

# LA DESTRUCTION DE TROIE N'AURA PAS LIEU

Alain Pellet \*

[Il n'y a qu'un critère de mise en oeuvre du droit de l'occupation de guerre: le respect des droits souverains du peuple soumis à occupation]

Introduction .....	45
I. Le Respect des Droits Souverains du Peuple Occupé Constitue le Critère de l'Occupation .....	50
A. Occupation, annexion et souveraineté .....	51
a) L'occupation n'est pas translatrice de souveraineté ..	51
b) L'occupation exclut l'annexion .....	54
B. Occupation et droit des peuples à disposer d'eux-mêmes .....	58
a) L'existence juridique du peuple palestinien .....	58
b) Les droits souverains du peuple palestinien .....	61
II. Le Respect des Droits Souverains du Peuple Occupé Constitue le Critère des Droits de l'Occupant .....	65
A. Les pouvoirs de l'occupant sont limités par le droit international .....	66
B. Humanité et nécessité - l'application du critère .....	74
a) Les principes directeurs d'humanité et de nécessité .....	74
b) Les principes directeurs à la lumière du critère .....	78

---

\* Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l'Université de Paris Nord et à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris.

Cet article reproduit le rapport présenté par l'auteur à la conférence organisée à Jerusalem du 21 au 25 janvier 1988 sur "L'administration des territoires occupés", par Al-Haq (Law in the Service of Man), branche palestinienne de la Commission internationale des juristes, avec l'aimable autorisation des organisateurs.

L'objet de cette communication est de tenter de dégager le ou les critères de mise en oeuvre du droit de l'occupation de guerre selon le droit international général; il n'est pas, au moins prioritairement, de déterminer si, dans les territoires qu'elle occupe, Israël se conforme à ce ou à ces critères.

## Introduction

[Il n'y a qu'un critère de mise en oeuvre du droit de l'occupation de guerre: le respect des droits souverains du peuple soumis à occupation]

1. L'idée même du droit de la guerre est inenvisageable si deux conditions ne sont pas réunies: le fait - ou, en tout cas, la possibilité - de conflits armés (le droit a vocation à encadrer des activités humaines, pas des fantasmes) et la volonté d'en limiter la barbarie (faute de quoi il suffit de laisser parler les armes). Il s'agit donc de concilier le réalisme froid de Créon et la plainte d'Antigone.

Dès lors, si l'on se place à un assez grand niveau de généralités et d'abstraction, le droit de la guerre naît de la dialectique de deux principes: celui de nécessité et celui d'humanité.

C'est en effet, aujourd'hui, une idée reçue - mais pas fausse pour autant - que "the great truism" du droit de la guerre "is the balancing of the military needs against the humanitarian values"<sup>1</sup>. Que l'on considère le droit des opérations militaires ou le droit humanitaire, que l'on se place dans la perspective du "droit de la Haye" ou dans celle "du droit de Genève", la constatation est toujours la même: le droit de la guerre résulte d'un équilibre entre les exigences militaires - qui sont de fait - et celles de la protection de la personne humaine - qui sont des données de la conscience<sup>2</sup>.

Cette évidence appelle toutefois deux précisions.

D'une part, certaines règles peuvent paraître rattachées à l'un ou à l'autre de ces deux grands principes. Mais, bien souvent, ils sont l'un et l'autre présents à l'intérieur de la même règle; le compromis est réalisé non par l'opposition de deux normes distinctes, mais *par* et au sein de la norme elle-même. Un exemple typique de cette fusion intime entre les principes de nécessité et d'humanité est fourni par le célèbre article 22 du Règlement de 1907: "Les belligérants n'ont pas un choix illimité des moyens de nuire à l'ennemi." Les belligérants peuvent nuire à l'ennemi

- 
1. G.I.A.D. DRAPER, "The Geneva Conventions of 1949", *R.C.A.D.I.* 1965-I, vol. 114, p. 77.
  2. V. en ce sens, pour le droit de la guerre *stricto sensu* P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, Rousseau, 1921, vol. II, p. 214, et, s'agissant du droit humanitaire, Jean PICTET, *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, Sijthoff, Leiden, 1973, p. 30 ou Maurice TORRELLI, *Le droit international humanitaire*, P.U.F., "Que sais-je?" no. 2211, 1985, p. 12.

- ceci est implicite mais nécessairement impliqué par la rédaction de cette disposition - et c'est le reflet du principe de nécessité; mais cette faculté de nuire n'est pas illimitée - et c'est le principe d'humanité qui apparaît. Cent exemples de ce procédé pourraient être donnés<sup>3</sup>. Cet équilibre est la raison même d'être du droit de la guerre: les hommes se battent - c'est un fait; ils entendent modérer les souffrances qui en découlent - c'est une exigence morale. Le droit résulte de ces données contradictoires.

D'autre part, le compromis que constitue, par essence, le droit de la guerre n'est pas immuable: les techniques militaires évoluent; les exigences de la conscience aussi. Le contraire a parfois été affirmé: pour certains auteurs, le principe de nécessité serait certes contingent, mais celui d'humanité aurait un caractère immanent<sup>4</sup>. Il s'agit là d'une vue discutable: les "moyens de nuire à l'ennemi" "progressent", certes; mais la conscience humaine aussi; et l'évolution des uns et de l'autre est une: c'est probablement *parce que* l'humanité s'est dotée de la possibilité de détruire toutes traces de vie sur la terre qu'elle s'est, *en même temps*, préoccupée d'écartier cette éventualité.

2. Ces considérations générales valent pleinement en ce qui concerne le droit de l'occupation - au moins le droit de l'occupation "de guerre" (*belligerent occupation*)<sup>5</sup>.

Il n'est en effet pas douteux que celui-ci constitue une branche du droit général de la guerre *au sein duquel* il s'est progressivement affirmé comme un chapitre distinct. Avec l'émergence de la nation comme acteur de l'histoire - émergence à laquelle les principes de la Révolution française ont donné une impulsion décisive - les contours de l'occupation se dessinent, distincts de ceux de l'invasion et de l'annexion. Consciente d'avoir son mot à dire dans la fixation de son destin, la population de l'Etat vaincu cesse d'accepter passivement de changer de maître en fonction du sort des armes. La notion d'occupa-

---

3. V. par ex. les articles 23.g du Règlement de 1907; 27 et 64 de la Convention IV de 1949 ou 35 et 48 du Protocole I de 1977, etc.

4. V. surtout Konstantin OBRADOVIĆ, "La protection de la population civile dans les conflits armés internationaux" in Antonio CASSESE ed., *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Ed. Scientifica, Napoli, 1979, pp. 135-136.

5. Sur la distinction entre les diverses formes d'occupation, v. Adam ROBERTS, "What is a Military Occupation?", *B.YB.I.L.* 1984, pp. 249-305.

tion est la conséquence logique et nécessaire de cette émergence<sup>6</sup>. Mais, l'observation des faits le montre, l'occupation, loin d'être la fin de la guerre en est la continuation sous une autre forme: le vainqueur se trouve en territoire *ennemi* et, précisément parce que la population de ce territoire lui est hostile, il est obligé de consacrer des moyens *militaires*, souvent importants, au maintien de son emprise.

Du reste, la codification du droit de l'occupation est indissociable de celle du droit de la guerre dans son ensemble, et, matériellement, les grands textes régissant le droit de la guerre incluent les règles applicables à l'occupation. Les règles en sont énoncées principalement dans la section III du Règlement annexé aux Conventions II et IV de La Haye de 1899 et de 1907, relatives aux lois et coutumes de la guerre sur terre, dans la section III de la deuxième partie de la Convention IV de Genève de 1949, relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, et dans la section III, du Protocole I de 1977 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux.

Dès lors, le mouvement naturel du juriste sera d'essayer de rattacher les critères des droits de l'occupant (et de ceux de l'"occupé" - les uns sont la contrepartie des autres) aux grands principes directeurs du droit de la guerre: le principe de nécessité et le principe d'humanité.

3. "Critère"... le mot fait problème. Facilement compréhensible dans le langage courant, il ne paraît pas présenter un sens juridique très précis ni spécifique, et telle est sans doute la raison pour laquelle le terme ne figure pas davantage dans les dictionnaires de terminologie juridique que dans l'index alphabétique des principaux traités.

Le mot n'est pas pour autant absent du vocabulaire juridique et, en particulier, de celui du droit international public. Ainsi, la plupart des auteurs considèrent que la souveraineté constitue le "critère" de l'Etat. Dans le même esprit, cherchant, dans l'affaire du *Sahara occidental*, à déterminer si, au moment de la colonisation par l'Espagne, l'"ensemble mauritanien" constituait un sujet de droit, la Cour internationale de Justice a estimé: "Il faut bien cependant appliquer un *critère* pour déterminer si, dans un cas donné, on a affaire ou non en droit à ce qui est juridiquement une entité"<sup>7</sup>. Et, plus récemment, dans l'affaire des

---

6. Cf. L. OPPENHEIM, *International Law - A Treatise*, 6th ed. by H. LAUTERPACHT, Longmans, London, 1944, pp. 337-338; Charles ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, Pédone, Paris, 1983, p. 135; ou Gerhard VON GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory*, The University of Minnesota Press, Minneapolis, 1957, p. 7.

7. C.I.J., avis consult., 16 oct. 1975, *Sahara occidental*, *Rec. 1975*, p. 63 - souligné par l'auteur.

*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Haute Juridiction a estimé que, dans leur riposte aux actes prétendument illicites du Nicaragua, les Etats-Unis n'avaient pas respecté les "critères de nécessité et de proportionnalité"<sup>8</sup>.

Il résulte de ces quelques exemples, qu'il n'est pas nécessaire de multiplier, que le mot "critère" ne présente pas une signification particulière en droit international; le vocabulaire juridique rejoint le langage courant: un critère est un instrument de discrimination, un élément permettant, dans une circonstance donnée, de déterminer ce qui rentre dans une catégorie et ce qui n'en fait pas partie; et, dès lors qu'en première approximation la science du droit consiste à distinguer ce qui est licite de ce qui ne l'est pas, la fonction juridique d'un critère consistera à opérer cette ventilation dans chaque cas concret.

4. Si l'on admet ces prémisses, il apparaît clairement qu'en eux-mêmes les principes de nécessité et d'humanité ne sauraient constituer des "critères" des droits de l'occupant, alors même qu'ils imprègnent le droit de la guerre dans son ensemble et le droit de l'occupation en particulier. Mais c'est précisément parce qu'ils constituent la substance même des règles applicables qu'ils ne sont d'aucun secours en tant que critères.

La question peut être formulée ainsi: comment, face à un acte ou à un comportement de l'occupant, déterminer si cet acte ou ce comportement est licite? Il est, d'évidence, impossible de résoudre le problème en ce référant aux principes d'humanité et de nécessité puisque, justement, il s'agit, dans une circonstance donnée, de savoir si c'est l'un ou l'autre qui doit jouer prioritairement, ou, peut-être, plus exactement, d'établir si telle ou telle règle doit, dans le contexte ou l'on entend l'appliquer, être interprétée dans sa variante "humanitaire" ou dans son acception "réaliste" puisque, d'une manière générale, les deux orientations sont autorisées par l'énoncé même de la règle.

Prenons l'exemple - sur lequel on reviendra (v. *infra* no 23) - de l'article 43 du Règlement de 1907. Cette disposition fondamentale est ainsi rédigée:

L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures néces-

---

8. C.I.J., arrêt, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Rec. 1986, p. 103, souligné par l'auteur; sur le caractère discutable de la qualification de la "nécessité" et de la "proportionnalité" comme "critères", v. *infra* no. 23 et s.

saires 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.

Ce texte confirme, de manière absolument évidente, que les principes d'humanité et de nécessité s'équilibrent mutuellement au sein de chaque règle du droit de l'occupation (v. *supra* no 1). Mais, lorsque l'on se demande, par exemple, si Israël se conforme à ces exigences en ordonnant le bannissement des territoires occupés de "meneurs" palestiniens, la réponse sera probablement positive si l'on se réfère au principe de nécessité, et négative si l'on se fonde sur le principe d'humanité. En réalité, on aura répondu à la question par la question et l'on n'aura pas fait avancer d'un pouce sa solution. En lui-même, l'énoncé de la règle autorise les deux réponses, et c'est évidemment en dehors de celles-ci qu'un critère d'application doit être recherché.

5. Ayant probablement à l'esprit les règles applicables au droit des représailles armées<sup>9</sup>, certains auteurs ont pensé trouver dans le principe de proportionnalité le critère des droits de l'occupant. Ainsi, par exemple, M. Pictet considère que "le principe du droit humanitaire ... est un rapport de proportionnalité"<sup>10</sup>. Pour leur part, les professeurs M. S. McDougal et F. P. Feliciano estiment que "the principles of military necessity and of humanity may be synthesized and generalized on a concept of a minimum unnecessary destruction"<sup>11</sup> et affirment qu'il est possible de s'appuyer sur deux notions pour la mise en oeuvre de ce grand principe: celle d'"adéquation" (*relevancy*) et celle de proportionnalité<sup>12</sup>.

Ce serait, assurément, faire preuve d'un juridisme excessif de nier la pertinence de l'idée de proportionnalité dans l'application des règles du droit de la guerre et, plus particulièrement, de celles relatives à l'occupation. Il y a là une règle fondamentale de modération que l'on retrouve dans tous les systèmes juridiques contemporains dès lors qu'il s'agit d'infliger un désagrément (sanction, punition, contre-mesure) à

---

9. V. Sentence du 31 juillet 1928, *Réclamations portugaises contre l'Allemagne* (incident de Naulilaa), R.S.A. II, pp. 1025; sur le droit des représailles armées v. notamment F. KALLSHOVEN, *Belligerent Reprisals*, Sijthoff, Leiden, 1971, XIX - 389 p. ou D.W. BOWETT, "Reprisals Involving Recourse to Armed Force", *A.J.I.L.* 1972, pp. 581-596.

10. *op. cit.* n. (2), p. 33.

11. Myres S. McDUGAL and Florentino P. FELICIANO, *Law and Minimum World Public Order*, Yale U.P., 1961, p. 530.

12. *Ibid.*, notamment p. 524.

un sujet de droit quel qu'il soit <sup>13</sup>. Mais, en première analyse, l'omniprésence même du principe conduit à douter qu'il soit réellement opérationnel pour la détermination des droits de l'occupant. De plus et surtout, la proportionnalité apparaît bien davantage comme une directive générale que comme un critère à proprement parler; son appréciation repose sur un jugement subjectif des acteurs, et, de ce fait, elle n'est guère apte à opérer la ventilation entre ce qui est licite et ce qui ne l'est pas, ventilation qui est la raison d'être d'un critère <sup>14</sup>.

6. En réalité, c'est probablement vers les caractères propres à l'*institution juridique* qu'est l'occupation de guerre qu'il convient de se tourner.

Il paraît d'autant plus légitime de partir de la définition de l'occupation que celle-ci fait l'objet d'un accord qui semble général entre les auteurs; ils peuvent en effet prendre appui sur une règle bien établie en droit positif: l'occupation est un pouvoir de fait qui confère des compétences territoriales à l'occupant mais n'est pas translatrice de souveraineté. Dès lors, le respect des droits souverains du peuple occupé constitue le critère du droit de l'occupation (I), et, du même coup, des droits de l'occupant car cette considération essentielle permet de déterminer le champ d'application des principes directeurs d'humanité et de nécessité (II).

## I. Le Respect des Droits Souverains du Peuple Occupé Constitue le Critère de l'Occupation

7. Le dialogue de la puissance occupante et du territoire occupé n'est pas celui de Créon et d'Antigone, il est celui de deux peuples en guerre, ennemis, également souverains, celui d'Ulysse et d'Hector <sup>15</sup>, mais dans Troie dévastée.

La grande différence entre les guerres du passé et celles du vingtième siècle est en effet que les premières étaient des combats de chefs, non de peuples. Les populations en étaient doublement victimes:

---

13. V. Elisabeth ZOLLER, *Peacetime Unilateral Remedies: an Analysis of Countermeasures*, Transnational Publishers, Dobbs Ferry, 1984, pp. 131-137 et *Enforcing International Law through U.S. Legislation*, Transnational Publishers, Dobbs Ferry, 1985, pp. 147-154.

14. En ce sens, v. R.R. BAXTER, "Criteria for the Prohibition of Weapons in International Law", *Méls. SCHEUNER*, 1973, p. 46 ou Antonio CASSESE, "A Tentative Appraisal of the Old and the New Humanitarian Law of Armed Conflict" in A. CASSESE ed., *op. cit.* n. (4), p. 478.

15. Cf. Jean GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, acte II, scène XIII.

chair à canon, les hommes la faisaient; et leur sort était scellé par celui des armes. En ce sens, elles étaient plus “totales” que les guerres contemporaines. Si, en effet, le vingtième siècle a marqué un “progrès” effrayant des moyens de destruction, il a aussi consacré l’existence juridique et, d’une certaine manière, l’“éminente dignité” des peuples. Vaincus, ils ne cessent pas pour autant d’exister; occupés, ils conservent des droits.

Le peuple occupé continue en effet d’avoir une existence propre, faute de quoi l’institution juridique que constitue l’occupation de guerre cessera d’avoir une quelconque autonomie: elle est en effet inconcevable si l’occupant acquiert la souveraineté sur le territoire occupé (A.). Cette définition vaut en toutes circonstances et permet de dégager le critère des droits de l’occupant qui trouvent leurs limites absolues dans le respect des droits souverains du peuple dont le territoire est occupé; il en va ainsi dans le cadre des occupations israéliennes, en particulier sur la rive Ouest, malgré la situation très particulière du peuple palestinien (B.).

#### A. Occupation, annexion et souveraineté

##### a) L’occupation n’est pas translatrice de souveraineté

8. Le droit de l’occupation est l’objet de nombreuses controverses doctrinales. Sa mise en application par les juridictions nationales et, dans une mesure moindre, internationales, a donné lieu à des jurisprudences contrastées et hétérogènes, les solutions retenues par certains juges étant souvent totalement inconciliables avec celles adoptées par d’autres<sup>16</sup>. Cependant, au-delà de ces divergences, il est un point sur lequel auteurs et juges s’accordent: l’occupation n’est pas translatrice de souveraineté. En conséquence d’une occupation, le pouvoir de fait change de mains, pas la souveraineté.

Implicitement consacré par la Cour permanente de Justice internationale, dans *l’affaire franco-hellénique des phares*<sup>17</sup>, le principe selon lequel l’occupant n’acquiert pas la souveraineté sur le territoire occupé a été énoncé de la manière la plus claire par Eugène Borel en 1925 dans *l’affaire de la Dette publique ottomane*: “Quels que soient les effets de l’occupation d’un territoire par l’adversaire avant le rétablissement de

---

16. Pour des analyses méthodiques de la jurisprudence, v. Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*; vol. II: *The Law of Armed Conflicts*, London, Stevens, 1968, pp. 163-358; et J.H.W. VERZIJL, *International Law in Historical Perspective*, vol. IX-A, *The Laws of War*, Sijthoff and Noordhoff, Alphen, 1978, pp. 167-290.

17. C.P.J.I., arrêt du 17 mars 1934, sér. A/B, no. 62, notamment pp. 19 et 25.

la paix, il est certain qu'à elle seule cette occupation ne pouvait opérer le transfert de souveraineté" <sup>18</sup> . Le Tribunal militaire international de Nuremberg s'est fondé sur la même idée (v. *infra* no 10), dont la doctrine s'est faite l'écho.

Sans qu'il soit possible ni utile d'en effectuer le recensement exhaustif, il est intéressant de constater que tous les spécialistes partent de la même constatation: l'occupation constitue une situation temporaire n'opérant ni n'impliquant aucune dévolution de souveraineté. Tel est le ferme postulat, par exemples, d'Oppenheim: "There is not an atom of sovereignty in the authority of the occupant" <sup>19</sup> ; des professeurs M. S. McDougal et F. P. Feliciano <sup>20</sup> et Schwarzenberger: "In the abstract, the territorial sovereign remains entitled to dispose of the occupied territory" <sup>21</sup> ; ou du professeur Charles Rousseau: "On peut ramener l'effet juridique essentiel de l'occupation de guerre (ou *occupatio bellica*) aux deux idées suivantes: 1) cette occupation n'est pas translatrice de souveraineté; 2) mais elle entraîne une répartition particulière des compétences dans les rapports de l'Etat occupant et de l'Etat occupé" <sup>22</sup> .

Telle est aussi l'idée centrale des monographies que le professeur Gerhard von Glahn et Madame Odile Debbasch ont consacrées à l'occupation de guerre. Pour le premier: "It appears established that the rights and the sovereignty of the legitimate government remain in existence in the case of enemy occupation; they are only suspended when they come into collision with the stronger power of the occupant during the period of actual occupation" <sup>23</sup> . Comme en écho, Madame Debbasch fonde toute sa thèse sur la constatation suivante: "Porté à étendre ses compétences, l'occupant se voit imposer par le droit international une limite essentielle qu'il ne pourra jamais franchir. Il pourra

- 
18. R.S.A. I, p. 535. Pour la jurisprudence interne v. les décisions citées par J.H.W. VERZIJL, *op. cit.* n. (16), pp. 171 et 209 - 227. *Addé* pour la France Cass. Crim., 20 déc. 1919, *Naoum et as.*, G.P. 1920.1.62.
  19. L. OPPENHEIM, "The Legal Relations between an Occupying Power and the Inhabitants", *Law Quarterly Review*, 1917, p. 364; v. aussi *op. cit.* n. (6), pp. 338 s.
  20. *Op. cit.* n. (11), v. notamment p. 752.
  21. *Op. cit.* n. (16), p. 179; v. aussi Allan GERSON, "War, Conquered Territory, and Military Occupation in the Contemporary International Legal System", *Harvard I.L.J.* 1977, p. 535.
  22. *Op. cit.* n. (6), p. 136; v. aussi: NGUYEN QUOC Dinh, Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit international public*, L.G.D.J., Paris, 1987, pp. 435 et 842.
  23. *Op. cit.* n. (6), p. 33.

participer au pouvoir souverain. Il ne pourra jamais l'acquérir" <sup>24</sup> .

Il n'est pas indifférent de constater que les meilleurs auteurs israéliens partagent ce point de vue. En particulier, le Doyen Yoram Dinstein considère que "The most basic tenet of the law of belligerent occupation is that occupation as such does not transfer title to the territory" <sup>25</sup> . "De jure sovereignty remains vested in the occupied State, though *de facto* authority passes into the hands of the occupant" <sup>26</sup> .

9. Ces vues sont confirmées par les définitions conventionnelles de l'occupation. Les articles 42 et 43 du Règlement de La Haye mettent surtout l'accent sur le *fait* que constitue l'occupation: "Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve *placé de fait* sous l'autorité de l'armée ennemie". "L'occupation *ne s'étend qu'aux* territoires ou cette autorité *est établie et en mesure de l'exercer*" (article 42). "L'autorité du pouvoir *ayant passé de fait* entre les mains de l'occupant" (article 43) <sup>27</sup> . Cependant, il en résulte clairement *a contrario* que, d'une part, cette situation est provisoire et, d'autre part, qu'aussi longtemps qu'elle se poursuit, l'Etat occupé ne cesse pas d'exister en droit. Les articles 2, 6 et 47 de la Convention IV de Genève, quoiqu'indirectement, vont dans le même sens; et, en disposant que: "Ni l'occupation d'un territoire ni l'application des conventions et du présent protocole *n'affecteront le statut juridique du territoire en question*", l'article 4 du Protocole I de 1977 montre, on ne peut plus clairement, que l'occupation n'opère aucun transfert de souveraineté.

Ainsi, le principe selon lequel la souveraineté sur le territoire occupé demeure entre les mains du vaincu n'est pas une simple conséquence de l'occupation, elle constitue un élément essentiel de sa définition même: l'occupation apparaît comme une situation de fait, temporaire, qui justifie l'exercice par l'occupant de compétences territoriales étendues sur le territoire occupé, mais qui n'entraîne aucun transfert de souveraineté en sa faveur. Ces deux éléments, l'un positif - une situation de fait justifiant l'exercice de compétences territoriales -, l'autre négatif - le non-transfert de la souveraineté -, sont indissociables et sont, l'un et l'autre, des conditions nécessaires pour qu'il y ait occupation: en l'absence de contrôle effectif du territoire par l'armée

---

24. Odile DEBBASCH, *L'occupation militaire - Pouvoirs reconnus aux forces armées hors de leur territoire national*, L.G.D.J., Paris, 1962, p. 10.

25. Y. DINSTEIN, "The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights", *Isr. Yb. H.R.* 1978, p. 105.

26. *Ibid.*, p. 106.

27. Souligné par l'auteur.

ennemie, le régime juridique ne s'applique pas davantage que si la souveraineté change de titulaire et passe de l'occupé à l'occupant. Telle est l'essence même de l'institution juridique qu'est l'occupation.

b) L'occupation exclut l'annexion

10. Il apparaît d'emblée qu'en conséquence l'occupation est incompatible avec l'annexion en ce sens que les deux régimes juridiques ne peuvent coexister et qu'ils s'excluent mutuellement: si le vainqueur annexe le territoire occupé cela signifie qu'il entend soumettre celui-ci à sa souveraineté et, donc, qu'il met fin à l'occupation. Israël ne s'y est d'ailleurs pas trompée: en même temps qu'elle procédait à l'"annexion" de Jerusalem-Est, le 27 juin 1967, et des hauteurs du Golan, le 14 décembre 1981, elle mettait aussi fin au régime d'occupation.

Cette incompatibilité est un fait objectif, une simple constatation de bon sens. La situation envisagée ici n'a aucun rapport avec un condominium; s'agissant de cette dernière institution, les deux Etats en cause - dont il n'est pas établi qu'il exercent une "souveraineté" conjointe - sont d'accord pour exercer ensemble les compétences territoriales<sup>28</sup>; au contraire, dans le cas de l'occupation/annexion, les Etats concernés prétendent chacun à une souveraineté entière. Or il n'y a pas place pour l'exercice simultané de deux souverainetés concurrentes sur un même territoire. Ou bien la souveraineté appartient à l'Etat vaincu, et l'on est en présence d'une occupation; ou bien elle relève du vainqueur et il y a annexion. C'est donc la notion même de souveraineté qui impose l'alternative: la plénitude, pas davantage que l'exclusivité, qui sont la marque de la souveraineté territoriale, ne se conçoivent & partagées.

Il est du reste significatif que l'incompatibilité de l'annexion avec l'occupation de guerre ait été consacrée dès que cette dernière a fait son apparition en tant qu'institution juridique autonome<sup>29</sup> et qu'une règle juridique nouvelle - qui n'en est pas la conséquence logique inéluctable, mais qui la prolonge - soit rapidement apparue: l'interdiction d'annexion aussi longtemps que la guerre n'a pas formellement pris fin. Le professeur Georg Schwarzenberger décrit ainsi la formation de cette norme:

Since the nineteenth century, a growing determination is

---

28. V. NGUYEN QUOC Dinh, P. DAILLIER et A. PELLET, *op. cit.* n. (22), pp. 437-438; ou Charles ROUSSEAU, *Droit international public*; t. III: *Les compétences*, Sirey, Paris, 1977, pp. 22-30.

29. Cf. Cass. Req., 1er février 1837, *Magill*, S. 1837.1.457 et les divers exemples cités par Ch. ROUSSEAU, *op. cit.* n. (6), pp. 136-138.

noticeable in State practice, strongly supported by an increasing number of writers on international law, to treat wartime annexation as premature and, therefore, not to recognise it unless completed by cession in one form or another. This has been the decisive factor in shaping the law on wartime annexation. It has produced a rule of international customary law which prohibits the unilateral annexation of territories under belligerent occupation. Purported annexation constitutes, therefore, an illegal act of an Occupying Power in relation to the enemy State concerned. The same would be true of the recognition of such an annexation by a third State<sup>30</sup>.

A ce stade, il convient de remarquer que le raisonnement est totalement indépendant de la question de la licéité du recours à la force: que celui-ci soit ou non conforme au droit international, la victoire peut conduire à l'occupation, elle ne suffit pas à permettre l'annexion. Ceci a été rappelé de la manière la plus claire par le Tribunal militaire international de Nuremberg:

Un argument a été présenté selon lequel l'Allemagne n'était plus liée par les règles de la guerre sur terre dans la plupart des territoires occupés au cours des hostilités, parce que l'Allemagne avait subjugué ces territoires et les avait incorporés au Reich allemand, fait qui avait donné à l'autorité allemande le droit de traiter ces pays comme s'ils faisaient partie intégrante du Reich. De l'avis du Tribunal *il n'est pas nécessaire de rechercher si la théorie de la subjugation par suite de la conquête militaire doit trouver application là où elle est le résultat d'une guerre d'agression*. La doctrine n'a jamais considéré que cette théorie était applicable tant qu'une armée combat en vue de restaurer l'autorité du souverain légitime sur les territoires occupés. Dans le cas présent, la théorie ne peut s'appliquer à aucun des territoires occupés par l'Allemagne postérieurement au 1er septembre 1939<sup>31</sup>.

En d'autres termes, indépendamment de toute considération liée au *jus ad bellum*, la distinction de l'annexion et de l'occupation trouve son fondement dans une nécessité logique, qui tient à la définition même des deux notions et l'interdiction de l'annexion du territoire occupé en temps de guerre relève du *jus in bello* traditionnel.

---

30. G. SCHWARZENBERGER, *op. cit.* n. (16), pp. 166-167.

31. Tribunal militaire international de Nuremberg, Jugement du 1er octobre 1946, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1946, p. 220. Souligné par l'auteur.

11. Il n'en résulte pas cependant qu'aujourd'hui l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales n'ait aucune incidence en la matière.

Il est certainement impossible d'en tirer la conséquence que certains auteurs palestiniens croient pouvoir déduire de l'interdiction de la guerre d'agression, selon laquelle Israël serait privée des droits reconnus à la puissance occupante<sup>32</sup> : indépendamment de la question de savoir s'il est possible de qualifier Israël d'agresseur, ce serait revenir sur la raison même d'être du droit de la guerre (*jus in bello*), qui est précisément de limiter les horreurs des conflits armés indépendamment de leur origine et de la validité des titres invoqués par les belligérants. Au surplus, ce ne serait compatible ni avec la jurisprudence de l'après-seconde guerre mondiale, qui a condamné la guerre d'agression menée par les puissances de l'Axe, tout en estimant que celles-ci étaient liées par le droit applicable à l'occupation, ni avec le principe fondamental selon lequel le *jus in bello* doit être mis en oeuvre "en toutes circonstances" (v. *infra* no 19).

Moins radicaux, certains auteurs semblent considérer que les buts poursuivis par les Parties constituent l'aune à laquelle leurs droits doivent être mesurés. Ceci est évidemment très frappant de la part des professeurs McDougal et Feliciano: "In the principle of minimum order, newly resurrected in the Charter of the United Nations and other authoritative formulations distinguishing between permissible and impermissible resort to coercion, may, it is believed, be found new limits to give new specificity to the principle of military necessity"<sup>33</sup>. En d'autres termes, la légitimité des objectifs poursuivis par l'occupant serait le critère, ou, au moins, l'un des critères, des droits appartenant à celui-ci. Cette théorie se heurte à de nombreuses objections et ne se distingue guère de la thèse "palestinienne" extrême. D'une part, l'une et l'autre se heurtent à un obstacle pratique considérable: chacune des parties proclame haut et fort la légitimité de son combat et l'expérience montre qu'il est à peu près impossible de les départager en droit, les procédures prévues par la Charte des Nations Unies se trouvant presque inévitablement bloquées avant qu'une telle détermination puisse intervenir. D'autre part, sous cette forme, l'invasion du *jus in bello* par le *jus ad bellum* n'est pas compatible avec le principe de l'égalité des parties, égalité qui ne peut guère être assurée que par la "neutralité"

---

32. V. par ex. M. YAHIA, *The Palestine Question and International Law*, P.L.O. Research Centre, Beirut, June 1970, p. 184.

33. *Op. cit.*, n. (11), p. 527. V. aussi certaines affirmations de Gerhard VON GLAHN, *op. cit.*, n. (6), p. 6 et, de façon plus nuancée, p. 23 - mais cet auteur ne tire guère de conséquences concrètes de ces présupposés.

du premier par rapport au second. Les deux auteurs en conviennent du reste d'une certaine manière puisqu'ils réaffirment avec conviction que les parties au conflit sont également liées par les principes de nécessité et d'humanité et se gardent de tirer quelque conséquence concrète que ce soit de leur postulat initial<sup>34</sup> sur lequel ils ne reviennent d'ailleurs pas à propos de l'occupation elle-même<sup>35</sup>. Si critère il y a, il n'est guère praticable.

12. Aussi bien, n'est-ce pas à ce niveau que le principe de l'interdiction du recours à la force fait sentir ses effets, mais, bien plutôt, en renforçant la règle traditionnelle.

Celle-ci demeure: aussi longtemps que le droit de la guerre (*jus in bello*) est applicable, l'annexion est impossible; en outre, du fait de la prohibition de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte, l'annexion ne peut jamais et en aucune circonstance (v. *infra* no 19 à 21) être une modalité mettant fin à l'occupation. On peut d'ailleurs penser que loin de jouer en faveur de l'une ou l'autre parties, la règle est opposable à l'une comme à l'autre: l'annexion à la suite d'une guerre de légitime défense ne serait pas plus admissible que si elle suit une guerre d'agression, du moins par une décision unilatérale de l'Etat vainqueur; tout au plus pourrait-on admettre que, dans le cadre des pouvoirs qu'il tient de l'article 51 de la Charte, le Conseil de sécurité décide qu'un transfert partiel de territoire s'impose en tant que "mesure nécessaire pour maintenir la paix et la sécurité internationales", mais, pour le reste, le droit international contemporain est celui du *statu quo* territorial auquel l'article 2, paragraphe 4, lie du reste fermement l'interdiction du recours à la force.

L'exclusion de toute annexion à la suite du recours à la force constitue, aujourd'hui, un principe trop bien établi pour qu'il soit utile de s'y appesantir. Il suffit de mentionner qu'aux termes de la Déclaration du 24 octobre 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales entre les Etats, "Nulle acquisition territoriale obtenue par la menace et l'emploi de la force ne sera reconnue comme légale" (résolution 2625 (XXV))<sup>36</sup> et que ce principe a été rap-

---

34. *Ibid.*, pp. 528 s.

35. *Ibid.*, pp. 740 s.

36. Ce texte fondamental n'opère aucune distinction entre les différentes hypothèses d'emploi de la force et confirme ainsi que l'article 5, par. 3, de la résolution 3314 (XXIX) relative à la définition de l'agression selon lequel "aucune acquisition territoriale (...) résultant d'une agression" n'est licite, ne doit pas être interprété *a contrario* - v. d'ailleurs en ce sens la note jointe à cette disposition.

pelé avec vigueur dans le cadre, précisément, du conflit israélo-palestinien, et, d'abord, par la célèbre résolution 242 du Conseil de sécurité du 22 novembre 1967.

Ainsi l'interdiction de l'annexion repose aujourd'hui à la fois sur des raisons tenant au droit de la guerre *stricto sensu* (*jus in bello*) et sur un facteur qui lui est extérieur: l'interdiction du recours à la force, qui relève du *jus ad bellum*. Le principe fondamental selon lequel la souveraineté n'est pas transférée du seul fait de l'occupation s'en trouve d'autant plus évidemment renforcé que l'interdiction du recours à la force relève sans aucun doute du *jus cogens*, c'est-à-dire d'une norme impérative acceptée comme telle par la communauté internationale des Etats dans son ensemble.

L' "annexion" est "transparente" <sup>37</sup> si l'on s'en tient au *jus in bello*; c'est un acte inexistant si on la rapporte au *jus ad bellum*; mais, dans tous les cas, elle ne peut avoir aucune incidence sur les droits de l'occupant qui n'acquiert, de son fait, aucune compétence supplémentaire, et, au regard du droit international, la souveraineté que le vainqueur prétend s'adjuger n'a pas changé de mains.

## B. Occupation et droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

### a) L'existence juridique du peuple palestinien

13. Il est vrai que la question palestinienne est aussi une question de souveraineté.

Pour s'en tenir à la Cisjordanie, Israël joue sur les doutes qu'une histoire particulièrement complexe peut entretenir quant à la dévolution de la souveraineté sur ce territoire pour nier l'existence des droits souverains du peuple palestinien et tenter de se soustraire aux obligations que le droit international impose à la puissance occupante (v. *infra* no 19).

L'historique du problème est connu <sup>38</sup> : possession ottomane, la Palestine a été placée par la Société des Nations sous mandat britannique en 1920. Un avenant apporté au mandat en 1922 ayant autorisé le Royaume-Uni à administrer séparément la Transjordanie, celle-ci a accédé à l'indépendance en mars 1946, tandis que le plan de partage de

---

37. Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, "Israël et le Golan - Problèmes juridiques résultant de la loi du 14 décembre 1981", *A.F.D.I.* 1981, p. 197.

38. V. notamment L. GASPAR, *Histoire de la Palestine*, Maspéro, Paris, 1968, 149 p. ou Anis F. KASSIM, "Legal Systems and Development in Palestine", *Pal. Yb.I.L.* 1984, pp. 29-35.

la Palestine proprement dite, adopté par l'Assemblée générale le 29 novembre 1947 (résolution 181[II]), n'a jamais été réellement mis en oeuvre, Israël s'appropriant des territoires qui ne lui avaient pas été alloués, alors que l'"Etat indépendant arabe" n'a jamais vu le jour. Mettant fin aux espoirs du Haut Comité arabe de Palestine et du Grand Mufti El-Hosaini, le Roi Abdallah de Transjordanie annexe la Cisjordanie en janvier 1949, et, le 24 avril 1950, le Parlement jordanien adopte l'acte d'unification du "Royaume hachémite de Jordanie". La situation de fait ainsi créée n'a cependant jamais été admise ni par Israël, ni par les autres Etats arabes et le problème de l'avenir de la Cisjordanie a été périodiquement reposé par la suite au sein de la Ligue des Etats arabes qui s'est constamment efforcée d'éviter de préjuger le futur statut juridique du peuple palestinien<sup>39</sup>. Du reste, la Jordanie elle-même n'a, malgré l'acte d'unification de 1950, pas complètement nié la personnalité palestinienne et, en particulier, la législation jordanienne n'a pas été introduite globalement dans la rive occidentale; conformément à la loi du 16 septembre 1950, "Even though the two Banks of the Hashemite Kingdom of Jordan were united, the laws and regulations that are in force in each of them shall remain in effect until new unified and universal laws for both Banks are issued..."<sup>40</sup>.

Quoiqu'il en soit, deux éléments nouveaux ont modifié fondamentalement les données du problème: l'approbation de la formation de l'Organisation de Libération de la Palestine par le Congrès national palestinien le 28 mai 1964, d'abord; la reconnaissance de l'O.L.P. comme "seule et légitime représentant" du peuple palestinien par le huitième Sommet arabe de Rabat en octobre 1974, avec l'accord de la Jordanie, ensuite. La Jordanie a du reste formellement tiré les conséquences de cette situation en août 1988 lorsque le Roi Hussein s'est juridiquement "désengagé" de la Transjordanie.

Il est vrai que, dans sa rédaction initiale, la Charte nationale palestinienne précisait que l'O.L.P. "ne jouira d'aucune souveraineté politique sur la rive occidentale du Jourdain et dans le Royaume hachémite de Jordanie" (paragraphe 24). Mais, d'une part, les modifications apportées à la Charte palestinienne en juillet 1968<sup>41</sup> affirment avec beaucoup de netteté les droits souverains du peuple palestinien, et, d'autre part, la question de la souveraineté de l'O.L.P. est une chose, celle du peuple palestinien, une autre.

---

39. V. notamment Jean-Pierre COLIN et Gérard PETIT "L'Organisation de Libération de la Palestine", *Ann. T.M.* 1975, pp. 115 s.

40. Cité par A.F. KASSIM, *op. cit.* n. (32), p. 28.

41. Conseil national palestinien, Le Caire, 10-17 juillet 1968.

C'est à ce point de vue que la thèse israélienne niant les droits souverains du peuple palestinien est insoutenable: quelles qu'aient pu être les vicissitudes de l'histoire, ce peuple existe et il est d'ailleurs contradictoire de nier les droits de la Jordanie sur la rive occidentale du Jourdain (v. *infra* no 19) et, en même temps, de ne pas reconnaître l'existence de l'entité palestinienne. Compte tenu des données brièvement rappelées plus haut, la première proposition semble fondée: la Jordanie est apparue entre 1948 et 1988, au mieux, comme la puissance administrante du territoire qu'elle a "représenté" entre 1950 et 1974. En revanche, la personnalité juridique du peuple palestinien au regard du droit international n'est pas niable.

14. Si l'on peut éprouver quelque répugnance à déduire l'existence juridique d'un peuple de son martyrologue, il n'en reste pas moins que le peuple palestinien a, par la constance de son combat, amplement "témoigné" de sa réalité<sup>42</sup>. Au demeurant, une analyse plus formelle ne conduit pas à une conclusion différente.

Reconnue par la S.d.N. du fait du mandat, l'existence juridique du peuple palestinien - distincte de celle de la Transjordanie à partir de 1922 - a été confirmée sans ambiguïté par l'Assemblée générale avec le plan de partage de 1947. Et il n'a pas été nécessaire que se referme la parenthèse jordanienne en 1974 pour qu'à nouveau les Nations Unies prennent acte de cette existence.

Sans doute, après la guerre des Six Jours de 1967, les premières résolutions adoptées par les organes de l'O.N.U. entretiennent-elles l'ambiguïté en exigeant, comme le fait la résolution 242 du Conseil de sécurité, "Un juste règlement du problème des réfugiés palestiniens"<sup>43</sup>. Mais, très rapidement, l'Assemblée générale a redonné à la question son exacte dimension. Dès 1969, en effet, l'Assemblée "réaffirme les droits inaliénables du peuple de Palestine"<sup>44</sup>, et, deux ans plus tard, "reconnait que le peuple de Palestine doit pouvoir jouir de l'égalité de droits et exercer son droit à disposer de lui-même, conformément à la

---

42. Cf. Charles CHAUMONT, "Le droit des peuples à témoigner d'eux-mêmes", *Ann. T.M.* 1976, pp. 15-31.

43. Souligné par l'auteur. Sur la reconnaissance du peuple palestinien en tant qu'entité juridique, v. notamment J-P. COLIN et G. PETIT, *op. cit.* n. (39), pp. 112-113 et 130-134; Anis F. KASSIM, "The P.L.O.'s Claim to Status - A Juridical Analysis Under International Law", *Den. Yb.I.L. and Pol.* 1980, pp. 1s.; ou Sally V. MALLISON and W. Thomas MALLISON, Jr., "The Juridical Bases for Palestinian Self-Determination", *Pal. Yb.I.L.* 1984, pp. 36-65.

44. Résolution 2535 B (XXIV), 10 décembre 1969.

Charte des Nations Unies”<sup>45</sup>. Ce sera, par la suite, sa position constante<sup>46</sup>. La reconnaissance de l’O.L.P. comme “représentant du peuple palestinien”<sup>47</sup> complète cet édifice juridique mais, sans en sous-estimer l’extrême importance politique, n’ajoute pas grand-chose à l’existence juridique du *peuple* palestinien lui-même; ce dernier pas est pour celui-ci ce que la reconnaissance de gouvernement est à la reconnaissance d’Etat.

#### b) Les droits souverains du peuple palestinien

15. Dès lors qu’il existe juridiquement, le peuple palestinien peut prétendre à l’égalité de droits avec les autres peuples et à son droit à disposer de lui-même conformément aux articles 1, para. 2, et 55 de la Charte des Nations Unies.

Sans qu’il soit nécessaire, ni possible, de résumer, fût-ce brièvement, toutes les conséquences de ces principes<sup>48</sup>, il convient cependant de faire trois séries de remarques.

i) Si tous les peuples ont des droits, il n’en est pas moins certain qu’en règle générale, l’exercice de ces droits est le fait des Etats. Seuls les peuples qui sont privés par la force de la faculté d’exercer leur droit à disposer d’eux-mêmes, se voient reconnaître la possibilité d’un exercice direct ou immédiat. Tel est d’abord le cas des peuples coloniaux que vise la déclaration 1514 (XV) du 14 décembre 1960 et en faveur desquels a été forgé, principalement au sein des Nations Unies, un

---

45. Résolution 2672 C (XXV), 8 décembre 1970.

46. V. notamment les résolutions 2792 D (XXVI), 6 décembre 1971; 2763 E (XXVII), 13 décembre 1972; 3089 D (XXVIII), 7 décembre 1973; 3236 (XXIX), 22 novembre 1974; 35/69 A, 15 décembre 1980; ES-7/6, 19 août 1982; etc.

47. Résolution 3210 (XXIX), 14 octobre 1974. V. aussi par ex., les résolutions 32/20, 25 novembre 1977; ES-7/12, 19 août 1982; etc.

48. Parmi la très abondante littérature consacrée au droit des peuples à disposer d’eux-mêmes, V.A. RIGO-SUREDA, *The Evolution of the Right of Self-Determination*, Sijthoff, Leiden, 1973, 398 p.; J-F. GUILHAUDIS, *Le Droit des peuples à disposer d’eux-mêmes*, P.U. Grenoble, 1976, 226 p.; 3ème Rencontre de Reims, “La notion de peuple en droit international” en *Realités du droit international contemporain*, CERI, Reims, 1976, pp. 117-278; Aureliu CRISTESCU et H. GROS-ESPIELL, *Le droit à l’autodétermination*, Nations Unies, 1979, E/CN.4/Subs. 2/404/Rev. 1 at 405/Rev. 1; M. POMERANCE, *Self-Determination in Law and Practice*, Nijhoff, The Hague, 1982, 154 p.; A. PELLET, “Qui a peur du droit des peuples à disposer d’eux-mêmes?”, *Critique socialiste* 1984, pp. 89-103; Antonio CASSESE, commentaire de l’article 1, par. 2, in J.P. COT et A. PELLET eds., *La Charte des Nations Unies*, Economica, Paris, 1985, pp. 39-55; Edmond JOUVE, *Le droit des peuples*, P.U.F., “Que sais-je?” no. 2315, Paris, 1986, 128 p.

statut juridique très complet et "opérationnel". Toutefois, très vite ce statut a été étendu à deux autres catégories de peuples soumis à d'autres formes de domination étrangère: ceux qui sont victimes d'un régime de discrimination raciale - cela vise en fait le peuple d'Afrique du Sud - et ceux dont le territoire est occupé - ce qui concerne le peuple palestinien.

Préparée par la formule très générale de la Déclaration de 1960 - qui évoque les peuples soumis "à une subjugation, à une domination et à une exploitation étrangères" -, l'assimilation des peuples occupés aux peuples coloniaux apparaît très nettement dans maintes résolutions postérieures qui, du reste, visent en une seule formule les "peuples assujettis à une domination coloniale et étrangère", ce qui montre à la fois qu'il s'agit de notions distinctes dans leur origine, et communes dans leurs conséquences juridiques. Ainsi, par exemple, dans la résolution 2649 (XXV) du 30 novembre 1970, l'Assemblée générale "affirme la légitimité de la lutte que mènent les peuples assujettis à une domination coloniale et étrangère" et condamne notamment les gouvernements qui refusent le droit à l'autodétermination "aux peuples d'Afrique australe et de Palestine".

En conséquence, il n'est pas douteux que le peuple palestinien peut prétendre au bénéfice du régime juridique très compréhensif applicable aux peuples coloniaux et que, conformément à la formulation de la Charte, on désigne en général par l'expression "droit à l'autodétermination".

ii) Ce droit à l'autodétermination constitue un principe de *jus cogens* auquel il ne peut être dérogé et dont le respect s'impose à tous, en toutes circonstances. Il figure du reste dans la liste d'exemples de règles impératives donnés par la Commission du droit international dans son rapport de 1966 sur le droit des traités<sup>49</sup>, et l'article 19 du projet d'articles de la Commission sur la responsabilité des Etats voit dans "la violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes" un exemple de crime international<sup>50</sup>. De plus, les membres de la Commission semblent s'accorder pour inclure le "maintien par la force d'une domination coloniale" - cette dernière expression étant prise au sens large - parmi les crimes contre l'humanité dont le projet de Code est en voie d'élaboration<sup>51</sup>.

---

49. *Ann. C.D.I.* 1966, vol. II, p. 270.

50. *V. Ann. C.D.I.* 1976, vol. II, 2ème partie, pp. 89-113.

51. *V. notamment le Rapport de la C.D.I. à la 39ème session de l'Assemblée générale, A/39/10, p. 27.*

iii) La formule "droit à l'autodétermination" ne doit pas abuser: il ne s'agit pas seulement de permettre aux peuples en question de choisir librement leur destin et, notamment, s'ils le désirent, de constituer un Etat souverain, pour essentiel que soit, évidemment, cette composante du droit des peuples. Deux aspects présentent en outre une importance particulière aux fins de la détermination des droits de l'occupant.

Le droit des peuples signifie en premier lieu que la collectivité qui constitue un peuple a droit à ce que son intégrité soit préservée, ce qui implique notamment que son intégrité territoriale soit garantie, que sa composition démographique ne soit pas bouleversée, que son génie propre soit respecté et que sa souveraineté sur ses richesses soit sauvegardée dans la perspective de son droit au développement. Depuis 1972<sup>52</sup>, l'Assemblée générale exprime couramment cette idée que le Conseil de sécurité a reprise à son compte dans sa résolution 465 du 1er mars 1980: "Toutes les mesures prises par Israël pour modifier le caractère physique, la composition démographique, la structure ou le statut constitutionnel des territoires palestiniens ou des autres territoires arabes occupés depuis 1967, y compris Jérusalem, ou de toute partie de ceux-ci, n'ont aucune validité en droit."

En second lieu, comme cela résulte clairement de son inclusion dans l'article 1er de chacun des deux Pactes internationaux de 1966, "le droit d'autodétermination" est aussi un droit de la personne humaine<sup>53</sup> qui renvoie au respect des droits fondamentaux de l'homme. En d'autres termes, le droit du peuple palestinien à disposer de lui-même est aussi un droit pour chaque homme et chaque femme qui le composent de voir son appartenance à cette collectivité reconnue et d'être protégé dans son intégrité physique ou intellectuelle et dans sa dignité.

16. Il est permis de s'interroger sur l'utilité de la "démarche intellectuelle" des Nations Unies consistant à assimiler le droit des peuples occupés à ceux des peuples coloniaux: il résulte en effet du droit traditionnel de la guerre que les premiers ont des droits, et d'abord à l'existence, indépendamment de toute considération liée au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes tel qu'il a été interprété ultérieure-

---

52. Résolutions 2949 (XXVII), 8 décembre 1972. V. aussi, par ex. 3092 B (XXVIII), 7 décembre 1973; 33/113, 18 décembre 1978; 37/88 B, 10 décembre 1982; 41/63 C, 3 décembre 1986; etc.

53. Sur le caractère à la fois individuel et collectif du droit à l'autodétermination, v. H. GROSEPIELL, *op. cit.* n. (48), p. 10 et, plus particulièrement sur le droit au développement, v. Alain PELLET, "Note sur quelques aspects juridiques de la notion de droit au développement" in M. FLORY ed., *La formation des normes en droit international du développement*, C.N.R.S., Paris, 1984, pp. 78-80.

ment (v. *supra* no 8 à 13). D'une certaine manière, les peuples occupés apparaissent comme la première catégorie de peuples auxquels des droits propres ont été reconnus en droit international.

L'assimilation opérée par les Nations Unies présente cependant une grande importance pratique. Pour deux raisons.

En premier lieu, elle permet d'opérer une sorte de "mise à jour" indispensable. La vieille institution juridique qu'est l'occupation de guerre ne peut être interprétée aujourd'hui comme elle l'était au dix-neuvième siècle; l'interdiction du recours à la force, le principe du respect de l'intégrité territoriale de tous les pays, l'émergence des individus et des peuples dans la sphère juridique internationale imposent une relecture des règles traditionnelles. Comme l'a dit la Cour internationale de Justice, l'interprétation des principes classiques du droit international

ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume. De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu <sup>54</sup>.

On doit du reste remarquer à cet égard que le Protocole I additionnel aux Conventions de 1949, adopté le 12 décembre 1977, réalise formellement cette intégration des principes juridiques qui se sont cristallisés depuis 1949. Toutefois, ceux-ci s'imposent à Israël comme à tout autre Etat, indépendamment même de toute prise de position sur la question controversée de la nature juridique des dispositions du Protocole (v. *infra* no 19), qui, en tous cas au niveau de généralité auquel on se situe, ne fait que renforcer leur valeur juridique.

En second lieu, les développements du droit intervenus depuis 1945, loin de remettre en cause le principe traditionnel selon lequel le peuple occupé conserve les droits souverains qui sont les siens, lui donnent un contenu infiniment plus clair et plus précis. Dans le droit classique de la guerre, la non-acquisition de la souveraineté par l'occupant constituait le critère de l'occupation, mais le caractère très général de cette directive n'en faisait pas un guide très opérationnel pour déterminer les droits respectifs de l'occupant et de l'occupé. Au contraire, grâce à "l'évolution que le rieuement connue grâce à Nations Unies et à la coutume", choit a ulté la charte des le respect des droits souverains du peuple occupé est devenu le critère effectif non seulement de l'occupation elle-même, mais aussi des droits de l'occupant.

---

54. C.I.J., avis consult. 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, Rec. 1971, p. 31.

## II. Le Respect des Droits Souverains du Peuple Occupé Constitue le Critère des Droits de L'Occupant

17. Les Nations Unies ont sans aucun doute raison d'affirmer que les conséquences fondamentales du droit du peuple palestinien à disposer de lui-même sont "a) le droit à l'autodétermination sans ingérence extérieure, ainsi qu'à l'indépendance et qu'à la souveraineté nationales; b) le droit de créer son propre Etat souverain et indépendant"<sup>55</sup> ; mais il n'en résulte pas qu'aussi longtemps que l'exercice de ces droits lui est refusé, l'occupation dont il est victime relève du non-droit. Même si la privation de son droit d'autodétermination enfreint une norme impérative du droit international, l'occupation demeure une institution *juridique*, régie par des *règles de droit* dont le respect s'impose à tous et en toutes circonstances, faute de quoi le *jus in bello* disparaîtrait (v. *supra* no 11); et, au crime international que constitue le maintien par la force d'une domination étrangère s'en ajouterait un autre tenant à une violation grave des lois et coutumes de la guerre.

A cet égard, la situation est en tous points comparable au colonialisme: le maintien par la force de la domination coloniale est contraire à un principe de *jus cogens*, mais le droit international contemporain n'en admet pas moins que la puissance administrante peut exercer des compétences territoriales étendues sur le territoire colonial alors même qu'elle ne dispose d'aucune souveraineté puisque "Le territoire d'une colonie ou d'un autre territoire non autonome possède, en vertu de la Charte un statut séparé et distinct de celui du territoire de l'Etat qui l'administre"<sup>56</sup> . Cependant, l'exercice de ces compétences est doublement limité: d'une part, la puissance administrante doit respecter les directives générales figurant dans le chapitre XI de la Charte, telles que les Nations Unies les ont ultérieurement développées et codifiées; d'autre part, elle doit se soumettre au contrôle extérieur exercé principalement par les organes de l'O.N.U.

Il en va de même dans le cadre de l'occupation de guerre. Nonobstant l'incompatibilité de l'occupation avec les principes du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et de l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales, la puissance occupante a des droits mais leur exercice est encadré et canalisé par des règles de droit international (A) qui opèrent un équilibre entre les exigences d'humanité et les nécessités de guerre, le principe du respect du droit souve-

---

55. Résolution ES-7/2, 19 août 1982, V. aussi par ex. la résolution 35/169 15 décembre 1980, et *supra* n. (46).

56. Résolution 2625 (XXV), 24 octobre 1970.

rain du peuple occupé constituant le critère des droits des parties à l'un comme à l'autre de ces points de vue (B).

A. Les pouvoirs de l'occupant sont limités par le droit international

18. L'occupation est certes un fait. Mais c'est un fait juridique (v. *supra* no 9), c'est-à-dire une donnée objective produisant *ipso facto*, du seul fait de son existence, certaines conséquences en droit. Ces conséquences sont fixées par le *jus in bello* traditionnel, étant entendu qu'il doit être appliqué et interprété à la lumière des règles nouvelles qu'a développées le droit international contemporain.

Il ne serait pas nécessaire de s'attarder sur ce point - qui se situe en "amont" de la question du critère des droits de l'occupé -, si Israël n'entretenait pas une très grande incertitude sur sa position à cet égard. Assurément, la puissance occupante paraît adopter "the position that its activities in the West Bank are governed by international law, and are consistent with it"<sup>57</sup>. Mais elle semble avoir des doutes sur la consistance des règles applicables en l'espèce.

Ces doutes paraissent tenir à trois séries de considérations:

- le peuple palestinien ne constituant pas un Etat, les règles interétatiques qui régissent l'occupation de guerre ne seraient pas transposables en l'espèce;
- les hostilités ayant cessé, il n'y aurait pas lieu d'appliquer des principes conçus pour le temps de guerre;
- l'occupation de la rive Ouest durant maintenant depuis plus de vingt ans, les pouvoirs de l'occupant ne sauraient être limités par des normes établies en vue d'une situation provisoire et temporaire.

Si ces objections étaient justifiées, c'est la consistance même du droit applicable, dans son ensemble, qui se trouverait remise en cause et le critère des droits de l'occupant s'appliquerait dans un contexte *sui generis* par lequel l'équilibre entre les droits du peuple occupé et ceux de l'occupant serait profondément modifié. Il convient donc de s'interroger sur leur bien-fondé.

19. Il est juste de remarquer que sur aucun de ces trois points, la position israélienne ne paraît dépourvue d'ambiguïté; elle varie bien plutôt en fonction des circonstances et des aléas de la politique intérieure et des relations internationales. Ainsi, en ce qui concerne

---

57. Raja SHEHADEH, *Occupier's Law - Israel and the West Bank*, Institute for Palestine Studies, Washington, 1985, p. 3.

l'applicabilité de principe des instruments internationaux réglementant le *jus in bello*, l'attitude de la puissance occupante a considérablement fluctué au cours des années et la jurisprudence des tribunaux israéliens est loin d'être "tout d'une pièce" <sup>58</sup>.

Il est particulièrement intéressant de relever à cet égard que l'Ordre no 3, édicté par les autorités d'occupation le 7 juin 1967, prévoyait la prééminence des dispositions de la Convention IV de Genève sur les règles imposées par l'occupant: "The Military Court (...) must apply the provisions of the Geneva Convention dated 12 August, 1949, Relative to the Protection of Civilians in Time of War, with respect to judicial procedures. In case of conflict between this Order and said Convention, the Convention shall prevail" <sup>59</sup>. Bien que cette disposition ait été rapportée par l'Ordre no 144 du 22 octobre suivant <sup>60</sup>, on peut se demander s'il n'y a pas là une véritable déclaration unilatérale ayant fait naître des droits dans le chef du peuple palestinien sur lesquels Israël ne peut revenir à bien plaisir (*estoppel by conduct*) <sup>61</sup>.

Quoiqu'il en soit, une doctrine quasi-unanime, dont les défenseurs se recrutent - avec, il est vrai, quelques nuances - même parmi les plus fermes soutiens de la politique israélienne, s'accorde pour mettre en doute le bien-fondé des thèses de la puissance occupante quant à l'inapplicabilité des règles du droit de l'occupation <sup>62</sup>. Il suffit donc de rappeler brièvement les principaux éléments qui conduisent à écarter les vues des autorités israéliennes. Aussi sommaire que soit cet examen, il convient cependant de distinguer entre les différents instruments qui,

---

58. V. notamment Theodor MERON "West Bank and Gaza - Human Rights and Humanitarian Law in the Period of Transition", *Isr. Yb.H.R.* 1979, pp. 107 s.

59. *Proclamation, Orders and Appointments of the Israeli Defence Forces in the West Bank Area*, no. 1, 11 août 1967, art. 35. L'Ordre no. 1 reprenait mot pour mot les termes de l'article 43 du Règlement de 1907; *ibid.*

60. *Ibid.* no. 8, 29 octobre 1967, p. 303.

61. Cf. C.I.J., arrêt, 20 décembre 1974, *Essais nucléaires, Rec. 1974*, p. 270.

62. Cf. Thomas S. KUTTNER, "Israel and the West Bank - Aspects of the Law of Belligerent Occupation", *Is. Yb.H.R.*, 1977, pp. 169 s.; Brice M. CLAGETT and O. Thomas JOHNSON Jr., "May Israel as a Belligerent Occupant Lawfully Exploit Previously Unexploited Oil Resources of the Gulf of Suez?" *A.J.I.L.* 1978, p. 560; Y. DINSTEIN, *op. cit.* n. (25), p. 107; Th. MERON, *op. cit.* n. (59), pp. 108 s.; A. ROBERTS, *op. cit.* n. (5), pp. 281 s. - *contra*, v. toutepois, Meir SHAMGAR, "The Observance of International Law in the Administered Territories", *Isr. Yb.H.R.* 1971, pp. 262-266, dont l'opinion n'est cependant pas catégorique.

de 1907 à 1977, ont opéré la codification du droit de l'occupation de guerre.

Aucun doute n'est permis en ce qui concerne le Règlement de La Haye de 1907 dont les dispositions ont acquis une valeur coutumière qui les rend opposables à tout Etat, partie ou non. Selon les formules du Tribunal militaire international de Nuremberg, elles sont "reconnues par toutes les nations civilisées" et "considérées comme déclaratoires des lois et coutumes de la guerre"<sup>63</sup> et la Cour suprême d'Israël a fait sienne cette position, notamment dans l'affaire *Eichmann*: les crimes de guerre "are deemed to constitute in essence international crimes; they involve the violation of the provisions of customary international law which obtained before the Hague Conventions of 1907, the latter merely 'declaring' the rules of warfare as dictated by recognized humanitarian principles"<sup>64</sup>.

S'imposant à tout Etat, les règles de 1907 sont indépendantes de la ratification du Règlement de La Haye par les parties au conflit et le même raisonnement vaut s'agissant des Conventions de 1949 et, en particulier, de la Convention no IV. Peut-être peut-on légitimement soutenir qu'au moment de leur conclusion elles codifiaient pour une part le droit existant mais que, pour une autre part, elles en ont réalisé le développement progressif<sup>65</sup>. Mais, après quarante ans, cette distribution des règles du droit de Genève entre deux catégories juridiques n'est plus de mise: l'adoption quasi-universelle des quatre Conventions<sup>66</sup> ne permet guère de douter que c'est aujourd'hui l'ensemble de leurs dispositions qui relèvent du droit coutumier<sup>67</sup>.

Au surplus, Israël y est partie et ne peut légitimement s'exonérer de l'obligation de les appliquer au prétexte que le peuple palestinien qui est "la principale partie intéressée à la question de Palestine"<sup>68</sup> ne l'est pas. D'une part, aux termes de l'alinéa 3 de l'article 2 de la Convention IV de 1949, une puissance non liée par ce texte peut en bénéficier

---

63. Tribunal militaire international de Nuremberg, 1er octobre 1946, *A.D.* 1946, pp. 253-254.

64. *Attorney General v. Eichmann*, 29 mai 1962, *I.L.R.* 1962, p. 293.

65. En ce sens, v. G. SCHWARZENBERGER, *op. cit.* n. (16), pp. 165-166 ou Th. MERON, *op. cit.* n. (58), p. 112.

66. Au 1er janvier 1987, la Convention IV avait été ratifiée par 165 Etats, dont Israël et tous les Etats arabes parties au conflit, ces derniers n'ayant pas fait la réserve habituelle concernant la non-reconnaissance d'Israël.

67. Cf. *C.I.J.*, arrêt, 20 fév. 1969, *Plateau continental de la mer du Nord*, *Rec.* 1969, pp. 41 s.

68. Résolution 3210 (XXIX) de l'Assemblée générale, 14 octobre 1974.

si elle accepte et applique ses dispositions; or l'O.L.P. qui, n'étant pas un Etat, ne peut probablement y devenir partie, en a constamment exigé l'application et a même formellement demandé à y adhérer le 21 janvier 1975; au surplus, comme y insiste le commentaire le plus autorisé, l'acceptation de la partie non liée peut être tacite, et la disposition précitée doit faire l'objet d'une interprétation large<sup>69</sup>. D'autre part et surtout, les dispositions de la Convention IV relatives à l'occupation ne s'analysent nullement comme un contrat synallagmatique: elles concernent exclusivement la protection des personnes et n'imposent nulle obligation à une partie quelconque au conflit autre que la puissance occupante; dès lors, à supposer que le raisonnement de certains tribunaux israéliens refusant le bénéfice de la Convention III de Genève aux combattants palestiniens soit fondé au prétexte qu'ils ne respectent pas les règles relatives à la conduite des opérations<sup>70</sup>, il n'est certainement pas transposable en matière d'occupation de guerre (v. aussi *infra* no 20). Du reste, l'article 4 du Protocole I de 1977 dispose clairement: "L'application des Conventions et du présent Protocole ainsi que la conclusion des accords prévus par ces instruments n'auront pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit. Ni l'occupation d'un territoire, ni l'application des Conventions et du présent Protocole n'affecteront le statut juridique du territoire en question". Cette interprétation n'est pas contestable et vaut pour tous les Etats, parties ou non.

Il est, dès lors, impossible de ne pas s'accorder avec les Nations Unies pour considérer "que la question de l'application de la Convention de Genève du 12 août 1949 ne peut ni ne doit être laissée ouverte dans une situation impliquant une occupation militaire étrangère et les droits de la population de ces territoires"<sup>71</sup>.

En tout état de cause, même si le détail des dispositions de la Convention IV ne devait pas trouver application en Cisjordanie, Israël n'en serait pas moins tenue d'en respecter l'esprit et son comportement

---

69. Jean PICTET dir., *Commentaire de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, C.I.C.R., Genève, 1956, pp. 28-30.

70. V. par ex. Tribunal militaire de Ramallah, aff. 4/69, 13 avr. 1969, *The Military prosecutor v. Omar Mahmud Kassem et. al.*, cité par Joel RIDEAU, "Le problème du respect des droits de l'homme dans les territoires occupés par Israël" *A.F.D.I.* 1970, pp. 223-224.

71. Résolution 3240 A (XXIX), 29 novembre 1974; v. aussi, par. exs., les résolutions 2252 ES-V, 4 juillet 1967; 2851 (XXIV), 20 décembre 1971; 35/122, 11 décembre 1980; ES-9/1, 5 février 1982; 41/163 B, 4 décembre 1986; etc.; Programme d'action de Genève, 7 septembre 1983, par. 1.4; ou la résolution 465 du Conseil de Sécurité en date du 1er mars 1980.

devrait être apprécié en fonction des principes généraux qui en constituent le fondement<sup>72</sup> conformément d'ailleurs à l'esprit de la fameuse clause de Martens qui inspire l'ensemble du *jus in bello* depuis 1899.

Ces dernières considérations valent du reste également en ce qui concerne le Protocole additionnel no I du 12 décembre 1977, qu'Israël n'a ni voté, ni signé, ni ratifié, et dont, malgré certaines opinions contraires<sup>73</sup> il ne serait pas raisonnable de prétendre que les dispositions s'imposent en tant que telles à ce pays, qui durant toute la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire a manifesté clairement son opposition à nombre d'entre elles<sup>74</sup>. Toutefois, si le détail des règles n'est pas opposable aux autorités d'occupation, celles-ci ne sauraient s'appuyer sur leur opposition pour "figer" le droit humanitaire de la guerre dans son état de 1949: dans toute la mesure où le Protocole I "harmonise le droit humanitaire avec le droit international contemporain"<sup>75</sup>, et se borne à procéder aux ajustements que l'évolution du droit des gens moderne a rendues nécessaires, ces inflexions s'imposent à Israël et tel est tout particulièrement le cas de la prise en compte du principe du droit de peuples à disposer d'eux-mêmes (v. *supra* no 13 s.).

20. La deuxième objection israélienne à l'encontre de l'applicabilité des règles traditionnelles du droit de l'occupation de guerre n'appelle guère de commentaires: la cessation des hostilités ne saurait, assurément, tenir ces règles en échec. Une doctrine quasi-unanime reconnaît que la fin des combats n'équivaut nullement à la disparition de l'état de guerre et que, par suite, le droit de l'occupation continue à être intég-

---

72. Cf. C.I.J., arrêt 27 juin 1986, *Affaire concernant les Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Rec. 1986, pp. 113-114.

73. V. par ex. Stanislaw E. NAHLIK, "Droit dit "de Genève" et droit dit "de La Haye": unité ou dualité?", *A.F.D.I.* 1978, p. 27.

74. V. Philippe BRETTON, "L'incidence des guerres contemporaines sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés internationaux et non internationaux"; *J.D.I.* 1978, pp. 208-271, *passim* et, notamment pp. 216 s.

75. Georges ABI-SAAB, "Les guerres de libération nationale et la Conférence diplomatique sur le droit humanitaire", *Annales d'Éts. I.* 1977, p. 71. V. aussi Gérard CAHIN et Deniz CARKAÇI, "Les guerres de libération nationale et le droit", *Ann. T.M.* 1976, pp. 32-56; et Jean SALMON "La Conférence diplomatique du droit international humanitaire et les guerres de libération nationale", *R.B.D.I.* 1977, pp. 27-52.

ralement applicable<sup>76</sup>, ce que confirme la jurisprudence. Ainsi, par exemple, un tribunal américain a jugé que les Etats-Unis étaient liés par le Règlement de La Haye pour ce qui est de leur occupation de l'île japonaise d'Okinawa "until the terms of peace have been finally settled by treaty, proclamation, or otherwise"<sup>77</sup>.

Ceci correspond, à la fois, à des exigences juridiques et à des nécessités logiques.

Il résulte en effet de la définition même de l'occupation qu'elle constitue un état de fait, indépendant de l'existence des activités militaires en cours (v. *supra* no 9) et même, d'ailleurs, passées<sup>78</sup>. De plus, plusieurs dispositions de la quatrième Convention de Genève insistent sur le fait que celle-ci s'applique "en toutes circonstances"<sup>79</sup> ou "en aucun cas ni d'aucune manière"<sup>80</sup>. Certaines résolutions récentes des Nations Unies ont insisté sur ce point. Ainsi, par sa résolution 41/162 B du 4 décembre 1986, l'Assemblée générale a réaffirmé - il s'agissait des hauteurs du Golan, mais cela vaut aussi bien pour la rive Ouest -

qu'elle considère que toutes les dispositions du Règlement figurant en annexe à la Convention IV de La Haye de 1907 et la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en tant de guerre, du 12 août 1949, continuent de s'appliquer (...) et demande aux parties à ces instruments de respecter et de faire respecter *en toutes circonstances* les obligations que leur imposent lesdits instruments.

Il ne pourrait en aller autrement: faute d'applicabilité du droit de l'occupation de guerre après la fin des hostilités, les parties se trouveraient face à un vide juridique et, en particulier, aucune borne ne serait mise au pouvoir de l'occupant, ce qui reviendrait à lui permettre de procéder à l'annexion de fait du territoire occupé. Tel ne saurait être le droit (v. *supra* no 10 à 12). Et surtout, comme l'a fait remarquer la doctrine la plus autorisée, c'est "au moment où un pays est vaincu que le besoin d'une protection internationale se fait le plus sentir"<sup>81</sup>.

---

76. G.I.A.D. DRAPER, *op. cit.*, n. (21), p. 530; B.M. CLAGETT and O. Th. JOHNSON Jr., *op. cit.* n. (62), p. 561; Y. DINSTEIN, *op. cit.* n. (25), p. 142; A. ROBERTS, *op. cit.* n. (5), pp. 271 s.; etc.

77. *Cobb v. U.S.*, 191 F. 2d. 604 (9th Cir. 1951), cité par B.M. CLAGETT and O. Th. JOHNSON Jr. *ibid.*

78. V. l'article 2, alinéa 2, commun aux quatre Conventions de Genève de 1949.

79. Article 1, commun aux quatre Conventions; v. aussi, par ex., l'article 27, alinéa 1 et le Préambule et l'article 1, par. 1, du Protocole I de 1977.

80. Article 47.

81. Jean PICTET dir., *op. cit.* n. (69), p. 27.

21. Les mêmes arguments disposent également de la troisième objection élevée par Israël à l'encontre de l'applicabilité du droit traditionnel de l'occupation. Au moins en partie.

Il résulte en effet clairement des textes précités que l'écoulement du temps n'est pas une circonstance permettant à l'occupant de s'exonérer de l'application des règles du *jus in bello*. L'expression "en toutes circonstances" exclut certainement cette interprétation qui permettrait à l'occupant de réaliser insidieusement l'annexion que des normes impératives du droit international lui interdisent<sup>82</sup>.

Il n'en reste pas moins vrai que le droit de l'occupation de guerre est conçu pour s'appliquer à des situations temporaires dont nul ne pensait, au début du siècle, qu'elles pourraient s'éterniser pendant des dizaines d'années. Lorsque tel est le cas, de nombreux problèmes juridiques et pratiques peuvent surgir que les règles traditionnelles, prévues pour le temps de guerre, risquent de se révéler peu propres à résoudre<sup>83</sup>. C'est cet inconvénient auquel l'alinéa 3 de l'article 6 de la Convention IV de Genève s'efforce de remédier en limitant le champ d'application de cet instrument après un an: à partir de cette date, la puissance occupante n'est plus liée que par 43 des 149 articles de "fond" de la Convention<sup>84</sup>.

Pour comprendre l'esprit dans lequel cet article a été rédigé, il n'est pas inutile de citer longuement le *Commentaire* de la Convention IV préparée sous la direction de Jean Pictet:

Un an après la fin des hostilités, les autorités de la Puissance occupante auront presque toujours recouvré une certaine liberté d'action; les communications avec le monde extérieur s'étant rétablies, le contrôle de l'opinion publique mondiale pourra d'ailleurs s'exercer. Au surplus, on peut envisager deux cas d'occupation se prolongeant au-delà de la fin des hostilités: si la Puissance occupée est victorieuse, il va de soi que la libération du territoire interviendra avant le délai d'un an; si la Puissance occupée reste vaincue, l'occupation peut

---

82. Malgré les thèses en général modérées qu'il soutient, le Doyen Y. DINSTEIN paraît n'exclure pas entièrement la possibilité d'une prescription acquisitive - *op. cit.* n. (25), p. 106.

83. Cf. A. ROBERTS, *op. cit.* n. (5), pp. 271 et 273.

84. "En territoire occupé, l'application de la présente Convention cessera un an après la fin générale des opérations militaires; néanmoins, la Puissance occupante sera liée pour la durée de l'occupation - pour autant que cette Puissance exerce les fonctions de gouvernement dans le territoire en question - par les dispositions des articles suivants de la présente convention: 1 à 12, 27, 29 à 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 to 77, 143".

durer plus d'un an mais, en raison de l'arrêt des hostilités les mesures de rigueur à l'égard de la population ne se justifient plus.

Pour la période ultérieure au délai d'un an, la Conférence diplomatique a établi une liste d'articles que la Puissance occupante devra respecter tant que durera l'occupation et dans la mesure où cette puissance exercera les fonctions d'un Gouvernement; ce sont avant tout les articles généraux (1 à 12), ce qui est fort important, en particulier en raison de l'activité des Puissances protectrices prévues par l'article 9; ce sont aussi l'article 27, qui prescrit un traitement humain à l'égard des personnes protégées, et les articles 29 à 34, qui définissent un certain nombre de principes de base dans le traitement des personnes qui se trouvent au pouvoir d'une Puissance dont elles ne sont pas ressortissantes. En revanche, les dispositions qui ont trait à des situations liées aux opérations militaires, en particulier les articles 48, 50 et 54 à 58, ne s'appliqueront plus. Il en va de même de toutes les clauses ayant trait à l'internement, cependant, l'article 143, relatif au contrôle de la Puissance protectrice, sera maintenu<sup>85</sup>.

Ces explications autorisées imposent fermement la conclusion suivante: l'article 6 de la Convention IV entend atténuer les "mesures de rigueur" à l'encontre de la population du territoire occupé et, en aucune manière, accroître les pouvoirs de l'occupant sur lequel le contrôle extérieur, présume-t-on, doit pouvoir plus aisément s'exercer. Cette conclusion est fortement renforcée par la prohibition contemporaine du recours à la force et son corollaire, l'illicéité de toute annexion suite à un conflit armé, et par l'irruption du "droit des peuples" sur le devant de la scène juridique.

La prolongation de l'occupation, autrefois favorable à un renforcement des pouvoirs de l'occupant, n'est plus une justification de pouvoirs accrus dès lors qu'est affirmée *l'inadmissibilité de l'annexion par l'occupation*: bien au contraire, cette situation incite à passer d'un régime réglementé, dont le respect doit être recherché par les procédures classiques de la responsabilité internationale, à un régime contrôlé, en particulier par les Nations Unies<sup>86</sup>.

---

85. Jean PICTET dir., *op. cit.* n. (69), p. 70.

86. NGUYEN QUOC Dinh, P. DAILLIER et A. PELLET, *op. cit.* n. (22), p. 436 - souligné dans le texte.

## B. Humanité et nécessité - L'application du critère

### a) Les principes directeurs d'humanité et de nécessité

22. Nul, dès lors, ne peut douter qu'Israël, puissance occupante, est tenue d'appliquer le droit de l'occupation de guerre, et c'est à juste titre que le Professeur Adam Roberts voit dans l'occupation des territoires palestiniens de la rive Ouest et de Gaza un exemple très proche du "standard case" visé tant par le Règlement de 1907 que par la Convention de 1949 relative à la protection des personnes civiles<sup>87</sup>.

Toutefois, si ces deux instruments visent une même situation, ils le font dans une perspective un peu différente et, en particulier, le couple "principe d'humanité/principe de nécessité" (v. *supra* no 1) joue de manière originale. Dans l'un et l'autre cas, il demeure le pivot autour duquel s'articule tout l'édifice du droit de la guerre. Mais dans le texte de La Haye la nécessité militaire prédomine, les intérêts des personnes ne sont pris en compte qu'autant que les contraintes de la conduite des hostilités, tenues pour intangibles, le permettent. Malgré l'ambiguïté de sa rédaction, c'est probablement ainsi qu'il faut comprendre le célèbre passage du préambule du Règlement de 1907 selon lequel :

Selon les vues des Hautes Puissances Contractantes, ces dispositions, dont la rédaction a été inspirée par le désir de diminuer les maux de la guerre, *autant que les nécessités militaires le permettent*, sont destinées à servir de règle générale de conduite aux belligérants dans leurs rapports entre eux et avec les belligérants.

En 1949 au contraire, les moyens de destructions étant devenus à peu près illimités, aucune protection de la personne humaine ne peut être envisagée si l'on entend d'abord laisser parler les armes; c'est donc "au contraire l'intérêt de l'individu qu'on s'efforce de protéger et c'est au nom des exigences humanitaires que l'on rend la guerre plus difficile à mener"<sup>88</sup>.

Cette évolution s'étend au droit de l'occupation. Comme l'a excellemment écrit M. Obradović, "tandis que le Règlement de La Haye précise les droits et les devoirs de la puissance occupante, et, par répercussion seulement, les droits de l'individu, dans la Convention [de 1949] le procédé est tout à fait inverse. En outre, comme à l'époque du Règle-

---

87. A. ROBERTS, *op. cit.* n. (5), p. 304.

88. K. OBRADOVIĆ, *op. cit.* n. (4), p. 147, V. aussi M.S. McDOUGAL and F.P. FELICIANO, *op. cit.* n. (11), p. 523.

ment, l'individu était (...) protégé par la nature même de la guerre, le Règlement se soucie davantage de protéger sa propriété que lui-même" <sup>89</sup> ; et le Protocole I de 1977 accentue encore cette tendance <sup>90</sup> .

Ainsi, alors qu'en 1907, le principe d'humanité venait modérer celui de nécessité qui formait le droit commun, c'est l'inverse qui, de nos jours, est exact: les considérations d'humanité constituent une directive absolue que les nécessités militaires, qui sont d'interprétation stricte, tempèrent. Il est extrêmement significatif à cet égard, que, en règle générale, le Règlement de 1907 procède par interdictions, faites à la puissance occupante: "Il est interdit à un belligérant..." (Article 44); "Il est interdit..." (Article 45); "Aucune contribution ne sera perçue..." (Article 51). Au contraire, de très nombreuses dispositions de la Convention de 1949 confèrent des droits aux personnes: "Les personnes protégées ont droit..." (Article 27); "Les personnes protégées... pourront se prévaloir du droit..." (Article 48); "Tout condamné aura le droit..." (Article 73). Cette approche est d'ailleurs conforme au nouvel environnement juridique et, tout spécialement, au principe de l'interdiction du recours à la force et au souci nouveau de la protection internationale des droits de l'homme.

Du reste, ainsi que l'a écrit le Juge Ago, alors Rapporteur spécial de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats,

Là où l'exception n'est pas explicitement mentionnée, on n'est point autorisé à la présumer. Puis, à bien y réfléchir, la seule idée d'une généralisation de l'exception (...) aurait été absolument en contradiction avec les finalités des instruments élaborés. L'adoption des règles de droit humanitaire relatives à la conduite des opérations de guerre s'est faite en pleine conscience de ce que la "nécessité militaire" est le critère même de cette conduite. Les représentants des Etats qui ont formulé ces règles se sont proposés d'imposer par là aux Etats certaines limites, de prévoir quelques restrictions à la liberté d'action quasiment totale dont les belligérants se prévalent, dans leurs rapports réciproques, en vertu de ce critère. Et ils n'ont certes pas entendu permettre à la nécessité de guerre de réduire rétrospectivement à néant ces réalisations difficilement acquises (...). Faire appel à l'idée de nécessité militaire ou de guerre pour se dérober aux devoirs de se conformer à des obligations conçues précisément pour éviter que les nécessités de la guerre engendrent des souffrances que l'on veut définitive-

---

89. K. OBRADOVIĆ, *ibid.*, p. 150.

90. En ce sens, v. *ibid.*, p. 159 et A. CASSESE, *op. cit.* n. (14), p. 181.

ment proscrire serait absurde <sup>91</sup> .

Ce qui a pu être soutenu à propos du Règlement de La Haye <sup>92</sup> ne fait aucun doute aujourd'hui: l'exception de nécessité ne peut être invoquée en l'absence d'une règle spécifique et, lorsqu'elle figure dans un texte exprès, elle est d'interprétation stricte.

It must be remembered that "military necessities" should be interpreted in a strict sense and not merely as a convenient rationalization. In integrating the notion of military necessities with the law itself, in domesticating it, the law of armed conflicts thus succeeds in combining that notion with the humanitarian principle. The compromise between the two principles is made when the rule itself is being created <sup>93</sup> .

L'article 1 commun aux quatre Conventions de Genève est d'ailleurs parfaitement clair sur ce point: "en toutes circonstances"; l'expression ne laisse place à aucune nécessité militaire qui ne soit prévue expressément dans la Convention <sup>94</sup> . La nécessité ne peut jouer ni *contra*, ni *praeter legem*; elle n'est prise en compte que si le droit le prévoit expressément <sup>95</sup> alors qu'à l'inverse, le principe d'humanité, qui irrigue tout le droit de l'occupation doit en guider l'interprétation.

23. Ceci, à vrai dire, est très loin de régler tous les problèmes qui peuvent surgir; car même ainsi confinées, les nécessités militaires ne sont aucunement évacuées du droit de l'occupation de guerre. Il est légitime de s'efforcer d'en limiter l'effet; il serait absurde d'en nier l'existence - ce serait nier la guerre elle-même, ou l'occupation, qui sont des faits.

Plus même: comme cela est souligné plus haut (no 1), non seulement

---

91. Additif au 8ème Rapport sur la responsabilité des Etats, *Ann. C.D.I.*, vol. II, 1ère partie, par. 53.

92. Gerhard VON GLAHN, *op. cit.* n. (6), p. 224.

93. Denise BINDSCHEDLER-ROBERT, "A Reconsideration of the Law of Armed Conflicts" in Carnegie Endowment for International Peace, *The Law of Armed Conflicts*, New York, 1971, pp. 15-16.

94. En ce sens, v. Jean PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, Pédone, Paris, 1983, pp. 106-107 ou G.I.A.D. DRAPER, *op. cit.* n. (1), pp. 73 et 129.

95. Conformément à l'article 33, par 2.b, du projet d'articles de la C.D.I. relatif à la responsabilité des Etats "l'état de nécessité" ne peut donc être invoqué par l'occupant comme une "cause d'exclusion de la responsabilité", la Convention IV de 1949 excluant implicitement une telle possibilité.

la dialectique de l'humanité et de la nécessité est à l'origine du droit de l'occupation et du droit de la guerre dans son ensemble, mais encore, les deux principes sont, bien souvent, mêlés à l'intérieur même de chaque norme, chacun étant le contrepoids de l'autre.

Souvent, les nécessités militaires justifient des exceptions aux mesures d'humanité qui s'imposent à la puissance occupante. Ainsi, l'article 27 de la Convention IV de 1949 énonce les droits généraux appartenant aux personnes protégées, mais son dernier alinéa précise: "Toutefois, les Parties au conflit pourront prendre, à l'égard des personnes protégées, les mesures de contrôle ou de sécurité qui seront nécessaires du fait de la guerre". Dans d'autres cas, plus rares, les raisons d'humanité ou les nécessités militaires constituent des motifs alternatifs qui peuvent justifier certains comportements de l'occupant. Par exemple, le deuxième alinéa de l'article 49 autorise la puissance occupante à procéder à l'évacuation partielle ou totale "si la sécurité de la population ou d'impérieuses raisons militaires l'exigent". Dans d'autres hypothèses encore, les deux ordres de considération sont inextricablement enchevêtrés. L'article 43, précité (no 4) du Règlement de 1907 en constitue probablement le meilleur exemple.

Aux termes de cette disposition, la puissance occupante doit "rétablir et (...) assurer *autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics*, en respectant, *sauf empêchement absolu*, les lois en vigueur dans le pays". Chacune des expressions en italique fait problème, car chacune renvoie, indistinctement, au principe d'humanité comme au principe de nécessité<sup>96</sup>. En particulier, comme on l'a souvent fait remarquer, l'obligation d'assurer l'ordre public s'explique aussi bien par des raisons de sécurité que par des motifs humanitaires; la notion peut être invoquée dans l'intérêt de l'occupant comme dans celui de l'occupé; elle fonde les droits des autorités d'occupation en même temps qu'elle les limite<sup>97</sup>.

Au surplus, chacun des deux principes, d'humanité et de nécessité, est, en lui-même, d'une extrême ambiguïté. Comme toute notion "finalisée", ils sont susceptibles d'interprétations très variables et éminemment subjectives. Ma perception de la nécessité n'est pas la tienne; pas davantage que mon sentiment d'humanité ne l'est; l'un et l'autre étant, au surplus, sujets à des variations considérables dans le temps et selon les circonstances. D'où l'absolue nécessité d'un critère dont la fonction sera, à la fois, de permettre de réaliser l'équilibre entre les deux principes directeurs et de préciser le contenu de chacun d'eux.

---

96. L'article 64 de la Convention de 1949 pose des problèmes du même ordre.

97. En ce sens, v. M.S. McDOUGAL and F.P. FELICIANO, *op. cit.* n. (11), p. 793 ou O. DEBBASCH, *op. cit.* n. (24), p. 233.

Le respect des droits souverains du peuple occupé constitue ce critère car il est apte à remplir l'une et l'autre fonctions.

Même si la distinction est extrêmement artificielle (v. *supra*), on peut le vérifier en disant quelques mots de l'utilisation du critère successivement en ce qui concerne la mise en oeuvre du principe de nécessité d'une part, celle du principe d'humanité d'autre part.

#### b) Les principes directeurs à la lumière du critère

24. Le concept même de nécessité a toujours dérouté les juristes qui, avec des succès divers, ce sont efforcés de le décomposer en diverses catégories selon les objectifs poursuivis<sup>98</sup>. S'agissant des nécessités militaires, il est certain que la notion est plus difficile à cerner en ce qui concerne les comportements de l'occupant que les opérations militaires proprement dites. Ici, la justification est dans l'action elle-même; mais, en ce qui concerne l'occupation, l'action s'est éloignée, dans l'espace toujours, dans le temps parfois - et tel est le cas en ce qui concerne le conflit israélo-arabe de 1967 à 1973 d'une part et depuis 1973 d'autre part.

Dans une telle circonstance, les nécessités militaires, quelle que soit leur définition, se font moins pressantes<sup>99</sup>. Elles ne peuvent être liées aux opérations militaires en cours: elles ont cessé; il peut s'agir d'opérations militaires à venir; mais, le temps passant, on peut penser que l'occupant aura pris toutes les dispositions voulues et qu'elles ne justifieront plus guère de mesures d'exception. L'occupation devient alors un but en soi, les nécessités militaires ne peuvent, logiquement, être autre chose que celles tenant à la sécurité des forces d'occupation. Dans certains cas, la nature, la consistance et l'étendue des "nécessités" que l'occupant peut invoquer à l'appui des mesures qu'il prend sont énoncées avec une précision raisonnable par les dispositions conventionnelles applicables. Ainsi, par exemple, l'article 68 définit avec un assez grand luxe de détails, les conditions auxquelles est subordonné le prononcé de peines privatives de liberté ou de la peine de mort. De même, l'article 57 réserve la réquisition des hôpitaux civils du territoire occupé aux "cas de nécessité urgente" et seulement "pour soigner des blessés et des malades militaires".

---

98. V. Max HUBER, "Die Kriegerrechtlichen Verträge und die Kriegsraison", *Zeitschrift für Völkerrecht* 1913, pp. 352-355; Charles DE VISSCHER, "Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité", *R.G.D.I.P.* 1917, pp. 87 s.; G. VON GLAHN *op. cit.* n. (6), p. 225; v. aussi la remarquable analyse du concept de nécessité par R. AGO, *op.cit.*, n. (91), par. 1-81.

99. En ce sens, v. notamment, G. VON GLAHN, *ibid.*, p. 226; M.S. McDOUGAL and F.P. FELICIANO, *op. cit.* n. (11), p. 740; G. SCHWARZENBERGER, *op. cit.* n. (16), p. 178.

Dans d'autres cas, les mesures d'exception que l'occupant peut prendre sont très étroitement liées aux opérations militaires *stricto sensu*. Ainsi, l'article 53 de la Convention IV de 1949 interdit toute destruction de propriétés publiques ou privées "sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires *par les opérations militaires*". De même, le deuxième alinéa de l'article 49 autorise, à titre exceptionnel, l'évacuation de la population "si la sécurité de la population ou d'impérieuses raisons militaires l'exigent". Mais la dernière phrase de cette disposition impose la réinstallation des personnes évacuées "aussitôt que *les hostilités dans ce secteur* auront pris fin". C'est dire clairement que les "impérieuses raisons militaires" sont inséparables d'hostilités effectives en cours.

Cependant, une telle précision est très loin de toujours figurer dans le texte applicable. Par exemple, les articles 55 et 143 limitent le contrôle de la puissance protectrice si cela est rendu nécessaire "par d'impérieuses nécessités militaires". Cela, certes, marque le caractère exceptionnel des suspensions qui peuvent intervenir dans le droit de contrôle, mais ne renseigne guère sur les circonstances dans lesquelles de telles suspensions sont licites<sup>100</sup>. De nombreuses autres formules sont tout aussi floues. Ainsi, l'article 27 autorise "à l'égard des personnes protégées, les mesures de contrôle ou de sécurité qui seront nécessaires du fait de la guerre", mais ne précise pas ce qu'il faut entendre par cette expression, pas davantage que les articles 62, 63 ou 78 ne définissent les "impérieuses considérations [ou raisons] de sécurité qu'ils évoquent" ou l'article 64 la "menace pour la sécurité" de la Puissance occupante.

Ces précisions auraient cependant été d'autant plus utiles que, si "the concept of military needs may be greatly extended"<sup>101</sup>, celui de "sécurité" est plus extensible encore. Comme l'a montré l'Amiral Sanguinetti, la notion de sécurité est infiniment plus floue, plus indéfinissable que celui de "défense"<sup>102</sup>; elle peut être invoquée pratiquement sans frein; elle ne recouvre rien de précis.

---

100. Le *Commentaire* du C.I.C.R. (*op. cit.* n. (69), p. 617) insiste sur le caractère exceptionnel d'une telle suspension mais n'indique nullement dans quelles circonstances elle peut intervenir.

101. D. BINDSCHELDER-ROBERT, *op. cit.* n. (93), p. 15.

102. Antoine SANGUINETTI, "Rapports entre la notion de sécurité et les atteintes aux droits des hommes et des peuples", in Georges FISCHER et Eugène SCHAEFFER eds., *Armement- Développement-Droits de l'homme-Désarmement*, Bruylant, Bruxelles, 1985, pp. 495-500. Sur la conception singulièrement extensive de la notion de "nécessité" dans la jurisprudence israélienne, v. R. SHEHADEH, *op. cit.* n. (57), pp. 109 s.

L'expression "sauf empêchement absolu" dans l'article 43 du Règlement de 1907 (préc. - v. *supra* no 23) suscite le même genre d'interrogations et la jurisprudence relativement abondante sur ce point qui a suivi les deux guerres mondiales n'est pas d'un très grand secours, les tribunaux ayant adopté des vues pour le moins nuancées<sup>103</sup> et ne permettant pas davantage d'infirmer que de confirmer les vues selon lesquelles cette expression doit recevoir une interprétation "fonctionnelle"<sup>104</sup>, ce qui, au demeurant, ne résout rien: en "fonction" de quoi l'occupant doit-il agir?

C'est alors qu'un critère apparaît comme absolument nécessaire et que la vigilance quant au respect des droits souverains du peuple occupé s'impose avec le plus de force.

C'est ce principe qui, en définitive, marque la limite extrême des pouvoirs de l'occupant. Au nom de sa "sécurité" Israël ne peut porter atteinte à l'existence même du peuple occupé - cela va de soi -, ni en modifier la composition démographique, ni compromettre ses moyens d'existence. De plus, le droit des peuples étant inséparable des droits fondamentaux de la personne humaine (v. *supra* no 14. iii), les exigences militaires ou "de sécurité" s'arrêtent dès que les droits essentiels des Palestiniens pris individuellement ou en groupes sont menacés<sup>105</sup>.

25. *Prima facie*, le critère du respect des droits souverains du peuple occupé ainsi présenté, paraît renvoyer au principe d'humanité. Il n'en est rien si l'on prend en considération toute la complexité de cette notion: certes, en apparence, elle est protectrice des droits des habitants du territoire occupé, mais il est intéressant de s'interroger sur la manière dont elle opère concrètement, sur ce que l'on pourrait appeler son *modus operandi*.

En réalité, dans nombre d'hypothèses, du principe d'humanité découlent des compétences en faveur de la puissance occupante car c'est à elle qu'il incombe de le mettre en oeuvre. C'est à elle qu'il appartient "de rétablir et d'assurer (...) l'ordre et la vie publics" (article 43 du Règlement de 1907); c'est elle qui apprécie "les besoins de la population civile", aux fins de l'approvisionnement en vivres et en produits

---

103. Cf. J.H.W. VERZIJL, *op. cit.* n. (16), pp. 175-177 et 227-233.

104. V. Th. S. KUTTNER, *op. cit.* n. (62), p. 186 et Y. DINSTEIN, *op. cit.* n. (25), p. 112.

105. V. Alessandro MIGLIAZZA, "L'évolution de la réglementation de la guerre à la lumière de la sauvegarde des droits de l'homme", *R.C.A.D.I.* 1972-III, vol. 137, pp. 141-241, notamment p. 224.

médicaux dont elle est chargée par l'article 55 de la Convention IV de 1949; elle encore qui détermine les raisons tenant à la sécurité de la population qui peuvent justifier son évacuation temporaire (article 49).

Par le biais de ces compétences, l'occupant peut vider l'institution juridique de l'occupation de guerre de sa substance. Au nom des intérêts de la population, "pour son bien", la puissance occupante en viendra à se comporter comme le véritable souverain alors qu'elle n'exerce qu'un pouvoir de fait, imposé par la force, temporaire, et qu'elle demeure l'ennemi. Inévitablement, les mesures qu'elle imposera, au nom de grands sentiments, seront imprégnées d'ethnocentrisme, et la tentation sera grande de considérer que ce qui est bon pour elle, l'est aussi pour l'occupé. Mais c'est à une annexion rampante qu'elle procédera alors et cela n'est pas compatible avec l'idée même d'occupation.

Cela conduit à se défier des considérations humanitaires "à l'état pur". Il paraît difficile d'affirmer, par exemple, comme le fait le Professeur Migliazza, que "le droit international reconnaît désormais à l'occupant tout pouvoir, en lui imposant même le devoir, de modifier les institutions et l'administration du territoire occupé si cela est nécessaire pour la sauvegarde des droits de l'homme"<sup>106</sup>. On hésite, bien sûr, à contester une idée en soi généreuse. Mais, ici encore, et sous réserve des droits fondamentaux de la personne humaine, qui relèvent du *jus cogens*, la conception des droits de l'homme peut être bien différente d'un peuple à l'autre et, sauf à admettre que l'occupant peut imposer la sienne à l'occupé, la notion même d'occupation de guerre n'est pas compatible avec une telle thèse, aussi séduisante soit-elle, à première vue<sup>107</sup>.

Le même ethnocentrisme marque la proposition faite par le Doyen Yoram Dinstein. Relevant que "there is no objective criterion in practice for drawing a distinction between sincere and insincere concern for the civilian population," il n'en ajoute pas moins: "But, to my mind, in most instances, the criterion may be simple enough, namely, whether or not the occupant is equally concerned about its own population"<sup>108</sup>.

Cette suggestion se heurte à une grave objection: l'occupant n'est pas le souverain territorial. Il ne peut légiférer pour le peuple occupé comme il le fait à l'intérieur de ses frontières. Il serait plus conforme à la notion même d'occupation que les autorités israéliennes s'en remet-

---

106. *Ibid.*, p. 244.

107. V. à ce sujet les thèses nuancées de Th. S. KUTTNER, *op. cit.* n. (62), pp. 187 s.

108. Y. DINSTEIN, *op. cit.* n. (25), p. 113.

tent soit à l'O.L.P. - ce qui est peut être beaucoup demander... - soit à la Jordanie, soit aux Nations Unies, pour apprécier ce qui est dans l'intérêt des habitants de la rive Ouest. Sans doute, M. Dinstein a-t-il raison d'indiquer que "the occupant does not have to respect laws enacted by the authorities of the occupied State subsequent to the occupation" <sup>109</sup> ; mais rien ne l'empêche de prendre en considération l'évolution législative et réglementaire dans le pays occupé et de considérer cette évolution comme un élément d'appréciation, étant entendu qu'il est libre d'en tenir compte ou non. Néanmoins, une solution de ce type présenterait l'avantage de remédier aux risques d'immobilisme qu'entraîne une occupation qui se prolonge à l'excès tout en ne tombant pas dans les inconvénients de la subjectivité ethnocentriste.

Il doit être précisé que le problème n'est pas celui des intentions de l'occupant.

Tel est, en général, le terrain sur lequel se placent les auteurs palestiniens. Ainsi, M. Shehadeh écrit:

In assessing Israel's claim that certain changes are justified as being for the benefit of the Palestinian population, Israel's declared aim of eventually annexing the occupied territories must be kept in mind. This ultimate illegal objective violates the presumption that certain actions are done for the benefit of the population <sup>110</sup> .

Certes, les intentions israéliennes sont un facteur aggravant; mais la véritable question juridique n'est pas là. La licéité des comportements de l'occupant ne tient pas aux objectifs qu'il poursuit; elle peut, et doit, être appréciée en fonction d'un élément beaucoup plus objectif, le critère des droits souverains du peuple dont le territoire est occupé.

Dans toute la mesure où les dispositions "humanitaires" prises par les autorités d'occupation ne portent pas atteinte à ces droits, elles sont licites. Elles ne le sont plus dès lors que, même si elles sont inspirées par des intentions apparemment louables, elles "modifient le caractère physique, la composition démographique, la structure ou le statut institutionnel des territoires palestiniens" <sup>111</sup> . Sans que cela soit systématique, la quatrième Convention de Genève de 1949 comporte d'ailleurs nombre de dispositions ponctuelles qui renvoient à ce principe fondamental. Tel est le cas de l'article 27 dont l'alinéa premier impose

---

109. *Ibid.*

110. R. SHEHADEH, *op. cit.* n. (57), p. 113.

111. Résolution 465 (1980) du Conseil de sécurité.

à la puissance occupante de respecter, notamment, les "habitudes et [les] coutumes" des personnes protégées; de l'article 58 relatif à la liberté de culte; de l'article 47 qui "neutralise" "un changement quelconque intervenu du fait de l'occupation dans les institutions ou le gouvernement du territoire en question"; ou, plus encore, de l'article 56 dont l'alinéa 3 dispose: "En adoptant les mesures de santé et d'hygiène, ainsi qu'en les mettant en vigueur, la Puissance occupante tiendra compte des exigences morales et éthiques de la population du territoire en question".

De la définition même du critère qui s'impose à la puissance occupante, il résulte, bien évidemment, que le peuple dont les droits souverains doivent être pris en considération est celui, ennemi, contre lequel l'occupant lutte ou a lutté. La précision serait d'ailleurs parfaitement superflue si certaines décisions des tribunaux israéliens ne traduisaient pas des vues singulières à cet égard en considérant que les "intérêts de la population" des territoires occupés étaient, en premier lieu, ceux des colons israéliens<sup>112</sup>. La réponse, d'ailleurs, est donnée de la manière la plus formelle par l'article 4 de la Convention IV de 1949: "Sont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une partie au conflit ou d'une Puissance occupante *dont elles ne sont pas ressortissantes*".

26. Paraphrasant la Cour de district de l'Utah dans l'affaire *Aboitiz v. Price* (1951), on pourrait dire que "An enemy conqueror is not a very likely person in whom to repose" pour faire respecter les droits souverains du peuple occupé. "He is on the ground however and has the power to enforce his commands"<sup>113</sup>. Son pouvoir n'est pas illimité pour autant: il le tient de sa force militaire, mais il ne peut l'exercer que dans des limites fermement tracées par le droit.

Sans doute, aussi longtemps que dure l'occupation, la puissance occupante est-elle, en fait, le principal juge de l'application de ces règles et aura-t-elle tendance à interpréter dans un sens particulièrement étroit le critère qui, en toutes circonstances, fixe le seuil de la licéité de son comportement, et découle aussi bien du droit propre à l'occupation de guerre que des exigences impératives du droit international contemporain: le respect des droits souverains du peuple dont le territoire est occupé.

---

112. V. notamment *The Electricity Cy. for the District of Jerusalem v. Minister of Defence et al.*, 1972 et *Jamiat Askan Al-Malmoun Cooperative Society v. Commanding Officer of the I.D.F. et al.*, 1982 - cités par R. SHEHADEH, *op. cit.* n. (57), pp. 110-111.

113. Cf. *Aboitiz v. Price*, 99 F. Supp. 602; cité par A. GERSON, *op. cit.* n. (21), p. 542.

Il n'en reste pas moins que l'occupant a des comptes à rendre. On a beaucoup écrit que "It is in connection with the laws of war that the impossibility of enforcing the law is most striking" <sup>114</sup>. Ce n'est que partiellement vrai s'agissant du droit de l'occupation de guerre.

D'une part, réprouvée par le droit international - car elle ne peut être le résultat que d'un recours à la force, qu'il interdit en principe - l'occupation fait l'objet d'un contrôle international dont l'impact, que seuls pourraient évaluer des spécialistes de science politique, n'est probablement pas négligeable et qui est le fait aussi bien des opinions publiques que des institutions internationales, et d'abord des Nations Unies. On peut d'ailleurs remarquer que dans l'affaire palestinienne, celles-ci sont loin d'avoir épuisé les moyens dont elles disposent et regretter, en particulier, qu'elles n'aient, jusqu'à présent, pas saisi la C.I.J. d'une demande d'avis consultatif sur les droits et devoirs respectifs d'Israël et du peuple palestinien ou de ses représentants. Au surplus, le peuple vaincu est occupé, certes; il n'est pas - et ne peut pas être - anéanti, ni asservi; sa résistance, active <sup>115</sup> ou passive, peut constituer - et constitue - un contrepois efficace à la puissance de l'occupant.

D'autre part, quand l'occupation prend fin, le souverain territorial, rétabli dans ses droits fera le tri entre les actes licites et illicites de l'occupant et le critère trouvera pleinement à s'appliquer <sup>116</sup>, et, au plan international la responsabilité de l'Etat occupant "est engagée par tout acte contraire au droit des gens, ordonné ou toléré par les autorités militaires ou civiles en territoires occupés" <sup>117</sup>.

C'est la revanche de l'histoire, car Troie, aujourd'hui, ne peut être détruite <sup>118</sup>

---

114. Bert V. A. ROLING, "Aspects of the Criminal Responsibility for Violations of the Laws of War" in A. CASSESE ed., *op. cit.* n. (4), p. 199; sur la question en général, v. Georges ABI-SAAB, "The Implementation of Humanitarian Law", *ibid.*, pp. 310-345.

115. La question de la licéité de la levée en masse de la population d'un territoire occupé demeure controversée. Elle est cependant l'expression de la volonté d'un peuple souverain et sa licéité devrait être reconnue à ce titre.

116. V. notamment Felice MORGENSTERN, "Validity of the Acts of Belligerent Occupant", *B.Yb.I.L.* 1951, pp. 291-322.

117. Sentence arbitrale du 30 juin 1930, *Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre* (affaire du *Lysne*), *R.S.A.* II, p. 1040.

118. La réédition et la mise à jour de cet article étaient complètement achevées lorsqu' a été proclamé l'Etat de Palestine. Cette proclamation ne modifie pas les grandes lignes du raisonnement juridique présenté ci-dessus.