues dans certains domaines apparentés du droit international, en particulier la multiplication des missions de reconstruction post-conflit et l'universalisation de la protection des droits de l'homme. Que peut-on donc reprocher à l'occupation transformative ?

Contestation des arguments en faveur de l'occupation transformative

Ainsi conçue, l'occupation transformative paraît promouvoir un grand nombre d'objectifs largement acceptés du droit international contemporain : protection des droits de l'homme, transition démocratique, reconstruction post-conflit et, enfin, emploi de la force à des fins humanitaires. Mais est-ce que la pratique des États confirme réellement que le principe conservacionniste a complètement (ou presque complètement) disparu ? À y regarder de plus près, il ne semble pas que ce soit le cas. Dans les sections qui suivent, nous examinerons trois domaines de pratique souvent invoqués pour soutenir la thèse d'une acceptation naissante de l'occupation transformative : la pratique des États occupants, les missions multilatérales post-conflit et l'application extraterritoriale des traités relatifs aux droits de l'homme.

La pratique des États occupants

Le flot de littérature qui a suivi l'occupation de l'Irak donne l'impression claire que les occupations transformatives sont devenues pratique courante après la Seconde Guerre mondiale²⁴. Cette impression est trompeuse. Depuis la fin de la

23 Roland Paris et Timothy D. Sisk, « Introduction: understanding the contradictions of postwar statebuilding », dans Roland Paris et Timothy D. Sisk (éd.), *The Dilemmas of Statebuilding: Confronting the Contradictions of Postwar Peace Operations*, Routledge, Londres et New York, 2009, p. 3.

24 Peter M.R. Stirk, *The Politics of Military Occupation*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2009, p. 203 (l'auteur résume certaines thèses affirmant que « à l'indifférence du Règlement de La Haye quant à la qualité de la gouvernance locale a succédé une époque où le changement de régime constitue l'une des intentions principales des occupants » [traduction CICR]; Nicholas F. Lancaster, « Occupation law, sovereignty, and political transformation: Should the Hague Regulations and the Fourth Geneva Convention still be considered customary international law? », dans *Military Law Review*, Vol. 189,

Seconde Guerre mondiale, rares sont les occupants qui ont ne serait-ce que tenté de procéder à des transformations libérales démocratiques. Certes, l'occupation de l'Irak a assurément eu un caractère transformatif et un riche débat juridique s'est engagé dans son sillage. Toutefois, l'Irak constitue un cas exceptionnel dans l'univers des occupations qui ont eu lieu depuis 1945. La vaste majorité de ces occupations ont en effet été « non transformatives » et, quand elles ont été transformatives, elles ont eu un caractère largement « illibéral ».

Au total, depuis 1945, dix-neuf occupations unilatérales ont eu lieu, dont trois au lendemain même de la conflagration mondiale (les occupations de l'Allemagne, du Japon et de l'Autriche)²⁵. Ce chiffre n'inclut pas les missions de construction de nations menées sous l'égide des Nations Unies et qui seront traitées séparément plus bas²⁶. Sur ces dix-neuf occupations, quatre seulement ont inclus des transformations libérales démocratiques complètes, dont trois (Allemagne, Japon et Autriche) ont eu lieu il y a plus de soixante ans, au sortir de la Seconde Guerre mondiale. Il n'y a eu qu'un seul cas de réforme libérale complète depuis la fin de la guerre froide dans lequel les préoccupations humanitaires ont constitué une motivation importante de la guerre : l'occupation de l'Irak par les États-Unis. Dans six cas, des transformations « non libérales » ont été orchestrées par l'occupant : la Turquie à Chypre, l'Indonésie au Timor-Leste, le Viet Nam au Cambodge, l'Union soviétique en Afghanistan, l'Irak au Koweït et, enfin, Israël dans les territoires palestiniens²⁷. Dans les neuf cas restants, aucune transformation significative n'a eu lieu²⁸. Il ressort d'une étude des nouveaux ordres constitutionnels établis pendant une occupation – phénomène apparenté mais non entièrement identique à l'occupation transformatrice – que, dans l'immense majorité des cas, la modification du texte constitutionnel avait été le fait de quelques grandes puissances militaires, certaines démocratiques et

2006, p. 90 : « [L]a pratique actuelle en matière d'occupation ... admet un champ d'action beaucoup plus large dans le domaine législatif que ne le prévoyaient les dispositions du Règlement de La Haye et de la IV^e Convention de Genève » [traduction CICR] ; A. Roberts, *op. cit.*, note 16, p. 588 : « [d]ans nombre de cas ..., pour toute une série de raisons, les occupants ont changé les lois du territoire occupé sans encourir de critiques de la part de la communauté internationale » [traduction CICR]. Comme le résume Grant Harris : « Les changements intervenus dans la conduite de la guerre ont altéré de manière radicale la nature de l'occupation moderne. On ne voit plus le vainqueur laisser simplement les lois et les institutions locales intactes pendant la période où il garde temporairement le territoire en otage afin d'obtenir des concessions politiques ou territoriales. Désormais, les interventions humanitaires et les changements de régime bouleversent le droit de l'occupation : 1) en faisant de l'occupation le but ultime, et non pas seulement un sous-produit, de la guerre ; 2) en sapant la raison principale qui préside à la création du droit de l'occupation traditionnel ; 3) en donnant préséance à la refondation d'une nation par rapport au droit de l'occupation ; et enfin, 4) en inversant parfois l'analyse qui définit quel pouvoir est considéré comme 'légitime' ». G.T. Harris, *op. cit.*, note 12, p. 33 [traduction CICR].

25 Les situations d'occupation citées dans la présente section sont compilées et analysées de manière plus détaillée dans l'ouvrage de Gregory H. Fox, « Exit and military occupations », dans Richard Caplan (éd.), *Exit Strategies and State Building*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 197-223.

26 Voir ci-dessous, dans la section « Inspiration tirée des missions multilatérales ».

27 Voir ci-dessous l'examen de l'occupation israélienne.

28 Union soviétique (nord de l'Iran, 1941-1946), Union soviétique (Tchécoslovaquie, 1968), Libye (Tchad, 1973), Syrie (Liban, 1976), Tanzanie (Ouganda, 1979), États-Unis (Grenade, 1983), États-Unis (Panama, 1989), Ouganda (République démocratique du Congo, 1998), Éthiopie (Somalie, 2006). Voir G. H. Fox, *op. cit.*, note 25, pp. 201-203.

d'autres pas²⁹. Les auteurs de l'étude concluent que « les constitutions adoptées en période d'occupation devraient être considérées comme relevant d'une stratégie particulière de certains États, et non pas comme un phénomène global »³⁰. Pour résumer, je dirai que l'occupation transformative constitue vraiment l'exception dans une série de cas dominée par des occupations conformes au modèle traditionnel, lui-même réglementé de manière exhaustive par le droit de La Haye et le droit de Genève.

Au lieu d'examiner l'ensemble des occupations récentes, beaucoup d'auteurs se concentrent sur les situations qui ont immédiatement suivi la fin de la Seconde Guerre mondiale ainsi que sur deux cas plus récents et très médiatisés : l'occupation par Israël des territoires palestiniens et l'occupation de l'Irak par les États-Unis³¹. Évidemment, un « échantillonnage » aussi limité ne peut pas soutenir la thèse selon laquelle le principe conservacionniste a été rejeté par les parties aux instruments de La Haye et de Genève³². Pour autant, un sous-ensemble si restreint de situations peut-il représenter un phénomène juridique uniforme ?

Allemagne, Autriche et Japon

Bien qu'elles aient suivi des voies très différentes, les occupations de l'Allemagne, de l'Autriche et du Japon ont manifestement inclus des transformations libérales démocratiques. Néanmoins, trois éléments font hésiter à s'appuyer sur ces situations pour défendre la thèse de la disparition du principe conservacionniste.

29 Zachary Elkins, Tom Ginsburg et James Melton, « Baghdad, Tokyo, Kabul... : constitution making in occupied states », dans *William & Mary Law Review*, Vol. 49, N° 4, 2008, pp. 1139-1178. Les auteurs définissent ces constitutions comme celles ayant été « rédigées ou adoptées dans la situation extrême d'un État exerçant explicitement le pouvoir souverain sur le territoire d'un autre », *ibid.*, p. 1140 [traduction CICR]. De tels changements constitutionnels ont eu lieu lors de la plupart des occupations. *Ibid.*, p. 1152. Les auteurs examinent 42 nouvelles constitutions adoptées dans 107 situations d'occupation. La nature de ces nouvelles constitutions varie largement : certaines sont libérales, d'autres pas ; certaines établissent des institutions politiques entièrement nouvelles, d'autres modifient les institutions existantes ; certaines, enfin, reproduisent les structures politiques de l'occupant alors que d'autres ne le font pas. Les constitutions adoptées en situation d'occupation sont généralement éphémères, beaucoup d'entre elles ne restant en vigueur que peu de temps après la fin de l'occupation. *Ibid.*, pp. 1157 et 1158.

30 *Ibid.*, p. 1153.

31 Voir, par exemple, A. Roberts, *op. cit.*, note 16, pp. 601-603. Après avoir examiné les « occupations de l'après 1945 ayant eu un but transformatif », l'auteur passe des occupations qui ont eu lieu depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale aux « actions militaires internationales menées depuis la fin de la guerre froide » ; N.F. Lancaster, *op. cit.*, note 25, p. 70, dans la section sur les occupations ayant eu lieu depuis 1949 (l'occupation par Israël est examinée en tant que seul cas non sanctionné par les Nations Unies).

32 La pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application d'un traité constitue une source acceptée d'interprétation des traités. Voir l'article 31(3)(b) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Toutefois, cette pratique doit être récurrente et non pas aléatoire, et elle doit être observée avec une certaine fréquence. En outre, comme le précise l'article 31(3)(b) lui-même, la pratique doit établir « l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ». Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden et Boston, 2009, p. 431. À voir la manière dont le reste de la communauté internationale a réagi à l'occupation de l'Irak et à celle des territoires palestiniens, un tel « accord des parties » semble faire défaut.

Premièrement, alors que les trois alliés occidentaux ont utilisé les occupations qui ont suivi la fin de la Seconde Guerre mondiale pour amener un changement démocratique, il en est allé autrement de l'Union soviétique. En effet, si l'on regarde au-delà de ce qu'elle a pu faire dans sa zone d'occupation en Allemagne de l'Est, et si l'on examine son action ailleurs en Europe de l'Est, il apparaît qu'après la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'Union soviétique a agi de manière tout sauf uniformément libérale et démocratique³³. En ce sens, le statut du pouvoir législatif des occupants semble partager le caractère stagnant qui a marqué une si grande partie de la pratique internationale dans le domaine du droit de la paix et de la sécurité pendant la guerre froide.

Deuxièmement, même si l'on estime que, dans leurs zones d'occupation respectives, les Alliés occidentaux ont posé un défi au principe conservateur, aucune tentative de remise en question de ce principe n'a eu lieu au moment où la communauté internationale a codifié le droit de l'occupation à la lumière de la pratique observée après la fin de la Seconde Guerre mondiale. De telles occasions se sont présentées à deux reprises. Tout d'abord, pendant la rédaction de la IV^e Convention de Genève de 1949, les États-Unis ont proposé une formulation qui aurait effectivement validé leur action en Allemagne et au Japon, et qui aurait conféré aux occupants un pouvoir législatif discrétionnaire quasiment illimité³⁴. Cette proposition américaine, qui s'est heurtée à l'opposition de l'Union soviétique ainsi que de plusieurs États occidentaux, n'a pas été adoptée³⁵. Au contraire, l'article 64 de la IV^e Convention a réaffirmé le principe conservateur (bien que les autres dispositions destinées à renforcer les droits de la population occupée figurant ailleurs dans la Convention aient effectivement invalidé le principe pour servir leurs propres fins). La seconde occasion s'est présentée lors de l'adoption du Protocole additionnel I de 1977. Une série de points relevant du droit de l'occupation a été examinée, mais aucune des dispositions du Protocole I ne vise à revenir sur le principe conservateur.

Troisièmement, les arguments utilisés pour justifier les occupations à la fin des années 1940 n'ont pas bien vieilli. Après la fin de la Seconde Guerre

33 Alors que la seule autre action de l'Union soviétique menée immédiatement après la fin de la Seconde Guerre mondiale qui réponde à la définition de l'occupation a eu lieu dans le nord de l'Iran, l'influence soviétique dans les pays du Pacte de Varsovie y a rapidement provoqué la disparition des institutions démocratiques libérales. Voir, d'une manière générale, Tony Judt, *Postwar: A History of Europe since 1945*, Penguin Books, Hammersmith, 2006, pp. 165-196. Les occupations ultérieures de la Hongrie (1956) et de la Tchécoslovaquie (1968) par l'Union soviétique illustrent concrètement le type de réformes mises en œuvre dans les pays occupés.

34 Selon la proposition des États-Unis, le texte de ce qui était alors le projet d'article 55 aurait été remplacé par le texte suivant : « Jusqu'à ce qu'elle soit modifiée par la Puissance occupante, la législation pénale du territoire occupé doit demeurer en vigueur et les tribunaux du territoire occupé doivent continuer à fonctionner pour toutes les infractions couvertes par cette législation » [traduction CICR]. Voir Yutaka Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden et Boston, 2009, p. 118. Le délégué de l'Union soviétique a objecté que l'approche préconisée par les États-Unis conférerait à la Puissance occupante « un droit absolu de modifier la législation pénale du territoire occupé », et qu'elle « dépasserait largement le droit restreint prévu dans le Règlement de La Haye » [traduction CICR]. Cité dans *ibid.*

35 *Ibid.* (relevant l'opposition de l'Union soviétique, de la Norvège, de la Roumanie et du Mexique).

mondiale, les juristes des Alliés se sont trouvés face à la tâche monumentale de justifier la dénazification en Allemagne et en Autriche, ainsi que la nouvelle constitution rédigée par le Général Mac Arthur pour le Japon. Tout cela semblait en contradiction flagrante avec le droit de La Haye et les juristes ont dû déployer des efforts considérables pour ne pas avoir à le reconnaître. Leurs argumentations – certes habiles et même plausibles à l'époque – seraient néanmoins difficiles à reprendre aujourd'hui³⁶. La plupart des justifications s'appuyaient sur le concept de la *debellatio* (défaite complète et extinction de l'État vaincu), ainsi que sur des principes apparentés, relevant du droit de conquête³⁷. Dans un article souvent cité, Robert Jennings, par exemple, a fait valoir que les Alliés victorieux auraient pu annexer l'Allemagne et auraient aussi été « habilités à exercer les droits afférents à l'autorité suprême en l'absence d'annexion ; en effet, les droits assumés par les Alliés sont coextensifs avec les droits liés à l'annexion »³⁸. Ces doctrines trouvent peu d'appui dans le droit international contemporain, car elles sont totalement incompatibles avec la Charte des Nations Unies de 1945 qui exclut l'usage agressif de la force et affirme l'égalité souveraine des États. Ainsi, les thèses défendues au lendemain de la Seconde Guerre mondiale ont disparu des discussions académiques et des déclarations officielles visant à justifier la politique des États. Comme le montrent les justifications examinées ici, l'accent est désormais mis sur la protection des droits humains³⁹. De fait, aucun des arguments de l'après-guerre n'est repris dans les volumineux écrits portant aujourd'hui sur l'occupation transformative. Les occupations consécutives à la Seconde Guerre mondiale se démarquent clairement – en raison d'un grand nombre d'éléments relevant tant de la doctrine que de l'histoire – des conceptions contemporaines du processus de transformation libérale et démocratique. Les thèses selon lesquelles ces occupations viennent étayer une conception juridique uniforme de l'occupation transformative sont donc insoutenables.

36 G.H. Fox, *op. cit.*, note 2, pp. 289-294.

37 Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 32.

38 Le passage entier se lit comme suit : « Si, après la reddition allemande, les Alliés avaient effectivement annexé l'État allemand, il n'aurait pu y avoir aucun doute quant à la nature de leur droit légitime d'agir ainsi ; les circonstances auraient relevé parfaitement et indiscutablement de la catégorie bien connue de la subjugation. Toutefois, si du fait de la victoire des Alliés et de sa reddition sans condition, l'Allemagne s'était trouvée si complètement placée sous la domination des Alliés que ceux-ci auraient été en droit d'annexer l'État allemand, il semble qu'il s'ensuivrait que – selon la même logique – les Alliés auraient été habilités à exercer les droits afférents à l'autorité suprême en l'absence d'annexion ; en effet, les droits assumés par les Alliés sont coextensifs avec les droits accompagnant l'annexion, la seule différence tenant au mode, au but et à la durée de l'exercice de ces droits, le but déclaré de l'occupation étant, pour les Puissances occupantes, de gouverner le territoire non comme une partie intégrante de leur propre territoire, mais au nom de la continuité d'un État allemand ». Robert Y. Jennings, « Government in commission », dans *British Year Book of International Law*, Vol. 23, 1946, p. 137 [traduction CICR].

39 L'article de Jennings, par exemple, était cité dans l'édition de 1958 du *British Military Manual* mais ne figurait plus dans l'édition révisée de 2004. Voir Royaume-Uni, British Command of the Army Council, *Manual of Military Law, Part III, The Law of War on Land*, 1958, p. 230 ; et Royaume-Uni, Ministère de la Défense, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, 2004.

Israël en Palestine

Dans le cas de l'occupation des territoires palestiniens par Israël, il n'y a pas de problème d'anachronisme juridique. Les territoires sont restés sous administration directe d'Israël de sa victoire militaire en 1967 à son transfert de l'autorité civile au Palestiniens en application des Accords d'Oslo, en 1993⁴⁰. De toutes les situations d'occupation de l'ère moderne, c'est certainement celle qui aura suscité le plus de débats, et elle est citée dans pratiquement tous les commentaires sur l'occupation transformative comme venant confirmer l'érosion du principe conservacionniste⁴¹. Mais c'est aussi l'occupation la plus largement condamnée : des États et organisations internationales dénoncent, haut et fort et sans relâche, l'occupation elle-même, l'extension du droit israélien aux territoires, la prolifération des colonies de peuplement ainsi que toute une série de pratiques qui violent les droits humains des Palestiniens⁴². Les efforts déployés par ceux qui voudraient présenter l'action d'Israël comme un modèle démocratique libéral du processus de transformation ont de quoi laisser perplexe. En effet, Israël est critiqué pour avoir emprunté précisément la voie inverse, pour avoir *violé* les droits humains des Palestiniens et leur avoir *refusé* la possibilité d'instaurer un gouvernement autonome démocratique qui accompagnerait une pleine auto-détermination⁴³. Ces condamnations – comme celles portant sur des abus commis dans d'autres occupations de caractère « illibéral » – trouvent écho dans les interdictions négatives du droit de l'occupation existant et ne constituent pas une base suffisante pour écarter le principe conservacionniste au profit d'une nouvelle théorie justificatrice.

Même en laissant ces condamnations de côté, il n'y a pas lieu de qualifier de transformation complète – et encore moins de transformation démocratique libérale – les modifications législatives introduites par Israël dans les territoires occupés⁴⁴. La plupart des changements apportés à la législation en vigueur (et

40 Voir Raja Shehadeh, *From Occupation to Interim Accords: Israel and the Palestinian Territories*, Kluwer Law International, Cambridge, MA, 1997.

41 Voir, par exemple, A. Roberts, *op. cit.*, note 16; S.R. Ratner, *op. cit.*, note 15; M. Sassòli, *op. cit.*, note 15; A.M. Gross, *op. cit.*, note 15.

42 Voir A. Roberts, *op. cit.*, note 8, p. 67, n. 79. L'auteur rappelle que diverses résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale des Nations Unies « ont déploré la manière dont Israël gère l'occupation, ont condamné comme illégale l'annexion voulue par Israël de certaines parties des territoires occupés (y compris Jérusalem), et ont demandé à Israël de mettre fin à son occupation des territoires arabes » [traduction CICR]; G.H. Fox, *op. cit.*, note 2, p. 239, n. 264 (l'auteur a répertorié les résolutions du Conseil de sécurité condamnant les pratiques d'Israël en matière d'occupation). Beaucoup de ces critiques ont été examinées et validées dans l'Avis consultatif rendu le 9 juillet 2004 par la Cour internationale de Justice (CIJ). Voir *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, CIJ Recueil 2004, p. 136 (ci-après CIJ, *Affaire du mur*).

43 Voir, par exemple, CIJ, *Affaire du mur*, *op. cit.*, note 42, para. 122 (la construction du mur de sécurité « dresse ainsi un obstacle grave à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination »).

44 En effet, le *manque* de cohérence du droit applicable dans les territoires a lui-même constitué un grave problème pendant la période de l'administration israélienne. Voir George E. Basharat, « Peace and the political imperative of legal reform in Palestine », dans *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 31, 1999, p. 265 : « aucun moyen d'évaluer la nécessité, pour la communauté palestinienne, de

ils ont été substantiels⁴⁵) peuvent être considérés comme destinés à servir les intérêts politiques et sécuritaires d'Israël, et non à renforcer la qualité de vie dans les territoires⁴⁶. Les conditions initiales de chacune des occupations – Cisjordanie, Gaza, Jérusalem-Est et plateau du Golan – ont été énoncées dans des proclamations instaurant une administration militaire dans chacun de ces territoires. Chacune de ces proclamations a déclaré que le droit en vigueur subsisterait aussi longtemps qu'il n'entrerait en conflit ni avec l'ordre public ni avec des proclamations ultérieures⁴⁷. Les changements intervenus par la suite peuvent être divisés en quatre grands groupes. Il y a eu tout d'abord la promulgation d'un ensemble substantiel de décrets concernant la sécurité et l'établissement de tribunaux militaires chargés de juger les cas de violations présumées de ces décrets⁴⁸. Est venue ensuite l'extension de la compétence des tribunaux civils israéliens aux personnes et aux biens, ainsi qu'aux événements survenus dans les territoires, et auxquels l'une des parties au moins était un citoyen israélien⁴⁹. Les tribunaux locaux ont continué de fonctionner comme auparavant, sauf dans le cas de procédures engagées à l'encontre des autorités d'occupation⁵⁰. L'extension de la compétence des tribunaux civils israéliens a fait suite à l'interaction croissante entre les Israéliens et les résidents des territoires tandis que l'occupation se prolongeait; elle a permis de régler les différends dans une instance israélienne, en appliquant le droit israélien⁵¹. Est venue ensuite l'extension du droit israélien et la possibilité offerte aux colons toujours plus nombreux vivant dans les territoires occupés de saisir les tribunaux israéliens⁵². Le quatrième ensemble de modifications a impliqué un effort complet d'intégration de l'économie des territoires dans celle d'Israël (décrite dans les premiers temps de l'occupation comme un « marché commun »)⁵³. Ces réformes ont été substantielles et ont inclut l'abolition des barrières douanières internes et la création d'une barrière externe unique pour le commerce international; l'unification de la taxation indirecte; la facilitation du libre passage entre les territoires et Israël; l'introduction de la monnaie israélienne

disposer d'une nouvelle législation n'a jamais été institutionnalisé, et les dirigeants palestiniens locaux se sont toujours montrés réticents à solliciter des innovations législatives auprès d'une Puissance occupante dont ils refusaient de reconnaître la légitimité. C'est ainsi que le droit est resté inchangé dans beaucoup de domaines importants pour les Palestiniens » [traduction CICR].

45 Voir Neve Gordon, *Israel's Occupation*, University of California Press, Berkeley et Los Angeles, 2008.

46 Voir David Kretzmer, *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, State University of New York Press, Albany, NY, 2002, p. 64.

47 Le 7 juin 1967, la Proclamation N° 2 concernant le droit et l'administration en Cisjordanie, par exemple, stipulait: « [l]e droit en vigueur dans la région à la date du 7 juin 1967 restera en vigueur, dans la mesure où il n'entre en aucune manière en conflit avec les dispositions de la présente proclamation ou de toute autre proclamation ou ordonnance pouvant être promulguée par moi, et sous réserve de modifications découlant de la mise en place d'une administration par les Forces armées israéliennes dans la région » [traduction CICR]. Cité dans E. Benvenisti, *op. cit.*, note 12, p. 114.

48 *Ibid.*, pp. 115-116.

49 *Ibid.*, p. 129.

50 *Ibid.*, p. 118.

51 *Ibid.*, pp. 129-134.

52 *Ibid.*, pp. 129-139.

53 *Ibid.*, p. 123.

à Gaza et en Cisjordanie⁵⁴ ; l'ajustement aux pratiques israéliennes des législations locales concernant les services bancaires⁵⁵ ; et même, enfin, le remplacement du code de la route local⁵⁶.

Certes, ces mesures ont été de grande ampleur et ont grandement affecté la vie des habitants des territoires, mais ce serait toutefois une erreur de les considérer comme des réformes destinées à renforcer les droits individuels et à favoriser un processus autonome de prise de décisions en matière politique. À quelques importantes exceptions près, ces mesures étaient essentiellement destinées à faciliter la tâche consistant à administrer les territoires, à défendre les intérêts sécuritaires de l'Armée de défense d'Israël et à faire en sorte que les Israéliens vivant dans les territoires, ou ayant des contacts avec les territoires, puissent continuer à avoir accès au droit et aux tribunaux israéliens. Ces mesures ne visaient ni à faciliter une transition démocratique ni à protéger les Palestiniens contre les atteintes aux droits de l'homme perpétrées par l'acteur politique ayant le plus de pouvoir dans les territoires, à savoir Israël lui-même. Par conséquent, la plupart des actions d'Israël entrent dans le cadre des protections négatives prévues par la IV^e Convention de Genève.

Irak 2003

L'occupation de l'Irak a eu un caractère transformatif inédit depuis 1945. La promotion explicite des institutions démocratiques libérales, le mépris massif envers le droit irakien existant et, enfin, la reconnaissance directe par les États-Unis et le Royaume-Uni de leur statut de Puissances occupantes en ont fait le cas paradigmatique évoqué dans le débat actuel. Certes l'on pourrait dire que, pour ces seules raisons, l'occupation de l'Irak a renforcé la légitimité de l'occupation transformative⁵⁷. Cependant, il est aussi difficile d'évaluer la portée juridique de cette occupation que de déchiffrer les résultats d'un test de Rorschach. Pour tous ceux qui voyaient déjà se dessiner une tendance favorable à l'acceptation grandissante de l'occupation transformative, l'Irak est venu confirmer cette tendance, mais cet argument est réfuté par ceux qui y voient une violation du droit existant⁵⁸. Plus fondamentalement, certains voient le droit de l'occupation comme le cadre normatif de référence pour l'occupation de l'Irak, alors que d'autres considèrent que les réformes ont

54 *Ibid.*, p. 126.

55 *Ibid.*

56 *Ibid.*, p. 128.

57 Même ceux qui considèrent que l'occupation de l'Irak a gravement érodé le principe conservacionniste ne font généralement référence qu'aux réformes politiques de la CPA. Les réformes économiques sont généralement vues comme se situant bien au-delà du champ d'autorité de l'occupant (même en cas d'interprétation libérale de cette autorité).

58 Voir, au contraire, John Yoo, « Iraqi reconstruction and the law of occupation », dans *UC Davis Journal of International Law & Policy*, Vol. 11, 2004, pp. 7-22; et Rüdiger Wolfrum, « Iraq: from belligerent occupation to Iraqi exercise of sovereignty: foreign power versus international community interference », dans Armin von Bogdandy et Rüdiger Wolfrum (éd.), *Max Planck: Yearbook of United Nations Law*, Vol. 9, 2005, pp. 1-45.

été autorisées par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1483⁵⁹. En outre, pour certains commentateurs, cette résolution reflète l'évolution de la nature du droit de l'occupation, alors que pour d'autres ce n'est qu'une simple autorisation législative qui a contourné le droit de l'occupation mais ne l'a pas violé en tant que tel⁶⁰.

À ce moment précis de l'histoire, l'Irak constitue donc bien moins un « point de données » dans l'évolution du principe conservacionniste qu'une toile blanche sur laquelle viennent s'inscrire des arguments plus généraux concernant le pouvoir législatif des occupants. Néanmoins, même ceux pour qui l'occupation de l'Irak présage d'une crise du principe conservacionniste reconnaissent que, pour deux raisons, cette situation pourra difficilement servir de précédent pour de futures occupations transformatives. La première raison tient au fait que l'occupation a été extraordinairement mal gérée⁶¹. L'incapacité ou le manque de volonté des États-Unis de gouverner le pays de manière effective jouera probablement un rôle important dans l'évaluation des thèses selon lesquelles les transformations unilatérales sont essentielles pour aider les États sortant d'un conflit à s'engager sur la voie de la démocratie libérale. La seconde raison est qu'il serait inexact de décrire l'Irak comme un pays entièrement transformé par ses occupants. Certaines étapes déterminantes de la transformation de l'Irak ont eu lieu après la fin de l'occupation, le 30 juin 2004, et en réponse au Conseil de sécurité qui demandait le rétablissement rapide de la souveraineté locale⁶². Les premières élections législatives, la rédaction d'une nouvelle constitution, l'élection d'un nouveau gouvernement en application de cette constitution et, enfin, la signature de l'Accord sur le statut des forces (prévoyant le retrait de toutes les troupes de combat américaines avant la fin de 2011) sont autant d'événements intervenus après que la CPA ait cessé d'exister⁶³. Un autre élément, tout aussi important, est que pendant que l'occupation était en cours, les États-

59 Voir Kaiyan Homi Kaikobad, « II. Problems of belligerent occupation: the scope of powers exercised by the Coalition Provisional Authority in Iraq: April/May 2003-June 2004 », dans *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, N° 1, 2005, pp. 253-264; G.H. Fox, *op. cit.*, note 2, pp. 254-262.

60 Voir M. Zwanenburg, *op. cit.*, note 15, pp. 763-767; Eyal Benvenisti, « The Security Council and the law on occupation: Resolution 1483 on Iraq in historical perspective », dans *Israel Defense Forces Law Review*, Vol. 1, 2003, pp. 19-38.

61 Voir James Fallows, *Blind into Baghdad: America's War in Iraq*, Vintage Books, New York, 2006; Larry Diamond, *Squandered Victory: The American Occupation and the Bungled Effort to Bring Democracy to Iraq*, Owl Books, New York, 2005.

62 Dans sa résolution 1483, adoptée le 22 mai 2003, le Conseil de sécurité des Nations Unies (CSNU) s'est déclaré « résolu à ce que le jour où les Irakiens se gouverneront eux-mêmes vienne rapidement » (CSNU, rés. 1483 du 22 mai 2003, préambule, para. 4). Dès le 16 octobre 2003, le Conseil de sécurité a demandé au Conseil de gouvernement et aux Puissances occupantes de « lui communiquer, au plus tard le 15 décembre 2003 ... un calendrier et un programme aux fins de la rédaction d'une nouvelle constitution pour l'Irak et de la tenue d'élections démocratiques conformément à cette constitution » (CSNU, rés. 1511 du 16 octobre 2003, para. 7). De plus, dans sa résolution 1546, le CSNU a dicté la date de la fin de l'occupation: « d'ici le 30 juin 2004 également, l'occupation prendra fin, l'Autorité provisoire de la coalition cessera d'exister et l'Irak retrouvera sa pleine souveraineté » (CSNU, rés. 1546 du 8 juin 2004, para. 2.)

63 Voir James Dobbins, « Who lost Iraq: lessons from the debacle », dans *Foreign Affairs*, Vol. 86, N° 5, septembre-octobre 2007, pp. 61-74; Trevor A. Rush, « Don't Call It a SOFA! An overview of the U.S.-Iraq Security Agreement », dans *Army Lawyer*, N° 432, 2009, pp. 34-60.

Unis ont sollicité toujours davantage l'assistance des Nations Unies, tant pour légitimer leurs actions en Irak que pour accomplir des tâches essentielles qu'ils se sont montrés incapables de mener à bien. Grant Harris a évoqué une « main invisible » exerçant des pressions sur les occupants afin de multilatéraliser leurs opérations, et l'Irak est l'exemple-type de ce phénomène⁶⁴. L'occupation de l'Irak par les États-Unis a duré quatorze mois mais, pour ce qui concerne la transformation unilatérale, elle laisse peut-être derrière elle un héritage moins important qu'on ne le pense souvent.

Inspiration tirée des missions multilatérales

Le deuxième domaine de pratique réside dans les missions multilatérales déployées dans des États sortant d'un conflit. Autorisées, pour la plupart, par les Nations Unies, ces missions ont proliféré depuis le début des années 1990⁶⁵. Dans la littérature récente remettant en cause le principe conservateur, il est souvent fait référence aux missions des Nations Unies afin d'identifier une tendance à considérer la période d'après-conflit comme offrant une opportunité cruciale de procéder à des réformes⁶⁶. Et, de fait, la reconstruction des sociétés sortant d'une guerre civile constitue désormais une tâche centrale des organisations internationales. Le mandat de beaucoup de ces missions est explicitement transformatif. Les exemples les plus évidents sont ceux des administrations territoriales approuvées par le Conseil de sécurité en Bosnie, au Kosovo, au Timor-Leste et en Slavonie orientale⁶⁷. Dans de nombreux autres cas, l'ONU (avec l'approbation du Conseil de sécurité) a participé intégralement au processus visant à faire de la transformation l'un des éléments de sortie d'un conflit armé. L'ONU a ainsi été amenée à négocier des accords de paix qui engagent les parties à procéder à des réformes juridiques et politiques ; à contrôler et faciliter les réformes ; à offrir son expertise en vue de la mise en œuvre des réformes ; et enfin, à se prononcer sur la conformité des réformes par rapport aux normes internationales. Peuvent être citées à titre d'exemple les missions de

64 G.T. Harris, *op. cit.*, note 12, pp. 37-38 et 56-68. Selon l'auteur, « [m]algré le caractère principalement unilatéral de leur intervention, les États-Unis ont été forcés à tenter de multilatéraliser l'occupation de l'Irak. L'administration Bush a compris que malgré de vigoureuses impulsions unilatérales, et malgré l'arrière-goût amer laissé par le débat international qui avait précédé l'invasion, l'obtention au niveau international d'un appui et de ressources constituait une condition essentielle d'une occupation réussie de l'Irak » [traduction CICR]. *Ibid.*, p. 57.

65 Voir, d'une manière générale, Ray Murphy (éd.), *Post-conflict Rebuilding and International Law*, Ashgate, Farnham, 2012.

66 N. Bhuta, *op. cit.*, note 9, p. 736. Selon l'auteur, « [l]a prétendue légitimité de l'imposition d'une nouvelle structure institutionnelle et constitutionnelle [en Irak] a également été renforcée par la pratique émergente (apparue depuis la fin de la guerre froide) de l'administration internationale de territoires » [traduction CICR] ; B.C. Parsons, *op. cit.*, note 13, p. 16 ; B.S. Brown, *op. cit.*, note 15, p. 42 ; G.T. Harris, *op. cit.*, note 12, pp. 25-32.

67 Voir Carsten Stahn, *The Law and Practice of International Territorial Administration: Versailles to Iraq and Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008 ; Ralph Wilde, *International Territorial Administration: How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away*, Oxford University Press, Oxford, 2008 ; G.H. Fox, *op. cit.*, note 5 ; Richard Caplan, *International Governance of War-Torn Territories: Rule and Reconstruction*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

la MINUSIL en Sierra Leone⁶⁸, de la ONUCI en Côte d'Ivoire⁶⁹, de l'ONUB au Burundi⁷⁰ et de la MINUSTAH en Haïti⁷¹. Dans leur forme la plus radicale, les changements visent à réformer les structures et cultures politiques de certains États, où les groupes précédemment en guerre ont été incapables de coexister dans le cadre d'une compétition politique pacifique. Ce modèle privilégie les principes de tolérance, d'inclusion et de participation. Les institutions mises en place n'ont rien d'inédit : ce sont celles des États démocratiques occidentaux, alliant des élections majoritaires à de solides protections des droits individuels et des groupes minoritaires⁷².

Les similitudes entre les missions multilatérales et les occupations transformatives sont évidentes. En effet, les unes et les autres ont généralement lieu après la fin des hostilités majeures lors d'un conflit armé ; elles favorisent les institutions démocratiques libérales mises en place au terme de réformes juridiques de grande envergure ; elles accordent peu d'attention aux formalités liées aux traditionnels droits exclusifs du souverain en matière de gouvernance nationale. S'appuyant soit sur un mandat conféré au titre du Chapitre VII (pour les missions multilatérales), soit sur les prérogatives du contrôle *de facto* (pour les occupants ayant des intentions transformatives), les unes et les autres mettent l'accent sur la souveraineté populaire, et non pas sur le contrôle effectif en tant que source fondamentale de l'autorité gouvernementale légitime⁷³. Enfin, les unes et les autres incarnent l'espoir – bien que cet espoir soit souvent teinté de scepticisme et se mêle au sentiment que ces initiatives ne sont que les meilleures parmi une série de mauvaises options – de voir ces nouvelles structures permettre, à terme, de socialiser les factions qui étaient en guerre et les mener à la coexistence pacifique. Les institutions démocratiques nouvellement établies sont donc appréciées non pas uniquement pour elles-mêmes, mais aussi en tant que moyen d'éviter la reprise du conflit⁷⁴.

68 CSNU, rés. 1270 du 22 octobre 1999.

69 CSNU, rés. 1528 du 27 février 2004.

70 CSNU, rés. 1545 du 21 mai 2004.

71 CSNU, rés. 1542 du 30 avril 2004.

72 Voir, d'une manière générale, R. Murphy, *op. cit.*, note 65. Dans l'édition 2011 de la publication présentant les opérations de maintien de la paix, les Nations Unies décrivent leurs tâches comme visant, *inter alia*, à « faciliter les processus politiques, protéger les civils, fournir aux réfugiés une assistance au retour, aider à l'organisation d'élections, démobiliser les anciens combattants et les réinsérer dans la vie civile et, enfin, promouvoir les droits de l'homme et l'état de droit » [traduction CICR]. Voir Nations Unies, *2011 UN Peace Operations Year in Review*, Nations Unies, New York, 2012, disponible (en anglais uniquement) sur : <http://www.un.org/en/peacekeeping/publications/yir/yir2011.pdf>.

73 Voir A. Roberts, *op. cit.*, note 16, p. 621 : « Parmi tous les éléments d'un projet transformatif, l'introduction d'un système électoral honnête dans le cadre d'une démocratie multipartite figure parmi ceux qui sont susceptibles d'exercer le plus d'attrait » [traduction CICR] ; W. Michael Reisman, « Sovereignty and human rights in contemporary international law », dans *American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990, p. 866 (à propos de la justification, au nom de la souveraineté populaire, des interventions pro-démocratiques et des changements de régime) ; G.H. Fox, *op. cit.*, note 5, pp. 52-55 (à propos de la promotion de la démocratie en tant qu'objectif central des missions de reconstruction post-conflit).

74 Gregory H. Fox, « Democratization », dans David M. Malone (éd.), *The UN Security Council: From the cold war to the 21st Century*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, CO, 2004, p. 69.

Nombre de chercheurs se sont penchés avec grande attention sur l'éventuelle convergence entre ces deux formes de transformation politique post-conflit⁷⁵. Il convient toutefois d'éviter tout amalgame entre, d'une part, les missions multilatérales et, d'autre part, les occupations opérées par des États qui interviennent sans mandat ni autorisation du Conseil de sécurité. D'importantes différences séparent en effet les deux types de transformation post-conflit. Toutes découlent d'un élément capital : contrairement à l'occupation transformative, la transformation multilatérale est autorisée par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

Premièrement, l'approbation du Conseil de sécurité permet un débat sur le bien-fondé de la transformation et sur ses objectifs. Ce contrôle préalable confère une légitimité essentielle aux missions qui en découlent. Si Thomas Franck a raison de dire que la légitimité normative émerge d'un processus législatif inclusif et transparent, alors l'examen par le Conseil de sécurité joue un rôle déterminant⁷⁶. Un processus législatif inclusif a davantage de chances de déboucher sur une mise en œuvre inclusive des mesures transformatives⁷⁷. La réaction internationale à l'occupation de l'Irak constitue ici un excellent cas d'école. Face à une occupation qui était devenue un fait accompli, après une guerre à laquelle ils s'étaient presque tous opposés, les membres du Conseil de sécurité n'ont apporté en 2003 qu'un soutien mitigé aux réformes conduites par les États-Unis⁷⁸. De la même façon, la planification multilatérale d'une occupation donnerait, dit-on, de meilleurs résultats. Là encore, le cas de l'Irak est illustratif : la planification des États-Unis pendant la période qui a suivi la fin de la guerre a été notoirement inepte et insensible aux préoccupations locales⁷⁹. Il serait inimaginable, par exemple, que l'une des premières actions d'une mission dirigée par les Nations Unies consiste à démanteler l'armée irakienne tout entière. De même, le fondamentalisme du marché libre (qui a inspiré tant de réformes économiques de la CPA) n'aurait probablement pas survécu à l'examen du Conseil de sécurité. Certes, l'ONU a commis un certain nombre d'erreurs dans des États sortant d'un conflit, mais elle a aussi constitué un vaste « Répertoire de la pratique du Conseil de sécurité » et elle s'efforce au moins de tirer tous les enseignements de ses échecs⁸⁰.

Deuxièmement, le droit international contemporain limite fortement les intrusions unilatérales dans l'ordre interne des États. Omettre la distinction entre transformations unilatérales d'une part, et transformations multilatérales d'autre part, exigerait de passer outre ces limitations, ou tout au moins d'en minimiser la portée. La transformation est souvent décrite comme cherchant à atteindre des

75 L'explication la plus complète de leurs similarités a été donnée par Steven Ratner. S. R. Ratner, *op. cit.*, note 15.

76 Thomas M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford University Press, Oxford, 1990.

77 *Ibid.*

78 M. Hmoud, *op. cit.*, note 15, pp. 446-447.

79 Voir les sources citées dans *op. cit.*, note 61.

80 Ce Répertoire de la pratique a été notamment compilé et analysé par la Commission de Consolidation de la Paix, établie en 2005. La Commission a créé un Groupe de travail sur les leçons apprises, qui a publié des rapports sur une large gamme de problèmes rencontrés dans la reconstruction post-conflit, disponible sur : http://www.un.org/en/peacebuilding/doc_lessonslearned.shtml.

objectifs qui sont largement partagés au sein de la communauté internationale, ce qui paraît correct (quoique dans un sens limité). Les instruments multilatéraux ont retiré les droits de l'homme et les affaires électorales du champ de compétence nationale exclusive. Et, comme nous l'avons déjà relevé, les réformes introduites dans ces deux domaines sont vues toujours davantage comme des moyens essentiels de pacifier des États sortant d'un conflit. Toutefois, la portée de ces objectifs normatifs ne peut pas être dissociée des circonstances de leur création. Les traités relatifs aux droits de l'homme sont négociés avec soin, de façon à tenir compte des intérêts divergents des États et à prévoir des mécanismes de contrôle limités, opérant au travers des institutions juridiques nationales et des organes internationaux⁸¹. L'implication du Conseil de sécurité dans la reconstruction post-conflit fait l'objet de sérieuses restrictions procédurales, principalement le veto. Plus généralement, toutes les formes de responsabilité des États sont spécifiquement considérées comme n'autorisant pas d'interventions qui violent la Charte des Nations Unies ou d'autres importantes obligations juridiques internationales de l'État lésé⁸². Les objectifs normatifs, en d'autres termes, sont inséparables des moyens limités et collectifs de leur mise en œuvre. Les normes relatives aux droits de l'homme et à la démocratie n'ont jamais été comprises (si ce n'est par certains États puissants) comme constituant un « feu vert » pour l'action unilatérale.

La raison en est claire : les États ne font pas confiance à la manière dont chacun, en l'absence de surveillance collective, déterminerait quand et comment ces normes doivent être mises en application. Ils craignent les prétextes. Les tentations d'ingérence politique sont tout simplement trop grandes. L'interdiction des interventions unilatérales est l'inévitable corollaire d'une articulation collective rigoureuse des normes – la myriade de normes anti-interventions visant spécifiquement l'action unilatérale le montre clairement. La Déclaration relative aux relations amicales, l'affaire *des activités armées au Nicaragua* (1986), les restrictions sévères imposées aux contre-mesures interétatiques et les principes rigoureux de l'immunité souveraine ne sont en fait que les principaux points de

81 Dans l'affaire des *Activités armées au Nicaragua* (1986), la CIJ a estimé que les traités relatifs aux droits de l'homme fonctionnaient comme des régimes autonomes et excluaient tous les autres moyens de mise en œuvre, même ceux qui ne contreviennent pas au droit international général. CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond)* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), Arrêt du 27 juin 1986, CIJ Recueil 1986, p. 14, para. 267 : « [q]uand les droits de l'homme sont protégés par des conventions internationales, cette protection se traduit par des dispositions prévues dans le texte des conventions elles-mêmes et qui sont destinées à vérifier ou à assurer le respect de ces droits ». Bien que cette conclusion ne soit pas incontestée, l'importante distinction que la CIJ établit entre, d'une part, les obligations conventionnelles relatives aux droits de l'homme et, d'autre part, les moyens limités pour assurer leur mise en œuvre – particulièrement dans une affaire qui a vu les États-Unis invoquer les violations des droits de l'homme commises par le Nicaragua pour justifier le recours à la force – est révélatrice d'une opinion très présente dans le droit international.

82 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 50(1), dans Nations Unies, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, présenté à la cinquante-sixième session de l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU), Supplément N° 10, novembre 2001, Doc. NU A/56/10 (2001) (à propos de l'interdiction des contre-mesures qui porteraient atteinte aux obligations énoncées dans la Charte des Nations Unies ou « découlant des normes impératives du droit international général »).

repère de l'ordre juridique qui s'est instauré après la fin de la Seconde Guerre mondiale et dans lequel le collectif est nettement préféré à l'unilatéral⁸³.

Existe-t-il une ou plusieurs raisons d'exclure l'occupation transformative de ces principes restrictifs ? Cette exclusion ne peut pas se baser sur la désirabilité des objectifs que l'occupation transformative poursuit, car leurs concepteurs collectifs les ont estimés non moins désirables mais ont refusé d'autoriser leur mise en œuvre unilatérale. Elle ne peut pas non plus se baser sur l'absence de tout autre moyen de mener à bien une réforme, étant donné que le Conseil de sécurité autorise depuis plus de vingt ans des missions dans des États sortant d'un conflit. Enfin, elle ne peut pas non plus reposer sur la thèse selon laquelle le droit humanitaire (le principal régime régissant l'occupation) montre une plus grande tolérance envers les actes unilatéraux que le droit relatif aux droits de l'homme. L'usurpation de l'autorité législative envisagée par l'occupation transformative est spécifiquement exclue par le droit de l'occupation dans sa distinction capitale entre occupant *de facto* et souverain *de jure*⁸⁴. Omettre cette distinction (et permettre ainsi que le premier devienne le second) aurait pour effet d'octroyer aux occupants l'unique prérogative qui leur fait défaut en raison du caractère provisoire de leur exercice de l'autorité⁸⁵. L'occupation transformative n'est unique que parce qu'elle offre une bonne occasion de remodeler les institutions nationales (le gardien de ces institutions – le régime déchu – ayant disparu). Pour autant, la thèse selon laquelle des actes unilatéraux répréhensibles peuvent être commis ne constitue pas un argument très valable.

Troisièmement, le fait d'assimiler les deux types de transformation (collective et unilatérale) menace de brouiller la distinction entre *jus ad bellum* et *jus in bello*. L'une des fonctions capitales d'un mandat octroyé au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies pour conduire des réformes pendant une occupation est de contourner le principe conservateur, ou de le réduire à néant. Le Conseil de sécurité exerce une autorité législative pour rendre légale une

83 Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, Résolution 2625, 24 octobre 1970, AGNU, vingt-cinquième session, Supp. N° 28, p. 121, Doc. NU A/8028 (1970) ; CIJ, *Affaire des activités armées au Nicaragua* (1986), *op. cit.*, note 81 ; CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, Arrêt, 3 février 2012, (l'immunité de l'État devant un tribunal national n'est pas affectée par des allégations de violations de règles de *jus cogens*), CIJ, Rôle général N° 143. Voir, d'une manière générale, Pierre-Marie Dupuy, « The place and role of unilateralism in contemporary international law », dans *European Journal of International Law*, Vol. 11, N° 1, 2000, pp. 19-29.

84 Cette distinction est loin d'être purement formelle. Si un occupant modifie en profondeur la structure du gouvernement, le régime autochtone qui prend le pouvoir après la fin de l'occupation peut effectivement se trouver dans l'impossibilité d'inverser les effets de ces changements. Voir Y. Dinstein, *op. cit.*, note 37, p. 124 : la modification des institutions politiques entraîne « l'inquiétante possibilité que de profondes innovations structurelles – une fois que la population s'y habitue (spécialement lors d'une occupation prolongée) – se révèlent parfois difficiles à éradiquer quand l'occupation est terminée » [traduction CICR].

85 Pour reprendre les termes de Julius Stone (à propos de l'autorité législative accordée soit aux occupants soit aux régimes autochtones) : « la différence réside dans le contraste entre, d'une part, la plénitude et la permanence du pouvoir souverain et, d'autre part, le caractère temporaire et précaire de la position de l'occupant » [traduction CICR]. Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict*, Rinehart, New York, 1954, p. 694.

pratique qui était (à mon sens) illégale au regard du droit normalement applicable, le *ius in bello*⁸⁶. Toutefois, en agissant ainsi, le Conseil ne légitime pas pour autant l'intervention qui a permis à des forces étrangères d'occuper le territoire. Pour cela, il aurait fallu une autorisation distincte, autorisation que le Conseil peut ne pas vouloir accorder (comme dans le cas de l'Irak)⁸⁷, et qui ferait intervenir un corpus juridique entièrement différent, à savoir le *ius ad bellum* qui régit l'emploi initial de la force.

La question est de savoir si la barrière entre ces deux régimes peut être maintenue dans le cas où – invoquant les missions multilatérales en tant que précédents – un occupant unilatéral transforme la législation du territoire qu'il occupe. Pour répondre à cette question, il faut comprendre les incitations créées par la possibilité d'une occupation transformative. Imaginons une intervention dont le but est de faire cesser des violations généralisées des droits de l'homme. Afin d'éviter que de telles violations ne recommencent après le départ des troupes étrangères, les intervenants profitent de la période d'occupation pour mettre en place des institutions démocratiques libérales. Quel type d'occupant est susceptible de s'engager sur cette voie? Il est fort peu probable que des occupants non démocratiques interviennent pour des motifs humanitaires, ou qu'ils se lancent dans des réformes démocratiques. Certes, des occupants démocratiques peuvent parfois intervenir pour des raisons sans rapport avec les droits de l'homme et la démocratie, mais dans ce cas il y a peu de chances qu'ils entreprennent une occupation transformative. Panama et Grenade ont connu deux interventions qui n'étaient pas motivées par des raisons humanitaires et n'ont pas été suivies par une occupation transformative. À l'inverse, dans le cas de l'Irak et, précédemment, des interventions des États-Unis et de leurs Alliés contre l'Allemagne et le Japon, une occupation transformative a fait suite à une entrée en guerre pour des raisons non humanitaires. Le seul scénario dans lequel il est quasiment certain qu'une occupation transformative sera tentée (certes, avec plus ou moins de détermination selon les cas) est celui d'un État démocratique libéral intervenant pour des raisons humanitaires. Si après être intervenu parce que les atteintes aux droits de l'homme étaient devenues intolérables, un tel État (démocratique libéral) quittait le pays en laissant en place le gouvernement qui commettait ces violations, il agirait de manière contre-productive. Et, de fait, les partisans de l'occupation transformative avancent souvent l'argument selon lequel la guerre contemporaine est désormais dominée par un objectif transformatif⁸⁸. Comme l'écrit Grant Harris, « ce qui motive nombre de guerres modernes, c'est précisément la volonté de réorganiser le territoire occupé et d'intervenir dans la vie de ses habitants »⁸⁹. Dès lors, pour qu'une occupation transformative devienne

86 Voir la discussion ci-dessous, note 113.

87 Certains auteurs affirment que le Conseil de sécurité a, en fait, accordé aux États-Unis une grande latitude pour s'engager dans des réformes en Irak. Voir, par exemple, E. Benvenisti, *op. cit.*, note 60. J'ai moi-même contesté ce point de vue : G.H. Fox, *op. cit.*, note 5, pp. 263-269.

88 Voir, par exemple, P.M.R. Stirk, *op. cit.*, note 24, p. 203.

89 Grant T. Harris, « Human rights, Israel and the political realities of occupation », dans *Israel Law Review*, Vol. 41, 2008, p. 102 [traduction CICR].

une question relevant du *jus in bello*, le scénario le plus probable serait qu'elle serve aussi de justification en vertu du *jus ad bellum*.

C'est là que se situe le danger. Bien que les interventions humanitaires unilatérales fassent encore l'objet d'un débat intense (et toujours en cours), les spécialistes du droit international reconnaissent presque unanimement que ces interventions contreviennent au *jus ad bellum*⁹⁰. Si cette affirmation est correcte, comment l'interdiction du déclenchement d'un conflit armé pour garantir les droits de l'homme pourrait-elle être maintenue alors qu'un intervenant sait que s'il réussit à occuper un territoire, le *jus in bello* l'autorisera à procéder aux réformes qui ont précisément suscité son intervention? En d'autres termes, quand la transformation constitue la raison d'une intervention, il ne serait pas réaliste de vouloir limiter au *jus in bello* les conséquences de la légitimation de la transformation. La justification et le but de l'intervention ne peuvent pas être dissociés. Comme Adam Roberts le reconnaît, « un élément d'artificialité apparaît dans la proposition selon laquelle les objectifs transformatifs peuvent parfois être acceptables, mais seulement en tant que sous-produits – et non en tant que justification réelle – d'une action militaire »⁹¹. Le danger est évité quand le Conseil de sécurité doit voter séparément afin de légitimer d'abord une intervention, puis les réformes. Toutefois, si ces derniers cas sont considérés comme constituant des précédents pour des actes commis par des occupants unilatéraux, alors l'autorisation du Conseil n'aura plus d'importance en ce qui concerne le *jus in bello*. Les mesures incitatives donnent à penser que cette autorisation cessera bientôt de compter en ce qui concerne le *jus ad bellum* aussi.

En résumé, amalgamer transformation unilatérale et transformation multilatérale crée, pour le *jus in bello*, une incitation dangereusement puissante à légitimer les violations du *jus ad bellum*. Une telle brèche ouverte dans la barrière qui sépare ces deux corpus juridiques se produit, semble-t-il, dans la direction opposée à celle contre laquelle nous sommes habituellement mis en garde. La division est généralement décrite comme empêchant les revendications relatives à la légalité du *jus ad bellum* de justifier les violations du *jus in bello*, de la même façon que la juste cause est invoquée pour légitimer les mauvais traitements infligés à des détenus. Le problème est ici probablement plus insidieux, car l'utilisation de la légalité au regard du *jus in bello* pour justifier le déclenchement d'un véritable conflit armé risque en effet d'avoir des conséquences bien plus lourdes que la

90 Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 4^e éd., Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 70-73; Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 24-42.

91 A. Roberts, *op. cit.*, note 16, p. 581 [traduction CICR]. Voir aussi Robert D. Sloane, « The cost of conflation: preserving the dualism of *jus ad bellum* and *jus in bello* in the contemporary law of war », dans *Yale Journal of International Law*, Vol. 34, 2009, p. 108: « [l]'idée émergente de l'occupation transformative, quels que soient ses autres mérites, peut parfois se trouver en contradiction avec la dichotomie *jus ad bellum/jus in bello* » [traduction CICR]; Rotem Giladi, « The *jus ad bellum/jus in bello* distinction and the law of occupation », dans *Israel Law Review*, Vol. 41, N° 1-2, 2008, p. 277: « [p]lutôt qu'un sous-produit fortuit de la guerre, l'occupation est très souvent le résultat voulu de la guerre. Elle constitue souvent une condition *sine qua non* de la réalisation des objectifs stratégiques qui incitent un État à employer la force » [traduction CICR].

légitimation de certains actes illégaux spécifiques commis au cours d'un conflit armé.

Application extraterritoriale des obligations conventionnelles relatives aux droits de l'homme

Le troisième volet de la thèse à l'appui de l'émergence de l'occupation transformative réside dans l'application extraterritoriale des obligations conventionnelles dont l'occupant doit s'acquitter en matière de droits de l'homme. Si, prétendent certains, une Puissance occupante se substitue au gouvernement *de jure* d'un État qui est lié par des traités relatifs aux droits de l'homme, l'autorité de l'occupant sur le territoire de cet État devrait être soumise aux mêmes normes conventionnelles. Au cas contraire, la population serait privée de la protection du traité sans en être en rien responsable. En outre, étant donné que les traités relatifs aux droits de l'homme exigent que les États parties promulguent une législation interne qui protège ces droits, les mêmes obligations s'appliqueraient donc quand ces États exercent le pouvoir gouvernemental par le biais d'une occupation⁹². La panoplie complète des obligations conventionnelles fonctionne effectivement comme un projet politique pour une société respectueuse des droits de l'homme. Les occupants d'États illibéraux peuvent donc parfois être obligés d'agir en tant qu'ingénieurs sociaux, en créant les normes, procédures et institutions d'une société libérale respectueuse de ses obligations conventionnelles. Comme le relève Grant Harris, « il n'existe aucun point naturel qui marque la fin de l'obligation, pour un occupant, de protéger les droits de l'homme, en dehors de la création d'un État qui fonctionne et qui possède des institutions permanentes capables d'assurer une telle protection »⁹³.

L'idée générale selon laquelle les États restent soumis, au minimum, à certaines de leurs obligations conventionnelles relatives aux droits de l'homme pendant une occupation est aujourd'hui bien établie en droit international⁹⁴. Toutefois, passer de ce principe général à la légitimation de l'occupation transformative, constitue un passage complexe. Cela tient notamment au fait que la jurisprudence relative à l'extra-territorialité (hormis celle de la Cour européenne des droits de l'homme) est en grande partie assez superficielle et fournit peu d'explications sur la manière de résoudre les conflits entre droits de l'homme

92 L'article 2(2) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) caractérise ces obligations législatives de la manière suivante: « Les États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur ».

93 G.T. Harris, *op. cit.*, note 89, p. 121 [traduction CICR].

94 Voir CIJ, *Affaire du mur*, *op. cit.*, note 42; CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, Arrêt, 19 décembre 2005, CIJ Recueil 2005, p. 168; Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, Arrêt, 7 juillet 2011, Requête N° 55721/07; Comité des droits de l'homme, Observation générale N° 31: la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, 26 mai 2004, Doc. ONU CCPR/C/21/Rec. 1/Add.13, para. 10; Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

(obligations législatives) et droit humanitaire (interdiction des changements législatifs). L'occupation se situe à la frontière entre les conflits armés et la gestion des affaires publiques en temps de paix. Certes, elle offre une excellente occasion aux sociétés fermées d'accéder aux vifs débats et à la compétition politique que les institutions démocratiques favorisent. Par contre, dans nombre de situations d'occupation, l'environnement sécuritaire est si fragile que les militaires disposent de pouvoirs qu'il serait inimaginable de leur accorder en temps de paix⁹⁵. Cette dualité crée un problème de catégories juridiques. Si l'occupation est principalement vue comme une étape dans les conflits armés, la gestion des affaires publiques ne peut devenir un véhicule pour la protection des droits de l'homme que si une telle démarche est compatible avec la capacité de l'occupant de maintenir la sécurité. Le droit de l'occupation atténue la protection qu'il accorde aux droits de l'homme par son importante déférence vis-à-vis des considérations de nécessité militaire⁹⁶. Toutefois, adopter le point de vue opposé (en considérant l'occupation comme équivalant à la gestion des affaires publiques en temps de paix) placerait les occupants dans l'obligation de respecter les traités relatifs aux droits de l'homme qui ne font aucune concession à la nécessité militaire.

Les options pouvant permettre de réconcilier ces deux régimes ne sont pas satisfaisantes. La déférence vis-à-vis de la nécessité militaire peut évidemment être retenue en considérant l'occupation comme ne relevant que du droit humanitaire (peut-être en tant que *lex specialis*). Néanmoins, cela équivaldrait à nier le principe – aujourd'hui bien établi – selon lequel les traités relatifs aux droits de l'homme s'appliquent dans les territoires occupés. Alternativement, ces traités pourraient servir de seul cadre juridique pertinent, mais les traités relatifs aux droits de l'homme ne prévoient rien en ce qui concerne la nécessité militaire étant donné qu'ils portent sur la gestion des affaires publiques en temps de paix⁹⁷. Ne pas tenir compte du tout des exigences militaires de l'occupation serait irréaliste et serait probablement inacceptable pour la plupart des États. Bien que des clauses dérogatoires figurent dans les traités relatifs aux droits de l'homme, le fait d'invoquer ces dispositions pour autoriser les opérations de sécurité nécessaires aurait pour effet d'invalider les protections plus étendues offertes par ces traités, et rendrait très similaires les protections relevant des deux régimes⁹⁸. Il en serait de

95 Une opération bien planifiée alliera aux traditionnelles opérations de sécurité des efforts visant à instaurer l'état de droit et à établir de solides institutions étatiques (qui, à long terme seront les seuls remparts effectifs contre les troubles civils). Voir l'examen approfondi de cette question dans Jane Stromseth, David Wippman et Rosa Brooks, *Can Might Make Rights?: Building the Rule of Law after Military Interventions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 134-177.

96 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 37, p. 115: « [L]a tension entre la nécessité militaire et les considérations humanitaires imprègne ... le droit de l'occupation militaire » [traduction CICR].

97 Voir Michael J. Dennis, « Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation », dans *American Journal of International Law*, Vol. 99, N°1, 2005, pp. 119-141.

98 L'on pourrait prétendre que la dérogation introduite dans le PIDCP n'avait d'autre but que de « permettre la suspension du *droit interne* des États parties dans les situations d'urgence publique, y compris en période de conflit armé » [traduction CICR] (*ibid.*, pp. 136-137). Cette opinion est confortée par le fait que, jusqu'en 2005, aucun État partie au PIDCP n'avait présenté une demande de dérogation en rapport avec des actions en dehors de son territoire national (*ibid.*, pp. 125-126).

même si l'on optait pour une interprétation « souple » des traités visant à limiter l'étendue des droits quand ceux-ci ont une incidence sur les questions de sécurité. L'approche plus nuancée de la Cour internationale de Justice, qui considère le droit humanitaire comme la *lex specialis* devant être appliquée lorsqu'elles sont en conflit avec les normes relatives aux droits de l'homme⁹⁹ – promet une analyse davantage axée sur les faits bien qu'elle aussi fasse passer la nécessité militaire avant la protection des droits.

Même s'il était possible de surmonter cette incohérence doctrinale et de considérer que les occupants sont entièrement liés par leurs obligations conventionnelles en matière de droits de l'homme, des changements législatifs ne devraient intervenir dans un territoire occupé que dans un ensemble précis de circonstances. Or, ces circonstances sont précisément celles dans lesquelles le motif invoqué par l'occupant pour agir sans mandat du Conseil de sécurité (c'est-à-dire en vertu du droit de l'occupation et non d'une autorisation donnée au titre du Chapitre VII) est le moins solide. Un conflit ne surgirait entre les obligations conventionnelles relatives aux droits de l'homme et le principe conservacionniste que si un occupant ne pouvait pas respecter un traité sans entreprendre une action législative¹⁰⁰. Les traités relatifs aux droits de l'homme contiennent trois formes distinctes d'obligations : les États parties doivent eux-mêmes s'abstenir de violer les droits protégés ; ils doivent veiller à ce que d'autres personnes placées sous leur juridiction s'abstiennent de commettre de telles violations ; enfin, ils doivent agir concrètement pour faire en sorte qu'il existe des procédures de protection des droits ainsi que des voies de recours, et que les victimes soient indemnisées¹⁰¹. Je prétends pour ma part que seule la troisième forme d'obligation entre manifestement en conflit avec le principe conservacionniste.

En premier lieu, les États parties doivent eux-mêmes s'abstenir de violer les droits protégés. C'est là une obligation purement négative. Les occupants peuvent s'y conformer en ordonnant à leurs forces armées et à leurs administrateurs civils de ne pas violer les droits. Une telle attitude n'est guère en contradiction avec le principe conservacionniste. Aucune nouvelle législation n'est nécessaire pour que les occupants eux-mêmes agissent avec retenue.

Certains rétorqueront qu'il arrive souvent qu'un occupant gouverne en s'appuyant sur les lois et les institutions existantes. Si celles-ci violent les traités relatifs aux droits de l'homme en tant que telles (et non pas à cause de la manière dont le régime déchu les appliquait), alors il devient essentiel de modifier la législation afin que les obligations conventionnelles soient respectées. Toutefois, cet argument ne s'applique qu'à une catégorie assez restreinte de lois, qui *obligent*

99 CII, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, 8 juillet 1996, CII Recueil 1996, p. 226, para. 25. Voir aussi CII, *Affaire du mur*, *op. cit.*, note 42, para. 106.

100 Comme Dinstein le fait observer, « [a]ussi longtemps qu'il ne se produit pas de collision frontale entre les exigences liées à l'occupation et les institutions politiques en place dans le territoire occupé, il n'existe aucune réelle nécessité, pour la Puissance occupante, de remanier ces dernières » [traduction CII]. Y. Dinstein, *op. cit.*, note 37, p. 124.

101 Évidemment, ces catégories ne couvrent pas complètement l'ensemble des cas et il est fort probable que les actes commis par certains occupants échappent à cette typologie.

les fonctionnaires du gouvernement à violer les droits de l'homme. Parfois, la législation se borne à *permettre* de telles violations – en autorisant, par exemple, la discrimination contre certaines catégories de citoyens, le recours de la police à des pratiques abusives, le non-respect du droit à un procès équitable par les tribunaux, la censure gouvernementale, etc. En ce cas, la source de toute violation commise serait le choix fait par un fonctionnaire de violer les lois et non pas une obligation légale de le faire. Afin que les administrateurs locaux ne continuent pas à exploiter le caractère permissif de la législation pour violer les droits, il appartiendrait à l'occupant de donner des instructions claires en vue de l'application de ces lois.

En second lieu, les États parties doivent veiller à ce que d'autres personnes se trouvant dans le territoire qu'ils contrôlent ne violent pas les droits. Dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour internationale de Justice décrit cela comme une obligation 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 »¹⁰². En territoire occupé, ces tierces parties peuvent appartenir à deux catégories distinctes. La première catégorie comprend les parties qui se trouvent en position de subordination par rapport à l'occupant (telle qu'une administration locale exécutant les ordres, ou un groupe armé allié). Certes, pour imposer des limites à ces tierces parties, l'occupant devra certainement accomplir davantage d'actes positifs que lorsqu'il se borne à s'imposer des limites à lui-même. Néanmoins, intrinsèquement, l'obligation demeure : il s'agit de s'abstenir de violer les droits de l'homme. Les tierces parties ne peuvent commettre ni actes de torture, ni viols, ni meurtres et s'abstenir de toute discrimination, par exemple. Ces limites peuvent leur être imposées par le biais d'ordres directs ou des mesures de suivi plus actives peuvent aussi être prises par l'occupant, comme par exemple s'assurer que les ordres soient transmis le long de la chaîne de commandement et que les fonctionnaires trop zélés soient relevés de leurs fonctions. Toutes ces mesures satisferaient à l'exigence posée par la Cour internationale de Justice de ne pas tolérer de tels actes de la part de tierces parties. Si leur rapport avec l'occupant est véritablement de type hiérarchique (supérieur-subordonné), il paraît bien peu probable qu'une modification de la législation existante permette de faire entendre raison à des tierces parties coupables de violations alors que cela n'a pu être obtenu en leur ordonnant directement de respecter les lois (voire même en le leur imposant).

Les tierces parties qui ne se trouvent pas dans une position de subordination par rapport à l'occupant relèvent de la seconde catégorie. Il peut parfois s'agir d'insurgés qui prennent directement l'occupant pour cible. Le fait de ne pas « tolérer » que des violations soient commises par de tels groupes indépendants ou hostiles impliquerait d'assurer le maintien de la sécurité dans le territoire, ce qui constitue une obligation essentielle du droit de l'occupation¹⁰³.

102 CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo*, *op. cit.*, note 94, para. 178 (italiques ajoutés).

103 Cette obligation découle de l'article 43 du Règlement de La Haye, qui enjoint à l'occupant de prendre « 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 ».

Puisque l'action de ces tierces parties non subordonnées ne relève pas de l'appareil du pouvoir de l'État, les éventuelles violations des droits de l'homme commises par ces parties ne sont pas assimilables au comportement fautif de fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions, dont la prévention pourrait exiger une nouvelle législation. Comme dans l'*Affaire des activités armées sur le territoire du Congo*, les violations commises par les groupes armés peuvent très bien constituer des actes de violence indépendants, que seules des mesures de sécurité renforcées peuvent prévenir ou faire cesser¹⁰⁴. L'adoption de nouvelles lois aiderait peu à enrayer les violations commises par ces groupes.

Seule une troisième forme d'obligation conventionnelle pourrait exiger une action en matière législative. En effet, outre l'obligation négative de s'abstenir de commettre des violations, les traités relatifs aux droits de l'homme demandent aux États d'agir concrètement afin de prévenir les violations, d'enquêter sur les violations, de punir ceux qui commettent des violations et de veiller à ce que les victimes obtiennent justice¹⁰⁵. Si de tels mécanismes institutionnalisés pour le suivi de l'application et la mise en œuvre des traités ne sont pas prévus dans le droit existant, les États parties n'ont d'autre moyen, pour honorer leurs obligations conventionnelles, que d'introduire de tels mécanismes dans leur législation. L'exercice de certains droits, de par leur nature même, exige des mécanismes institutionnels, tels que la tenue d'élections démocratiques et la conduite de procès équitables. Ces droits impliquent d'avoir accès à une institution ou procédure particulière. D'autres droits peuvent exiger de renforcer certaines institutions afin de faire face à des défis non relevés auparavant, comme par exemple la violence faite aux femmes dans la sphère privée. Quand il s'agit de protéger des droits qui sont assortis d'importantes mesures d'ordre procédural, les transformations institutionnelles nécessaires peuvent être très importantes¹⁰⁶.

104 Assurément, c'est ainsi que la CIJ a vu les obligations de l'Ouganda, en tant que Puissance occupante. Elle a en effet estimé que « la responsabilité de [l'Ouganda] est donc engagée à raison à la fois de tout acte de ses forces armées contraire à ses obligations internationales et du défaut de la vigilance requise pour prévenir les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire par d'autres acteurs présents sur le territoire occupé, en ce compris les groupes rebelles agissant pour leur propre compte ». CIJ, *Affaire relative aux Activités armées sur le territoire du Congo*, *op. cit.*, note 94, para. 179.

105 Comme le relève le Comité des droits de l'homme à propos du PIDCP, « [e]n vertu de l'article 2, les États parties doivent prendre des mesures d'ordre législatif, judiciaire, administratif, éducatif et autres appropriées pour s'acquitter de leurs obligations juridiques ». Observation générale N° 31, *op. cit.*, note 94, para. 7.

106 Anja Seibert-Fohr résume de la manière suivante les mesures affirmatives de mise en œuvre que le Comité des droits de l'homme exige des États parties au PIDCP : « le Comité a élaboré toute une série d'obligations de conduite en ce qui concerne le statut du Pacte en droit interne, à savoir l'obligation de codifier les droits protégés par le Pacte, d'accorder au Pacte un statut supérieur à celui de la législation nationale, de veiller à la conformité entre le Pacte et le droit interne, y compris la Constitution, et d'incorporer le Pacte dans la Constitution. D'autres exemples d'obligations de conduite résident dans les mesures spécifiques visant à prévenir et punir les violations du Pacte, telles que prévues par le Comité dans le cadre du système de rapports périodiques (c'est-à-dire mise en œuvre du droit, garanties institutionnelles et procédurales, mécanismes de suivi et de contrôle, mesures contextuelles, information et éducation » [traduction CICR]. Anja Seibert-Fohr, « Domestic implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights pursuant to its article 2, para. 2 », dans *Max Planck Year Book of United Nations Law*, Vol. 5, 2001, pp. 467-468.

Les obligations conventionnelles appartenant à cette troisième catégorie entrent clairement en conflit avec le principe conservacionniste. La première chose à dire est que la jurisprudence actuelle sur l'extra-territorialité n'offre littéralement aucun appui à l'argument selon lequel les occupants sont tenus de créer des institutions et de réformer les lois. Toutes les plaintes relatives à l'extra-territorialité qui ont été portées contre des Puissances occupantes devant la Cour internationale de Justice et la Cour européenne des Droits de l'homme ont concerné des violations des droits de l'homme commises par les occupants eux-mêmes¹⁰⁷. Chacune de ces affaires impliquait des actes qui auraient pu avoir été prévenus, ou auxquels il aurait pu être mis fin, sans changer les lois en vigueur. Par ailleurs, il convient de relever que cette catégorie n'inclut pas les pires atteintes aux droits de l'homme commises dans les territoires occupés. Peu de violations véritablement flagrantes – massacres, viols, tortures, pillages, expulsions massives, persécution de groupes minoritaires – exigent des solutions législatives. À en juger par le passé, ces actes sont presque toujours commis par les forces d'occupation elles-mêmes ou par leurs proches alliés. Ils relèvent de la première ou de la deuxième catégorie décrites ci-dessus, et les parties peuvent y mettre un terme en s'imposant des limites à elles-mêmes. Par exemple, en 1990-1991, des ordres donnés vers le bas de la chaîne de commandement irakienne auraient pu faire cesser le pillage du Koweït occupé.

Cela dit, même si ces cas sont peu nombreux, il reste à déterminer si les obligations affirmatives relevant de cette troisième catégorie devraient être appliquées de manière extraterritoriale. À ce stade, la discussion doit inévitablement s'orienter vers le type d'occupation que la communauté internationale souhaite valider. En effet, comme il ressort des lignes précédentes, seuls quelques occupants soucieux de réformes sont susceptibles de s'engager dans de vastes changements législatifs. L'histoire récente en matière d'occupation montre que deux scénarios spécifiques semblent impliquer de telles obligations affirmatives. Le premier scénario est celui d'une occupation prolongée, au cours de laquelle aucun plan ne prévoit un retour immédiat au contrôle local, l'occupant conservant la responsabilité du territoire à long terme. Le second scénario est celui d'une occupation qui vise le but spécifique de mener des réformes juridiques et politiques – c'est-à-dire une occupation transformative. Dans ces deux situations, les décisions prises par l'occupant en matière de gouvernance sont non seulement basées sur les nécessités pragmatiques du moment (y compris la nécessité de faire respecter les dispositions du droit de Genève protégeant les droits individuels),

107 CIJ, *Affaire du mur*, *op. cit.*, note 42 (construction d'un mur par Israël en Palestine occupée); CIJ, *Affaire relative aux Activités armées sur le territoire du Congo*, *op. cit.*, note 94 (conduite des forces armées ougandaises en Ituri, région occupée de la RD du Congo); Cour EDH, *Al-Skeini*, *op. cit.*, note 94 (actes commis par des forces d'occupation britanniques en Irak); Cour EDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, Arrêt, 7 juillet 2011, Requête N° 27021/08 (actes commis par des forces d'occupation britanniques en Irak); Cour EDH, *Loizidou c. Turquie*, Arrêt, 18 décembre 1996, Requête N° 15318/89 (actes commis par les forces d'occupation turques à Chypre); Cour EDH, *Andreou c. Turquie*, Décision sur la recevabilité, 3 juin 2008, Requête N° 45653/99 (actes commis par les forces d'occupation turques à Chypre); Cour EDH, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, Arrêt, 2 mars 2010, Requête N° 61498/08 (actes commis par des forces d'occupation britanniques en Irak).

mais elles tentent également d'apporter une solution aux problèmes à long terme constatés dans le territoire. En cas d'occupation prolongée, le problème est qu'au fil du temps, un immobilisme juridique s'instaure. Comme l'a relevé la Cour suprême d'Israël, « [u]ne occupation militaire prolongée entraîne des changements d'ordre social, économique et commercial qui l'obligent [l'occupant] à adapter le droit pour tenir compte de l'évolution des besoins de la population »¹⁰⁸. Dans le cas d'une occupation transformative, le problème réside dans les nombreux maux qui frappent une société autoritaire fermée.

Les traités relatifs aux droits de l'homme devraient-ils permettre des occupations dont les objectifs stratégiques à long terme et les programmes de réformes sont inexorablement imbriqués? Quiconque répond par l'affirmative doit être prêt à défendre l'argument selon lequel les traités relatifs aux droits de l'homme peuvent permettre (ou même rendre obligatoire) l'annexion *de facto* du territoire occupé¹⁰⁹. Le fait d'introduire dans la législation des réformes conçues pour avoir un caractère permanent est fondamentalement incompatible avec le caractère temporaire de l'occupation¹¹⁰. De telles décisions fondamentales de politique générale sont la prérogative du souverain autochtone et le fait de se les approprier équivaut à endosser le rôle de ce souverain. Comme le relève Jean Pictet, le caractère provisoire, *de facto*, de la présence étrangère est en fait ce qui distingue l'occupation de guerre de l'annexion¹¹¹. Une idée similaire transparait dans l'avis de la Cour internationale de Justice, selon lequel la construction du mur de sécurité israélien « équivaudrait à une annexion *de facto* », étant donné qu'elle créerait « sur le terrain un 'fait accompli' qui pourrait fort bien devenir permanent »¹¹². En d'autres termes, quand il exerce des pouvoirs réservés au souverain *de jure* (en l'occurrence, dans l'*Affaire du mur*, la démarcation des frontières), un occupant traite le territoire comme s'il était le sien, même sans son incorporation formelle.

108 Cour suprême d'Israël 337/71, *Christian Society for the Holy Places v. Minister of Defense*, 26(1) Piskei Din 574 (1972) [traduction CICR].

109 Comme l'écrit sans ambages le Professeur Adam Roberts, « le concept d'occupation transformative peut être parfois considéré comme ayant émergé en tant que successeur d'un concept discrédité, celui d'annexion, qui est plus honorable, mais encore profondément controversé » [traduction CICR]. A. Roberts, *op. cit.*, note 16, p. 585.

110 Christopher Greenwood, « The administration of occupied territory in international law », dans Emma Playfair (éd.), *International Law and the Administration of Occupied Territories: Two Decades of Israeli Occupation in the West Bank and Gaza Strip*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 247: « [u]n occupant peut, dès lors, suspendre ou contourner la structure administrative existante quand il existe une nécessité légitime du type examiné ici ... mais toute tentative visant à apporter dans cette structure des réformes ou des modifications effectives permanentes sera illégale » [traduction CICR].

111 J. S. Pictet, *op. cit.*, note 18, art. 47, p. 296: « L'occupation de guerre, comme nous l'avons souligné déjà à propos de l'article 4, est un état de fait essentiellement provisoire, qui n'enlève à la Puissance occupée ni sa qualité d'État, ni sa souveraineté; elle entrave seulement l'exercice de ses droits. Elle se distingue par là de l'annexion, par laquelle la Puissance occupante acquiert tout ou partie du territoire occupé pour l'incorporer à son propre territoire », disponible sur: <http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/380-600054?OpenDocument>.

112 CIJ, *Affaire du mur*, *op. cit.*, note 42, para. 121.

L'option multilatérale

L'occupation transformative présente un double attrait. Tout d'abord, elle promet de faire avancer des institutions étatiques « illibérales » sur la voie du respect des normes internationales relatives aux droits de l'homme et à la gouvernance démocratique. Ensuite, elle tire parti d'un moment exceptionnel, où la transformation apparaît possible. Aucune force ne vient s'interposer entre un occupant favorable aux réformes et les changements politiques nécessaires. De fait, le principe conservateur peut paraître inutilement obstructif et anachronique en considérant que l'une et l'autre de ces justifications sont non convaincantes et en les rejetant donc. Ces éléments ne sont pas pris en compte dans les critiques évoquées plus haut, celles-ci étant dirigées contre l'agent de changement, à savoir un État agissant de manière unilatérale.

En fait, une telle vision manichéenne de la transformation – soit en tant qu'annexion *de facto* soit en tant qu'opportunité essentielle de promouvoir les droits de l'homme – est elle-même anachronique. Elle repose sur l'idée que l'agent de la transformation sera un État car, le principe conservateur restreignant l'action des seuls États, ceux-ci seraient les seuls agents de changement « libérés » par l'obsolescence du principe¹¹³. Or, une troisième option existe : une autorisation donnée par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies¹¹⁴. Assurément, si un occupant était autorisé par le Conseil de sécurité à réformer la législation et les institutions locales d'un territoire, le pouvoir législatif dont il serait investi primerait sur le principe conservateur¹¹⁵. Les actions engagées ne seraient donc plus régies par le droit de l'occupation, tout au moins en ce qui concerne les limitations imposées au pouvoir législatif de l'occupant. Au contraire, l'occupation s'apparenterait aux nombreuses missions que le Conseil de sécurité a mises sur pied au cours des vingt dernières années en leur fixant

113 Il est vrai que certains auteurs estiment que les organisations internationales peuvent être liées, à certains égards, par le droit de l'occupation, mais cette possibilité reste hypothétique. En effet, ni les Nations Unies ni aucun autre organisme international n'ont jamais reconnu eux-mêmes leur statut d'occupant au sens du droit humanitaire. Voir G.H. Fox, *op. cit.*, note 5, pp. 222-225. En outre, comme expliqué plus bas, même si les Nations Unies étaient ainsi liées par le droit de l'occupation, le Conseil de sécurité pourrait exempter l'Organisation du principe conservateur en invoquant le Chapitre VII de la Charte.

114 Pour une étude des diverses formes de l'implication potentielle du Conseil de sécurité dans la fixation des mandats pour les occupants, voir G.T. Harris, *op. cit.*, note 89, pp. 168-171.

115 Voir A. Roberts, *op. cit.*, note 16, p. 622 ; S.R. Ratner, *op. cit.*, note 15, p. 710 ; B.S. Brown, *op. cit.*, note 15, p. 60 ; David J. Scheffer, « Beyond occupation law », dans *American Journal of International Law*, Vol. 97, N° 4, 2003, p. 851. L'autorité du Conseil de sécurité de déroger aux normes conventionnelles en vigueur est fondée sur l'article 103 de la Charte des Nations Unies, dont l'autorité préemptive a été affirmée par la CIJ dans son ordonnance relative aux mesures conservatoires demandées par la Jamahiriya arabe libyenne dans l'*Affaire Lockerbie*. CIJ, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, 14 avril 1992, CIJ Recueil 1992, p. 3, para. 39 ; CIJ, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)*, 14 avril 1992, CIJ Recueil 1992, p. 114, para. 42. Voir, d'une manière générale, Stefan Talmon, 'The Security Council as World Legislature', dans *American Journal of International Law*, Vol. 99, N° 1, 2005, pp. 175-193.

des mandats détaillés visant à promouvoir les droits de l'homme et la démocratie politique dans des pays sortant d'un conflit.

Il est surprenant que tant d'énergie soit mobilisée pour plaider en faveur de l'extension de l'autorité unilatérale des Puissances occupantes. Le but du régime de paix et de sécurité internationales des Nations Unies était de parvenir à une « multilatéralisation » touchant tous les aspects des conflits armés¹¹⁶. Dans la période d'après-guerre froide, ce but a été largement atteint. Selon deux importantes banques de données sur les conflits armés¹¹⁷, le monde a connu dix conflits armés interétatiques entre 1990 et 2010¹¹⁸. À l'exception de deux d'entre eux, tous ces conflits ont été traités, d'une manière ou d'une autre, par le Conseil de sécurité des Nations Unies, qui a pris des mesures allant de l'autorisation d'une intervention à l'apport d'un soutien à des processus de paix régionaux¹¹⁹. Le Conseil s'est impliqué de manière non pas épisodique mais holistique (il s'est en effet penché régulièrement sur tous les aspects des conflits armés, de l'éclatement des hostilités à leur cessation)¹²⁰. Le Conseil s'efforce de jouer un rôle de médiateur dans les différends qui semblent susceptibles de dégénérer en conflit armé. Il autorise les interventions faisant suite à des incursions transfrontalières. Il condamne les violations du droit humanitaire commises au cours des conflits armés, notamment en référant certaines situations devant la Cour pénale internationale. Il apporte son soutien aux négociations en vue de la conclusion d'accords de cessez-le-feu et d'éventuels accords de paix. Enfin, comme cela a été relevé, il dépêche des missions de reconstruction dans des États venant de

116 Comme l'écrit Thomas Franck, le but central du système de sécurité collective établi par la Charte des Nations Unies consiste à « remplacer un système démodé et dangereux, qui voyait les États ne compter que sur eux-mêmes et recourir unilatéralement à la force, par un système policier mondial qui fonctionne et qui soit capable de protéger le faible contre le fort et qui puisse, face à une situation spécifique de non-droit, réagir promptement en utilisant des niveaux de force appropriés » [traduction CICR]. Thomas M. Franck et Faiza Patel, « UN police action in lieu of war: 'The old order changeth' », dans *American Journal of International Law*, Vol. 85, N° 1, 1991, p. 73.

117 Il s'agit des données compilées aux États-Unis par le projet COW (Correlates of War) disponible sur: <http://www.correlatesofwar.org>, ainsi que du programme suédois/norvégien, université d'Uppsala (UCDP) et Institut de recherches sur la paix (PRIO), à Oslo, disponible sur: <http://www.prio.no/CSCW/Datasets/Armed-Conflict/UCDP-PRIO/>.

118 Les principaux conflits armés ont été: la guerre du Golfe (1991), la guerre d'indépendance de la Bosnie-Herzégovine (1992), le conflit du Haut-Karabagh entre l'Azerbaïdjan et l'Arménie (1993-1994), la guerre entre l'Érythrée et l'Éthiopie (1998-2000), le conflit du Kosovo (1999), l'invasion de l'Afghanistan par les États-Unis (2001), l'invasion de l'Irak par les États-Unis (2003) et, enfin, le différend frontalier entre Djibouti et l'Érythrée (2008). Plusieurs affrontements ont eu lieu entre l'Inde et le Pakistan pendant cette période, mais ils sont traités de manière différente par les deux banques de données.

119 Le Conseil de sécurité n'a pris aucune mesure au sujet des tensions entre l'Inde et le Pakistan au Cachemire qui ont dégénéré en conflit armé à dix reprises pendant cette période, ni au sujet de la guerre de l'Alto Cenepa de 1995 (ce conflit territorial entre l'Équateur et le Pérou avait précédemment fait l'objet d'un traité régional tripartite (Protocole de Rio de Janeiro de 1942) et d'une mission d'observation déployée par les États signataires du Protocole; son règlement définitif est intervenu en 1995 (Déclaration de paix d'Itamaraty). Voir Glenn R. Weidner, 'Operation Safe Border: the Ecuador-Peru crisis', dans *Joint Forces Quarterly*, printemps 1996, pp. 52-58.

120 Les divers points de vue sont examinés dans Vaughan Lowe, Adam Roberts, Jennifer Welsh et Dominik Zaum (éds), *The United Nations Security Council and War: The Evolution of Thought and Practice since 1945*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

sortir d'un conflit¹²¹. L'ONU (via l'action du Conseil de sécurité) a évolué bien au-delà de la simple réaction en cas d'agression, déployant désormais des stratégies sophistiquées de prévention, médiation, réconciliation, reconstruction et, à terme, de sortie des zones de conflit¹²².

Ce mouvement vers le multilatéralisme est particulièrement évident dans la phase post-conflit¹²³. L'ONU est désormais un acteur indispensable dans ce type d'opérations menées pendant la période de transition, affichant une courbe d'apprentissage évidente et étendant son champ d'expertise institutionnelle. Afin que l'organisation continue de tirer les enseignements de ses succès et de ses échecs, le Conseil de sécurité a créé en 2005 la Commission de consolidation de la paix (CCP). Celle-ci a pour mandat de « [r]éunir tous les intéressés afin qu'ils mobilisent des ressources, proposer des stratégies intégrées aux fins de la consolidation de la paix et du relèvement après les conflits ... » et d'« [a]ppeler l'attention sur les efforts de reconstruction et de renforcement des institutions nécessaires au relèvement au lendemain d'un conflit ... »¹²⁴. Évaluant en 2006 l'action menée par l'ONU dans les situations post-conflit, Doyle et Sambanis concluent que l'organisation obtient les meilleurs résultats quand elle est impliquée dans tous les aspects d'une transition, de la résolution du conflit à la gestion des affaires publiques en temps de paix¹²⁵. Le fait que l'ONU joue un *plus grand* rôle vient donc *accroître* l'efficacité de la reconstruction post-conflit.

Ainsi, toute la trajectoire de la gestion internationale des conflits tend vers des réponses collectives et l'ONU possède désormais davantage d'expérience en matière de réforme que n'importe quelle autre force armée nationale (y compris celle des États-Unis). Dans ces conditions, il semble que tout élargissement des prérogatives d'un occupant au nom du droit de l'occupation serait un retour vers un passé où les options collectives soit n'existaient pas (avant la Seconde Guerre mondiale), soit ne fonctionnaient pas (durant la guerre froide). Un renforcement de l'unilatéralisme méconnaîtrait les nombreux domaines dans lesquels, depuis 1945, le droit international a refusé de donner licence à une action unilatérale, et ce même quand une telle action était décrite comme essentielle pour réaliser des objectifs humanitaires. Plusieurs exemples peuvent être cités, notamment le rejet général des interventions humanitaires unilatérales, la réticence à approuver les conceptions élargies de la compétence universelle, ou encore le refus de reconnaître

121 Voir, de manière générale, Ramesh Thakur, *The United Nations, Peace and Security: From Collective Security to the Responsibility to Protect*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

122 Touko Piiparinen, *The transformation of UN Conflict Management: Producing Images of Genocide from Rwanda to Darfur and Beyond*, Routledge, Londres et New York, 2010.

123 Thorsten Benner, Stephan Mergenthaler et Philipp Rotmann, *The New World of UN Peace Operations: Learning to Build Peace?*, Oxford University Press, Oxford, 2011; Michael W. Doyle et Nicholas Sambanis, *Making War and Building Peace: United Nations Peace Operations*, Princeton University Press, Princeton, 2006.

124 CSNU, rés. 1645 du 20 décembre 2005, para. 2.

125 M. Doyle et N. Sambanis, *op. cit.*, note 123, pp. 349-350: « [l]a caractéristique déterminante commune à toutes les opérations réussies est d'avoir chacune débouché sur un accord de paix global – accord impliquant les Nations Unies dans le processus de paix tout entier, de la signature du premier cessez-le-feu au rétablissement des dernières structures de gouvernement » [traduction CICR].

les exceptions inspirées par les droits de l'homme à l'immunité souveraine dans les tribunaux nationaux. Un renforcement de l'unilatéralisme méconnaîtrait également les multiples façons dont le Conseil de sécurité a intégré les préoccupations liées aux droits de l'homme et à la démocratie dans ses stratégies relatives aux États sortant d'un conflit. En effet, le Conseil a poursuivi ces objectifs de façon telle que certains auteurs jugent trop rapide l'introduction de ces objectifs dans des sociétés politiquement fragiles¹²⁶. En ce début de XXI^e siècle, renforcer l'autorité unilatérale sur les affaires internes des États constituerait un réel anachronisme.

Bien sûr, l'option multilatérale n'est pas, et ne sera pas, en tout temps à disposition. Les vetos opposés par certains de ses membres permanents, l'absence de volonté politique, les résistances locales aux réformes et une multitude d'autres éléments peuvent parfois empêcher le Conseil de sécurité d'approuver les réformes. Au moment de la rédaction du présent article, l'incapacité du Conseil à traiter la crise syrienne de manière significative paraît être un cas d'espèce. Cela dit, une telle affirmation ne fournit pas nécessairement un soutien appuyé à l'unilatéralisme, car l'impossibilité de saisir le Conseil est peut-être plus rare qu'on ne le pense. Si le Conseil de sécurité a autorisé un occupant à recourir à l'emploi initial de la force à des fins de transformation, il est fort improbable qu'il refuse ensuite de soutenir la transformation elle-même. Un refus du Conseil de sécurité ne paraît envisageable que lorsqu'un occupant a entièrement omis de solliciter l'approbation du Conseil pour l'intervention en question, soit lorsque l'approbation a bien été demandée mais qu'elle a été refusée¹²⁷. En ces cas, le Conseil ne serait appelé à approuver les réformes qu'*après* qu'une occupation soit devenue un fait accompli. À ce moment, l'occupant étant déjà en place, de nombreuses raisons pour lesquelles les membres du conseil s'étaient opposés à l'intervention initiale auraient perdu leur pertinence. Entre-temps, la souveraineté de l'État envahi aurait été compromise et l'occupant aurait ainsi pu prendre pied dans une région d'où certains membres du Conseil pourraient souhaiter le voir écarté et, le cas échéant, l'intervention aurait déjà eu des conséquences géopolitiques. Une résolution sanctionnant le projet de réformes dans le territoire ne permettrait de repousser aucune de ces éventualités redoutées. Peut-être plus important encore, l'opportunité serait donnée au Conseil de dicter les « paramètres » de l'occupation. Bref, en de telles circonstances, les mesures incitatives paraîtraient dirigées contre le refus du Conseil d'approuver les réformes. Le risque limité d'échec de l'option multilatérale ne joue donc qu'un rôle limité dans l'expansion radicale de l'unilatéralisme.

Vu sous cet angle, le principe conservateur ne se substitue pas au droit international qui s'exonérerait de la responsabilité des changements juridiques nécessaires dans les territoires occupés. Au lieu de cela, le principe conservateur

126 Voir Jack Snyder, *From Voting to Violence: Democratization and Nationalist Conflict*, W.W. Norton & Company, New York, 2000.

127 Un occupant pourrait ne pas solliciter l'approbation du Conseil de sécurité soit parce qu'il croit que cela serait inutile, soit parce qu'il pense avoir agi en état de légitime défense (auquel cas aucune approbation du Conseil de sécurité n'est requise). Toutefois, l'article 51 de la Charte des Nations Unies demande aux États agissant en légitime défense de faire immédiatement rapport au Conseil de sécurité.

constitue une limitation imposée à l'« auto-assistance » (*self-help*) unilatérale, qui trouve un important soutien ailleurs dans la doctrine contemporaine.

Conclusion

L'occupation de l'Irak a suscité un important débat quant au rôle des occupants dans les territoires nécessitant des réformes législatives. Le problème central était différent de celui qui se pose habituellement au droit de l'occupation. Il ne s'agissait pas de savoir comment protéger les habitants du territoire contre un occupant prédateur ou brutal qui subordonne leur bien-être à ses propres objectifs politiques. La question était plutôt de savoir comment agir vis-à-vis d'un occupant qui s'efforce d'*accroître* le bien-être des habitants ? Certains commentateurs ne voyaient guère de raison d'empêcher un tel occupant de légiférer pour introduire les nouvelles normes, aujourd'hui bien établies dans le droit international, qui visent à promouvoir les droits de l'homme et la gouvernance démocratique. En particulier, le principe conservateur était jugé anachronique puisqu'il s'opposait à la promulgation d'une telle législation censée être bénéfique. Ce principe ne correspondait pas à la pratique observée depuis 1945 en matière d'occupation, il se démarquait des missions de reconstruction autorisées par les Nations Unies dans les pays sortant d'un conflit et était incompatible avec les obligations extraterritoriales en matière de droits de l'homme incombant à tout occupant.

Tous ces arguments destinés à condamner pour anachronisme le principe conservateur se sont cependant révélés considérablement exagérés. Depuis que le droit de Genève est en vigueur, l'Irak est le seul cas où l'occupant a légiféré à des fins explicitement transformatives. Bien que poursuivant des buts similaires, les missions autorisées par les Nations Unies diffèrent de manière importante des occupations unilatérales et il est donc extrêmement problématique d'invoquer ces missions en tant que précédents juridiques. De plus, l'application extraterritoriale des obligations conventionnelles en matière de droits de l'homme n'a été utilisée qu'afin d'empêcher les occupants de commettre ou de tolérer des violations. À ce jour, aucune instance judiciaire internationale n'a condamné pour violation de ses obligations conventionnelles un occupant qui aurait omis de légiférer dans un territoire étranger placé sous son contrôle.

Aucune des réactions à l'émergence présumée de l'occupation à visées transformatrices n'est « dispositive », au sens où elle révélerait qu'une telle démarche est nécessairement incompatible avec le droit de l'occupation contemporain, ou montrerait, dans la pratique des États, des réactions clairement négatives à des cas particuliers d'occupation transformative. Mais la barre ne doit pas être placée si haut. Aux fins de ma démonstration, il suffit que ces thèses soient modérément convaincantes. C'est à elles, en effet, qu'incomberait en grande partie d'expliquer pourquoi le pouvoir législatif des occupants échapperait à la tendance générale à la multilatéralisation qui touche aujourd'hui tous les aspects des conflits armés. Les arguments en faveur de l'occupation transformative échouent à s'acquitter de cette tâche.